



TranState Working Papers

DIE THEORIE DES
TRANSNATIONALEN UNTERNEHMENS
AUS RECHTLICHER PERSPEKTIVE

JENS MERTENS

No. 132

Universität Bremen • University of Bremen
Jacobs Universität Bremen • Jacobs University Bremen
Universität Oldenburg • University of Oldenburg

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

Jens Mertens

***Die Theorie des Transnationalen Unternehmens
aus rechtlicher Perspektive***

TranState Working Papers

No. 132

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“

Bremen, 2010

[ISSN 1861-1176]

Jens Mertens

Die Theorie des Transnationalen Unternehmens aus rechtlicher Perspektive
(TranState Working Papers, 132)

Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2010

ISSN 1861-1176

Universität Bremen

Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597

Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State

Postfach 33 04 40

D - 28334 Bremen

Tel.:+ 49 421 218-8720

Fax:+ 49 421 218-8721

Homepage: <http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de>

Die Theorie des Transnationalen Unternehmens aus rechtlicher Perspektive

ZUSAMMENFASSUNG

In der juristischen Literatur finden sich zahlreiche Beiträge, die sich mit Folgeproblemen des Phänomens transnationaler Unternehmen auseinandersetzen. Es mangelt jedoch an Beiträgen, die die Grundlagen, also die internen Steuerungsmechanismen und Entscheidungsstrukturen transnationaler Unternehmen thematisieren. Um einen ersten Schritt auf diesem in Zukunft vertieft zu erschließenden Forschungsgebiet zu tun, wird in diesem Arbeitspapier die institutionenökonomische Theorie des Unternehmens an den juristischen Diskurs gekoppelt. Einleitend wird der kontrovers diskutierte Frage nachgegangen, wie transnational transnationale Unternehmen tatsächlich sind, wie illoyal gegenüber und unabhängig von ihren Heimatstaaten sie also agieren. Es wird gezeigt, dass es sich um eine Scheindebatte handelt, da die Antwort von der Definition der Grenzen des Unternehmens gegenüber seiner Außenwelt abhängt. Die Steuerungsmechanismen und Entscheidungsstrukturen transnationaler Unternehmen sind daher sowohl für eigentumsrechtlich verbundene transnationale Konzerne als auch für lediglich auf schuldvertraglichen Bindungen beruhende transnationale Unternehmensnetzwerke zu untersuchen. Dafür wird exemplarisch anhand des deutschen Konzernrechts auf eine normative Analyse zurückgegriffen, die als vorläufiger Schritt durch empirische Studien zu ergänzen sein wird.

INHALT

A. EINLEITUNG.....	1
B. WIE TRANSNATIONAL SIND TRANSNATIONALE UNTERNEHMEN?	5
I. Globale oder nationale Unternehmen? Oder: Die unscharfe Umgrenzung des Unternehmens.....	6
II. Aktuelle Entwicklung des Transnationalitätsgrads transnationaler Unternehmen	10
1. Konzernintern.....	10
2. Konzernextern.....	14
3. Zwischenergebnis.....	15
C. DIE THEORIE DES TRANSNATIONALEN UNTERNEHMENS AUS RECHTLICHER PERSPEKTIVE	16
I. Ökonomische Erklärungsansätze.....	16
1. Das transnationale Unternehmen als Institution zur Absicherung grenzüberschreitender Transaktionen	17
2. Die Transaktionsabwicklung in der idealtypischen Hierarchie.....	18
II. Das juristische Dilemma: Das transnationale Unternehmen als unvollkommene Hierarchiestruktur.....	22
III. Die rechtliche Ausgestaltung institutioneller Arrangements im transnationalen Unternehmen	25
1. Hierarchie im Konzern.....	25
a) Faktischer Konzern	26
b) Vertragskonzern	28
c) Die institutionelle Absicherung konzerninterner Transaktionen	30
2. Netzwerkstrukturen als Form des „Unternehmens“ im institutionellen Sinne?	32
a) Steuerung wirtschaftlich-existenziell abhängiger Unternehmen durch Austauschverträge	33
b) Die unternehmensexterne Abwicklung von Transaktionen im Netzwerkverbund	35
D. SCHLUSS.....	37
BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG.....	38

Die Theorie des Transnationalen Unternehmens aus rechtlicher Perspektive

A. EINLEITUNG

Das Bild der globalen Wirtschaft hat sich im Laufe der vergangenen Jahrzehnte stark verändert. Während bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein vorwiegend nationale Waren- und Dienstleistungsmärkte vorherrschten, hat seit dem Ende des 2. Weltkriegs eine bis dahin ungekannte Vernetzung wirtschaftlicher Prozesse über nationale Grenzen hinweg eingesetzt. Während bereits seit Menschen Gedenken der Warenhandel nationalstaatliche oder kulturelle Grenzen überschritten hat, sind es heutzutage gesamte Produktionsprozesse, Dienstleistungen sowie Kapitalströme, die ungeachtet nationaler Grenzen weltweit fragmentiert organisiert sind.¹

Eine entscheidende Rolle in dieser globalen Vernetzung der Wirtschaftsprozesse spielen transnationale Unternehmen. Sie koordinieren die global gestreuten Teilproduktionsprozesse und schöpfen damit durch internationale Arbeitsteilung bislang ungenutzte Ressourcen aus. Durch ihre weltweite Ausdehnung bieten sie Organisationsstrukturen, die eine Koordination der Wertschöpfung jenseits nationalstaatlicher Wirtschaftsräume möglich machen. Aus ihrem wirtschaftlichen Erfolg und der daraus resultierenden Größe einiger transnationaler Unternehmen, die sich wirtschaftlich auf Augenhöhe mit mittelgroßen Industriestaaten bewegen, resultiert eine Verschiebung der Machtverhältnisse auf dem internationalen Parkett.

Seit Beginn der wissenschaftlichen Debatte über transnationale Unternehmen Ende der 1960er Jahre sind etliche Beiträge erschienen, die die neuartige Stellung dieser privatrechtlichen Akteure im globalen Politikgefüge betrachten.² Anfangs trat das Phänomen internationalen Einflusses privater Akteure mit dem etablierten Bild von den Nationalstaaten als alleinigen Akteuren auf der internationalen Bühne in Konflikt. Da die Autoren noch diesem klassischen staatszentrierten Gesellschaftsmuster verhaftet waren, musste der Blick eindimensional bleiben: Man war zu sehr damit beschäftigt, die

¹ Robé, *Jean-Philippe*, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in: G. Teubner (Hrsg.), *Global Law Without a State*, 1997, S. 45; die Integrationsleistung transnationaler Unternehmen betont auch Ball, *George W.*, *Cosmocorp: The Importance of Being Stateless*, 2 *Columbia Journal of World Business* (1967), 25, 26.

² Vgl. z.B. Baum, *The Global Corporation: An American Challenge to the Nation State*, 55 *Iowa Law Review* (1968), 419; Vernon, *Raymond*, *Sovereignty at Bay. The Multinational Spread of U.S. Enterprises*, 1971; Huntington, *Samuel P.*, *Transnational Organizations in World Politics*, 25 *World Politics* (1973), 333; Gilpin, *Robert*, *The Politics of Transnational Economic Relations*, in: G. Modelski (Hrsg.), *Transnational Corporations and World Order*, 1979, S. 66.

Rückwirkungen transnationaler Unternehmen auf die Staatenwelt nachzuvollziehen, als dass Raum für eine Untersuchung der transnationalen Unternehmen selbst geblieben wäre. Nur vereinzelt ist erkannt worden, dass transnationale Unternehmen als *Akteure* in den Fokus der politikwissenschaftlichen Forschung der internationalen Beziehungen gerückt werden müssen.³ Die Frage, wie selbständig transnationale Unternehmen als Akteure auf internationaler Ebene tatsächlich sind, wie unabhängig von und illoyal gegenüber Nationalstaaten sie also agieren, bleibt so unbeantwortet.

Auch die juristischen Bezüge transnationaler Unternehmen werden zumeist ausschließlich aus Sicht der Nationalstaaten aufgegriffen. Klassische Beiträge beziehen sich insbesondere auf die Regulierung transnationaler Unternehmen, deren Behandlung unter aufsichts- bzw. steuerrechtlichen Gesichtspunkten sowie deren Verantwortlichkeit als Haftungsverband.⁴ Das Unternehmen wird somit von außen, als durch den Staat zu regulierendes Objekt betrachtet. Erst später entwickelten sich der mittlerweile ausgewachsene Literaturstrang zur Corporate Social Responsibility (CSR),⁵ die Literatur zur völkerrechtlichen Behandlung transnationaler Unternehmen,⁶ sowie die jüngeren Untersuchungen transnationaler Unternehmen als Rechtsetzer in ihrem eigenen transnationalen Rechtsregime.⁷ Im Bereich dieser Anschlussfragen werden dabei erste Schritte un-

³ *Strange, Susan*, Big Business and the State, in: L. Eden/E. H. Potter (Hrsg.), *Multinationals in the Global Political Economy*, 1993, S. 101, S. 101 ff.

⁴ *Vagts, Detlev F.*, The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law, 83 *Harvard Law Review* (1970), 739; *Keohane, Robert O./Ooms, Van Doorn*, The Multinational Firm and International Regulation, in: G. Modelski (Hrsg.), *Transnational Corporations and World Order*, 1979, S. 271; *Grossfeld, Bernhard*, Internationales und europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, 1995.

⁵ Z.B. *Scherer, Andreas Georg*, Multinationale Unternehmen und Globalisierung: Zur Neuorientierung der Theorie der Multinationalen Unternehmung, 2003; *Weissbrodt, David/Kruger, Muria*, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises, 97 *The American Journal of International Law* (2003), 901; *Scherer, Andreas Georg/Palazzo, Guido/Baumann, Dorothee*, Global Rules and Private Actors: Toward a New Role of the Transnational Corporation in Global Governance, 16 *Business Ethics Quarterly* (2006), 505.

⁶ Vgl. z.B. *Charney, Jonathan I.*, Transnational Corporations and Developing Public International Law, *Duke Law Journal* (1983), 748; *Johns, Fleur*, The Invisibility of the Transnational Corporation: An Analysis of International Law and Legal Theory, 19 *Melbourne University Law Review* (1994), 893.

⁷ *Backer, Larry Catá*, Multinational Corporations, *Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law*, 37 *Columbia Human Rights Law Review* (2006), 287; *Backer, Larry Catá*, Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation, 14 *Journal of International & Comparative Law* (2008), 1; *Muchlinski, Peter T.*, "Global Bukowina" Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-making

ternommen, transnationale Unternehmen als von der Staatenwelt unabhängige Akteure zu begreifen. Was jedoch aus juristischer Perspektive fehlt, ist eine Beschäftigung mit den Binnenstrukturen transnationaler Unternehmen und den Ursachen für ihre Entstehung. Wie genau funktioniert rechtlich betrachtet überhaupt ein transnationales Unternehmen? Was sind die Beweggründe, solch umfassende Organisationsapparate zu etablieren?

Während insbesondere Ökonomen schon seit längerer Zeit akribische Studien über die Beziehungen innerhalb der Unternehmensstruktur, deren Funktionsmechanismus und deren Entstehungsgründe betrieben haben,⁸ ist die juristische Grundlagenforschung diesbezüglich rückständig. Exemplarisch dafür ist eine Feststellung *Rugmans* anlässlich der 25-jährigen Jubiläumsausgabe seines Werkes „*Inside the Multinationals : The Economic of Internal Markets*“, welches als Klassiker bezüglich der ökonomischen Funktionsmechanismen des „Innenlebens“ transnationaler Unternehmen gilt. Er führt an, dass das Buch seit seinem Erscheinen 1981 insgesamt 215-mal in wissenschaftlichen Abhandlungen zitiert worden ist, davon jedoch nur 3 mal von Juristen.⁹ Juristische Arbeiten behandeln die Grundlagen des transnationalen Unternehmens – wenn überhaupt – nur stiefmütterlich.¹⁰ Es sind meist lediglich kurze Ausführungen über die klassische Gliederung transnationaler Unternehmen in ein Mutterunternehmen mit eigentumsrechtlichen Beteiligungen an ausländischen Tochterunternehmen zu finden,¹¹ während im weiteren Verlauf ausschließlich der Blick von außen auf die rechtliche Einordnung des Unternehmens, seine Anerkennung durch den Nationalstaat sowie sämtliche Aspekte

Community, in: G. Teubner (Hrsg.), *Global Law Without a State*, 1997, S. 79; *Robé*, *Multinational Enterprises*, in: Teubner (Hrsg.), *Global Law Without a State*, 1997, S. 45.

⁸ Statt vieler nur *Hymer*, *Stephen Herbert*, *The International Operations of National Firms*, 1960 = 1976; *Kindleberger*, *Charles P.*, *American Business Abroad - Six Lectures on Direct Investment*, 1969; *Rugman*, *Alan M.*, *Inside the Multinationals: The Economic of Internal Markets*, 1981; *Caves*, *Richard E.*, *Multinational enterprise and economic analysis*, 1982; *Teece*, *David J.*, *Multinational Enterprise, Internal Governance, and Industrial Organization*, 75 *The American Economic Review* (1985), 233; *Dunning*, *John H./Lundan*, *Sarianna M.*, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2008.

⁹ *Rugman*, *Alan M.*, *Inside the multinationals - 25th Anniversary Edition: The economic of internal markets*, 2006, S. xxiv: Table A 1.2.

¹⁰ In der deutschsprachigen Literatur weitgehend allein *Grossfeld*, *Internationales und europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen*; die wohl umfassendste Behandlung der Thematik findet sich bei *Muchlinski*, *Peter T.*, *Multinational Enterprises and the Law*, 2007, sowie als Klassiker *Vagts*, *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*.

¹¹ Siehe *Grossfeld*, *Internationales und europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen*, S. 6; *Vagts*, *The Multinational Enterprise: A New Challenge for Transnational Law*, S. 742 ff.

seiner Regulierung gerichtet wird. In neueren Arbeiten wird teilweise auch versucht, modernere Unternehmensstrukturen durch vertragliche Beziehungen zwischen selbständigen, aber abhängigen Unternehmensteilen in die rechtliche Einordnung transnationaler Unternehmen zu integrieren.¹² Eine hinreichende Tiefe erreichen diese Ausführungen jedoch nicht.

Juristen wagen sich also an die Betrachtung allerart Folgeprobleme, die durch transnationale Unternehmen entstehen, ohne deren grundlegende Funktionsweise und Entstehungsgründe verstanden zu haben.¹³ Die CSR-Literatur kann als illustratives Beispiel dafür dienen, dass Anschlussfragen gestellt werden, bevor die Grundlagen hinreichend geklärt sind: „das transnationale Unternehmen an sich“ wird zum Ausgangspunkt genommen, um nach seiner sozialen Verantwortlichkeit zu fragen. Die Behandlung dieser Thematik hängt jedoch entscheidend davon ab, in welchen rechtlichen Beziehungen die Akteure innerhalb der Unternehmensstruktur zueinander stehen, da sich nur in Kenntnis der genauen juristischen Ausgestaltung und Funktionsweise des Unternehmens Aussagen über dessen Verantwortlichkeit gegenüber Außenstehenden ableiten lassen. Um über Anschlussfragen wie die Regulierung transnationaler Unternehmen, deren Haftung, soziale Verantwortlichkeit oder deren Völkerrechtssubjektivität fundiert urteilen zu können, muss man daher zunächst den Bezugsgegenstand selbst ergründen. Es gilt, die rechtliche Grundkonzeption des transnationalen Unternehmens zu erfassen.

Dieser Beitrag soll einen ersten Schritt auf diesem in Zukunft näher zu erschließenden Forschungsfeld tun. Abschnitt (B.) beschäftigt sich zunächst mit der für das Verständnis der Grundlagen transnationaler Unternehmen unumgänglichen Vorfrage, wie transnational transnationale Unternehmen tatsächlich sind, d.h. wie illoyal gegenüber und unabhängig von Nationalstaaten sie agieren. In diesem Rahmen wird die insbesondere für Juristen relevante Schwierigkeit deutlich, das Unternehmen von seiner Außenwelt abzugrenzen. Um die Grundkonzeption des transnationalen Unternehmens für die weitere juristische Forschung zugänglich zu machen, wird daher in Abschnitt (C.) ein erster Schritt gemacht, um die ökonomisch geprägte Theorie des transnationalen Unternehmens an den juristischen Diskurs anzukoppeln. Dazu soll durch eine exemplarische normative Analyse der Steuerungsmechanismen transnationaler Unternehmen anhand des deutschen Konzernrechts die rechtliche Bedeutung und Funktionsweise interner Unternehmensstrukturen beleuchtet werden. Rechtsvergleichende und empirische Un-

¹² *Muchlinski*, *Multinational Enterprises and the Law*, S. 52 ff.

¹³ Vgl. z.B. *Hofstetter, Karl*, *Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne - Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte*, 1995, S. 15 f., der der Beschreibung der juristischen Struktur von Multinationalen Konzernen nur wenige Zeilen widmet, obwohl die von ihm behandelten Haftungsfragen substantiell von eben dieser Problematik abhängen.

tersuchungen sind ergänzend notwendig, bleiben jedoch zukünftigen Forschungsvorhaben vorbehalten.

B. WIE TRANSNATIONAL SIND TRANSNATIONALE UNTERNEHMEN?

Was ist eigentlich gemeint, wenn Unternehmen als „transnational“ bezeichnet werden?¹⁴ Ziel an dieser Stelle ist es nicht, eine abschließende Definition zu entwickeln. Es soll vielmehr erläutert werden, welche Eigenschaften mit Unternehmen verbunden werden, denen dieses Attribut zugeschrieben wird. Einigkeit besteht zunächst darüber, dass sich der Begriff auf Unternehmen bezieht, die in grenzüberschreitende wirtschaftliche Austauschprozesse eingebunden sind. Doch warum sollen diese Unternehmen gerade „trans“-national sein, warum sind sie nicht einfach „international tätig“ oder „in grenzüberschreitende Wirtschaftsprozesse involviert“? Die Vorsilbe „trans“ kann viele Bedeutungen einnehmen. Im Kontext grenzüberschreitend wirtschaftender Unternehmen soll sie im Sinne von „jenseits“ zum Ausdruck bringen, dass sich die Unternehmen vom überkommenen Konzept nationalstaatlicher begrenzter Wirtschaftsräume und damit vom Einfluss der Nationalstaaten selbst emanzipiert haben. Der Fokus der Unternehmen betrifft nach dieser Vorstellung nicht mehr einzelne nationalstaatliche Wirtschaftsräume, sondern ist auf den globalen Markt ausgerichtet. Manager transnationaler Unternehmen sehen einzelne Staaten als Standorte mit verschiedenen rechtlichen, steuerlichen und tatsächlichen Produktionsbedingungen, haben ihnen gegenüber darüber hinaus jedoch kein Affektionsinteresse. Transnational sind Unternehmen, die bei der globalen Koordinierung ihrer Wirtschaftsprozesse die jeweils günstigsten Bedingungen suchen, ohne dabei auf nationalstaatliche Interessen Rücksicht zu nehmen. Zusammenfassend ist der Idealtyp des „transnationalen“ Unternehmens ein solches, das in seinen Entscheidungen nicht von Nationalstaaten abhängig ist und sich ihnen gegenüber illoyal verhält.

¹⁴ Das Attribut „transnational“ alterniert je nach semantischer Vorliebe insb. mit „multinational“. Vereinzelt werden Differenzierungen in diese beiden Begriffe hineingelesen, die jedoch in sich so verschiedenartig sind, dass sich eine allgemeingültige Unterscheidung nicht nachvollziehen lässt. Eine eindrucksvolle Auflistung der in diesem Kontext verwendeten Begriffsvielfalt findet sich bei *Nowrot, Karsten*, Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht: Konsequenzen der Beteiligung transnationaler Unternehmen an den Rechtssetzungsprozessen im internationalen Wirtschaftssystem, 2006, S. 40 ff.

I. Globale oder nationale Unternehmen? Oder: Die unscharfe Umgrenzung des Unternehmens

„In today’s ‚Interlinked Economy‘, global corporations have effectively become nationalityless.”¹⁵

“There will be no national products or technologies, no national corporations, no national industries. There will be no longer national economies, at least as we have come to understand that concept.”¹⁶

“Thus, apart from binational companies, there are no multinational, transnational, or global enterprises, only national firms with international operations.”¹⁷

“Of the largest one hundred core firms in the world, not one is truly ‘global’, ‘footloose’ or ‘borderless’.”¹⁸

Die Bandbreite an Einschätzungen in der Literatur, ob transnationale Unternehmen dieser Idealvorstellung tatsächlich entsprechen, könnte – wie die Zitate belegen – nicht unterschiedlicher ausfallen. Die Literaturstimmen bewegen sich zwischen zwei Extrempositionen: Einerseits wird das transnationale Unternehmen als vollständig von nationalen Interessen losgelöst beschrieben, als illoyal gegenüber den einzelnen staatlichen Interessen sowohl am Sitz des Mutterunternehmens, als auch in den jeweiligen Gastländern, in denen Tochterunternehmen unterhalten werden. Begrifflich wird von der „global corporation“ gesprochen, welche „footloose“ bzw. „nationalityless“ sei.¹⁹ Dem treten andere gegenüber und behaupten im Gegenteil, dass das globale Unternehmen ein Mythos sei. Vielmehr seien diese vermeintlich global orientierten Unternehmen allesamt so sehr in ihrem Heimatland verfestigt, dass man nur von nationalen Unternehmen mit internationalen Aktivitäten sprechen könne.²⁰

¹⁵ *Ohmae, Kenichi*, Managing in a global environment - An excerpt from: The borderless world, The McKinsey Quarterly (1990), 3.

¹⁶ *Reich, Robert B.*, The Work of Nations - Preparing Ourselves for 21st-Century Capitalism, 1991, S. 3.

¹⁷ *Hu, Yao-Su*, Global or Stateless Corporations are National Firms with International Operations, 34 California Management Review (1992), 107, 122.

¹⁸ *Ruigrok, Winfried/van Tulder, Rob*, The Logic of International Restructuring, 1995, S. 159.

¹⁹ *Reich*, The Work of Nations, insb. S. 136 ff.; *Ohmae*, Managing in a global environment; *Ball*, Cosmocorp: The Importance of Being Stateless.

²⁰ *Hu*, Global or Stateless Corporations are National Firms with International Operations; *Ruigrok/van Tulder*, The Logic of International Restructuring; *Dicken, Peter*, Transnational Corporations and Nation-States, 49 International Social Science (1997), 77, ebd. S. 79: „It has become fashionable in many quarters to depict TNCs as ‘placeless’ institutions. In fact, TNCs are emphatically not placeless. All have an identifiable home base, a base that ensures that every TNC is essentially embedded within its domestic environment.”

Interessanter Weise fällt die Kontroverse zwischen den scheinbar unversöhnlichen Lagern jedoch bei genauerer Betrachtung in sich zusammen. Den diametral entgegengesetzten Ergebnissen liegt schlichtweg ein Missverständnis zu Grunde, da die Kontrahenten sich nur dem Begriff nach auf denselben Untersuchungsgegenstand beziehen, nicht jedoch dem Inhalt nach. Auf der einen Seite wird die angloamerikanische Unternehmensform als Maßstab angelegt, in der ein Mutterunternehmen über Direktinvestitionen vollständige oder zumindest mehrheitliche eigentumsrechtliche Beteiligungen an ausländischen Tochterunternehmen hält und diese so kontrolliert. In diesem strikt hierarchischen, pyramidenförmig auf das Mutterunternehmen zugeschnittenen Aufbau lässt sich der Grad der Transnationalität relativ einfach messen. Die UNCTAD beispielsweise errechnet einen sogenannten Transnationalitätsindex (TNI), der die im Ausland befindlichen Vermögenswerte und die Gesamtsumme der Vermögenswerte, die ausländischen Verkaufswerte und die Gesamtverkaufswerte sowie die Zahl der ausländischen Beschäftigten und die Gesamtzahl der Beschäftigten eines Unternehmens in Verhältnis setzt. Auf Grundlage solcher und ähnlicher Daten, die sich allesamt auf eigentumsrechtlich verbundene Unternehmensteile bezogen, stellten *Ruigrok* und *van Tulder* Mitte der 1990er Jahre fest, dass der Grad an Internationalisierung der hundert größten grenzüberschreitend operierenden Unternehmen relativ gering ist und wirklich „globale“ Unternehmen daher nicht existieren. Auch *Hu* setzte in seiner Untersuchung wenige Jahre zuvor über die Zuordnung der Eigentumspositionen, der Unternehmensleitung und der rechtlichen Zugehörigkeit der Unternehmensteile zu Nationalstaaten an.²¹ Im Ergebnis ließen sich über diese Faktoren starke Verbindungen zu bestimmten Nationalstaaten feststellen, so dass man seiner Ansicht nach nicht von globalen Unternehmen, sondern nur von nationalen Unternehmen mit internationalen Operationen sprechen könne.

Entscheidend ist, dass sämtliche Messwerte in dieser Art von Studien auf dem traditionellen Verständnis des Konzerns beruhen, dem alle Unternehmensteile angehören, an denen das Mutterunternehmen Mehrheits- oder gar Volleigentum hat. Direkt ersichtlich ist dies in Bezug auf die Erhebung des Anteils im Ausland belegener Vermögenswerte. Aber auch bei der Erfassung der Verkaufs- und Belegschaftsdaten kann nur dann eine saubere Trennung konzerninterner und -externer Daten vollzogen werden, wenn man eine gesellschaftsrechtliche Verbindung als Kriterium voraussetzt.

Doch ist damit die Theorie vom „globalen Unternehmen“ zu Recht zum Mythos abgestempelt, wie dies teils ausdrücklich propagiert wird?²² Analysiert man die Argumentation der Gegenposition genauer, so fällt diese Frage auf das bekannte Problem der Abgrenzung des Unternehmens von seiner Außenwelt zurück. Der entscheidende Punkt

²¹ *Hu*, Global or Stateless Corporations are National Firms with International Operations.

²² *Doremus, Paul N./Keller, William W./Pauly, Louis W./Reich, Simon*, The Myth of the Global Corporation, 1998.

liegt darin, dass für Autoren wie *Reich* oder *Ohmae*, die die Theorie des „globalen“ Unternehmens hochhalten, die Operationen des Unternehmens nicht notwendigerweise mit pyramidenförmigen Strukturen und gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zwischen den beteiligten Akteuren verknüpft sind. Vielmehr stellen sie lockere netzwerkartige Strukturen in den Mittelpunkt ihrer Betrachtung.²³ Ihre Arbeiten schließen damit an die zu dieser Zeit aufstrebenden ökonomischen Beiträge an, die die zunehmende Ausbildung von Netzwerkstrukturen zwischen formal selbständigen Unternehmen in den Blick nehmen.²⁴ Danach ist im wissensbasierten Zeitalter des „Post-Fordism“ die Wertschöpfungskette zunehmend nicht mehr vollständig unter dem Dach eines Konzerns gegliedert, sondern zwecks flexiblerer Bewältigung von Problemen in einem zahnradgleichen globalen Wirtschaftssystem vernetzt.²⁵

Reich verdeutlicht diese Prozesse, indem er am Beispiel eines vermeintlich amerikanischen PKW die verschiedenen weltweiten Wertschöpfungsbeiträge zum Endprodukt aufschlüsselt, die die Zuordnung des Endprodukts zu einer bestimmten nationalen Wirtschaft unmöglich machen.²⁶ Dabei wird erkennbar, dass zahlreiche rechtlich und wirtschaftlich selbständige Akteure in der Produktionskette beteiligt sind, die durch das auf das klassische pyramidenförmige Unternehmen zugeschnittene Untersuchungsraaster fallen würden. Die Zweifler am Konzept des „globalen Unternehmens“ stellen diese Form der Einbindung auch gar nicht in Abrede. *Hu* misst den „international operations“ gar so große Bedeutung zu, dass er sie mit in den Titel seiner Untersuchung aufgenommen hat.²⁷ Auch *Ruigrok/van Tulder* sind die Netzwerkbeziehungen transnationaler Un-

²³ Dass transnationale Unternehmen auch über vertragliche Bindungen operieren können wurde schon früh erkannt, so z.B. *Rubin, Seymour J.*, *The International Firm and the National Jurisdiction*, in: C. P. Kindleberger (Hrsg.), *The International Corporation*, 1970, S. 179, 181.

²⁴ *Powell, W. W.*, *Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization*, 12 *Research in Organizational Behavior* (1990), 295-336; *Bartlett, Christopher/Goshal, Sumantra*, *The Multinational Corporation as an Interorganizational Network*, 15 *The Academy of Management Review* (1990), 603-625; neuere Beiträge: *Williamson, Oliver E.*, *Networks - Organizational Solutions to Future Challenges*, in: T. Theurl (Hrsg.), *Economics of Interfirm Networks*, 2005, S. 3 und für die deutsche Unternehmenslandschaft *Guenther, Tina*, *Struktur- und Kulturwandel international tätiger deutscher Unternehmen - Das Beispiel des Bayer-Konzerns*, 2007, S. 69.

²⁵ Dazu auch *Dunning, John H.*, *Relational Assets, Networks, and International Business Activity*, in: F. J. Contractor/P. Lorange (Hrsg.), *Cooperative Strategies and Alliances*, 2002, S. 569, 590; *Contractor, Farok J./Lorange, Peter*, *The Growth of Alliances in the Knowledge-based Economy*, in: F. J. Contractor/P. Lorange (Hrsg.), *Cooperative Strategies and Alliances*, 2002, S. 3, 7.

²⁶ *Reich*, *The Work of Nations*, S. 113 ff.; zur zunehmenden Vernetzung der amerikanischen Autoindustrie auch *Powell*, *Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization*, S. 320 f.

²⁷ *Hu*, *Global or Stateless Corporations are National Firms with International Operations*.

ternehmen nicht entgangen. Vielmehr erkennen sie ausdrücklich an, dass transnationale Unternehmen insbesondere innerhalb der Wertschöpfungskette z.B. mit Zulieferern und Distributeuren, die nicht formal dem Unternehmen zuzurechnen sind, in netzwerkartigen Verbindungen stehen.²⁸

Was bleibt aus dieser Kontroverse als Zwischenergebnis festzuhalten? Der wichtigste Punkt ist, dass die anfangs inkompatibel erscheinenden Positionen durchaus miteinander vereinbar sind – sofern man sich die Verschiedenartigkeit der Bezugsobjekte vergegenwärtigt. Haben die gesellschaftsrechtlich anerkannten konzerninternen Strukturen eine enge Verbindung mit einem bestimmten Nationalstaat, so schließt das nicht aus, dass dieser Konzern seinerseits auf vielfältige Weise in ein Netz wirtschaftlicher Interdependenzen verwoben ist, das sich dem herkömmlichen juristischen Unternehmensbegriff entzieht.

Parameter, die sich ausschließlich auf gesellschaftsrechtliche Verbindungen zu Tochterunternehmen beziehen, können vor dem Hintergrund expandierender Netzwerkstrukturen jedoch nur *ein* Indiz für die tatsächliche Vernetzung der grenzüberschreitenden Transaktionen eines transnationalen Unternehmens darstellen. Moderne ökonomisch orientierte Definitionen des transnationalen Unternehmens gehen bereits dazu über, sich von fixen eigentumsrechtlichen Beteiligungsquoten zu lösen, und in die Beschreibung des transnationalen Unternehmens auch die Beziehungen zu solchen Akteuren zu integrieren, die zumindest faktisch durch die Unternehmensleitung kontrolliert werden können. So verzichtet z.B. die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) in ihren „Guidelines on Multinational Enterprises“ vollständig auf harte juristische Kriterien indem sie definiert:

“[Multinational enterprises] usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may co-ordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. [...]“²⁹

²⁸ *Ruigrok/van Tulder*, *The Logic of International Restructuring*, S. 63 ff.; dazu auch *Hessinger, Philipp*, *Zwischen Weltmarkt und Weltgesellschaft: Transnationale Unternehmen im Umbruch der globalen Warenketten*, in: U. Mense-Petermann/G. Wagner (Hrsg.), *Transnationale Konzerne - Ein neuer Organisationstyp?* 2006, S. 35, 47.

²⁹ *OECD*, *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Text, Commentary and Clarifications* (October 2001), verfügbar unter: <[http://www.oalis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002F06/\\$FILE/JT00115758.PDF](http://www.oalis.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002F06/$FILE/JT00115758.PDF)>, zuletzt abgerufen am: 19.08.2009; ähnlich auch *Dunning/Lundan*, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, S. 3: “A multinational or transnational enterprise is an enterprise that engages in foreign direct investment (FDI) and owns or, in some way, controls value-added activities in more than one country.”.

Letztlich bleibt nur die Frage umstritten, ob sich solche Netzwerkstrukturen tatsächlich noch dem Unternehmen zuordnen lassen – oder ob dies den Begriff überdehnen würde.³⁰ Inwiefern dieses Dilemma den juristischen Diskurs beeinflusst, soll uns erst im folgenden Abschnitt weiter beschäftigen. Bei der Frage nach der Transnationalität von Unternehmen gilt es jedenfalls vorerst, die Strukturen innerhalb *und* außerhalb des klassischen Konzerns parallel zu betrachten.

II. Aktuelle Entwicklung des Transnationalitätsgrads transnationaler Unternehmen

1. Konzernintern

Die Untersuchungen zum Grad der Transnationalität konzerninterner Strukturen transnationaler Unternehmen, auf die auch heute noch regelmäßig Bezug genommen wird, dürfen in der schnelllebigen Wirtschaftswelt mittlerweile als angestaubt gelten. Circa fünfzehn Jahre nach Erscheinen der Studien von *Hu* bzw. *Ruigrok/van Tulder* stellt sich daher die Frage, ob die Erkenntnis, dass die konzerninternen Strukturen stark durch eine bestimmte Nationalität geprägt sind, auch heute noch aktuell sind. Als Ausgangspunkt für eine evidenzbasierte Überprüfung der damaligen Ergebnisse kann auf die jährlich veröffentlichten Datensätze der United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) zum Transnationalitätsindex der weltweit größten transnationalen Unternehmen zurückgegriffen werden. Vergleicht man den aktuellsten Datensatz der UNCTAD, der sich auf das Jahr 2006 bezieht, mit den Daten von 1990, die der Untersuchung von *Ruigrok/van Tulder* zugrunde lagen, so lässt sich Folgendes beobachten:

Das Unternehmen mit dem größten Umfang an ausländischen Vermögenswerten ist nach den aktuellen Daten das amerikanische Unternehmen General Electric. Während der Anteil dieser ausländischen Vermögenswerte an den Gesamtvermögenswerten des Unternehmens 2006 mehr als 63 % ausmacht, lag dieser Anteil 1990 bei gerade einmal 10 %. Nimmt man die Anteile der ausländischen Verkaufs- und Belegschaftszahlen dazu, um den Transnationalitätsindex des Unternehmens nach der UNCTAD-Methode zu berechnen, so kommt General Electric heute auf einen TNI von 53 %, während dieser 1990 bei nur 15 % lag. Dies entspricht einer Steigerung von 233 %. Ebenfalls gestiegen

³⁰ Dazu *Theurl, Theresia*, Foreword, in: T. Theurl (Hrsg.), *Economics of Interfirm Networks*, 2005, S. V: “Today’s firms operate in systems of complex cooperation. This means that the boundaries of the firm are no longer clear-cut, but become rather blurred. The firms act in interfirm networks, i.e. they are part of a larger cooperative system where they do not dispose of complete administrative control over assets, but operate in a stronger interdependency than what is usually experienced in markets. Consequently, the focus of research moves from analyzing the nature of the firm to describing the appropriate boundaries of the firm and to the development of an economic theory of these inter-woven enterprise relations.”

ist der TNI des weltweit zweitgrößten Eigners ausländischer Eigentumspositionen, British Petroleum: lag dieser 1990 noch bei 67 %, ist er bis 2006 auf 80 % gestiegen. Die Nummer drei, Toyota, war 1990 mit einem TNI von 25 % noch fast ausschließlich auf Japan als Heimatstaat fixiert. Im Jahre 2006 zeugt ein TNI von 45 % von einer deutlichen Tendenz in Richtung globaler Orientierung. Auch deutsche Großkonzerne haben ihre ausländischen Aktivitäten anteilmäßig gesteigert. Lag der TNI von Volkswagen im Jahre 1990 noch bei 46 %, ist er bis 2006 auf 57 % gestiegen. Bei der Siemens AG stiegen die entsprechenden Werte von 32 % auf nunmehr 66 %.

Dass diese teils extremen Steigerungen des TNI nicht etwa Ausnahmen darstellen, sondern sich konform zum allgemeinen Trend entwickeln, belegt eine aktuelle Statistik der UNCTAD, die die Entwicklung des durchschnittlichen TNI der 100 größten transnationalen Unternehmen seit 1993 nachzeichnet. Danach lag der Index zu Beginn der Erhebung bei durchschnittlich 47 %, während er bis 2006 auf durchschnittlich 62% gestiegen ist.³¹ Das entspricht einer durchschnittlichen Steigerung des TNI von knapp 32%.

Auch die starke Fixierung auf heimische Verantwortungsträger in den Führungsetagen transnationaler Unternehmen scheint sich abzuschwächen. In der Literatur zum internationalen Personalmanagement wird jüngst darauf hingewiesen, dass innerhalb transnationaler Unternehmen auch Nicht-Stammhausangehörige zunehmend Karriere-chancen im Management haben, z.B. als sogenannte „Inpatriates“, die aus ausländischen Einheiten ins Stammunternehmen zwecks Ausbildung eines globalen Managements entsandt werden.³²

Ein weiterer entscheidender Faktor für die transnationale Ausrichtung eines Unternehmens ist die Zusammensetzung der Eigentümerstruktur. Empirische Erhebungen fallen aufgrund der dürftigen Datenlage über die Verteilung der Beteiligungen an einem Unternehmen indes schwer. Auch *Ruigrok/van Tulder* mussten sich weitgehend damit behelfen, die internationale Streuung der Beteiligungen daran zu messen, auf wie vielen nationalen Aktienmärkten Anteile eines Unternehmens gehandelt werden. Nur vereinzelt geben sie Schätzungen des Anteils der im Ausland gehaltenen Anteile an. Im Ergebnis kommen *Ruigrok/van Tulder* zu der Erkenntnis, dass die internationale Streuung von Unternehmensanteilen zu vernachlässigen sei.³³ Der Trend scheint jedoch auch hier

³¹ UNCTAD, World Investment Report 2008, verfügbar unter: <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=10502&intItemID=4629&lang=1&mode=downloads>, zuletzt abgerufen am: 19.08.2009, S. 29, Figure I.24.

³² *Festing, Marion*, Internationales Personalmanagement und Internationales Management, in: M.-J. Oesterle/S. Schmid (Hrsg.), Internationales Management - Forschung, Lehre, Praxis, 2009, S. 517, 526 m.w.N.

³³ *Ruigrok/van Tulder*, The Logic of International Restructuring, S. 156 f.

in Richtung einer internationalen Diversifizierung der Beteiligung an Unternehmen zu gehen. Ausgehend von dem Beginn der Spekulationswirtschaft bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts³⁴ hat sich das Unternehmen nach und nach aus seiner Verankerung in der Realwirtschaft gelöst und ist zum Spekulationsobjekt künstlicher Finanzinstrumente geworden.³⁵ Durch die Öffnung der Finanzmärkte und die globale Orientierung institutioneller Anleger schwindet zunehmend der nationale Bezug von Anteilseignern zum Unternehmen.

Betrachtet man die Aktionärsstruktur transnationaler Unternehmen, so fallen die stark steigenden Beteiligungsquoten international tätiger institutioneller Anleger zunehmend ins Auge. Bei der Bayer AG befanden sich 1999 bereits 44 % des gemeldeten Kapitals in der Hand ausländischer Investoren.³⁶ Der aktuelle Geschäftsbericht hingegen weist sogar eine entsprechende Quote von 80 % aus.³⁷ Auch die Deutsche Post als ehemaliges Staatsunternehmen, die mittlerweile Beteiligungen an Tochterunternehmen in über 220 verschiedenen Staaten hält, hat heute eine äußerst internationale Aktionärsstruktur vorzuweisen. Gut 30 % der Anteile wird von der KfW Bankengruppe gehalten, die diese Anteile teilweise wiederum als Anleihen für internationale Investoren ausgegeben hat. Wenig heimatstaatsfixiert ist insbesondere die Verteilung der frei gehandelten Aktien. Während über 40 % der namentlich im Aktienregister aufgeführten institutionellen Anleger aus den USA und über 22 % aus Großbritannien stammen, macht der Anteil der deutschen Investoren lediglich gut 16 % aus.³⁸

Diese Beispiele stehen stellvertretend für die Entwicklung, dass vor dem Hintergrund der fortschreitenden Kapitalmarktliberalisierung institutionelle Anleger zunehmend dazu übergehen, ihr Portfolio mit an ausländischen Finanzmarktplätzen gehandelten Wertpapieren zu bestücken. Ausschließlich renditeorientierte Investoren wie Aktien- oder

³⁴ Mitchell, Lawrence E., *The Speculation Economy - How Finance triumphed over Industry*, 2007, S. 192 ff.

³⁵ Zur „Financialization“ des Unternehmens vgl. Zumbansen, Peer, *The Evolution of the Corporation: Organization, Finance, Knowledge and Corporate Social Responsibility*, CLPE Research Paper, verfügbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1346971, zuletzt abgerufen am: 19.08.2009, S. 6 ff.; ebenso Ireland, Paddy, *Recontractualising the Corporation: Implicit Contract as Ideology*, in: D. Campbell/H. Collins/J. Wightman (Hrsg.), *Implicit Dimensions of Contract - Discrete, Relational and Network Contracts*, 2003, S. 255, 259 ff.

³⁶ Geschäftsbericht 1999 der Bayer AG, S. 37, abrufbar unter <http://www.bayer.de/de/GB-1999.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.08.2009.

³⁷ Geschäftsbericht 2008 der Bayer AG, S. 20, abrufbar unter <http://www.geschaeftsbericht2008.bayer.de/de/Bayer-Geschaeftsbericht-2008.pdf>, zuletzt abgerufen am 19.08.2009.

³⁸ Jahresbericht 2007 der Deutsche Post AG, S. 17, abrufbar unter http://investors.dp-dhl.de/reports/2007/gb/serviceseiten/downloads/files/gesamt_dp_gb07.pdf, zuletzt abgerufen am 19.08.2009.

Rentenfonds halten teilweise große Anteile an global tätigen Unternehmen. Die daraus resultierenden Stimmrechte werden unabhängig von partikularen nationalen Interessen dazu genutzt, die Rendite zu maximieren. Prominentes Beispiel einer solchen Wirtschaftsweise ist die Werksschließung eines Mobiltelefonwerks in Bochum durch Nokia, obgleich dieses schwarze Zahlen schrieb.³⁹ Obwohl Nokia ein in Finnland registriertes Unternehmen ist, entfallen nur ca. 11 % der Aktien auf finnische Investoren. Nahezu 89 % der Anteile werden damit von weltweit verstreuten Anlegern gehalten.⁴⁰ In diesem Fall wird deutlich, dass nationale Interessen für das Management transnationaler Unternehmen kaum von Belang sind. Sofern ein Mobiltelefonwerk in Rumänien eine höhere Renditequote als ein deutsches Werk erwirtschaften kann, wird der Umzug trotz massiver Proteste wie geplant durchgesetzt. Jegliche sozialen Zugeständnisse können nur als durchkalkulierte Präventivmaßnahmen verstanden werden, um den Reputationsverlust für die Produkte des Konzerns in Grenzen zu halten. Diese Erkenntnis soll dabei völlig wertungsfrei vorgetragen werden, da das Verhalten des Managements systembedingt ist. Die institutionellen Anteilseigner erwarten vom Management, dass es die maximale Rendite erwirtschaftet, damit die Aktienkurse steigen und Dividenden fließen. Mögen auch noch einzelne Schritte dazwischentreten, so erwartet als symbolisches letztes Glied der Kette auch der entlassene Nokiamitarbeiter, der sich der hohen Zinsen auf sein Tagesgeld, der positiven Entwicklung seines Wertpapierfonds oder der Schleuderpreise im Elektronikmarkt erfreut, dass das Management solch unpopuläre Entscheidungen trifft. So wird durch die zunehmende Beteiligung global operierender institutioneller Investoren der Trend zur Unabhängigkeit von und zur Illoyalität gegenüber einzelnen Nationalstaaten verstärkt.

Die zunehmende Loslösung aus nationalstaatlichen Kontexten zeigt sich auch an der sinkenden Bedeutung, die traditionellen Heimatmärkten von transnationalen Unternehmen zugemessen wird. Volkswagen etwa hat trotz massiver Proteste aus der deutschen Heimat an seinem Engagement als Sponsor der Olympischen Spiele in Peking festgehalten, weil die fernöstlichen Märkte und die Geschäftstätigkeit der chinesischen Volkswagentochter von entscheidender wirtschaftlicher Bedeutung für die Zukunft des Gesamtkonzerns sind. Von den zukünftigen Absatzchancen auf den stark wachsenden Märkten asiatischer Schwellenländern ganz zu schweigen, setzte der Volkswagenkonzern bereits im Januar 2009 in China mit 83.900 Fahrzeugen deutlich mehr Einheiten ab

³⁹ Hintergrundinformationen z.B. abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/aus-fuer-den-handly-standort-deutschland;1377309>, zuletzt abgerufen am 19.08.09.

⁴⁰ Geschäftsbericht Nokia 2007, S. 55, abrufbar unter http://www.nokia.com/NOKIA_COM_1/About_Nokia/Sidebars_new_concept/Annual_Accounts_2007/Nokia%20in%202007.pdf, zuletzt abgerufen am 19.08.2009.

als auf dem deutschen „Heimat“-Markt, wo lediglich 53.300 Fahrzeuge verkauft werden konnten.⁴¹

2. Konzernextern

Der Eindruck steigender Unabhängigkeit transnationaler Unternehmen verstärkt sich, wenn man die in der ökonomischen Organisationsliteratur vielfach belegte Erkenntnis, dass Unternehmen zunehmend ihre Wertschöpfungsprozesse in heterarchischen Netzwerkstrukturen mit konzernexternen Einheiten verzahnen, hinzunimmt.⁴² Insbesondere weil Dienstleistungen und die Produktion und Gütern in der modernen Wirtschaft zunehmend wissensbasiert sind, bekommen langfristige und enge Kooperationen, in denen sich Informationen flexibel übertragen lassen, einen höheren Stellenwert, als dies in der auf gegenständlichen Faktoren wie Land, Maschinen und Eigentumsrechten basierenden industriellen Produktion bis weit ins 20. Jahrhundert hinein der Fall gewesen ist.⁴³ Da sich Wissen auf elektronischem Wege fast kostenlos über beliebig weite Strecken transferieren lässt, verknüpfen sich solche Netzwerke ohne Rücksicht auf nationalstaatliche Grenzen.⁴⁴ Grenzüberschreitende Netzwerke sind auch deshalb für Unternehmen besonders reizvoll, da sie die Möglichkeit eröffnen, relativ kostengünstig auf ausländischen Märkten wirtschaftlich aktiv zu werden, ohne dort ein Tochterunternehmen etablieren zu müssen.⁴⁵ So entwickeln sich langfristige Beziehungen, in denen immer wiederkehrend verschiedenartige Probleme gelöst werden. In solchen Beziehungen kann dabei eine gegenseitige Abhängigkeit der Parteien entstehen, die sonst nur für konzernrecht-

⁴¹ Pressemitteilung Volkswagen vom 12.02.2009, abrufbar unter https://www.volkswagen-media-services.com/medias_publish/ms/content/de/pressemitteilungen/2009/02/11/konzern_und_kernmarke.standard.gid-oeffentlichkeit.html, zuletzt abgerufen am 12.03.2009.

⁴² Statt vieler nur *Sydow, Jörg*, Strategische Netzwerke - Evolution und Organisation, 1992; *Windeler, Arnold*, Unternehmensnetzwerke - Konstitution und Strukturierung, 2001; *de Man, Ard-Pieter*, The Network Economy - Strategy, Structure and Management, 2004; *Kaluza, Bernd/Blecker, Thorsten*, Management der Produktion und der Logistik in der Unternehmung ohne Grenzen, in: B. Kaluza/T. Blecker (Hrsg.), Produktions- und Logistikmanagement in Virtuellen Unternehmen und Unternehmensnetzwerken, 2000, S. 1.

⁴³ *Contractor/Lorange*, The Growth of Alliances in the Knowledge-based Economy, in: dies. (Hrsg.), Cooperative Strategies and Alliances, S. 3; eine Übersicht zum Zusammenhang von Produktionsmitteln und Organisationsmethoden im Unternehmen im Laufe der Wirtschaftsgeschichte findet sich bei *Dunning*, Relational Assets, Networks, and International Business Activity, in: ebd., S. 569, 570.

⁴⁴ *Bartlett/Goshal*, The Multinational Corporation as an Interorganizational Network; dazu auch *Muchlinski*, Multinational Enterprises and the Law, S. 47 ff.

⁴⁵ *de Man*, The Network Economy - Strategy, Structure and Management, S. 13.

lich verbundene Unternehmen kennzeichnend ist, obwohl keinerlei gesellschaftsrechtliche Verbindungen vorliegen.⁴⁶

„Der empirische Nachweis der Existenz und mehr noch der zunehmenden Verbreitung von Unternehmensnetzwerken ist alles andere als einfach, ein exakter Nachweis unmöglich.“, konstatiert in Person von *Sydow* einer der Begründer der ökonomischen Netzwerkforschung.⁴⁷ Die Hauptprobleme empirischer Nachweise liegen zum einen darin, dass es für den strategischen Wert von Netzwerkbeziehungen keinen Markt und daher auch keinen messbaren Preis gibt, und zum anderen, dass die über Netzwerke ausgetauschten Inhalte, also meist Informationen, ebenfalls keine messbaren Größen darstellen.⁴⁸ Bei allen Problemen im Detail ist das Ergebnis im Kern jedoch unbestritten: Netzwerkstrukturen existieren und sind in der modernen Wirtschaft von großer Bedeutung.⁴⁹

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass sich transnationale Unternehmen bereits innerhalb ihrer Konzernstrukturen zunehmend aus ihrer ursprünglich nationalstaatlichen Verankerung lösen und in Richtung des Idealtyps des „heimatlosen“ Unternehmens bewegen. Auch wenn die von *Hu* bzw. *Ruigrok/van Tulder* formulierten Vorbehalte gegenüber der „global corporation“ sicherlich nicht restlos auszuräumen sind, lassen sie sich nach heutiger Datenlage jedenfalls nicht in ihrer Radikalität aufrechterhalten.

Nicht mehr zu negieren ist zudem, dass transnationale Unternehmen in erheblichem Maße auf Netzwerkstrukturen mit anderen selbständigen Unternehmen zurückgreifen, um ihre wirtschaftlichen Zwecke zu verfolgen. Jedenfalls *wenn* man solche Beziehungen dem Unternehmen selbst zurechnen möchte, würde das für eine nahezu vollständige Loslösung vom nationalstaatlichen Kontext sprechen. Ob dies jedoch möglich oder sinnvoll ist, soll uns später weiter beschäftigen. Selbst wenn man globale Netzwerke jedoch als unternehmensextern einordnet, sind sie ein starkes Indiz für die zunehmende globale Orientierung in den Führungsetagen transnationaler Unternehmen.

⁴⁶ *Emmerich, Volker/Habersack, Mathias*, Konzernrecht - Ein Studienbuch, 2008, S. 8 f., mit Verweis auf Oechsler, ZGR 1997, 464 ff.; Ehricke, ZGR 1996, 300, 319 f.

⁴⁷ *Sydow*, Strategische Netzwerke - Evolution und Organisation, S. 15.

⁴⁸ *Dunning*, Relational Assets, Networks, and International Business Activity, in: Contractor/Lorange (Hrsg.), Cooperative Strategies and Alliances, S. 569, 578.

⁴⁹ Eine ausführliche Übersicht zu Netzwerkstudien findet sich bei *Windeler*, Unternehmensnetzwerke - Konstitution und Strukturierung, S. 13, eine grafische Übersicht bei *Sydow*, Strategische Netzwerke - Evolution und Organisation, S. 104.

C. DIE THEORIE DES TRANSNATIONALEN UNTERNEHMENS AUS RECHTLICHER PERSPEKTIVE

Der vorangehende Abschnitt hat eine Problematik offenbart, die insbesondere für Juristen eine Herausforderung darstellt: die Abgrenzung des Unternehmens von seiner Umwelt. Für die rechtliche Anknüpfung an den Begriff des Unternehmens ist es jedoch zwingend notwendig, dessen Grenzen klar abzustecken. Die Organisation des Unternehmens – und damit auch seine Grenze zur Umwelt – ist freilich eine genuin ökonomische Problematik, die den meisten Juristen verschlossen bleibt. In diesem Arbeitspapier wird daher ein erster Schritt getan, um die ökonomisch geprägte Theorie des Unternehmens für den juristischen Diskurs fruchtbar zu machen. Zunächst wird dafür die institutionenökonomische Sicht auf das Unternehmen als Mechanismus zur internen Abwicklung wirtschaftlicher Transaktionen vorgestellt (I.). Sodann wird das Dilemma beschrieben, diese ökonomische Sichtweise in die juristische Betrachtung zu integrieren (II.). Zuletzt wird exemplarisch anhand des deutschen Konzernrechts aufgezeigt, wie die institutionenökonomisch begründete Funktion des Unternehmens als Mechanismus zur internen Abwicklung von Transaktionen durch rechtliche Instrumentarien gestützt werden kann – und wo aus juristischer Perspektive notwendigerweise Grenzen zu ziehen sind (III.).

I. Ökonomische Erklärungsansätze

Bevor man aus juristischer Sicht die verschiedenen Ausgestaltungen des transnationalen Unternehmens begreifen kann, kommt man um eine Auseinandersetzung mit den ökonomischen Grundlagen des Unternehmens nicht umhin. Die unternehmerische Entscheidung, grenzüberschreitende Wertschöpfungsprozesse innerhalb einer Unternehmensstruktur zu organisieren, ist äußerst vielschichtig.⁵⁰ So können beispielsweise fremde Märkte und Rohstoffquellen für das eigene Unternehmen gesichert, Personalkosten durch die Etablierung von Unternehmensteilen in Niedriglohnländern gesenkt, steuer- und gesellschaftsrechtliche Vorteile durch die geschickte Koordination der verschiedenen Teilprozesse genutzt sowie Wechselkursschwankungen umgangen werden.

⁵⁰ Zur ökonomischen Organisations- und Managementliteratur vgl. statt vieler nur *Picot, Arnold/Dietl, Helmut/Franck, Egon*, Organisation: eine ökonomische Perspektive, 2008; *Kutschker, Michael/Schmid, Stefan*, Internationales Management, 2008; *Stonehouse, George*, Global and transnational business: strategy and management, 2004.

1. Das transnationale Unternehmen als Institution zur Absicherung grenzüberschreitender Transaktionen

Der für Juristen relevanteste ökonomische Hintergrund zum Verständnis von Unternehmensstrukturen ist jedoch die von der Institutionenökonomik thematisierte Dichotomie von Markt und Hierarchie als Organisationsmodi arbeitsteiligen Wirtschaftens. Angesprochen ist damit die von Ökonomen als „Internalisierungsvorteil“ bezeichnete Eigenschaft der Unternehmensstruktur, als funktionales Äquivalent zum freien Markt eine Organisationsstruktur zur Abwicklung von Transaktionen bieten zu können.⁵¹ Dieses Erklärungsmodell stützt sich auf die von *Coase* bereits 1937 begründete und später im Wesentlichen von *Williamson* weiterentwickelte Transaktionskostentheorie,⁵² die aus mikroökonomischer Perspektive jede einzelne Transaktion, also den „Transfer eines Guts oder einer Dienstleistung über eine technologisch separierbare Schnittstelle“ beobachtet.⁵³ Entscheidend ist, dass anfangs noch keine Aussage darüber getroffen ist, ob dieser Transfer zwischen zwei rechtlich selbständigen Subjekten stattfindet, oder ob die Leistung innerhalb derselben juristischen Person über eine eben nur technologisch separierbare Schnittstelle übertragen wird. Bei jeder Transaktion ist die „Make or Buy“ Entscheidung zu treffen, also die Frage zu beantworten, ob man die Leistung auf dem Markt von fremden Teilnehmern einkauft, oder sie innerhalb eines Unternehmens selbst herstellt. Mit anderen Worten: arbeitsteiliges Wirtschaften kann entweder zwischen unabhängigen Parteien auf dem Markt oder innerhalb eines Unternehmens durch Hierarchiestrukturen koordiniert werden.

Je nach Eigenart und Umständen der Transaktion können die Gestaltungsvarianten unterschiedlich effektiv funktionieren. Grundlage der Transaktionskostentheorie ist, dass bei jeder Transaktion zwangsläufig Reibungsverluste entstehen, die nicht Produk-

⁵¹ Dieser Erklärungsansatz für transnationale Unternehmen ist im Wesentlichen entwickelt worden in *Buckley, Peter J./Casson, Mark*, The future of the multinational enterprise, 1976; *Rugman*, Inside the Multinationals; *Hennart, Jean-François*, A Theory of Multinational Enterprise, 1982; *Teece, David J.*, The Multinational Enterprise: Market Failure and Market Power Considerations, Sloan Management Review 22 (1981), 3; *Teece, David J.*, Transactions Cost Economics and the Multinational Enterprise - An Assessment, 7 Journal of Economic Behavior and Organization (1986), 21.

⁵² *Coase, Ronald H.*, The Nature of the Firm, 4 *Economica*, New Series (1937), 386; *Williamson, Oliver E.*, Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, 22 *The journal of law & economics* (1979), 233; *Williamson, Oliver E.*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen, 1990; *Williamson, Oliver E.*, The economics of governance, 95 *The American Economic Review* (2005), 1; überblicksartige Darstellungen bei *Picot/Diell/Franck*, Organisation, S. 56-71; *Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*, Neue Institutionenökonomik: eine Einführung und kritische Würdigung, 2003, S. 53-86.

⁵³ *Alisch, Katrin/Arentzen, Ute/Winter, Eggert*, Gabler Wirtschaftslexikon, 2004.

tions-, Material-, Personal oder Transportkosten sind, sondern die durch menschliche Kommunikation und Interaktion an wirtschaftlichen Schnittstellen entstehen.⁵⁴ Bei unkomplizierten Transaktionen sind diese Reibungsverluste auf dem freien Markt gering. Soll etwa die einmalige Lieferung von genormten Standardgütern organisiert werden, so entstehen die geringsten Transaktionskosten beim Einkauf von einem unabhängigen Transaktionspartner. Einerseits ist so keine kostenintensive interne Verwaltung der Transaktion notwendig, andererseits herrscht aufgrund der freien Auswahl des Transaktionspartners eine optimale allokativen Wettbewerbsintensität. Handelt es sich hingegen um ein kompliziertes Geschäft, das zahlreiche wiederholte Transaktionen in einer langfristigen Bindung umfasst und hohe transaktionsspezifische Investitionen mit sich bringt, so ist die Vertragsgestaltung zwischen unabhängigen Parteien ungleich kostenintensiver, da jegliche in Zukunft potentiell auftretenden Probleme bereits im Ausgangsvertrag mitberücksichtigt sein müssten. Zudem besteht in einem solchen Fall stets die Gefahr, dass der Vertragspartner im Nachhinein die vertraglichen Abreden treuwidrig verletzt, wenn ihm die andere Partei aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeliefert ist („hold up“). Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass je mehr „spezifische“, d.h. nicht auf andere Transaktionskontexte übertragbare Investitionen getätigt werden, je unsicherer die Begleitumstände und je höher die Häufigkeit des Geschäfts sind, desto eher kommt es bei der Abwicklung auf dem freien Markt zu Koordinationsproblemen bis hin zum sog. Marktversagen. In solchen Fällen kann sich die Einbindung der Transaktion in die eigene Unternehmensstruktur als vorteilhaft erweisen, da sie die Konflikte internalisiert und per Anweisung lösen kann.

2. Die Transaktionsabwicklung in der idealtypischen Hierarchie

Als Beispiel für die Entscheidung zwischen Markt und Hierarchie soll die Herstellung von Autozulieferteilen durch Z dienen, die nur in einem bestimmten Modell des Herstellers H verbaut werden können. Hier muss Z eine teure Produktionsstraße errichten, die ausschließlich für die Produktion der speziellen Teile zu gebrauchen ist. Er muss deren Belegschaft speziell schulen und Mittel in die Entwicklungsarbeit stecken. Es handelt sich somit um eine hochspezifische Transaktion, bei der umfangreiche Investitionen getätigt werden, die sich nur im Falle der Durchführung der Transaktion rentieren und die sich in keinem anderen Kontext nutzen lassen („versunkene Kosten“). Selbst umfangreiche Vertragsverhandlungen können in einem solchen Fall kaum alle Eventualitäten berücksichtigen. Gesetzt den Fall, es handelt sich bei Z und H um zwei rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen, die frei auf dem Markt kontrahieren, ges-

⁵⁴ Ähnlich bei *Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, S. 21 ff.; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 47 ff.; *Picot/Dietl/Franck*, Organisation, S. 57.

taltet sich die Transaktionsabwicklung kompliziert. Ist in diesem Fall Z mit seinen spezifischen Investitionen in Vorleistung gegangen, hat er also bereits die Produktionsstraße gebaut, Mitarbeiter geschult, etc, so kann H die Vertragskonditionen zu Lasten des Z nachverhandeln, da diesem keine andere Möglichkeit als die Vertragsdurchführung zu den aufoktroierten Bedingungen verbleibt, um seine spezifischen Investitionen nutzbar zu machen und seinen Verlust zu minimieren. In juristischen Kategorien gesprochen drohen dem Z die Nicht- oder Zuspätleistung der vereinbarten Zahlungen oder eine einseitige Vertragsaufsage durch H, sobald dieser einen günstigeren Anbieter am Markt findet. Dem H wiederum droht, je nach den wirtschaftlichen Umständen, ein erpresserisches Nachverhandeln des Vertrages durch Z, sofern etwa die Produktion des gesamten Autos bei H durch einen Lieferstopp durch Z behindert werden könnte. Zudem riskieren beide Parteien, dass im Rahmen der Transaktion offengelegte Geschäftsgeheimnisse vom Geschäftspartner entgegen der Vereinbarung zum eigenen Vorteil ausgenutzt werden.

In dieser Situation entsteht zwischen den vollständig isolierten Handelspartnern H und Z auf dem freien Markt nach der Begrifflichkeit der Spieltheorie ein sog. „Gefangenendilemma“.⁵⁵ Dieses kennzeichnet eine Situation, in der es für zumindest eine der Parteien die günstigste Handlungsalternative darstellt, sich unkooperativ zu verhalten. Stehen keine Sanktionen für Vertragsverletzungen in Aussicht, so gibt es für beide Parteien den Anreiz, sich auf Kosten der anderen Partei zu bereichern. Für die Arbeitsteilung ist dieses Phänomen höchst schädlich: Da beide zumindest begrenzt rational denkenden Parteien den Vertragsbruch antizipieren, ist keine Seite bereit, in Vorleistung zu treten.⁵⁶ Ein Austausch auf dem freien Markt würde nicht zustande kommen.

Das Unternehmen als hierarchische Organisationsform stellt bei einem solchen Fall von Marktversagen eine von mehreren Lösungsmöglichkeiten dar. Würde H den gesamten Zulieferbetrieb von Z aufkaufen und in seine Unternehmensstruktur integrieren, so würde zwischen H und Z kein Austausch von Wirtschaftsgütern auf dem Markt, sondern nur eine Verschiebung von Wertpositionen innerhalb der Organisationseinheit H stattfinden. Die Vermögenswerte würden nur zwischen unselbständigen Betriebsstätten einer organisatorischen Einheit, nicht jedoch über eine rechtliche Grenze hinweg über-

⁵⁵ Spieltheoretische Herleitungen dieses „Internationalen Tauschdilemmas“ finden sich u.a. bei *Schmidt-Trenz, Hans Jörg*, Außenhandel und Territorialität des Rechts: Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik, 1990, S. 229 ff.; *Schmidt-Trenz, Hans Jörg/Schmidchen, Dieter*, Private international trade in the shadow of the territoriality of law: why does it work? *Southern economic journal* (1991), 329, S. 331.

⁵⁶ Dazu auch *Dixit, Avinash K.*, Lawlessness and Economics: alternative modes of governance, 2004, S. 14 ff.; *Rubin, Paul H.*, Legal Systems as Frameworks for Market Exchanges, in: C. Ménard/M. M. Shirley (Hrsg.), *Handbook of New Institutional Economics*, 2005, S. 205, 213.

tragen. So würde der Knoten des gegenseitigen Misstrauens im Gefangenendilemma durchschlagen. H hätte keinen Grund mehr, Z nicht den internen Verrechnungspreis zu zahlen, da die Vermögenswerte ohnehin in der Hand des Gesamtunternehmens bleiben. Die unselbständige Betriebseinheit Z als Teil des Gesamtunternehmens H würde gegen ihr eigenes wirtschaftliches Interesse handeln, wenn sie H durch opportunistisches Verhalten zu schädigen suchen würde. Die Gleichschaltung der juristischen und wirtschaftlichen Partikularinteressen durch die Integration in einer juristischen Person beseitigen somit die Konflikte zwischen den Transaktionsparteien als Kontrahenten.

In der Unternehmensstruktur gilt es lediglich, den einzelnen natürlichen Personen, die Einfluss auf die Durchführung der Transaktion haben, einen positiven Handlungsanreiz zu geben. Auch innerhalb der Unternehmensstruktur besteht grundsätzlich das Dilemma, dass die einzelnen Akteure ihren persönlichen Vorteil dem unsicheren Kooperationsvorteil vorziehen. Der Verlockung, persönliche Vorteile etwa durch die Veruntreuung von Geschäftsgeheimnissen anzustreben, wird jedoch durch die arbeitsvertragliche Beziehung als Dauerschuldverhältnis begegnet. Dabei stellt die Aussicht, das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer fortzusetzen, einen so großen Anreiz für die Zukunft dar, dass sich kurzfristige Gewinne durch opportunistisches Verhalten nicht lohnen. Die Unternehmensstruktur besteht damit aus einer Vielzahl relationaler Dauervertragsverhältnisse, die die reibungslose Abwicklung von Transaktionen überhaupt erst ermöglichen. *MacNeil* geht gar so weit, das Unternehmen als „one of the greatest relational contracts ever“ zu bezeichnen.⁵⁷

Dieser Internalisierungsvorteil der Unternehmensstruktur spielt im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr eine noch bedeutendere Rolle, als ihm im nationalen Bereich ohnehin zukommt. Transaktionen auf dem freien Markt im nationalen Binnenhandel werden – zumindest in den OECD-Staaten – durch weitgehend effektive staatliche Privatrechtsregimes gestützt. Zumindest bei relativ unkomplizierten Geschäften führt die stets hintergründig drohende Durchsetzung vertraglicher Abreden mit staatlichem Zwang dazu, dass die Parteien in den allermeisten Fällen ihren Verpflichtungen nachkommen. Erst wenn die Risiken zu groß werden – etwa weil bei der Transaktion Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden müssen, deren Missbrauch auch durch einen gerichtlich zugesprochenen Schadensersatzanspruch nicht restituiert werden könnte – besteht die Notwendigkeit der Integration in die Unternehmensstruktur. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten hingegen ist auf staatlichen Privatrechtsschutz nur in den seltensten Fällen Verlass. In Abwesenheit eines „Weltstaats“ gibt es kein supranationales Weltzivilrechtsregime, das als funktionales Äquivalent zu den nationalen Zivil-

⁵⁷ *Macneil, Ian R.*, Relational Contract: What we do and do not know, *Wisconsin Law Review* (1985), 483, 492.

rechtssystemen für den grenzüberschreitenden Handel ein vergleichbares Maß an staatlich geschaffener Rechtssicherheit herstellt.⁵⁸

Bei der gerichtlichen Klärung von Konflikten bei grenzüberschreitenden Transaktionen stellen sich daher stets drei Fragen: (1) Die Gerichte welchen Staates sind für eine Streitentscheidung zuständig? (2) Welches nationale Handelsrecht sollen diese Gerichte zur Entscheidung des Streits anwenden? (3) Wird ein Urteil auch in einem anderen Staat anerkannt und vollstreckt? Zumindest innerhalb Europas sind diese Probleme dank intensiver Integrationsbemühungen teilweise entschärft.⁵⁹ Spätestens bei grenzüberschreitenden Geschäften mit Handelspartnern außerhalb von Europa verursacht diese „konstitutionelle Unsicherheit“⁶⁰ jedoch so hohe Kosten, dass der freie Markt als Organisationsform für grenzüberschreitende Transaktionen praktisch nicht zur Verfügung steht.⁶¹

⁵⁸ *Calliess, Graf-Peter*, Transnationales Handelsvertragsrecht - Private Ordnung und staatliche Rahmen, in: M. Zürn/B. Zangl (Hrsg.), Verrechtlichung - Baustein für Global Governance, 2004, S. 160.

⁵⁹ Insbesondere durch die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel I-VO), das Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ), die Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels (EuVTVO), das Römische EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980 (sowie künftig durch die im Dezember 2009 in Kraft tretende Rom I-VO), die Europäische Zustellungsverordnung Nr. 1348/2000 und die Europäische Beweisaufnahmeverordnung Nr. 1206/2001; vgl. *Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter*, Internationales Zivilprozessrecht, 2007, S. 24, 69 ff., 347 ff., 396 ff., 602 ff.; *Hoffmann, Bernd von /Thorn, Karsten*, Internationales Privatrecht - einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 2007, S. 63 ff., 426 ff.

⁶⁰ *Schmidt-Trenz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, S. 241; *Schmidt-Trenz/Schmidtchen*, Private international trade in the shadow of the territoriality of law, 331.

⁶¹ So auch schon *Schmidtchen, Dieter/Schmidt-Trenz, Hans Jörg*, Private Law, The World Production Possibility Frontier and the Need for an International "Private Law Community": German Theory of Order and Constitutional Economics at Work, 1989, S. 34: „[...] trades between 'faceless buyers and sellers' [...] hardly work in international trade. They require a developed legal system and protective safeguard which we encounter only in an ideal domestic economy“. Vgl. auch *Rühl, Giesela*, Effizienzprobleme bei grenzüberschreitenden Rechtsstreitigkeiten, German Working Papers in Law and Economics, verfügbar unter: <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1247&context=gwp>, zuletzt abgerufen am: 19.08.2009, S. 6: „Die durch die Pluralität des Rechts bedingte konstitutionelle Unsicherheit kann rational handelnde Parteien vom Abschluss grenzüberschreitender Transaktionen abhalten und damit das Scheitern von Transaktionen bewirken, wo nationale Transaktionen nicht scheitern würden.“ Dieser Missstand führt zu der Konsequenz, dass das Niveau vertikaler Integration bei grenzüberschreitenden Transaktionen höher ist, als dies bei rein innerstaatlichen Geschäften notwendig wäre. Daraus resultieren Defizite bei der allokativen Wettbewerbsintensität, mangelnder Leistungsanreiz, Ineffizienz

Kleinere Marktteilnehmer sind daher zur Absicherung grenzüberschreitender Geschäfte stets auf kostenintensive private Institutionen wie z.B. Bankakkreditive, Handelsclubs und –mittler bzw. Schiedsgerichte angewiesen. Transnationale Unternehmen hingegen sind durch ihre internen Strukturen in der Lage, grenzüberschreitende Transaktionen auch ohne die Absicherung durch ein staatliches Privatrechtsregime zu organisieren.

II. Das juristische Dilemma: Das transnationale Unternehmen als unvollkommene Hierarchiestruktur

Festzuhalten ist, dass das Unternehmen als transaktionskostentheoretischer Idealtyp der Hierarchie auf dem Transfer von Gütern oder Leistungen innerhalb einer juristisch und wirtschaftlich einheitlichen Organisation durch (zumindest faktisch) bindende Weisungen beruht. Externe Konflikte sind danach notwendig ausgeschlossen, da Transaktionen nicht vertraglich ausgehandelt, sondern per Weisung von der Unternehmensführung angeordnet werden. Gerichte als externe Streitschlichter sind in der Theorie nicht notwendig, vielmehr überhaupt nicht in der Lage, eine Entscheidung zu treffen, da ihnen beim Streit zwischen zwei Abteilungen ein und derselben juristischen Person die Zuständigkeit fehlt (forbearance). Das Unternehmen wird so als eigener „court of ultimate appeal“ gesehen.⁶²

Die rechtliche Ausgestaltung transnationaler Unternehmen in der Praxis verdeutlicht jedoch, dass sich dieser transaktionskostentheoretische Idealtyp der Hierarchie regelmäßig nicht wiederfindet.⁶³ Abgesehen vom Bankensektor, in dem das Modell vom Einheitsunternehmen häufig anzutreffen ist, sind transnationale Unternehmen fast ausschließlich nicht als einheitliche juristische Person organisiert. Vielmehr operiert gewöhnlich ein Mutterunternehmen in seinem Heimatstaat in einer dort verankerten Rechtsform, während sämtliche ausländischen Tochterunternehmen regelmäßig nach dem Statut des jeweiligen Gastlandes gegründet werden. So entstehen bildlich betrachtet unternehmerische „Sonnensysteme“, in deren Mitte das Mutterunternehmen seine Tochterunternehmen als Trabanten streng auf ihrer Bahn hält.⁶⁴ Tochterunternehmen ausländischer Unternehmen in Deutschland sind etwa die Coca Cola Deutschland GmbH, die Ford-Werke GmbH oder die Toyota Deutschland GmbH. Deutsche Unter-

und hohe Verwaltungskosten innerhalb der Unternehmensstruktur und damit insgesamt ein erhöhtes Niveau der Transaktionskosten.

⁶² *Williamson*, The economics of governance, 19 f.

⁶³ Zur Eindimensionalität der ökonomischen Betrachtung siehe auch *Lutter, Marcus*, Das unvollendete Konzernrecht, in: G. Bitter/M. Lutter/H.-J. Priester/W. Schön/P. Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 1065 ff.

⁶⁴ Ebd., S. 1065.

nehmen in den USA firmieren beispielsweise unter Volkswagen of America, Inc. oder BASF Corporation, in Frankreich hingegen unter Groupe Volkswagen France S.A. bzw. BASF France S.A.. Transnationale Unternehmen sind somit in der Praxis entgegen der ökonomischen Theorie keine einheitlichen Gebilde, sondern – teils aus über tausend Gliedern bestehende – Gruppen von juristisch selbständigen Einzelunternehmen, so dass Organisation und Rechtsträgerschaft auseinanderfallen.⁶⁵

Aus ökonomischer Sicht mag diese organisatorische Aufspaltung nicht zu überzeugen. Zunächst liegt auf der Hand, dass die Etablierung zahlreicher Teilunternehmen in verschiedensten Unternehmensformen einen großen juristischen und verwaltungstechnischen Aufwand verursacht. Darüber hinaus begibt sich das Unternehmen seines immanenten Vorteils, als autarkes System auf seine innerorganisatorische Handlungsfreiheit zurückgreifen zu können. Mangels rechtlicher Einheit muss es sich den jeweiligen nationalstaatlichen Beschränkungen unterwerfen, die die Einflussnahme auf rechtlich selbständige Unternehmen reglementieren. Der Imagevorteil, sich den Handelspartnern im jeweiligen Gastland in einer ihnen geläufigen Rechtsform zu präsentieren, kann die kostspielige Vielfalt der Rechtsformen alleine nicht rechtfertigen.

Der entscheidende Grund für die künstliche Aufspaltung der Unternehmenseinheit liegt im rechtlichen Konzept der juristischen Person. Als Zusammenfassung von Personen und Sachmitteln ist sie auf rechtliche Anerkennung angewiesen, um zu einer rechtsfähigen Einheit zu erwachen. Während die Anerkennung ausländischer juristischer Personen in der Vergangenheit keineswegs selbstverständlich war, weil man negative Folgen für die heimische Wirtschafts- und Rechtsordnung fürchtete, erkennen heutzutage zumindest die wirtschaftlich entscheidenden Nationen ausländische juristische Unternehmen als rechtsfähig an, sofern sie entweder nach dem Recht am Ort ihres Verwaltungssitzes (Sitztheorie als traditionell kontinentaleuropäisches Konzept) bzw. nach dem gewählten Gründungsstatut (angloamerikanisch geprägte Gründungstheorie) wirksam begründet worden sind.⁶⁶ Dies ist insofern Voraussetzung für das heutige Erscheinungsbild transnationaler Unternehmen, als es dem Mutterunternehmen nur dann mög-

⁶⁵ Zu dieser Begrifflichkeit vgl. *Schmidt, Karsten*, Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis - Gedanken zum Recht der verbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff., 291 ff. AktG, in: U. H. Schneider/P. Hommelhoff/K. Schmidt/W. Timm/B. Grundewald/T. Drygala (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag - Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, 2000, S. 1167, 1173 ff.

⁶⁶ *Grossfeld*, Internationales und europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, S. 38 ff., 56 ff.; für Deutschland *Kübler, Friedrich/Assmann, Heinz-Dieter*, Gesellschaftsrecht - Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 2006, S. 558 mit Verweis auf ständige Rechtsprechung RGZ 83, 367, 368 ff.; 92, 73, 76; 159, 33, 46; BGHZ 25, 134, 144.

lich ist, Anteile an einem ausländischen Tochterunternehmen zu erwerben, wenn es in dem jeweiligen Gaststaat Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

Wenn aber doch heutzutage die Anerkennung der Rechtsfähigkeit ausländischer juristischer Personen weitgehend unproblematisch ist, warum werden die Mutterunternehmen dann nicht gleich selbständig auf ausländischen Märkten tätig? Einerseits gibt es in vielen Ländern Bereiche, in denen ausländische gegenüber heimischen juristischen Personen rechtlich benachteiligt werden. Häufig lassen z.B. gewerberechtliche Vorschriften die rechtliche Anerkennung einer ausländischen juristischen Person alleine nicht ausreichen, um eine gewerbliche Aktivität auszuüben.⁶⁷ Zwar bestehen in Deutschland nach Aufhebung von § 12 GewO a.F. für die Gewerbetätigkeit ausländischer juristischer Personen grundsätzlich keine besonderen Einschränkungen.⁶⁸ Nur für den Fall, dass bereits die Rechtsfähigkeit nicht anerkannt wird, besteht über § 15 II 2 GewO die Möglichkeit, den Geschäftsbetrieb zu unterbinden.⁶⁹ Auf verfassungsrechtlicher Ebene hingegen bietet selbst ein wirtschaftspolitisch liberales Land wie Deutschland ausländischen juristischen Personen keinen gleichlaufenden Schutz. Während im Ausland inkorporierten Unternehmen gemeinhin lediglich die Verfahrensgrundrechte aus Art. 101 und 103 GG zugestanden werden,⁷⁰ kommt die sinnngemäße Übertragung von Grundrechten gem. Art. 19 III GG nur inländischen juristischen Personen zu Teil. Da die Anerkennungs- und Gewerberechtspraxis in vielen Staaten ausländischen juristischen Personen gegenüber noch weit weniger großzügig gehandhabt wird, ziehen transnationale Unternehmen in der Praxis durchweg den Umweg über das im Gastland inkorporierte Tochterunternehmen vor. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass sich aufgrund der in der Vergangenheit wesentlich restriktiver gehandhabten Anerkennungspraxis eine Pfandabhängigkeit bei der juristischen Umsetzung von grenzüberschreitenden Unternehmensstrukturen herausgebildet hat, die die künstliche juristische Aufspaltung auch weiterhin beibehält.

⁶⁷ *Grossfeld*, Internationales und europäisches Unternehmensrecht: das Organisationsrecht transnationaler Unternehmen, S. 187 ff.

⁶⁸ Aufhebung mit Gesetz vom 25.07.1984 (BGBl. I S. 1008), *Robinski, Severin (Begr.)/Sprengr-Richter, Bernhard (Hrsg.)*, Gewerberecht - Ein Studienbuch, 2002, S. 323. Dies scheint auch nach über 20 Jahren noch nicht überall durchgedrungen zu sein, vgl. *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, S. 559, wo die Vorschrift als geltendes Recht hingestellt wird.

⁶⁹ Wegen der grundsätzlich automatischen Anerkennungspraxis betrifft dies jedoch nur solche ausländischen juristischen Personen, deren Anerkennung gem. Art. 30 EGBGB gegen den deutschen ordre public verstoßen würde, vgl. *Tettinger/Wank* Gewerbeordnung, 7. Aufl. 2004, § 15, Rn. 38.

⁷⁰ *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, S. 559.

III. Die rechtliche Ausgestaltung institutioneller Arrangements im transnationalen Unternehmen

Es lässt sich somit festhalten, dass transnationale Unternehmen im weitesten Sinne aus Gründen der rechtlichen (Nicht-)Anerkennung als Ansammlung juristisch selbständiger Teilunternehmen bestehen. Anders als das Einheitsunternehmen, innerhalb dessen die Steuerung per Hierarchie unproblematisch möglich ist, stellt das transnationale Unternehmen von Natur aus zunächst keine Organisationseinheit dar, weil rechtlich selbständige Teilunternehmen zunächst autonome Entscheidungszentren darstellen. Im Folgenden werden wir uns daher der Frage widmen, ob bzw. wie juristisch zersplitterte transnationale Unternehmen trotz dieser Relativierung der hierarchischen Weisungsgewalt und der juristischen Einheit zu wirtschaftlichen Organisationseinheiten erwachsen können, in der hinreichende Transaktionssicherheit für die Abwicklung grenzüberschreitender Geschäfte durch *interne* Hierarchie sichergestellt werden kann, so dass man zumindest in einem institutionellen Sinne von der Abwicklung von Transaktionen im Unternehmen sprechen kann. Diese Frage soll zunächst ausschließlich anhand des deutschen Konzernrechts behandelt werden. Weitere rechtsvergleichende Studien sind für die Zukunft jedoch dringend erforderlich, um die genuin internationale Problematik vollständig zu erfassen.

1. Hierarchie im Konzern

Die wichtigste Zusammenfassung wirtschaftlich verwobener, jedoch juristisch selbständiger Unternehmen ist der Konzern. Ausgangspunkt ist die Vermutung, dass die Willensbildung jeder juristischen Person aus sich selbst heraus, als Ausfluss des Prinzips der Selbstbestimmung, erfolgt. Weisungen sind daher zunächst grundsätzlich nur *innerhalb* der Grenze einer juristischen Person möglich. Übt jedoch ein Unternehmen qua einer wirtschaftlichen Machtposition Einfluss auf ein anderes Unternehmen aus, so steht zu befürchten, dass das dominante Unternehmen seine eigenen Interessen über die des abhängigen Unternehmens stellt und somit bei Letzterem keine „richtige“ Willensbildung stattfindet.⁷¹ Zum Schutz des Prinzips der Selbstbestimmung bestehen daher gewöhnlich rechtliche Begrenzungen solchen Einflusses. Mittelbar erfahren dadurch die abhängige Gesellschaft selbst, deren Aktionäre und deren Gläubiger Schutz.

Im deutschen Recht sind solche Beschränkungen im verbreitet „Konzernrecht“ genannten Abschnitt des Aktiengesetzes zu den verbundenen Unternehmen geregelt. Damit ist Deutschland eins von nur sieben Staaten weltweit, die ein kodifiziertes Konzern-

⁷¹ Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 2002, S. 486 f.

recht vorhalten.⁷² Kollisionsrechtlich finden die Vorschriften der §§ 15 ff., 291 ff. AktG – vorbehaltlich einiger hier nicht näher auszuführender Besonderheiten – Anwendung, wenn das abhängige Unternehmen in Deutschland inkorporiert ist, da die konzernrechtlichen Vorschriften in erster Linie dem Schutz des abhängigen Unternehmens dienen sollen.⁷³ Sollte ein deutsches Unternehmen auf ein ausländisches Unternehmen Einfluss ausüben, würde das jeweilige Heimatrecht des beeinflussten Unternehmens zu dessen Schutz eingreifen.

a) Faktischer Konzern

Durch das Konzernrecht reguliert der Gesetzgeber somit die Beziehungen solcher Unternehmen, die zwar rechtlich selbständig, jedoch *durch gesellschaftsrechtliche Instrumentarien* miteinander verbunden sind.⁷⁴ Schlüsselbegriff ist die Abhängigkeit von Unternehmen, welche vorliegt, wenn ein Unternehmen auf ein anderes unmittelbaren oder mittelbaren Einfluss ausüben kann (§ 17 AktG).⁷⁵ Entscheidend für die Abgrenzung der Reichweite des Konzernrechts ist, dass dieser Einfluss nur durch gesellschaftsrechtliche Instrumentarien vermittelt sein kann, die in die Organisation des abhängigen Unternehmens hineinwirken. Eine sog. „verwaltungsbedingte interne Abhängigkeit“ kann nur über eigentumsrechtliche Beteiligungen und *Unternehmensverträge*, nicht jedoch über beliebige Austauschverträge, selbst wenn diese eine „marktbedingte externe Abhängigkeit“ nach sich ziehen sollten.⁷⁶

Ein konzernrechtlich relevanter Einfluss wird bei einer Mehrheitsbeteiligung von Gesetzes wegen vermutet (§ 17 II AktG).⁷⁷ Obgleich der Mehrheitsgesellschafter bei der

⁷² Lutter, Das unvollendete Konzernrecht, S. 1068. Dabei übergeht Lutter, dass dies aufgrund von richterrechtlichen Vorgaben nicht bedeutet, dass hier ein vollkommen regelungsfreier Raum bestünde.

⁷³ Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 196 ff.

⁷⁴ Emmerich, Volker/Habersack, Mathias, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 2008, Einl. Rn. 1.

⁷⁵ Zur Ausübung mittelbaren Einflusses bedarf das herrschende Unternehmen der Hilfe Dritter, wie etwa bei gestuften Beteiligungsformen. Ein typisches Beispiel ist ein Mutterunternehmen, das über eine Mehrheitsbeteiligung unmittelbaren Einfluss auf ein Tochterunternehmen hat, welches wiederum selbst durch eine Mehrheitsbeteiligung an einem Enkelunternehmen den mittelbaren Einfluss des Mutterunternehmens auf das Enkelunternehmen ermöglicht, vgl. Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 44.

⁷⁶ Oechsler, Jürgen, Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (1997), 464, 467; Goette, Wulf/Habersack, Mathias (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz - Band 1, §§ 1-75, 2008, Bayer § 17 Rn. 21.

⁷⁷ Eine Mehrheitsbeteiligung liegt bei Mehrheit der Anteile oder der Stimmrechte vor (§ 16 I AktG). Der Anteil an Anteilen und Stimmrechten kann auseinanderfallen, wenn mehrfach stimmberechtigte oder stimmlose Aktien ausgegeben wurden. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann auch eine Minderheitsbeteiligung ausreichen, wenn in Verbindung mit verlässlichen Umständen derselbe Einfluss wie durch eine Mehrheitsbeteiligung gesi-

AG keinen unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben kann (§ 76 I AktG), reicht es aus, dass er über die von ihm zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder (§ 101 AktG) einen Einfluss auf die Besetzung des Vorstands hat, und somit mittelbar deren Geschäftsführung lenken kann (§ 84 AktG). Er muss also die Personalpolitik der fraglichen Gesellschaft so kontrollieren können, dass im Zweifel die Entscheidungen der Geschäftsführung in seinem Interesse fallen.⁷⁸ Bei Tochtergesellschaften in Form der GmbH ist der Einfluss des Mehrheitsgesellschafters bereits durch das aus seiner Beteiligung resultierende Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung (Schlussfolgerung aus § 37 S. 1 GmbHG) unproblematisch gegeben. Obwohl für die GmbH das Konzernrecht nicht positiv-gesetzlich geregelt ist, sind GmbHs in der Praxis daher häufiger von anderen Unternehmen abhängig als AGs.⁷⁹

Die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen ermöglicht somit zwar faktisch den Einfluss auf seine Unternehmensführung, sie durchbricht jedoch nicht das Prinzip der Selbstbestimmung juristischer Personen und legitimiert daher keine für das abhängige Unternehmen nachteiligen Weisungen. Nutzt das dominante Unternehmen seine faktische Weisungsmacht ohne Rücksicht auf die Interessen des abhängigen Unternehmens tatsächlich so aus, dass die Nachteile durch einen individuellen Ausgleich nicht mehr beherrschbar sind (vgl. § 311 AktG), so spricht man von einem „qualifizierten“ oder „durchgeführten“ faktischen Konzern.⁸⁰ Einem solchen rechtswidrigen Bruch mit dem Prinzip der Entscheidungsautonomie juristischer Personen versucht der Gesetzgeber mit Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen des abhängigen Unternehmens sowie deren Minderheitsaktionären zu begegnen.⁸¹ Die konzernrechtlichen Haftungsbestimmungen müssen für diesen Fall rechtswidriger Einflussnahme erst recht gelten und werden daher analog angewendet.⁸² In der Praxis macht dies eine häufige Abstimmung mit Minderheitsaktionären notwendig, was sich mit einer flexiblen Geschäftsführung schwerlich vereinbaren lässt. Theoretisch kann sich das abhängige Unternehmen selbst in dem Fall, dass das dominante Unternehmen sämtliche Anteile an ihm hält und daher keine Minderheitsaktionäre existieren, gegen nachteilige Weisungen wehren, sofern die dadurch entstehenden Nachteile nicht ausgeglichen werden (§ 311, 317 AktG).

chert ist, insb. wenn die Minderheitsbeteiligung regelmäßig zu einer Hauptversammlungsmehrheit führt, etwa weil es nur einen Großaktionär gibt, während der Rest der Aktien im Streubesitz ist, oder weil die Satzung die Position des Minderheitsaktionärs stärkt, *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 35, 44 f.

⁷⁸ Ebd., S. 40 f.

⁷⁹ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1210 ff.

⁸⁰ Ebd., S. 1226.

⁸¹ Zu den Rechten der Minderheitsgesellschafter vgl. BGHZ 65, 15.

⁸² *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1219 ff.

b) Vertragskonzern

Um ein abhängiges Unternehmen tatsächlich vollständig in die Organisationsstruktur zu integrieren, bedarf es daher einer Legitimierung von Weisungen, welche einzig durch den Abschluss eines Unternehmensvertrags geschehen kann. Unternehmensverträge sind nicht Austauschverträge jeglicher Art, sondern ausschließlich die in §§ 291 f. AktG geregelten Typen des Beherrschungs-, Gewinnabführungs-, Gewinngemeinschafts-, Teilgewinnabführungs-, Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsvertrags, die nur durch materielle Satzungsänderung wirksam werden.⁸³

Wichtigstes Instrument für die Etablierung von Hierarchiestrukturen über die juristische Unternehmensgrenze hinweg ist der Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG), der die Leitung (§ 76 AktG) des abhängigen Unternehmens dem herrschenden Unternehmen umfassend unterstellt.⁸⁴ Durch den Beherrschungsvertrag erhalten die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens (Rückschluss aus § 309 I AktG) die Befugnis, direkte und gerichtlich durchsetzbare Weisungen an den Vorstand bzw. die Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens zu erteilen. Nicht unüblich ist es, dass das herrschende Unternehmen im Rahmen eines sog. „Vorstandsdoppelmandats“ ein eigenes Verwaltungsmitglied dauerhaft in den Vorstand der beherrschten Gesellschaft entsendet und das beherrschte Unternehmen anweist, dessen Weisungen stets zu befolgen.⁸⁵ Für die Führung der Geschäfte des Gesamtkonzerns als wirtschaftliche Organisationseinheit ist es von besonderer Bedeutung, dass durch einen Beherrschungsvertrag auch für das beherrschte Unternehmen nachteilige Weisungen grundsätzlich legitim sind (§ 308 I AktG). Es sind beispielsweise Anweisungen möglich, freie Mittel zur Verfügung zu stellen oder Gegenstände unter Wert, insbesondere auch zu Konzernverrechnungspreisen zu verkaufen.⁸⁶ Interessen von Minderheitsgesellschaftern müssen nicht mehr in jedem Einzelfall berücksichtigt werden, da nach Abschluss des Beherrschungsvertrags das daraus folgende Weisungsrecht den Interessen der Minderheitsgesellschafter vor-

⁸³ Dazu Ebd., S. 499 ff. Die konzernrechtliche Terminologie ist hier verwirrend, da sog. „faktische Konzerne“, die auf rein tatsächlich begründeter wirtschaftlicher Abhängigkeit beruhen, gerade durch den Abschluss von Austauschverträgen entstehen können. „Vertragskonzerne“ hingegen sind nur solche, die durch gesellschaftsrechtliche Unternehmensverträge begründet werden.

⁸⁴ Zur Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens siehe *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 382 ff. Die §§ 291-310 AktG sind für den Fall, dass eine GmbH das beherrschte Unternehmen ist, vorbehaltlich rechtsformspezifischer Besonderheiten entsprechend anwendbar, *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, Einl. Rn. 14.

⁸⁵ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 388.

⁸⁶ *Kropff, Bruno/Semler, Johannes (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz - Band 8, §§ 278-328, 2000, § 308, Rn. 95.

geht. Dies ist dadurch gerechtfertigt, dass der Abschluss des Beherrschungsvertrag eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der Stimmen der Gesellschafterversammlung bedarf und die Interessen der Minderheitsaktionäre durch gesetzliche Ausgleichspflichten sowie ein verpflichtendes Abfindungsangebot (§§ 304, 305 AktG) hinreichend berücksichtigt sind.

Um den Interessen des beherrschten Unternehmens, der außenstehenden Gesellschafter sowie der Gläubiger gerecht zu werden, gewährt der Beherrschungsvertrag jedoch keinen schrankenlosen Einfluss. Weisungen müssen sich zunächst innerhalb des satzungsmäßigen Zweckes des beherrschten Unternehmens halten. Darüber hinausgehende Weisungen bedürfen der Satzungsänderung, die der Hauptversammlung vorbehalten und somit dem Weisungsrecht entzogen ist (179 AktG).⁸⁷ Die organisatorische Flexibilität häufig mehrstufig strukturierter transnationaler Großkonzerne wird weiterhin dadurch eingeschränkt, dass aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse verbindliche Weisungen stets nur innerhalb der jeweiligen Beherrschungsvertragsbeziehungen möglich sind, nicht jedoch über gestufte Verhältnisse hinweg.⁸⁸ Fundament des Schutzes ist jedoch die Einschränkung, dass das herrschende Unternehmen nur dann für das beherrschte Unternehmen nachteilige Weisungen erteilen darf, wenn diese im Konzerninteresse liegen (§ 308 I AktG). Dahinter steht der Gedanke, dass das beherrschte Unternehmen praktisch auf Zeit in so enger Beziehung zum herrschenden Unternehmen steht, dass es einer unselbständigen Betriebsstätte des herrschenden Unternehmens sehr nahe kommt. Nachteile für diesen einen Baustein des Gesamtkonzerns sollen möglich sein, solange sich der Konzern dadurch insgesamt wirtschaftlich besser oder zumindest nicht schlechter steht. Als Gegengewicht zu dieser unternehmerischen Gestaltungsfreiheit des herrschenden Unternehmens besteht für dessen Geschäftsleitung die Verpflichtung, eventuelle Verluste des beherrschten Unternehmens am Jahresende auszugleichen (§ 302 AktG) sowie die Leitung des beherrschten Unternehmens – schadensersatzbewehrt gem. § 309 II AktG i.V.m. §§ 276, 280 I BGB – mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter zu besorgen. Aus den Schutzvorschriften der §§ 302-305 AktG lässt sich somit ableiten, dass der Gesetzgeber von dem gesicherten Fortbestand des beherrschten Unternehmens ausgeht. Das Weisungsrecht ist daher dann überschritten, wenn die Verlustausgleichspflicht aus § 302 AktG die aktuelle Bedrohung der Lebensfähigkeit der abhängigen Gesellschaft nicht mehr zu verhindern mag.⁸⁹ Jedenfalls wenn an der beherrschten Gesellschaft noch außenstehende Aktionäre beteiligt sind, gibt es kein Konzerninteresse, das die Aufhebung der Lebensfähigkeit eines Konzern-

⁸⁷ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 394.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 385.

⁸⁹ *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308, Rn. 64.

teils rechtfertigen würde.⁹⁰ Zum Schutze der Gläubiger soll dies aber selbst für Einpersonengesellschaften gelten, in denen keine Minderheitsrechte zu beachten sind. Existenzgefährdende Weisungen sind daher grundsätzlich unzulässig.

Diese Balance aus Rechten und Pflichten des herrschenden Konzerns wird einerseits überwacht durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung des beherrschten Unternehmens, die primär für das Wohl ihres beherrschten Unternehmens verantwortlich sind, und daher jede Weisung auf ihre Zulässigkeit hin zu überprüfen haben. Sollte eine für das beherrschte Unternehmen nachteilige Weisung nicht dem Konzerninteresse dienen, oder sollte absehbar sein, dass das herrschende Unternehmen seiner Verlustausgleichspflicht nicht nachzukommen vermag, so hat der Vorstand des beherrschten Unternehmens das Recht und gegenüber seinem eigenen Unternehmen sogar die Pflicht, die Ausführung der Weisung zu verweigern. Um diesen Kontrollmechanismus nicht umgehen zu können, darf das dominante Unternehmen sich auch keine generelle Vertretungsmacht einräumen lassen, sondern bleibt auf Weisungen beschränkt, die grundsätzlich ausschließlich gegenüber dem Vorstand des abhängigen Unternehmens ergehen dürfen (§ 308 I 1 AktG).⁹¹

Zum anderen wachen Hauptversammlung und Aufsichtsrat, die von Weisungen aus dem Beherrschungsvertrag nicht betroffen sind, über die Interessen einer beherrschten AG. Ihre Kontrollfunktion ist in der Praxis jedoch stark eingeschränkt, da beherrschte Unternehmen sich gewöhnlich auch eigentumsrechtlich überwiegend oder vollständig in der Hand des herrschenden Unternehmens befinden. Dies folgt alleine daraus, dass ein Beherrschungsvertrag nur mit Zustimmung von 75 % des in der Hauptversammlung anwesenden Grundkapitals wirksam werden kann. Auch die Position des Aufsichtsrats ist konsequenter Weise schwach, wird er doch – vorbehaltlich der Regeln des Mitbestimmungsgesetzes – mit den Stimmen der vom herrschenden Unternehmen dominierten Hauptversammlung gewählt. Zudem werden seine Kontrollbefugnisse durch einen Beherrschungsvertrag von Gesetz wegen eingeschränkt (§§ 308 III i.V.m. 111 IV 2 AktG).⁹²

c) Die institutionelle Absicherung konzerninterner Transaktionen

Vor dem Hintergrund der dargestellten Möglichkeiten und Beschränkungen, auf konzernrechtlicher Grundlage rechtlich unabhängige Unternehmen zu einer ökonomischen Organisationseinheit zusammenzufassen, soll nun anhand des zu Anfang erörterten Beispielsfalles erläutert werden, wie bzw. inwieweit transnationale Konzernstrukturen die Abwicklung grenzüberschreitender Transaktionen ermöglichen.

⁹⁰ *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 395 f.

⁹¹ *Ebd.*, S. 387 ff.; *Kropff/Semler*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz - Band 8, §§ 278-328, § 308, Rn. 72.

⁹² *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, S. 393 f.

Die Abwicklung von Transaktionen zwischen Konzernunternehmen funktioniert vollkommen anders, als dies nach der institutionenökonomischen Idealvorstellung des Unternehmens als autarke Hierarchiestruktur zu erwarten wäre. Ungeachtet der konzernrechtlichen Verbindungen handelt es sich bei Konzernunternehmen stets um eigenständige juristische Personen, selbst wenn beide Konzernteile eigentumsrechtlich vollständig in einer Hand liegen. Werden daher im abzuwandelnden Ausgangsfall Zulieferer vom Tochterunternehmen Z an das Mutterunternehmen H konzernintern transferiert, so überschreiten sie eine rechtlich separierbare Schnittstelle zwischen zwei selbständigen juristischen Personen. Führt man sich die anfangs vorgestellte Dichotomie von Markt und Hierarchie vor Augen, findet die konzerninterne Transaktion paradoxer Weise formal betrachtet auf dem Markt statt – als Transaktion zwischen rechtlich selbständigen Wirtschaftssubjekten.

Trotz dieser formalen Einordnung als Markttausch ist jedoch die Interessenkonstellation der beteiligten Akteure eher der Hierarchie zuzuordnen. Von ausschlaggebender Bedeutung ist, dass im Konzern zwar rechtlich selbständige, wirtschaftlich jedoch (zumindest überwiegend) einheitliche Akteure beteiligt sind. Sind H und Z eigentumsrechtlich vollständig in einer Hand, so hat keiner der Transaktionspartner einen Anreiz, auf Kosten des anderen Teils seinen Vorteil zu suchen, da die Vermögensverschiebung lediglich innerhalb der wirtschaftlichen Organisationseinheit des Konzerns stattfindet. Im Falle des faktischen Konzerns kann H als dominierendes Unternehmen über die Besetzung des Vorstands (bei der AG) bzw. über sein aus der Eigentümerstellung resultierendes Weisungsrecht an die Geschäftsführung (bei einer GmbH) bei Z sicherstellen, dass Z nach seinen Anweisungen leisten wird. Bilden H und Z einen Vertragskonzern, so kann H darüber hinaus sogar die Befolgung nachteiliger Weisungen bei Z erzwingen. Nur in diesem Fall wäre beispielsweise die verbindliche Anweisung möglich, Zulieferer zu einem Konzernverrechnungspreis unter Wert abzugeben.

Weist in unserem Fall das Konzernmutterunternehmen H sein Tochterunternehmen Z an, eine Produktionsstraße für die Herstellung der Einzelteile zu errichten, so muss Z nicht um das spätere vertragskonforme Verhalten des H bangen, da die fortgesetzte Kooperation im wirtschaftlichen Interesse des Gesamtkonzerns liegt. Würden bei Z Verluste entstehen, müsste H diese aufgrund konzernrechtlicher Vorschriften ausgleichen. Z selbst hätte ebenfalls kein Interesse daran, H zu schädigen, da dies den Interessen des Gesamteigentümers H entgegenlaufen würde.

Das Problem, wie die einzelnen Mitarbeiter dazu angehalten werden, ihre vertraglichen Pflichten zu erfüllen, läuft aufgrund der personellen Abhängigkeit von Geschäftsleitung und Angestellten von den Gesellschaftern parallel zum Anreizsystem im idealtypischen autarken Unternehmen. Sämtliche Entscheidungsträger bei Z und H sind über ihre Arbeitsverträge an das Mutterunternehmen H gebunden, so dass sie den Weisungen

der Geschäftsleitung von H Folge leisten werden, um den Fortbestand ihrer Arbeitsverhältnisse zu sichern.

Über die Konstruktion des Konzerns gelingt es somit, trotz rechtlicher Selbständigkeit der Akteure eine hinreichende Transaktionssicherheit zu schaffen. Im Vergleich zur Idealhierarchie ist der unternehmerische Spielraum des dominanten Unternehmens jedoch durch den Minderheiten- und Gläubigerschutz eingeschränkt.

2. *Netzwerkstrukturen als Form des „Unternehmens“ im institutionellen Sinne?*

Weil klassische hierarchische Unternehmen, die pyramidenförmig auf das Mutterunternehmen als Konzernspitze zugeschnitten sind, im wissensbasierten Wirtschaftszeitalter an Bedeutung verlieren (s.o.), lässt sich der Trend beobachten, die Wertschöpfungskette in flacher organisierte Netzwerke zu integrieren.⁹³ Dadurch wird insbesondere dem Umstand Rechnung getragen, dass Unternehmensstrukturen nicht nur den Vorteil besitzen, Marktunsicherheiten zu internalisieren, sondern auch die Nachteile, relativ inflexibel zu sein, hohe Verwaltungskosten zu erzeugen und mangelhafte Anreizstrukturen zu bieten. Im Rahmen des sog „Outsourcings“ werden daher oftmals Unternehmensteile, die nicht zum Kernbereich der Geschäftstätigkeit gehören, aus der Konzernstruktur herausgelöst und auf externe Anbieter übertragen. Da freie Markttransaktionen „at arm’s length“ im grenzüberschreitenden Verkehr aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit regelmäßig zum Scheitern verurteilt sind,⁹⁴ lassen sich insbesondere sog. „hybride“ Governance-Mechanismen beobachten, die Elemente des Markts und der Hierarchie zur Absicherung der Transaktion kombinieren.⁹⁵ Die Verzahnung der einzelnen Funktionen zwischen den juristisch und wirtschaftlich selbständigen Wirtschaftssubjekten ist dabei häufig so eng ausgestaltet, dass die Verbindlichkeit von Zusagen derjenigen innerhalb des

⁹³ *Raupach, Arndt*, Schuldvertragliche Verpflichtungen anstelle beteiligungsgestützter Beherrschung, in: H. P. Westermann/K. Mock (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezzener zum 70. Geburtstag am 13. März 2000: Rechtsanwalt und Notar im Wirtschaftsleben, 2000, S. 327 ff.; *Dunning/Lundan*, Multinational Enterprises and the Global Economy, S. 5 führt „cross-border non-equity cooperative ventures via licensing agreements, turnkey operations and strategic alliances“ als Beispiele an.

⁹⁴ S.o., Punkt C. I. 2.

⁹⁵ *Powell*, Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization; *Theurl, Theresia*, From Corporate to Cooperative Governance, in: T. Theurl (Hrsg.), Economics of Interfirm Networks, 2005, S. 149, 162 ff.; *Williamson*, Networks - Organizational Solutions to Future Challenges, in: (Hrsg.), S. 16 ff. hingegen behauptet, dass Netzwerke kein neues Konzept, sondern eine Facette der von ihm bereits Jahre zuvor beschriebenen „hybriden“ Governance-Mechanismen seien.

Konzerns nicht nachsteht.⁹⁶ So kommt es, dass rechtlich und wirtschaftlich vollkommen selbständige Transaktionspartner – paradoxer Weise – im Zusammenhang des „grenzenlosen Unternehmens“ oder der „global corporations“, wie Reich oder Ohmae sie beschreiben, begrifflich doch wieder der Unternehmensstruktur zugeordnet werden.

Die Grenze des Unternehmens verschwimmt. Bevor wir daher die Abwicklung von Transaktionen in solchen Netzwerkbeziehungen näher betrachten werden, drängt sich die Frage auf, ob solche Netzwerktransaktionen überhaupt innerhalb des Unternehmens als ökonomischer Organisationseinheit stattfinden, oder ob es sich nicht endgültig um unternehmensexterne Transaktionen handelt.

a) Steuerung wirtschaftlich-existenziell abhängiger Unternehmen durch Austauschverträge

Während bisweilen auch wirtschaftlich gleich starke Unternehmen ihre Aktivitäten formlos oder mit gegenseitigen Beteiligungen in Form von Joint Ventures organisieren, interessiert uns für die Analyse hierarchischer Mechanismen im Unternehmen eher der Netzwerkbereich, in dem aus wirtschaftlicher Abhängigkeit eine solche Hierarchieabstufung erwachsen kann. Dass die Zuordnung solcher Unternehmen, die ausschließlich über schuldvertragliche Austauschbeziehungen von einem dominanten Unternehmen beeinflusst werden können, zur ökonomischen Organisationseinheit „Unternehmen“ erwogen wird, äußert sich in der Diskussion um die Ausdehnung der Anwendung konzernrechtlicher Schutzvorschriften auf solche Abhängigkeitsverhältnisse aus Schuldverträgen.⁹⁷

Während das überwiegende Schrifttum und die Rechtsprechung unerschütterlich darauf bestehen, dass Abhängigkeit im konzernrechtlichen Sinne ausschließlich *gesellschaftsrechtlich*, also durch eine eigentumsrechtliche Beteiligung oder durch einen *Unternehmensvertrag*, vermittelt sein kann,⁹⁸ verweisen Kritiker auf die Ungerechtigkeit einer solch kategorischen Beschränkung der Reichweite des schützenden Konzernrechts. Sie führen an, dass auch durch Kredit-, Franchise- oder Just-in-Time-Lieferverträge aufgrund der weitreichenden Beeinflussungsmöglichkeiten innerorganisatorischer Entscheidungen und der wirtschaftlichen Abhängigkeit des schwächeren

⁹⁶ *Dunning/Lundan*, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, S. 5.

⁹⁷ Vertiefend *Dierdorf, Josef*, *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldvertraglicher und tatsächlicher Grundlage*, 1978; *Sura, Achim*, *Fremdeinfluss und Abhängigkeit im Aktienrecht - Eine Neuorientierung zu den Grundlagen des Rechts der Verbundenen Unternehmen*, 1980; *Bayreuther, Frank*, *Wirtschaftlich-existenziell abhängige Unternehmen im Konzern-, Kartell- und Arbeitsrecht - Zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung moderner Unternehmensverträge*, 2001.

⁹⁸ *Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, S. 489 mit Verweis auf BGHZ 90, 381, 395; Martens, *Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit*, 1979, S. 54 ff.; Ulmer, *ZHR* 142 (1978), 458 ff.; Köhler, *NJW* 1978, 2473 ff.

Vertragspartners eine Situation entstehen kann, die die Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften auch ohne Vorliegen der formalen Abhängigkeitskriterien erforderlich macht. Franchising- und Just-in-Time Lieferverträge, so wird argumentiert, zielten sogar gerade darauf ab, die unternehmensinterne Organisation des abhängigen Unternehmens mit den Vorgaben des Franchisegebers bzw. Herstellers gleichzuschalten.⁹⁹ Genaueste Organisationsvorschriften bzw. minutengenaue Liefervorgaben würden die unternehmerische Freiheit des abhängigen Unternehmens mit einem engen Korsett versehen. Aus zwei zentralen Gründen ist jedoch unbedingt darauf zu bestehen, dass nicht-gesellschaftsrechtliche Verträge stets als unternehmensextern behandelt werden müssen.

Zum einen lässt sich aus transaktionskostentheoretischen Erwägungen der Rückschluss ziehen, dass es in der Natur der Just-in-Time-Beziehung oder des Franchiseverhältnisses liegt, dem Zulieferer oder Franchisenehmer einen größeren unternehmerischen Spielraum zu belassen, als dies bei einer unselbständigen Betriebsabteilung des dominanten Unternehmens der Fall wäre. Ein Kostenvorteil durch die Herauslösung der Transaktion aus der formalen Hierarchiestruktur ergibt sich für das dominante Unternehmen nur, wenn der Vertragspartner ausreichenden Spielraum erhält, um aufgrund eigenen Gewinnstrebens und eigener Kreativität freie unternehmerische Entscheidungen treffen zu können.¹⁰⁰ Bestünde dieser Freiraum nicht, so wäre die Abwicklung innerhalb des Konzerns dank der oben beschriebenen Einflussmöglichkeiten kostengünstiger. Strenge Qualitätssicherungsvereinbarungen mit dem Zulieferer stellen danach nicht auf die Produktionssteuerung, sondern auf die Kontrolle des externen Vertragspartners ab. Gleichsam soll die Vereinheitlichung des Produktions- und Vertriebsablaufs in Franchise-Beziehungen nur einheitliche Zielvorgaben schaffen, die einen Vergleich verschiedener Franchise-Nehmer ermöglichen, nicht jedoch die Unternehmensleitung dem Franchisegeber unterstellen.¹⁰¹

Zum anderen lassen Sinn und Zweck der konzernrechtlichen Vorschriften keinen anderen Schluss zu, als auf die gesellschaftsrechtliche Vermittlung der Abhängigkeit zu bestehen. Die konzernrechtlichen Nachteilsausgleichs- und Haftungspflichten gründen auf dem Gedanken, den Interessenskonflikt aus der sich überschneidenden Eigentümerstellung im Konzern zu entschärfen. Findet zwischen zwei juristisch getrennten, jedoch

⁹⁹ *Oechsler*, Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug, S. 468 ff.

¹⁰⁰ Zum Just-in-Time Konzept Ebd. S. 475 mit Verweis auf die Parallelproblematik im Franchising bei *Martinek, Michael*, Franchising - Grundlagen der zivil- und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, 1987, S. 633 ff., 640 ff.; *Martinek* in *Martinek/Semler*, Handbuch des Vertriebsrechts, 1996, § 5 Fn. 31.

¹⁰¹ *Oechsler*, Die Anwendung des Konzernrechts auf Austauschverträge mit organisationsrechtlichem Bezug, S. 476.

wirtschaftlich von einem Mehrheitseigentümer einheitlich dominierten Unternehmen ein Transfer statt, so stehen die isolierten Interessen der einzelnen Parteien zu Gunsten der wirtschaftlichen Gesamtorganisation zurück. Die Willensbildung beim abhängigen Unternehmen ist gestört, da es sich auf Weisung oder faktischen Einfluss des Mehrheitseigentümers hin „kampflos“ in sein Schicksal ergibt, zu ungünstigen Konditionen zu kontrahieren. Dieser Konflikt entsteht nur, wenn der interne Entscheidungsprozess des abhängigen Unternehmens aufgrund von verwaltungsinternem Einfluss des Mehrheitsgesellschafters gestört ist. Werden selbständige Unternehmen, die keine gesellschaftsrechtliche Verbindung zu einem dominanten Unternehmen haben, durch wirtschaftliche Zwänge in ungünstige Verträge getrieben, so gehen sie die Transaktion nur dann ein, wenn ansonsten der eigenen Gesellschaft noch größerer Schaden droht. Anders als ein gesellschaftsrechtlich abhängiges Unternehmen, das sich „freiwillig“ ausbeuten lässt, würde sich das nur wirtschaftlich abhängige Unternehmen schnellstmöglich aus der abhängigen Lage zu befreien suchen, sofern sich diese zu ihrem Nachteil auswirkt.

Der Interessenkonflikt aus beidseitigen Beteiligungen besteht bei rechtlich *und* wirtschaftlich selbständigen Unternehmen also gerade nicht. Überträgt man konzernrechtliche Schutzvorschriften, wie z.B. die Nachteilsausgleichspflicht aus § 317 AktG, auf solche Konstellationen, so würde man eine Generalklausel der Marktergebniskontrolle etablieren, die das Prinzip der Privatautonomie zu einer leeren Hülse verkommen ließe.¹⁰² Selbst in einer sozialen Marktwirtschaft besteht kein allgemeiner Anspruch auf vermögensrechtlichen Schutz vor wirtschaftlicher Nachteilszufügung. Über wirtschaftlich-existenzielle Abhängigkeit alleine lässt sich somit kein konzernrechtlicher Zusammenhang herstellen.

b) Die unternehmensexterne Abwicklung von Transaktionen im Netzwerkverbund

Bei Netzwerktransaktionen werden Güter somit über die rechtliche Schnittstelle zwischen unabhängigen juristischen Personen hinweg transferiert. Zwischen den Transaktionspartnern besteht weder eine juristische noch eine wirtschaftliche Einheit. Im Gegensatz zum Konzernverbund besteht auch keine aus gemeinsamer Eigentümerschaft resultierende Übereinstimmung der wirtschaftlichen Interessenausrichtung beider Parteien mehr, sondern lediglich gegenläufige Interessen, die sich nur durch Kooperation erreichen lassen. Damit ist keines der Merkmale gegeben, das dem transaktionskostentheoretischen Idealbild des Unternehmens entsprechen würde.

Ebenso wenig, wie solche aus Austauschverträgen erwachsende Abhängigkeiten dem Schutz des Konzernrechts zu unterstellen sind, lässt sich deshalb darin eine Form des

¹⁰² Ebd. S. 479.

Unternehmens im institutionellen Sinne erblicken.¹⁰³ Selbst wenn aus dem faktischen Abhängigkeitsverhältnis heraus die Abwicklung von Transaktionen per Hierarchie gesteuert werden kann, so ist diese nicht unternehmensspezifisch, sondern erwächst aus dem relationalen Vertragsverhältnis zwischen unabhängigen wirtschaftlichen Akteuren. Ob eine oder gar beide Parteien einer solchen Netzwerktransaktion einem transnationalen Unternehmen angehören, ist für die Abwicklung des Geschäfts daher ohne Belang. Relationale Vertragsbeziehungen sind kein Spezifikum transnationaler Unternehmen, sondern haben schon seit Menschen Gedenken den wirtschaftlichen Austausch gestützt.

Nehmen wir an, dass Z und H in unserem Ausgangsfall keine eigentumsrechtlichen oder unternehmensvertraglichen Beziehungen haben, sondern dass Z und H einen Just-in-Time Liefervertrag geschlossen haben, von dem Z's wirtschaftliche Existenz abhängt. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Z stellt dessen Leistung sicher. Z kann es sich nicht erlauben, H zu schädigen, da in einem solchen Fall H den Vertrag beenden und Z in die Insolvenz treiben würde. Bis zur Grenze von Z's Leistungsfähigkeit kann H daher aufgrund Z's wirtschaftlicher Abhängigkeit per Weisung seine Vorgaben durchsetzen. H selbst wiederum hat jedoch ein Interesse daran, den von ihm wirtschaftlich abhängigen Partner nicht durch maßlos opportunistisches Verhalten in die Insolvenz zu treiben, da ihm sonst Kosten aufgrund des Produktionsausfalls und Kosten für die erneute Vertragsanbahnung mit einem neuen Vertragspartner entstehen würden. Dass dieses transaktionsermöglichende Gleichgewicht nur so lange besteht, wie beide Parteien die Fortsetzung der Transaktion als vorteilhaft erachten, löst regelmäßig Diskussionen um den Schwächerenschutz in solchen Abhängigkeitsverhältnissen aus. Aber eben darin zeigt sich, dass die Interessen der Parteien eben nicht langfristig aufgrund gemeinsamer Eigentümerschaft gekoppelt sind, sondern nur so lange konform gehen, als der Kooperationsgewinn die Gewinnmöglichkeiten aus opportunistischem Verhalten übersteigt.

Im Ergebnis handelt es sich daher auch bei abhängigkeitsbegründenden Austauschverträgen um relationale Vertragsbeziehungen zwischen zwei rechtlich und wirt-

¹⁰³ Offener mit dem Begriff „Unternehmen“ geht hingegen *Bärmann, J.*, Rechtsproblem multinationaler Unternehmen, 1974, S. 24 um: „Die Versuche einer juristischen Definition des Begriffes ‚multinationale Unternehmen‘ sind im Grunde zu keinem Ergebnis gekommen und bleiben im Willkürlichen stecken. [...] Es kann im Grunde nicht mehr gesagt werden, als daß es sich um den wirtschaftlichen Begriff von Unternehmen handelt, deren Tätigkeit sich in Form von institutionalisierten Niederlassungen und von Beteiligungen über die Muttergesellschaft hinaus erstreckt, und damit über das Mutterland. Bloßer Export und Import in andere Länder fällt keineswegs darunter. Doch können schon Abreden über bestimmte Export- und Importkontingente und Bedingungen, auch Abreden über Lizenzen und know-how zu der gemeinten Internationalisierung des Unternehmens führen.“

schaftlich selbständigen Akteuren, die nicht in Verbindung mit dem institutionellen Arrangement „Unternehmen“ stehen, sondern bei denen die Marktelemente dominieren.

D. SCHLUSS

Als vorläufiges Ergebnis bleibt festzuhalten, dass aus juristischer Perspektive ein Unternehmen deutlich seltener vorliegt, als der inflationäre Gebrauch im ökonomischen Jargon dies vermuten lässt. Insbesondere aus Diskursen, die unter anderer Flagge im Konzernrecht geführt werden, lässt sich ableiten, dass die Grenze zwischen Markt und Unternehmen aufgrund eigentumsrechtlicher Kriterien gezogen werden muss. Es ist die Überschneidung von ökonomischen Interessen von Gesellschaftern, die mehrheitliche Beteiligungen an miteinander kontrahierenden Unternehmen haben, die einerseits konzernrechtliche Schutzvorschriften notwendig macht, und andererseits die Besonderheit der unternehmensinternen Abwicklung von Transaktionen ermöglicht. Keine andere Verbindungsform als die gemeinsame Eigentümerstellung kann dauerhaft gleichlaufende Interessen zwischen Transaktionsparteien herstellen. Auch wenn dies im Rahmen langfristiger relationaler Verträge zunächst den Anschein haben mag, hält die Beziehung stets nur so lange, wie die Kooperationsrente die Gewinnmöglichkeiten aus opportunistischem Verhalten übersteigen. Liegt keine sich (zumindest teilweise) überschneidende Eigentümerschaft vor, so besteht keine wirtschaftliche Organisationseinheit, sondern es liegt lediglich ein (relationales) Vertragsverhältnis vor, das im institutionellen Sinne dem Markt zuzuordnen ist.

Für unsere Ausgangsfrage, wie transnational transnationale Unternehmen tatsächlich sind, bedeutet dies Folgendes: Das völlig losgelöst von nationalen Bezügen in Netzwerken operierende „globale“ Unternehmen à la Reich oder Ohmae ist insofern tatsächlich ein Mythos, als es solche in lockerer Verbindung stehenden Geschäftseinheiten als Unternehmen qualifiziert. In der Sache wäre es zutreffender, auf die steigende Bedeutung netzwerkartiger Strukturen jenseits des Unternehmens hinzuweisen. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich auch grenzüberschreitend operierende Konzernstrukturen zunehmend von ihrem nationalen Ursprung emanzipieren. Insbesondere die sich aufgrund institutioneller Anleger internationalisierende Aktionärsstruktur transnationaler Konzerne sowie deren geschäftliche Ausrichtung auf weltweit verstreute Märkte führen im Ergebnis dazu, dass auch das Unternehmen in einem engeren Sinne dahin tendiert, unabhängig von und illoyal gegenüber dem Nationalstaat, also wahrhaft transnational, zu werden.

Die hier geleistete normative Analyse der Steuerungsmechanismen innerhalb transnationaler Unternehmen anhand des deutschen Konzernrechts ist jedoch nur ein erster Schritt, um die ökonomische Theorie des Unternehmens für weitere juristische Forschung anschlussfähig zu machen. Um die aus der deutschen Rechtslage gewonnenen

Erkenntnisse verallgemeinern zu können, bleibt für die Zukunft die Aufgabe, rechtsvergleichend weitere international bedeutsame Rechtsordnungen zu analysieren. Zudem ist es notwendig, die Erkenntnisse aus der soziologischen Literatur zu Entscheidungsstrukturen und Selbstregulierung in den Diskurs mit einzubeziehen. Als Fernziel ist eine empirische Überprüfung der durch die normative Analyse der Steuerungsmechanismen transnationaler Unternehmen gewonnenen Erkenntnisse anzustreben.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Jens Mertens ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen.

Telefon: +49 421 218- 8710

Fax: +49 421 218-8721

E-Mail: jens.mertens@sfb597.uni-bremen.de

Anschrift: Universität Bremen, Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“, Linzer Strasse 9a, D 28359 Bremen