

Gunther Teubner

**Eigensinnige Produktionsregimes:
Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den *varieties of capitalism*¹**

(erschienen in: Soziale Systeme 5, 1999, 7-26)

0 Anomalien

Warum hat sich die *tort revolution*, die in den USA die Haftungsrisiken für Wirtschaftsunternehmen dermaßen drastisch erhöhte, daß sie dort im letzten Jahrzehnt eine Versicherungskrise auslöste, nicht in Europa wiederholt? Andererseits, warum hat sich die richterliche Kontrolle von Standardverträgen, die in Deutschland eine extrem hohe Kontrolldichte erreicht hat, nicht annähernd so intensiv in den USA durchgesetzt? Wieso laufen europaweit gesetzte Generalklauseln zum Verbraucherschutz, die in Frankreich, Italien, Deutschland ohne weiteres funktionieren, in Großbritannien ziemlich leer? Wieso werden die in Japan erfundenen *Just-in-time*-Vertriebsnetze in Mitteleuropa so anders juridifiziert als in den USA und Großbritannien?²

Solche Befunde irritieren die politischen Harmonisierungsbestrebungen im europäischen und transatlantischen Raum ebenso wie die sie inspirierende akademische Rechtsvergleichung. Sie erschüttern ihre doppelte Grundorientierung: zum einen jene an der Konvergenz von Wirtschaftsinstitutionen in modernen Industriegesellschaften und zum anderen die an deren funktionaler Äquivalenz trotz unterschiedlicher rechtsdogmatischer Konstruktion³ Produziert die europaweit forcierte Harmonisierung von Wirtschaftsinstitutionen statt Rechtseinheit und Erwartungssicherheit nur neue Divergenzen (Teubner 1998) ?

Auch ökonomische Institutionentheorien sind von solchen Befunden irritiert. Von unterschiedlichen Ausgangspunkten herkommend prognostizieren sie, daß sich am Ende eines Ausleseprozesses in der Tendenz ökonomisch effiziente Institutionen weltweit durchsetzen werden. In der Identifizierung von Selektionsmechanismen unterscheiden sich jedoch die Theorien. Die Transaktionskostentheorie setzt darauf, daß rationale Akteure die Rechtsform ihrer Transaktionen so wählen, daß Informations-, Verhandlungs- und Implementationskosten minimiert werden (Williamson 1993; 1991; 1985). *Evolutionary economics* mißtraut zwar einer solchen Rationalität der Handelnden, identifiziert aber statt dessen in funktionierenden Märkten einen Selektionsmechanismus, der unter blind gefundenen Routinen tendenziell nur die effizienten überleben läßt (Nelson 1995; Winter 1995; Nelson/Winter 1982). *Law and economics* wiederum macht das Zusammenspiel von *stare decisis* und *overruling* im *common law* dafür verantwortlich, daß unter dem ständig wiederholten Einfluß von "*relitigation*" ökonomisch rationaler Akteure effiziente Rechtsnormen produziert werden (Cooter/Kornhauser 1980; Priest 1977; Rubin 1977). *Regulatory competition* schließlich identifiziert im föderalen und globalen Nebeneinander von Rechtsordnungen einen weiteren Wettbewerbsmechanismus, der die Auslese der effizientesten Produktionsregimes garantiert (Bratton/McCahery 1995).

¹ Ich danke Peer Zumbansen für konstruktiv-kritische Mitarbeit.

² Zu diesen Befunden Casper 1998; 1996;1995; Teubner 1998.

³ Zweigert/Kötz 1996, 33ff; Bogdan 1994, 60; zur Kritik: Legrand 1997; Frankenberg 1985.

Institutionentheorien dieser Art werden von den oben angesprochenen Anomalien irritiert, weil sie den ganzen Ansatz der Effizienzevolution in Frage stellen. Die neuere vergleichende politische Ökonomie konfrontiert sie mit überraschenden empirischen Resultaten, wonach entgegen allen Erwartungen die Globalisierung der Märkte und die Computerisierung der Wirtschaft nicht zu einer Effizienzkonvergenz ökonomischer Institutionen geführt hat. Trotz aller in der Tat aufweisbaren Tendenzen von Transaktionskostenminimierung, Marktauslese, *relitigation* und regulatorischem Wettbewerb, die als evolutionäre Selektoren institutionelle Unterschiede eigentlich wirksam einebnen müßten, sind die ökonomischen Bedingungen des fortgeschrittenen Kapitalismus nicht konvergiert (Crouch/Streeck 1995; Albert 1992; Porter 1990). Ganz im Gegenteil, der Globalisierungsprozeß, ja selbst die Vereinheitlichungsmaßnahmen im europäischen Gemeinsamen Markt haben ihrerseits neue institutionelle Divergenzen produziert. Trotz der Liberalisierung der Weltmärkte und der Errichtung des Gemeinsamen Marktes ist eines der bemerkenswertesten Resultate der letzten dreißig Jahre, daß in den verschiedensten Wirtschaftsinstitutionen, in den Finanzierungsregimes der Unternehmen, in den Arrangements der *corporate governance*, den kollektiven Arbeitsbeziehungen, der betrieblichen Ausbildung, den Vertragsbeziehungen zwischen den Unternehmen, den interorganisationellen Netzwerken, den Standardisierungsverfahren und in den zwischenbetrieblichen Konfliktregulierungen die institutionellen Divergenzen zwischen fortgeschrittenen Industriegesellschaften eher zugenommen statt abgenommen haben (Soskice 1997).

Wie wird man einem solchen Eigensinn der Institutionen gerecht? Neben eher vorsichtigen Versuchen, die Annahmen einer effizienzgesteuerten Evolution durch *path dependency*, Chaostheorie und *punctuated equilibrium* immanent zu korrigieren, sonst aber die Grundannahmen beizubehalten (Roe 1995), sind besonders zwei Theorien hervorgetreten, welche die *institutional varieties of capitalism* systematisch zu erklären suchen. Die Theorie der Produktionsregimes (Peter Hall, David Soskice) führt den Eigensinn der Institutionen darauf zurück, daß Produktionsregimes Systeme von Einzelinstitutionen bilden, deren Elemente sich wechselseitig stabilisieren (Hall/Soskice 1999; Soskice 1997). Die Theorie institutioneller Ko-Selektion (Nelson 1995; Nelson/Winter 1982) erklärt die Abweichung vom Tugendpfad der Effizienzauslese damit, daß ihre Umweltanpassung nicht nur von Markteffizienz allein, sondern auch von politischen, technologischen und kulturellen Selektionskriterien diktiert wird.

Was hat die Systemtheorie dazu zu sagen? Trotz aller Sympathie für intra-systemische Stabilisierungen und multiple Evolutionsmechanismen geht sie dennoch zu beiden Theorien auf Distanz. In aller Kürze ließe sich ihre kritische Haltung gegenüber der Theorie der Produktionsregimes und der der Ko-Selektion so beschreiben:

1. Ein Produktionsregime ist kein System.
2. Ko-evolution läßt sich als bloße Addition von Selektoren nicht begreifen.

Wenn aber kein System und keine Ko-selektion, was dann?

II. Hybride Konfigurationen

Produktionsregimes sind normative Rahmenbedingungen für ökonomisches Handeln. Sie strukturieren die Produktion von Waren und Dienstleistungen über Märkte und marktbezogene Institutionen. Die "Spielregeln" wirtschaftlichen Handelns, genauer die Anreize und Beschränkungen ökonomischer Transaktionen werden durch ein ganzes Ensemble von Institutionen formuliert, in die ökonomisches Handeln eingebettet ist (Aoki 1994; Hollingsworth 1993). Den ausgeprägten Eigensinn solcher Wirtschaftsinstitutionen, der Rechtsharmonisierer und Evolutionsökonomien gleichermaßen irritiert, erklärt die Theorie der Produktionsregimes nun damit, daß die einzelnen Institutionen innerhalb eines Wirtschaftsraums nicht je für sich existieren, sondern miteinander interdependente Elemente eines stabilen Systems bilden. Die einzelnen Institutionen - Unternehmensfinanzierung, Unternehmensverfassung, kollektive Arbeitsbeziehungen, betriebliche Ausbildung, Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen, interorganisationelle Netzwerken, Standardisierungsverfahren und zwischenbetriebliche Konfliktregulierungsmechanismen - formen zusammen ein ineinander verzahntes System, das zur Selbsterhaltung tendiert. Innerhalb dieser stabilen Systeme interagieren die Institutionen, vermittelt über die Strategien rationaler Kollektivakteure so, daß sie in je spezifischen stabilen Konfigurationen enden, die dann dem jeweiligen Produktionsregime im internationalen Wettbewerb institutionelle Vorteile verschaffen (Porter 1990). "Varianten des Kapitalismus" sind damit aus der intrasystemischen Dynamik von Produktionsregimes erklärbar (Hall 1997).

Die Regimes unterscheiden sich von Wirtschaftsraum zu Wirtschaftsraum stark, selbst innerhalb des europäischen Kontexts. Wie zu erwarten bestehen die größten Divergenzen zwischen kontinental-europäischen Produktionsregimes (hauptsächlich Deutschland, Schweden, Norwegen, Schweiz, Österreich) einerseits und ihren angelsächsischen Gegenstücken (Großbritannien, USA, Irland, Kanada, Australien, Neuseeland) andererseits. Weil in jedem dieser Wirtschaftsräume Änderungsimpulse jeweils auf ein sich selbst erhaltendes System auftreffen, in dem jede einzelne Institution mit der anderen interagiert, entwickeln die Produktionsregimes eine bemerkenswerte Stabilität gegenüber effizienzgesteuerter Evolution, eine Resilienz gegen wechselnde Anforderungen verschiedener Märkte, eine Dauerresistenz gegen institutionellen Transfer, kurz: eine bemerkenswerte historische Kontinuität in ihrer eigensinnigen Entwicklung und dies auch und gerade in Zeiten der alles nivellierenden Globalisierung (Soskice 1997).

In der Tat, ein beeindruckendes Konzept der Idiosynkrasien von Produktionsregimes! Doch just diesen Produktionsregimes muß die Systemtheorie, die doch sonst überall Systeme am Werke sieht, den Status von Systemen verweigern. Wenn man den Systembegriff streng faßt und nicht jede aufweisbare soziale Ordnung schon als System bezeichnet, dann sind die real existierenden Produktionsregimes gerade keine aus Elementen, Strukturen, Grenzen bestehenden Systeme (*Locus classicus* Luhmann 1984). Vielmehr sind sie etwas gänzlich Unsystemisches, strukturelle Kopplungen von autonomen Sozialsystemen, die aber nicht selbst zu autonomen Systemen mit eigenen Elementen, Strukturen, Grenzen werden. Als strukturelle Kopplungen (Maturana/Varela 1987) sind Produktionsregimes bloße Konfigurationen durchaus heterogener Komponenten, merkwürdige Zwittergebilde im Zwischenraum von Wirtschaft und Gesellschaft, kurz:

sozio-ökonomische Hybride. Es ist eine empirisch nachprüfbar Beobachtung, daß Produktionsregimes selbst keine elementaren Operationen – "Regimeakte" – herausgebildet haben, die sich zu einem selbstreproduktiven Sozialsystem verketteten könnten. Als solche sind die Produktionsregimes weder Funktionssysteme noch formale Organisationen noch Interaktionen, sondern nur Kopplungen zwischen ihnen. Zwar sind sie in der Tat ein spezifisch strukturiertes Ensemble von Wirtschaftsinstitutionen. Aber dies macht sie nicht zu einem autonomen Subsystem der Wirtschaft. Vielmehr muß man in erster Linie ihrem hybriden Charakter als Doppelinstitutionen der Wirtschaft und des Rechts, häufig sogar als Mehrfachinstitutionen mit Mitgliedschaft auch in anderen Sozialsystemen, etwa Politik oder Erziehung, gerecht werden.

Auch wenn die meisten Ökonomen und Juristen das prinzipiell anders sehen und wirtschaftsrechtliche Institutionen stets als einheitliche Phänomene, entweder als Normkomplexe oder als Anreizsysteme verstehen, wobei deren Differenzen von rechtlichen und wirtschaftlichen Komponenten allenfalls den unterschiedlichen Erkenntnisinteresse der beteiligten Wissenschaftsdiziplinen zuzurechnen sein sollen, wird hier mit Nachdruck die folgende These vertreten: Ökonomische Institutionen unterscheiden sich grundlegend von Rechtsinstitutionen. Ökonomische "Spielregeln" sind bei aller Überlappung nicht identisch mit Rechtsnormen. Und dies hat nicht etwa nur mit dem vielzitierten Unterschied von Sein und Sollen zu tun. Ökonomische *property rights* sind faktische Handlungschancen am Markt mit relativer Distanz zum rechtlichen Eigentum⁴, das seinerseits als Komplex gültiger Rechtsansprüche und Normen zur Lösung von Rechtskonflikten nicht mit faktischen Handlungschancen identifiziert werden kann. Eine ökonomische Transaktion ist vom rechtlich wirksam abgeschlossenen Vertrag zu unterscheiden, selbst wenn beide häufig, aber nicht notwendig, gleichzeitig stattfinden. Die juristische Person als Zurechnungsendpunkt von bindenden Rechtsakten, subjektiven Rechten und Pflichten ist nicht mit dem Wirtschaftsunternehmen als selbstreproduktiven Sozialsystem identisch. Im Kern besteht der Unterschied darin, daß ökonomische Institutionen strukturell aus *constraints* und *incentives* bestehen, die Kosten-Nutzen-Berechnungen ökonomischer Akteure beeinflussen, während Rechtsinstitutionen Komplexe rechtlich gültiger Regeln sind, die Konfliktlösungen strukturieren. Obwohl beide strukturell eng gekoppelt sein können, lassen sich ökonomische und juristische Institutionen nicht nur analytisch unterscheiden, sondern sind empirisch verschiedene Phänomene (dazu Teubner 1995).

Auch die engste strukturelle Kopplung von Recht und Wirtschaft verschafft den Produktionsregimes keine eigene Identität als soziales System, sondern verflucht die beteiligten Rechts- und Wirtschaftsinstitutionen nur so eng miteinander, daß sie fast ununterscheidbar wirken. Paradoxerweise geschieht die Verflechtung über eine Differenz - über die Differenz der systemischen Codes, die das Recht von der Wirtschaft trennt. Sie schafft keine neue Einheit von Wirtschaftsrechtsinstitutionen, keine vereinheitlichten sozio-juristischen Operationen oder gemeinsame Strukturen. Selbst wenn ihre Ereignisse simultan ablaufen, bleiben sie doch unterscheidbare Operationen innerhalb ihres spezifischen Diskurses, mit ihrer eigenen Vergangenheit und eigenen Zukunft. Die einzige Bedingung für ihre Synchronisierung ist, daß sie miteinander kompatibel sind. Sie sind und bleiben Zwittergebilde, soziale Hybride, die aus parallelen Verkettungen juristischer und ökonomischer Operationen bestehen.

⁴ Ein Extremfall wäre der rechtswidrige Handlungsspielraum einer Mafia.

Und gerade in dieser Parallelverkettung – nicht etwa in ihrem Charakter als Sozialsystem - liegt die tiefere Ursache ihres Eigensinnes, ihres Widerstandes gegen effizienzgesteuerte Änderungsimpulse. Ihre Änderungsresistenz läßt sich nicht voll erfassen, wenn man sie nur - wie es in der Theorie der Produktionsregimes unternommen wird - auf durch Strategien von eigeninteressierten Kollektivakteuren vermittelte Interdependenzen der einzelnen Wirtschaftsinstitutionen zurückführt (Soskice 1997). Für die Produktionsregimes muß man sich von der Vorstellung einheitlicher, sich selbst erhaltender, durch ökonomische Transaktionen und Akteurstrategien vermittelter Systeme von Wirtschaftsinstitutionen lösen. Dann erst kann man sehen, daß die Änderungsresistenz gerade mit ihrem Hybridcharakter zusammenhängt. Die Trägheit der Produktionsregimes wird primär gar nicht wirtschaftsintern durch die Interdependenz der Einzelinstitutionen determiniert, sondern wirtschaftsextern durch deren Zugehörigkeit zu anderen Sozialsystemen.

Denn wenn etwa durch Rechtsakt die rechtliche Seite der hybriden Institution geändert wird, kann deren Kompatibilität mit der ökonomischen Seite nicht länger vorausgesetzt werden; sie muß in dem neuen Kontext in einem schwierigen und zeitaufwendigen Prozeß, der beide Verkettungen verändert, erst neu geschaffen werden. Das erfordert eine doppelte Transformation, eine Änderung auf beiden Seiten der Unterscheidung des Produktionsregimes, nicht nur die Rekontextualisierung ihrer juristischen Unterscheidungen, sondern auch die Rekontextualisierung in den wirtschaftlichen *constraints and incentives*. Und das gleiche gilt umgekehrt. Die effiziente Anpassung an sich verändernde Marktbedingungen wird durch ihre gleichzeitige Einbindung in Rechtsstrukturen, die einer anderen Logik der Veränderung unterworfen sind, konterkariert, das heißt nicht unbedingt blockiert, aber doch in andere Bahnen gelenkt.

III. Ultrazyklen

Allerdings macht es die komplexe Struktur von Produktionsregimes notwendig, die bisherigen systemtheoretischen Vorstellungen von Institutionen als bilateralen strukturellen Kopplungen von Wirtschaft und Recht weiterzuentwickeln (Luhmann 1997, 783ff.; Luhmann 1993, 446ff.). Wie schon gesagt sind Produktionsregimes nicht einfach das Ensemble der Institutionen von Vertrag und Eigentum in einem spezifischen Wirtschaftsraum; sie umfassen unter anderen auch die Institutionen der betrieblichen Ausbildung und der technischen Standardisierung. Es geht also nicht mehr nur um bilaterale, sondern um trilaterale, wenn nicht sogar multilaterale Kopplungen zwischen sozialen Systemen. Im Produktionsregime werden nicht nur die Beziehungen der Wirtschaft zum Recht, sondern auch die zur Politik, zur Wissenschaft und zur Erziehung gepflegt. Dies legt es aber nahe, von der Reziprozität in zweipoligen strukturellen Kopplungen auf Zyklizität in mehrpoligen Intersystembeziehungen umzudenken.

Aber auch die Zyklizität macht die Produktionsregimes nicht selbst zu autopoietischen Sozialsystemen. Wenn etwa in der betrieblichen Ausbildung Änderungsimpulse, die von der Wirtschaft ausgehen, von der Politik aufgenommen werden, in neue Rechtsnormen des Prüfungs- und Qualifikationswesens umgesetzt werden und pädagogisch innovative Ereignisketten im Erziehungssystem auslösen, die dann ihrerseits auf das Wirtschaftssystem zurückwirken, dann spielt sich dieser informationelle Kreislauf nicht in Form produktionsregimespezifischer Operationen

ab, die sich miteinander zur Fortsetzung seiner Selbstreproduktion verketteten, sondern ausschließlich in den jeweiligen Operationen der beteiligten Systeme, als politische Entscheidungen, Zahlungsoperationen, Rechtsakte, Erziehungsakte.⁵ Die Zyklizität vollzieht sich, genauer gesagt, nicht in einem Operationskreislauf in geschlossenen Systemen, sondern in einem grenzüberschreitendem Perturbationskreislauf zwischen einander fremden Systemen.

Stille Post - ein solches Gesellschaftsspiel beruht auf dem Prinzip, daß Operationen autonomer System einander gerade nicht verstehen, aber dennoch aneinander kommunikativ anschließen und im Mißverstehen etwas Neues produzieren. Dafür bietet sich der von Thomas Ballmer und Ernst von Weizsäcker (1974) geprägte Begriff des **E**perzyklus an. Er bezeichnet - im Gegensatz zu dem von Manfred Eigen definierten intrasystemischen Hyperzyklus Eigen/Schuster 1979) - zyklische Prozesse, die nicht innerhalb autonomer Systeme, sondern über die Grenzen autonomer Systeme hinweg verlaufen und deren Besonderheiten gerade darin bestehen, daß sich die beteiligten Systeme nicht zu einem neuen Supersystem mit gemeinsamen Elementen zusammenschließen. Ihr ausschlaggebendes Merkmal ist der Mehrwert, der immer dann entsteht, wenn die Funken der Perturbation über die Grenzen der beteiligten Systeme springen. Ein Ultrazyklus beseitigt nicht die Autonomie der beteiligten Systeme, um einen Kreislauf gleichartiger Operationen aufzubauen, sondern nützt sie in einem Perturbationskreislauf, der aus unterschiedlichen Operationen besteht, zur Sinnproduktion.

Zum Beispiel technische Standards. Wissenschaftliche Erkenntnisse, die als Änderungsimpulse bei der Definition technischer Standards wirken, sind als solche gar nicht juridifizierbar, sondern können nur als Irritationen im Rechtssystem wahrgenommen werden. Dies aber zwingen das Recht, neue Normen zu rekonstruieren. Auf der rechtlichen Seite des Produktionsregimes werden bloße Korrelationsbeziehungen zwischen Größenwachstum und Risikoneigung, wie sie auf der wissenschaftlichen Seite konzipiert worden sind, so "mißverstanden", als legen sie an einem bestimmten Punkte den Umschlag von der Rechtmäßigkeit eines Verhaltens zu dessen Rechtswidrigkeit fest, was nun als Rechtsnorm im Netzwerk rechtlicher Unterscheidungen rekontextualisiert wird. Diese Norm wirkt dann ihrerseits für das Wirtschaftssystem nicht etwa als kategorisch geltende Verhaltensmaxime, sondern als von Entdeckungswahrscheinlichkeit und Sanktionsintensität abhängige Kostenirritation. Kostensteigerungen irritieren wiederum über Lobbypolitik der Verbände die Politik, die sich zu einer politischen Reformulierung der Standards veranlaßt sieht, bis sie von dort aus schließlich wieder die Techniker irritieren und diese dazu bringen, die Standards neuzuformulieren. Das *Chinese whisper* der Perturbationsrekonstruktionen erzeugt so eine zyklische Dynamik von Dauerinnovationen, die nur dann zu einem vorläufigen Gleichgewicht gelangt, wenn die beteiligten Systeme relativ stabile Eigenwerte in ihrer jeweiligen Sphäre entwickelt haben, während sie untereinander kompatibel sind.

Was am Produktionsregime so "systemisch" wirkte, wird nunmehr deutlich als nichts anderes als der Eigensinn einer zyklischen Kopplungsbeziehung. Nicht jede strukturelle Kopplung zwischen Wirtschaft und Gesellschaft ist schon ein

⁵ Das schließt nicht aus, daß sich häufig Verhandlungssysteme oder Konversationskreise als spezifische Organisationen oder Interaktionen herausbilden. Solche Systeme sind aber nicht mit dem Produktionsregime identisch, sondern sind Teile von ihnen. Dazu Willke 1995, 109ff. und Hutter 1989.

Produktionsregime. Es gibt Myriaden von "wilden" Intersystembeziehungen, in denen Wirtschaft und andere gesellschaftliche Teilsysteme sich wechselseitig irritieren. Zu einem Produktionsregime verdichten sie sich erst dann, wenn die Perturbationskanäle so gezogen sind, daß Änderungsimpulse nicht nur gelegentlich, punktuell und einseitig von einem System auf das andere wirken, sondern im bilateralen Fall in einer reziproken Perturbation, im multilateralen Fall in einem Perturbationskreislauf zusammenfließen. Dann erst entsteht ein Produktionsregime im eigentlichen Sinn, das sich selbst dynamisch stabilisiert als ein Ultrazyklus von gesellschaftlichen Institutionen, der die "Wirtschaftskultur" eines Wirtschaftsraumes prägt.

Und wie beim Gesellschaftsspiel der stillen Post erklären die Unterschiede solcher Eigenstrukturen des Kreislaufes die Unterschiede der Ergebnisse. Man ändere nur die Richtung im Kreislauf des Geflüsters bei einer ansonsten gleichen Spielanordnung, insbesondere bei gleichem Informationsinput, und schon erhält man divergierende Ergebnisse im Zirkel der sich selbst verstärkenden produktiven Mißverständnisse. Der bloße Richtungsunterschied von Kreislauf und Gegenkreislauf bietet jedenfalls eine Teilerklärung für die in empirischen Untersuchungen aufgewiesenen Unterschiede zwischen Technikstandards innerhalb Europas, die sich auf Unterschiede zwischen dem Verfahren technischer Standardisierung im deutschen, französischen und neuen europäischen Regime zurückführen lassen und die besonders die Frage betreffen, zu welchem Zeitpunkt staatliche Instanzen sich in das *European whisper* zwischen Technikern, Managern und Juristen einschalten (Hancke/Casper 1996).

IV Ko-selektion oder Ko-evolution?

Wenn ein solche Perturbation die Synchronik der Ereignisse im Produktionsregime angemessen beschreiben sollte, wie sieht dann deren Diachronik aus? Hier ist nun besonders Richard Nelsons Version der *evolutionary economics* bemerkenswert, die sich nicht mit einer ökonomieimmanenten Erklärung der Institutionenentwicklung zufriedengibt, sondern ein Modell der Ko-evolution von Wirtschaftsinstitutionen vorstellt (Nelson 1995). Die Ko-evolution von ökonomischen Institutionen mit Technologien, Industriestrukturen, Politikprogrammen und politischen Institutionen ist nach diesem Modell dafür verantwortlich, daß Wirtschaftsinstitutionen nicht weltweit konvergieren, sondern daß spezifisch nationale Konstellationen von Industriesektoren herausevolvieren, die den *competitive advantage* als *institutional advantage* im globalen Wettbewerb erklärt.

Bemerkenswert ist diese Version der *evolutionary economics* deshalb, weil sie über bloße Markteffizienz als Selektionskriterium deutlich hinausgeht und ausdrücklich den Kontext von Wissenschaft, Politik, Recht als selektiven Umweltdruck miteinbezieht (Bijker/Hughes/Pinch 1989). Und weiter, weil sie Ko-evolution als Interaktion verschiedener Institutionen (Unternehmensverfassung, Ausbildung, Recht, Politik) ansieht, nicht nur im Sinne einander kausal beeinflussender Wechselwirkungen, sondern als Einheiten, die je für sich der Evolution unterworfen sind und die jeweils füreinander evolutionär seligierende Umwelten darstellen.

Mithilfe einer systemtheoretischen Optik sieht man jedoch schnell, daß hier gar keine echte *Ko-evolution* autonom evolvierender Systeme beschrieben ist, sondern eine bloße *Ko-selektion*, eine bloße Anreicherung des Selektionskriteriums Markteffizienz um weitere gesellschaftliche Selektionskriterien, die in der Institutionsumwelt am Werke sind. Diese Version der *evolutionary economics* geht damit letztlich von einem prinzipiell einheitlichen Geschehen der sozialen Evolution nach dem klassischen Muster der *natural selection* aus, in der verschiedene Institutionen nur in dem eingeschränkten Sinne ko-evolvieren, daß sie je füreinander seligierende Umwelten darstellen.

Damit zahlt man aber einen zu hohen Preis für die an sich begrüßenswerte Überwindung einer exklusiv ökonomischen Sicht der Evolution (Markt als exklusiv seligierende Umwelt der Firma). Denn verloren geht dabei der unschätzbare Erkenntnisgewinn einer autonomen Evolution des ökonomischen Systems, den man auch und gerade bei einer Vervielfältigung der Perspektiven nicht aufgeben sollte. Das Ganze endet letztlich in einem de-differenzierenden Modell sozialer Evolution, in der ein diffuser Selektor "Gesellschaft" den Umweltdruck auf adaptive Wirtschaftsinstitutionen ausübt. Man kann dann allenfalls die Druckeffekte der Umweltselektoren verschieden gewichten (etwa für Firmen primär der Markt mit nur sekundären Einflüssen der Politik etc.). Konsequenz zu Ende gedacht, müßte ein solcher Prozeß zu einer allgemeinen De-differenzierung von Institutionen führen, da in einem solchen diffusen Ko-Selektionsmodell für autonom evolvierende Institutionen kein Raum mehr ist.


Ähnliches gilt für die Evolution nicht-ökonomischer Institutionen, die nach dieser Version dem Selektionsdruck verschiedener gesellschaftlicher Umwelten (u.a. ökonomischer Art) ausgesetzt wären. Zwar ist es durchaus realistisch, ihrer gesellschaftlichen *embeddedness* durch einen weitgefaßten Umweltbegriff gerecht zu werden. Aber die Selektionsvorgaben eines solchen Evolutionsprozesses wären viel zu diffus, um die hohe Spezialisierung und Rationalisierung der Teilinstitutionen erklären zu können.

Die Alternative kann entsprechend nur lauten: Die Geschichte der Produktionsregimes spielt sich als Ko-evolution im strengen Sinne ab. Und das bedeutet - im Unterschied zu einer einheitlichen gesellschaftlichen Evolution, in der ein diffuser Umweltdruck verschiedener Selektoren auf gesellschaftliche Institutionen wirkt -, daß eine Vielzahl autonomer Systeme über je eigene Mechanismen der Variation, der Selektion und der Retention verfügen, daß diese deshalb einer je spezifischen Evolution unterworfen sind und daß sie sich dann erst als eigenständige Prozesse wechselseitig beeinflussen. Es gibt keine einheitliche Trajektorie eines Produktionsregimes, die aus einer *natural selection* durch die Umwelt "Gesellschaft" hervorgeht. Vielmehr existieren innerhalb des Regimes, ja innerhalb jeder einzelnen Wirtschaftsinstitution eine Vielfalt von divergent verlaufenden systemischen Entwicklungspfaden. Je eigenständige Evolutionsmechanismen in den autopoietischen Teilsystemen Wirtschaft, Politik, Recht, Wissenschaft, Erziehung zwingen ihre Institutionen innerhalb der Produktionsregimes auf einen je idiosynkratischen Evolutionspfad. Und zusätzlich sorgt das Produktionsregime selbst für die wechselseitige Beeinflussung dieser Evolutionspfade durch Mechanismen der Ko-evolution.

V Ko-evolutionskanäle

An dieser Stelle gilt es ein zweites Mal, systemtheoretisch orientierte Analysen weiterzutreiben. Bisher hat die Systemtheorie die Dynamik der Koevolution etwas vage mit *structural drift* umschrieben. Allenfalls finden sich noch Hinweise auf analoge oder digitale Formen dieses Driftens (Maturana/Varela, 1987, 85ff.; Luhmann 1997, 777). Wenn man aber gerade den Eigensinn der Produktionsregimes verstehen will, kommt es nicht nur darauf an, die einzelnen Evolutionspfade ihrer teilsystemischen Anteile zu analysieren, sondern darauf, herauszufinden, ob und wie sich im Prozeß der Ko-evolution selbst verschiedene Mechanismen der wechselseitigen Beeinflussung ausgebildet haben. Denn hier sprudelt die zweite Quelle der *varieties of capitalism*. Die eine Quelle der Varietät fließt im einzelnen Subsystem, an die das Wirtschaftssystem strukturell gekoppelt ist: Wirtschaftsinstitutionen haben immer auch zugleich Anteil an einer je spezifischen Rechtsgeschichte, Politikgeschichte, Wissenschaftsgeschichte, Pädagogikgeschichte ihres Wirtschaftsraumes und weisen deshalb kulturelle Besonderheiten auf, die nur historisch aus den anderen Systemgeschichten erklärbar sind. Die andere Quelle der kapitalistischen Varietät befindet sich sozusagen an der Grenze zwischen den kulturellen Provinzen, im Produktionsregime selbst, dort wo ein spezifischer Wirtschaftsraum die Koevolutionsbeziehungen innerhalb seiner Teilinstitutionen ganz spezifisch ausgeformt hat.

Die Hypothese lautet, daß relevante Unterschiede zwischen Produktionsregimes in verschiedenen Wirtschaftsräumen (Industriesektoren in verschiedenen Regionen, Nationen oder Wirtschaftsblöcken) sowohl auf ihre je spezifische Politik- und Rechtsgeschichte zurückzuführen sind als auch auf unterschiedliche Merkmalsausprägungen ihrer ko-evolutiven Mechanismen. Diese werden nicht einfach als wechselseitige kausale Beeinflussung gesehen, sondern als unterschiedlich ausgestaltete strukturelle Kopplungen von autonomen Subsystemen, innerhalb derer diese sich wechselseitig irritieren. Die institutionellen Resultate von Produktionsregimes scheinen davon abzuhängen, wie ihre Ko-evolution in zwei verschiedenen Dimensionen ausgestaltet ist, zum einen in der Qualität der wechselseitigen ko-evolutiven Einflüsse der Institutionen aufeinander, zum anderen in der Koordinationsdichte der ko-evolutiven Kontakte:

(1) Hinsichtlich ihrer Qualität sind die wechselseitigen Einflüsse der Institutionen einander sind sie entweder

- (a) *irritativ*, wenn sie als externe Perturbationen der einen Institution auf interne Variationsmechanismen der anderen Institution wirken, oder
- (b) *simulativ*: wenn der interne Selektionsmechanismus der anderen Institution die externen Kriterien der einen Institution rekonstruiert, oder
- (c) *endogen symbiotisch*, wenn externe Selektionsresultate der einen Institution durch Assimilation in der anderen intern restabilisiert werden.

Wie man sieht, kombiniert diese Typologie verschiedene Arten der Umweltkontakte autopoietischer Systeme mit den verschiedenen Mechanismen der Systemevolution.

(2) Hinsichtlich ihrer Koordinationsdichte lassen sich die ko-evolutiven Kontakte nach den folgenden Differenzen typisieren:

- (a) spontan vs. organisiert
- (b) simultan vs. sequentiell
- (c) fragmentiert vs. integriert
- (d) antagonistisch vs. koordiniert.

Am Beispiel der unterschiedlichen Rezeption von *Just-in-time*-Verträgen in den USA und in Deutschland soll abschließend die Art der hier angezielten Hypothesenbildung skizziert werden. Wo die traditionelle Rechtsvergleichung nur Gemeinsamkeiten, Konvergenzen oder Chancen für Rechtsvereinheitlichung sieht und die neo-darwinistische Evolutionsökonomie nur den einen Selektionsdruck in Richtung effizienter Institutionen vermutet, werden hier relevante Unterschiede der Inhalte der Rechtsnormen und der *institutional advantages* von Produktionsregimes behauptet, die sich ihrerseits auf unterschiedliche Mechanismen der Ko-evolution von Institutionen zurückführen lassen.

VI. Co-evolution just in time

Zunächst verblüfft in der Tat die Gleichsinnigkeit der Entwicklung. Nach japanischem Vorbild haben sich *Just-in-time*-Verträge sowohl in den USA als auch in Deutschland in der Wirtschaftspraxis durchgesetzt und sind dabei von der Rechtsdogmatik beider Länder als Schuldverträge mit gewissen gesellschaftsrechtlichen Elementen assimiliert worden. (Rohe 1998; Oechsler 1997, 473ff.) Als *standard contracts* werden sie in USA wie in Deutschland einer gerichtlichen Kontrolle mit weitgehend ähnlichen rechtsdogmatischen Begriffen, Konstruktionen und Prinzipien unterworfen. Beide Rechtsordnungen haben im Lauf einer jahrzehntelangen Dogmengeschichte neben individuell ausgehandelten Einzelverträgen auch *standard contracts* oder Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), die von Kollektivakteuren für eine unbestimmte Anzahl von Transaktionen einseitig gesetzt werden, als rechtsgültig anerkannt.⁶ Beide Rechtsordnungen machen ihre Gültigkeit von Bedingungen abhängig, die sich von den Abschlußbedingungen des Individualvertrags deutlich unterscheiden, und unterwerfen sie einer speziellen richterlichen Kontrolle über vage Generalklauseln (Treu und Glauben, fairness, unconscionability).⁷ Soweit 1 : 0 für Konvergenz.

Das 2 : 0 scheint nicht mehr weit, wenn es um die Qualität der Koevolutionskontakte geht. Denn mit der Akzeptanz von *just in time standard contracts* haben sich beide Rechtsordnungen dafür entschieden, die Ausbildung des dispositiven und zwingenden Rechts neuer Vertragstypen nicht den zufälligen Irritationen durch einzelne Gerichtsprozesse, deren Streitgegenstand die Gültigkeit individueller Verträge, deren Bestandteil die AGB sein sollen, ist (Muster 1a), zu überlassen, sondern sind sofort zu einer Mischung von Simulation und endogener Symbiose (Muster 1b und 1c) übergegangen. Beide Rechtsordnungen rekonstruieren in ihren internen Entscheidungen der AGB-Kontrolle ökonomische Kriterien und


⁶ Ulmer/Brandner/Hensen 1997, Einl. Rz. 1ff., 80; Pohlhausen 1978; Wolf/Horn/Lindacher 1994, Einl. Rz. 4ff.; Westphalen 1998; Chirelstein 1992, 56, 68; Kessler/Gilmore/Kronman 1986 2f., 583ff.; Dawson/Harvey/Henderson 1993, 508ff.

⁷ Mit der Besonderheit der offenen Inhaltskontrolle in Deutschland, vgl. schon ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN ZIVILSACHEN (BGHZ) 22, 90, 97ff; Ulmer/Brandner/Hensen 1997, Einl. Rz. 80; zu den USA, vgl. Kessler/Gilmore/Kronman 1986, 586 mit Hinweis auf die Praxis der Gerichte, auf den "due process of law" und das Prinzip der "unconscionability" zurückzugreifen.

beide Rechtsordnungen assimilieren in ihre Dogmatik Resultate ökonomischer Selektion.

Doch letztlich macht die Divergenz hier einen Punkt. Denn das Mischungsverhältnis zwischen Muster 1b und 1c weist drastische Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen auf. Während in Deutschland eine außerordentlich hohe Kontrolldichte besteht, in der AGB schwerpunktmäßig nach vorgegebenen Rechtskriterien beurteilt und nur das Entscheidungskalkül in Richtung ökonomischer Kriterien ausgeweitet wird, verläßt sich die amerikanische Praxis weitestgehend auf die ökonomische Evolution des *just in time* selbst, die sie nur gelegentlich mit rechtseigenen Kontrollkriterien korrigiert.

Der Schlüssel für diese unterschiedliche Praxis liegt in der endogenen Symbiose von Wirtschaft und Recht, also der Art, wie das Recht die Selektionen des Wirtschaftsprozesses in seine Dogmatik integriert (Casper 1998). Sie ist in beiden Ländern unterschiedlich ausgestaltet und stellt entsprechend unterschiedliche Anforderungen an die Informationsverarbeitungskapazität der Gerichte (Schwartz 1992). Zwar überlassen in beiden Rechtsordnungen die Gerichte die überindividuelle Normierung der Vertragsnetzwerke der einseitigen Setzung von Kollektivakteuren und damit nicht den rechtlichen, sondern den ökonomischen Selektionsmechanismen, aber genau dies zeitigt ganz unterschiedliche Folgen. In den USA schaffen sich im Schwerpunkt die einzelnen Wirtschaftsunternehmen mit Hilfe von lokalem juristischen Sachverstand ihre Vertragsimperien, wodurch schon in den einzelnen Industriesektoren eine schwer überschaubare Vielfalt von *standard contracts* entsteht, deren Detailkontrolle die Informationskapazität der Gerichte übersteigt. Deswegen sind die vertragsrechtlichen Kontrollen in USA trotz ähnlicher juristischer Kontrollinstrumente relativ unterentwickelt. In Deutschland hingegen formulieren nicht Einzelunternehmen, sondern der Industrieverband, der selbst über geballten juristischen Sachverstand verfügt, das Vertragsregime, das im Prinzip für den gesamten Industriesektor gilt. Dieses Phänomen der privaten Durchregulierung ganzer Industriesektoren durch Industrieverbände ist in den USA wenig geläufig. (Casper 1998)

Hinzu kommt, daß in Deutschland bei  Industriezweigsbezogenen Vertragsregimes staatliche Instanzen maßgeblich mitwirken. Häufig ist das Bundeskartellamt eingeschaltet, das neben wettbewerbsrechtlichen Aspekten immer auch vertragsrechtliche Aspekte einbezieht. Im Ergebnis stehen die deutschen Gerichte vor einem vergleichsweise übersichtlichen, in seiner branchenweiten Anwendung universalen, in der ökonomischen Risikoverteilung transparenten, politisch kontrollierten und rechtsargumentativ durchstrukturierten Regelwerk. Im Unterschied zu den USA kann dann auch dessen Rechtskontrolle durch die Gerichte entsprechend als hochdetaillierte Feinsteuerung ausfallen. Nach dem noch jungen AGB-Gesetz von 1976⁸ sind inzwischen Tausende von Gerichtsentscheidungen ergangen! Also 1 : 1 im Spiel Konvergenz gegen Divergenz.

Divergenz geht endgültig mit 2 : 1 in Führung, wenn die Koordinationsdichte der ko-evolutiven Kontakte innerhalb der Produktionsregimes ins Spiel kommt. In den USA sind die Kontakte zwischen den *standard contracts*, selbst innerhalb einer Branche, kaum koordiniert. *Just in time regimes* werden von Einzelunternehmen

⁸ BGBl. I 3317.

gesetzt, die Marktgegenseite reagiert häufig mit eigenen *standard contracts*, wobei dann die Marktmacht entscheidet, welche der kollidierenden Vertragswerke sich durchsetzt. Die amerikanischen Gerichte, die wie gesagt, die *standard contracts* mit relativ schwacher Kontrolldichte überwachen, reagieren in einer solch unübersichtlichen Situation erst *post hoc*, wenn sich unerträgliche Risiken verwirklicht haben, dann aber bevorzugt mit deliktsrechtlichen Mitteln. Hier erklärt sich unter anderem, warum man in den USA einerseits von der *tort revolution*, andererseits vom *death of contract* spricht. **Die dominante Wirtschaftskontrolle durch Zivilgerichte findet in USA im Deliktsrecht über die Statuierung von Verhaltenspflichten statt und nicht über die detaillierte Kontrolle der Risikoverteilung in *standard contracts*.** Das Hereindringen von Standards und objektivierten Maßstäben in die Vertragsinterpretation in der gerichtlichen Praxis in den USA führte zu einer gewissen Verdrängung, zu einem "Tod des Vertrages", (Gilmore 1995). Gleichzeitig führten die Verabschiedung des *Uniform Consumer Credit Code* 1974 und die Tätigkeit der Federal Trade Commission (FTC) zu langfristig verstärkten gesetzgeberischen Interventionen, besonders hinsichtlich der Regulierung von Einzelfragen des Vertragsabschlusses (Kessler/Gilmore/Kronman 1986, 586f., 592ff.). Eine ähnliche Fragmentierung der institutionellen Entscheidungspraxis zeigt sich auch in den Interventionen durch regulatory agencies und in den legislativen Eingriffen der Einzelstaatengesetzgebung (Kessler/Gilmore/Kronman 1986, 593). Im ganzen also das Bild einer eher marktorientiert-fragmentiert-sequentiellen Koevolution der Institutionen im Produktionsregime. In den USA gibt es entsprechend eine Vielzahl von *just in time regimes* mit äußerst geringen gerichtlichen Interventionen.

Ganz anders ist die Koordinationsdichte in Deutschland. Zwar herrschen hier nicht österreichische Zustände einer zentral-organisiert-integrierten Koevolution von Produktionsregimes, aber die deutsche Situation läßt sich durchaus als koordiniert-interaktive Koevolution bezeichnen. Schon im ökonomischen Sektor findet eine dichte Kooperation statt. Nicht nur daß, wie bereits gesagt, Industrieverbände die AGB für eine Mehrheit von Unternehmen formulieren. Sondern häufig sind sogar die Spitzenverbände einbezogen.⁹ Manchmal finden sich auch AGB-Vereinbarungen mit der Marktgegenseite. Zugleich auch finden Abstimmungen mit anderen Marktstufen und häufig sogar mit Versicherungen in Hinblick auf Haftungsrisiken der Vertragsarrangements statt (Casper 1996, 7ff.). In einem relativ frühen Stadium sind administrativ-politische Instanzen, insbesondere das Bundeskartellamt, aber auch Aufsichtsbehörden in die Abstimmung eingeschaltet. Entsprechend gibt es relativ wenige, dafür aber hochkoordinierte *just in time regimes*. Diese hohe Koordinationsdichte hat eine Studie in *comparative economic politics* auf folgende Eigenheiten des deutschen Produktionsregimes zurückgeführt:

- (1) Hohe regulatorische Kapazitäten von Industrieverbänden (USA: nicht Verbände, sondern dezentralisierte regulatorische Kapazitäten in Einzelfirmen)
- (2) Intensive horizontale regulatorische Koordination zwischen Verbänden (USA: geringe Koordination)

⁹ Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum AGBG konnten sich die Verbände jedoch nicht mit ihrer Forderung durchsetzen, ein Verfahren zur Aufstellung und Privilegierung von Musterbedingungen festzuschreiben, während sich eine entsprechende Praxis im Rahmen der §§ 2, 38 Abs. 2 S.3 GWB herausbildete, welches unter Aufsicht und Kontrolle des Bundeskartellamtes stattfindet, vgl. Ulmer/Brandner/Hensen 1997, Rz. 21.

- (3) Intensive vertikale Koordination zwischen Firmen, Verbänden, staatlichen Kontrollinstanzen und Gerichten (USA: keine staatlichen Kontrollen, sporadische Gerichtskontrollen) (Casper 1998).

Der gleiche Autor kommt zu der Schlußfolgerung:

“The advantage of the German associational governance system is that the ‚para-public‘ links between the Courts and Kartellamt and firms through trade associations are more likely to produce new legal frameworks customized to the precise needs of firms” (Casper 1996, 28).

Und die Gerichte intervenieren! In der berühmten “Pizza-Salami“-Entscheidung entschied der Bundesgerichtshof, daß es unzulässig sei, in Verträgen im Rahmen “ständiger Geschäftsbeziehungen” die Rügepflicht des Handelsgesetzbuchs vertraglich abzubedingen.¹⁰ Grund dafür ist, den Lieferanten vor später nur schwer feststellbaren Gewährleistungsansprüchen zu schützen und ihm gleichzeitig zu ermöglichen, durch die unverzügliche Rüge weiteren Schaden abzuwenden. Die Rügevorschrift erfährt bis in die jüngste Zeit Konkretisierungen, die besonders auf das zwischen Lieferanten und Besteller gewachsene Vertrauensverhältnis abstellen und aus dieser Perspektive eine AGB-vertragliche Abbedingung verneinen.¹¹

Vom anglo-amerikanischen Standpunkt ist dies völlig unverständlich - ein klarer Fall von Eurosklerose. Ein solches richterliches Diktat der Rügepflicht ist erstens traditionalistisch, weil es dem altem Zulieferermodell, das von einer strikten Trennung der Unternehmensgrenzen ausgeht, verpflichtet bleibt und sich nicht ausreichend den neuartigen Hybriden oder symbiotischen Verträgen öffnet. Es ist zweitens paternalistisch, weil die Gerichtskontrollen der Standardverträge nicht nur zum Schutz der Endverbraucher eingreifen, sondern auch Risikoverlagerungen im professionellen Geschäftsverkehr korrigieren. Drittens ist es transaktionskostensteigernd. Denn die *assemblers* müssen aus bloßen Rechtsgründen ihre Eingangskontrollen beibehalten. Das bedeutet eine unsinnige Verdoppelung der Qualitätskontrollen als Ausgangskontrolle der Zulieferer und als Eingangskontrolle der *assemblers*. Und viertens ist das richterliche Diktat innovationsfeindlich: Mit seiner starren Einheitsregelung der Rügelast behindert es innovative Vertragsregimes, die Effizienzvorteile dadurch erreichen, daß sie die starren Unternehmensgrenzen durchlässiger machen.

Nimmt man aber die *varieties of capitalism* in den Blick, dann macht die BGH-Entscheidung plötzlich Sinn. Nach allem was über den Sonderweg des deutschen

¹⁰ BGH NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT (NJW) 1991, 2633; vgl. auch BGH NJW 1991, 2631 zur Unwirksamkeit einer AGB-Vereinbarung, nach der dem Vertragspartner Wandlung und Minderung verwehrt sind, ihm aber ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist; siehe Westphalen 1998, Rz. 21; vgl. auch Wolf/Horn/Lindacher 1994, Einl 69 m.w.N., Rz. Z 106; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Anh. §§ 9-11, Rz. 300, mit Hinweis darauf, daß wegen der stattfindenden Risikoverlagerung vom AGB verwendenden Einkäufer auf den Zulieferer der Ausschluß der Rügepflicht danach einer Kontrolle unterliegen muß, ob der Sinn der Rügepflicht nach §§ 377, 378 HGB “nicht auf der Strecke bleibt und das wirtschaftliche Interesse des Lieferanten noch als gewahrt angesehen werden kann.” So auch Schmidt 1991, 141, 150. Gegen die Entscheidung des BGH: Lehmann 1990, 1849, 1851ff.

¹¹ BGH NJW 1991, 2633; BGH NJW 1984, 1964, 1966; siehe auch ENTSCHEIDUNGEN DES BUNDESGERICHTSHOFES IN ZIVILSACHEN (BGHZ) 132, 175 – “Schuhleder”; vgl. bereits BGHZ 107, 331 – “Wellpappe”.

Produktionsregimes gesagt wurde, ist es für die Gerichte ganz konsequent, hier zu intervenieren. Das eigentliche Entscheidungskriterium für die AGB-Kontrolle der Rügelast bei *Just-in-time*-Verträgen scheint die "Echtheit" der Innovation zu sein. Es ist zu unterscheiden zwischen "echten" Innovationen in der Effizienz der Organisationsgestaltung und "unechten" Innovationen, also bloßen Preisstrategien, die nur durch Risikoverlagerung auf die Zulieferer ermöglicht werden (Casper 1998). Hinter einer solchen Unterscheidung steckt dann weder bloßer Mittelstandsschutz noch eine Bevorzugung der Zuliefererinteressen, sondern die Förderung technologischer Kooperation zwischen Handelsstufen durch gerichtlichen Autonomieschutz und Kooperationslasten in "Germany Inc." Entsprechend führt die gerichtliche AGB-Kontrolle mit ihrem Insistieren auf der Rügelast dazu, daß die Kautelarpraxis zwei unterschiedliche Typen von *Just-in-time* – Verträgen heraustreibt:

- (1) Entweder respektiert der Vertrag die Unternehmensgrenzen zwischen Zulieferer und *assembler*, indem er die Eingangskontrollen beibehält, dann aber auch die Risiken separiert.
- (2) Oder aber er verlagert die Eingangskontrollen des *assemblers* auf die Zulieferer, so daß die Unternehmensgrenzen verschwimmen und eine hybride Organisation zwischen Austausch und Kooperation entsteht, in der aber entsprechend auch die *Risiken gemeinsam getragen* werden müssen.

Das Ergebnis ist also: Die Rügelast des Handelsrechts ist nicht abdingbar, es sei denn, daß der *assembler* eine angemessene Schadensteilung herbeiführt, so daß er in kompensatorischen Klauseln das Haftungsrisiko für Ausgangskontrollen des Zulieferers mitträgt.¹² Während die Abbedingung der Rügelast auch für offenkundige Mängel einen eindeutigen Verstoß gegen § 9 Abs. Nr.1 darstellt¹³, sind Modifikationen der Untersuchungspflicht möglich, beispielsweise der Art, daß sich Abnehmer und Lieferant auf ein Verfahren einigen, nach dem das Prüfungsverfahren vom Lieferanten durchgeführt wird und der Abnehmer seiner Untersuchungspflicht dadurch genügt, daß er die Prüfberichte des Zulieferers überprüft. (Wolf/Horn/Lindacher 1994, § 9 Rz. Z 106) Gerade in *Just-in-Time*-Verträgen jedoch mag der Kostenfaktor einer solchen Überprüfung entgegenstehen (Westphalen 1998, Rz. 14). Die altmodische handelsrechtliche Rügelast könnte also ist in der Tat für *Just-in-time*-Verträge überholt sein, wird aber von der Rechtsprechung als Hebel eingesetzt, um in Kooperation mit Industrieverbänden und Bundeskartellamt ein adäquates Vertragsmodell für *Just in time* – Lieferverträge zu schaffen.

Fazit: Von Clinton & Blair lernen, heißt, es anders machen!

Literatur

¹² Inhaltlich noch offen Westphalen 1998, Rz. 5: "Auch der Gedanke, daß die "Just-in-Time-Lieferung" auf einer kontinuierlichen, einvernehmlichen Zusammenarbeit zwischen Besteller und Zulieferer beruht, die der Verbesserung der gemeinschaftlichen Kooperation zwischen beiden dient, rechtfertigt es nicht, uneingeschränkt von dem Regelungsgehalt der §§ 377, 378 HGB Abstand zu nehmen, ohne daß dies gegen § 9 Abs. 2 Nr.1 verstößt."

¹³ BGH NJW 1991, 1633 Leitsatz 2.

- Albert, Michel (1992) : Kapitalismus contra Kapitalismus. Frankfurt: Campus.
- Aoki, Masahiko (1994) : The Japanese Firm as a System of Attributes: A Survey and Research Agenda, in: M. Aoki / R. Dore (Hrsg.), The Japanese Firm: Sources of Competitive Strength. Oxford: Clarendon.
- Ballmer, Thomas T. / von Weizsäcker, Ernst (1974) : Biogenese und Selbstorganisation. S. 219-264 in: E. von Weizsäcker (Hrsg.), Offene Systeme I: Beiträge zur Zeitstruktur von Information, Entropie und Evolution. Stuttgart: Klett.
- Bijker, W./ Hughes, T. / Pinch, T. (1989) : The Social Construction of Technology Systems. Cambridge: Harvard University Press.
- Bogdan, Michael (1994) : Comparative Law. Deventer: Kluwer.
- Bratton, William / Mc Cahery, Joseph (1995) : Regulatory Competition, Regulatory Capture, and Corporate Self-Regulation. North Carolina Law Review 73, 1861-1948.
- Casper, Steve (1995) : How Public Law Influences Decentralized Supplier Network Organization: The Case of BMW and Audi. S. 95-314 in: WZB-Discussion Paper FS I. Berlin: Wissenschaftszentrum.
- Casper, Steven (1996) : German Industrial Associations and the Diffusion of Innovative Economic Organisation. S. 96-306 in: WZB-Discussion Paper FS I. Berlin: Wissenschaftszentrum.
- Casper, Steven (1998) : The Legal Framework for Corporate Governance: Explaining the Development of Contract Law in Germany and the United States. S. 98-303 in: WZB-Discussion Paper FS I. Berlin: Wissenschaftszentrum.
- Chirelstein, Marvin A. (1992) : Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts. 2. Auflage, Westbury: Foundation Press.
- Cooter, Robert / Kornhauser, Lewis (1980) : Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges? Journal of Legal Studies 9, 139-163.
- Crouch, Collin / Streeck, Wolfgang (1995) : Modern Capitalism or Modern Capitalisms. London: Pinter.
- Dawson, John P. / Burnett, William Harvey / Henderson, Stanley D. (1993) : Contracts: Cases and Materials. 6. Auflage, Westbury: Foundation Press.
- Eigen, Manfred / Schuster, Peter (1979) : The Hypercycle: A Principle of Natural Self-Organisation. Berlin: Springer.
- Frankenberg, Günter (1985) : Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. Harvard International Law Journal 26, 411-455.
- Gilmore, Grant (1995) : The Death of Contract. Reprint (1975) : New Haven: Yale University Press.

Hall, Peter A. (1997) : The Political Economy of Europe in an Area of Interdependence, in: H. Kitschelt / P. Lange / G. Marks / J.D. Stephens (Hrsg.), Continuity and Change in Contemporary Capitalism. Cambridge: Cambridge University Press.

Hall, Peter / David Soskice (1999) : Varieties of Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies (im Erscheinen).

Hancke, Bob / Casper, Steve (1996) : ISO 9000 in the French and German Car Industry: How Quality Standards Support Varieties of Capitalism. S. 96-313 in: WZB-Discussion Papers FS I. Berlin: Wissenschaftszentrum.

Hollingsworth, J. Rogers (Hrsg.) (1993) : Comparing Capitalist Economies. Oxford: Oxford University Press.

Hutter, Michael (1989) : Die Produktion von Recht: Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts. Tübingen: Mohr & Siebeck.

Kessler, Friedrich / Gilmore, Grant / Kronman, Anthony T. (1986) : Contracts: Cases and Materials. 3. Auflage, Boston: Little, Brown.

Legrand, Pierre (1997) : Against a European Civil Code. Modern Law Review 62, 60.

Lehmann, Michael (1990) : Just in time: Handels- und AGB-rechtliche Probleme. Betriebsberater 45, 1849-1855.

Luhmann, Niklas (1984) : Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie. Frankfurt: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1993) : Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp.

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

Maturana, Humberto R. / Varela, Francisco (1987) : Der Baum der Erkenntnis. München: Scherz.

Nelson, Richard R. (1995) : Co-Evolution of Industry Structure, Technology and Supporting Institutions, and the Making of Comparative Advantage. International Journal of the Economics of Business 2, 171-185,

Nelson, Richard R. / Winter, Sidney G. (1982) : An Evolutionary Theory of Economic Change. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

Oechsler, Jürgen (1997) : Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 26, 465-492.

Pohlhausen, Robert von (1978) : Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert. Ebelsbach: Gremer.

- Porter, Michael E. (1990) : The Competitive Advantage of Nations. London: Macmillan.
- Priest, George L. (1977) : The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules. *Journal of Legal Studies* 6, 65-83.
- Roe, Mark (1995) : Chaos and Evolution in Law and Economics. *Harvard Law Review* 109, 1-29.
- Rohe, Mathias (1998) : Netzverträge. Tübingen: Mohr (Siebeck).
- Rubin, Paul H. (1977) : Why is the Common Law Efficient? *Journal of Legal Studies* 6, 51-63.
- Schmidt, Detlef (1991) : Qualitätssicherungsvereinbarungen und ihr rechtlicher Rahmen. *Neue Juristische Wochenschrift* 44, 144-152.
- Schwartz, Alan (1992) : Relational Contracts and the Courts. *Journal of Legal Studies* 21, 780-822.
- Soskice, David (1997) : Divergent Production Regimes: Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s. S. 271-289 in: H. Kitschelt / P. Lange / G. Marks / J.D. Stephens (Hrsg.), *Continuity and Change in Contemporary Capitalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther (1995) : Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne. S. 191-214 in: E. Schmidt / H.L. Weyers (Hrsg.), *Liber Amicorum Josef Esser*. Heidelberg: Müller.
- Teubner, Gunther (1998) : Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Produces New Divergences. *Modern Law Review* 61, 11-32.
- Ulmer, Peter / Brandner, Erich / Hensen, Horst-Diether (1997) : *AGB-Gesetz*. 8. Auflage, Köln: Schmidt.
- Westphalen, Friedrich Graf von (1998) : *Vertragsrecht und Klauselwerke*. München: Beck.
- Williamson, Oliver (1985) : *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: Free Press.
- Williamson, Oliver E. (1991) : Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives. *Administrative Science Quarterly* 36, 269-296.
- Williamson, Oliver (1993) : Calculativeness, Trust, and Economic Organization. *Journal of Law and Economics* 36, 453-486.
- Willke, Helmut (1995) : *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*. Stuttgart: UTB.

Winter, Sydney G. (1995) : Four Rs of Profitability: Rents, Resources, Routines and Replication. S. 147-178 in: C.A. Montgomery (Hrsg.), Resource-based and Evolutionary Theories of the Firm: Towards a Synthesis, Boston: Kluwer.

Wolf, Martin / Horn, Norbert / Lindacher, Walter (1994) : AGB-Gesetz. 3. Auflage, München: C.H.Beck.

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein (1996) : Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts. 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen: Mohr (Siebeck).

Gunther Teubner, geb. 1944, Professor für Privatrecht und Rechtssoziologie in Frankfurt; Centennial Visiting Professor London School of Economics.

Publikationen: Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978; Recht als autopoietisches System, 1989; Droit et réflexivité: L'auto-référence en droit et dans l'organisation. Paris 1994. Diritto policontesturale 1999 (im Erscheinen).

Herausgeber: State, Law, Economy as Autopoietic Systems, 1992; Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, 1995; Environmental Law and Ecological Responsibility 1995; Global Law Without A State, 1997.