

Die Verfassung von Vertragsverbindungen

Marc Amstutz*

Inhaltsverzeichnis

- I. „Les mondes intérieurs“ der Gesellschaft und das Recht
- II. Auf der Suche nach den „mondes intérieurs“ der Vertragsverbindung
- III. Vertragsverbindungen als schuldrechtliches Verfassungsproblem

Wer sich mit Vertragsverbindungen (oder in klassischer Diktion: mit zusammengesetzten Verträgen) auseinandersetzt, wird schnell feststellen, dass diesem Phänomen mit herkömmlicher Rechtsdogmatik nicht beizukommen ist. Der tiefere Grund dafür liegt in einem Emergenzphänomen: Vertragsverbindungen lassen aus bilateralen Rechtsbeziehungen – aus zweiseitigen schuldrechtlichen Verträgen – neue Erwartungsordnungen entstehen, in die mehrere, zuweilen zahlreiche selektiv miteinander interagierende Akteure eingebunden sind (man denke z.B. an Franchise- oder Interbankzahlungssysteme). Für diese neuen Ordnungen ist das traditionelle Vertragsrecht blind. Eine angemessene Reaktion besteht darin – so meine These –, diese emergenten Erwartungsordnungen einer *Rechtsverfassung höherer Ordnung* zuzuführen. Mit „Rechtsverfassung höherer Ordnung“ ist gemeint, dass aus den obligationenrechtlichen Regeln heraus, welche für die einzelnen Kontrakte gelten, die die Vertragsverbindung konstituieren, eine neue (also ebenfalls emergente) *Rechtsordnung* entwickelt wird. Gelingen kann das Design einer solchen „Verbund-Verfassung“ nur, soweit rechtssoziologische Erkenntnisse in die zivilistische Dogmatik einfließen – und zwar gerade deshalb, weil man es bei Vertragsverbindungen nicht durchwegs mit klassisch-rechtlichen, aber eben doch mit zuweilen juristisch relevanten Normativitäten zu tun hat. Nachstehend wird zunächst besprochen, wie das moderne Vertragsrecht die Blende in diesem Sinne öffnen kann (I.). Darauf aufbauend wird spezifisch den Vertragsverbindungen und ihren Eigenarten im Spiegel der jüngeren schweizerischen Rechtsprechung nachgegangen (II.). In einem abschliessenden Teil wird gefragt, wie auf die Erwartungsordnungen, die aus der Verbindung von Verträgen emergieren, privatrechtsdogmatisch reagiert werden kann, insbesondere wie eine schuldrechtliche Verfassung von Vertragsverbindungen de lege lata zu entwerfen ist (III.).

I. „Les mondes intérieurs“ der Gesellschaft und das Recht

1. Der vorherrschende Stil der Zivilistik im 20. Jahrhundert ist gekennzeichnet von einem strikten Fokus auf den rechtlich-institutionellen „Überbau“ des Lebens und verkörpert in einer Rechtsdogmatik, die die in der Lebenswelt zu „bearbeitenden“ Fakten nicht auswählt, d.h. aus dem Leben „herauspickt“, sondern selber erfindet. Damit hat sich das Recht in seinen Operationen von seiner Umwelt gelöst. Diese wird jetzt ausschliesslich mit Hilfe (positiv-) rechtlicher Kriterien rekonstruiert (in Radikalisierung des „quod non est in actis non est in mundo“ der Römer) und das Recht lässt die „mondes intérieurs“ der erfassten Sozialverhältnisse draussen vor. Eine hochgradige Autonomie des Rechts ist die Folge dieser Schliessung, was den seit Jahrzehnten eindringlich studierten Differenzierungsbewegungen in der modernen Gesellschaft entspricht¹.

In dieser historischen Konfiguration ist die operative Geschlossenheit des Rechts nichts Dysfunktionales. Stossen differenzierte Sozialsysteme, wie die Wirtschaft, der Sport, die Kunst oder die Religion, bei der Bewältigung ihrer internen Konflikte auf ihre Leistungsgrenzen und wenden sie sich deshalb an das Recht, wäre es unbeholfen und unbehelflich, wollte das Recht den zu schlichtenden Streit nach Massgabe der spezialfisierten Logik jenes Sozialsystems entscheiden, in welchem dieser Streit aufgeflammt ist. Denn eben diese Logik hat im konkreten Fall ihre Unfähigkeit zur Streiterledigung demonstriert! Vom Recht wird anderes verlangt, nämlich den ihm anvertrauten Konflikt „mit ganz anderen Augen“ anzugehen. Verlangt wird von ihm, dass es den in einem gegebenen Sozialkontext entstandenen Streit „*entfremdet*“². Auf diese

* Für kritisch-konstruktive Mitarbeit bin ich Frau lic. iur. Gaby Müller, Lektorin an der Universität Freiburg i.Ue., herzlich verpflichtet.

¹ Zur Gesellschaftsdifferenzierung cf. hinten III.2.a).

² Vielleicht liegt hier die Erklärung für die Augenbinde der Justitia: Sie soll die Eigenrationalität der beteiligten Systeme nicht sehen – um besser (d.h. nur nach der Eigenrationalität des Rechts) sehen zu können!

Weise wird die Chance geschaffen, dass der fragliche Sozialkontext, der durch den Streit blockiert wird, einen bisher nicht zur Verfügung stehenden Zugang zum Streitgeschäft erhält, der die Lage entkrampfen kann. Dem Streit wird also gewissermassen ein neuer „Sinn“ gegeben, so dass es zur Wiederherstellung der behinderten Funktionsfähigkeit im betroffenen Sozialkontext kommen kann. Erst seine hochgradige Autonomie erlaubt dem Recht diese Art von sozialer Sinn-Schöpfung³.

2. Warum dann aber die Befunde über eine relative Unzufriedenheit der Öffentlichkeit mit dem Recht, die in zahlreichen Arbeiten, welche von POUNDS berühmten Artikel⁴ über CHRISTIES provokative These⁵ bis hin zu jüngeren demoskopischen Umfragen⁶ reichen, laufend wiederkehren und stets aufs Neue dokumentiert werden⁷? Wenn soziale Systeme, die von internen Streitigkeiten überfordert sind, das Recht um eine „andere“ Sicht der Dinge ersuchen – die wohlbermerkt das Recht immer gewährt (es kann ja gar nicht anders!) –, wie kommt es dann, dass Rechtsentscheide bald akzeptiert, bald verworfen werden? Offenbar reicht es nicht aus, den Sozialkonflikt bloss zu „entfremden“ und unter der Ägide der Rechtspositivität in einen *Rechtskonflikt* zu transformieren⁸. Dieser Prozess scheint an gewisse Bedingungen (WIETHÖLTERS „Faktor X“⁹) gebunden zu sein, von deren Erfüllung sein Erfolg – d.h. die Schöpfung neuen gesellschaftlichen Sinnes – abhängt. Allein, um welche Bedingungen handelt es sich? Wo den „Faktor X“ suchen?

Man sollte in diesem Zusammenhang weiterhin die Folgen der Gesellschaftsdifferenzierung für das Recht im Auge behalten, nur diesmal aus der umgekehrten Perspektive, die nicht den Transfer eines Sozialkonfliktes in das Recht, sondern die *Rezeption* eines Rechtsentscheides im betroffenen Sozialkontext beobachtet. In dieser Hinsicht ist das Recht den Systemreferenzen¹⁰ des gesellschaftlichen Teilsystems, von dem der nunmehr entschiedene Konflikt ausging, gewissermassen ausgeliefert. Denn diese entscheiden allein, ob von einer „gelungenen“ Rechtsintervention die Rede sein kann (in diesem Sinne WIETHÖLTERS Vision von „*Recht als Therapie*“: „Recht hat dafür zu sorgen, dass z.B. die System-Spiele von denen zu spielen sind, von denen sie zu spielen sind, dass z.B. ‚Probleme‘ (‚Krankheiten‘, ‚Konflikte‘) von denen zu lösen sind, von denen sie zu lösen sind usw. usw.“¹¹). Die Verwirklichung der erwähnten Bedingungen liegt also nicht im Machtbereich des Rechts; Recht ist – ähnlich dem Mediziner bei seinem Patienten – auf die autologischen Kräfte des zerstrittenen Sozialkontextes angewiesen. Ob eine Intervention qua Recht „gelingt“, bestimmt das System, in welches eingegriffen wird, mithin selber („= Nichtrecht als

³ Grundlegend GUNTHER TEUBNER / PEER ZUMBANSEN, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, ZRSoz 21 (2000), 189 ff.; cf. sodann GUNTHER TEUBNER, Zur Eigenständigkeit des Rechts in der Weltgesellschaft: Eine Problemskizze, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich: Schulthess 2002, 149 ff.; MARC AMSTUTZ, Das Gesetz, in: Peter Gauch / Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Rechtsfiguren: K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich: Schulthess 2003, 160 f.

⁴ ROSCOE POUND, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, Am. L. Rev. 40 (1906), 729 ff.

⁵ NILS CHRISTIE, Conflict as Property, in: Charles E. Reardon / Robert M. Rich (eds.), The Sociology of Law: A Conflict Perspective, Toronto: Butterworths 1978, 295 ff.

⁶ Cf. etwa die Übersicht bei THOMAS RAISER, Das lebende Recht: Rechtssoziologie in Deutschland, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos 1999, 352 ff.

⁷ Zu den gesellschaftlichen Folgen von fehlerhaften Rechtsentscheidungen sehr aufschlussreich jetzt: RICHARD NOBLES / DAVID SCHIFF, Understanding Miscarriages of Justice: Law, the Media, and the Inevitability of Crisis, Oxford et al.: Oxford UP 2000.

⁸ In diesem Sinne schon NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 39: „Der Begriff der Positivität legt eine Erläuterung durch den Begriff der Entscheidung nahe. Positives Recht gelte qua Entscheidung. Das führt auf den Vorwurf des ‚Dezisionismus‘ im Sinne einer willkürlichen, nur von Durchsetzungsmacht abhängigen Entscheidungsmöglichkeit. *Das aber führt in eine Sackgasse, da schliesslich jedermann weiss, dass im Recht nie und nimmer beliebig entschieden werden kann*“ (H.v. Verf.).

⁹ RUDOLF WIETHÖLTER, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers, KritV 71 (1988), 1 f. et passim.

¹⁰ Die moderne Soziologie beschreibt diese Referenzen mit der Begriffstrias Funktion (Beobachtung des Gesamtsystems, dem das Teilsystem angehört), Leistung (Beobachtung anderer Teilsysteme des Gesamtsystems) und Reflexion (Beobachtung des Teilsystems durch sich selber); cf. NIKLAS LUHMANN, Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1997, 757 ff.

¹¹ Cf. etwa RUDOLF WIETHÖLTER, Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?, in: Gunther Teubner (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren aus rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden: Nomos 1995, 113 f.

Recht“¹²?). Zwingt dieser Befund zum Schluss, dass die geschilderte Rechtsverdrossenheit das unentrinnbare Schicksal des Rechts sein muss? Die Gleichung „Recht der Gesellschaft“ = „Recht ohne Gesellschaft“ als sein ewiger Fluch?

Wenn es stimmt, dass Recht nur über die Beobachtungsoperationen des fokalen Systems wirken kann, so gälte es die eben erarbeitete Lösung – dass die Umwelt vom Recht nicht „beliebige / arbiträre Rechtsentfremdung“, sondern „Rechtsentfremdung + Faktor X“ fordert – mit Hilfe einer *Logik zweiter Ordnung*¹³ zu lesen: Es müsste darum gehen, dass die juristische Konfliktentscheidung das konfliktbelastete System für seine „blinden Flecken“ sensibilisiert, d.h. das System darin unterstützt, seine Sichtverengungen in der Beobachtung seiner Umwelt zur Kenntnis zu nehmen und aus dieser Kenntnisnahme Folgerungen abzuleiten, um ein seiner Umwelt angemesseneres Verhalten an den Tag zu legen – und das unabhängig vom Umstand, welche konkreten Zumutungen eine bestimmte Rechtsentscheidung dem betroffenen Sozialkontext auferlegt, d.h. (in der Alltagssprache) ob nun der Rechtsprozess gewonnen oder verloren wird. So wäre die Aufgabe des Rechts (1) z.B. im Verhältnis zur Wirtschaft: den Gewinnmaximierungswahn zu „brechen“ und Empathie für alternative gesellschaftliche Interessen (Arbeitnehmer, Verbraucher, Allgemeinheit usw.) zu fördern, (2) z.B. im Verhältnis zur Wissenschaft: die blendende Fortschrittseuphorie zu dämpfen und Sorgen um die Natur, künftige Generationen und dergleichen mehr zu intensivieren, (3) z.B. im Verhältnis zum Sport: die Spirale der Nachfrage nach immer naturwidrigeren Rekorden zu stoppen und die physischen, psychischen sowie sozialen Lebensbedingungen von Athleten ins Bewusstsein (namentlich der Sportindustrie) zu rücken, usw. Das aber erfordert eine „gesamtgesellschaftliche“ Sicht des Rechts und damit, dass das Recht Entdeckungsreisen in die „*mondes intérieurs*“ der Gesellschaft unternimmt. Nur wenn es sich der Gesellschaft „von innen“ annähert, können überhaupt Gelegenheiten entstehen, dass es anderen Sozialsystemen hilft, ihre „blind spots“ zu lokalisieren.

Wie aber kann das Recht solche Entdeckungsreisen unternehmen? Unter den Bedingungen einer funktionalen Ausdifferenzierung der Gesellschaft ist das eine Frage der *Reflexion* des Rechtssystems: Durch Reflexion lernt das Recht sich als Teil seiner Umwelt zu verstehen, was es zugleich zwingt – und das ist hier der springende Punkt –, die seine Aufgabe ermöglichenden und unterstützenden Vorstellungen über seine Umwelt – also: Wirklichkeitskonstruktionen – zu entwickeln¹⁴. Reflexion setzt innerhalb eines jeden Sozialsystems die Schaffung eines „Reflexionsapparates“ voraus, was im Rechtssystem durch die Erarbeitung einer Rechtslehre (im Singular) geschieht¹⁵. LUHMANN hat darauf hingewiesen, dass man sich „die Abstraktionsebene von ‚Theorie‘ als einen Mechanismus der strukturellen Kopplung vorstellen [kann], der die Reflexionsleistungen des Rechtssystems ... mit den Theorieleistungen des Wissenschaftssystems verbindet“¹⁶. Hier nun liegen die Chancen – aber auch die Risiken – eines Zugangs des Rechts zu den „*mondes intérieurs*“ der Gesellschaft: die Chancen, weil so das Recht Beobachtungs-Instrumente zur Verfügung bekommt, um die Verhältnisse und die Prozesse in seiner Umwelt besser erfassen zu können. Diese Instrumente sind die von FOUCAULT beschriebenen „*Epistemen*“¹⁷, die der Rechtslehre (wie den Reflexionstheorien anderer Sozialsysteme) erlauben, die Wirklichkeit in einem bestimmten Sinne zu deuten. Aber eben – und das sind die Risiken – nur in einem bestimmten Sinne (eine „Gesamtsicht“ ist nicht zu haben). Weil „*Epistemen*“ im Wissenschaftsbetrieb in Überfülle angeboten werden, muss das Recht eine durch nichts gesicherte Selektion treffen – und das Risiko eingehen, die Gesellschaft zu verpassen. Aus diesem Selektionszwang erklärt sich die grassierende Zahl („*Variation*“) von konkurrierenden Rechtslehren (diesmal im Plural), die alle für sich beanspruchen, *die* Rechtslehre (als Reflexionsapparat des Rechts) zu verkörpern: Naturrechtstheorien

¹² WIETHÖLTER (Anm. 9), 1.

¹³ Cf. dazu etwa HEINZ VON FOERSTER, Wissen und Gewissen: Versuch einer Brücke, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 236 ff.

¹⁴ Cf. dazu aufschlussreich MARCO WEHR, Die Inseln der Propheten: Emergenz kognitiver Repräsentationen, in: Thomas Wägenbaur (Hrsg.), Blinde Emergenz? Interdisziplinäre Beiträge zu Fragen kultureller Evolution, Heidelberg: Synchron 2000, 65 ff.

¹⁵ Cf. zum Ganzen MARC AMSTUTZ, Historizismus im Wirtschaftsrecht: Überlegungen zu einer evolutorischen Rechtsmethodik, in: Rainer J. Schweizer et al. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich: Schulthess 2003, 21 m.Nw.; ausführlicher DAN WIELSCH, Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, Baden-Baden: Nomos 2001, 23 ff.

¹⁶ LUHMANN (Anm. 8), 564.

¹⁷ MICHEL FOUCAULT, Die Ordnung der Dinge: Eine Archäologie der Humanwissenschaften, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1974.

unterschiedlichster Prägung, Positivismen aller Art, Law & Economics zahlreicher Färbungen, Diskurs- und Argumentationslehren, Feminismen, Critical Theories usw. (ad aeternum).

3. Ein Weg, um das Dilemma dieser im Grunde unmöglichen, aber dennoch notwendigen Selektion zu umgehen, könnte darin liegen, dass das Recht in seiner Selbstbeschreibung und seinen Operationen auf die Kausalitäts- oder Teleologiemuster, die den eben erwähnten Rechtstheorien mehr oder weniger ausgeprägt innewohnen, verzichtet und konsequent auf eine „*Evolutions-Semantik*“¹⁸ umpolt. VON FOERSTER hat mit vorbildlicher Nüchternheit angegeben, worin die Stärken einer solchen Semantik zu erblicken sind: „Ontologisch Unerklärbares kann sich als ontogenetische Notwendigkeit erweisen. Der Nabel ist ein ontologischer Witz, ein Schnörkel, ein barockes Rätsel auf dem eigenen Bauch. Ontogenetisch würden wir jedoch ohne ihn nicht sein. Evolutionisten und Kreationisten suchen gleichermaßen eine ontogenetische Erklärung für ein andernfalls unerklärbares Phänomen: Wir sind da!“¹⁹. Hierin liegt wohl der Grund dafür, dass neuerdings in den Sozialwissenschaften eine Renaissance der Evolutionstheorie im Gange ist, die zuweilen als ein „interdisciplinary paradigm shift“ gedeutet wird²⁰.

Ist man, wie hier, auf der Suche nach der Möglichkeit einer „realistischeren“ Annäherung des Rechts an die „mondes intérieurs“ der Gesellschaft, mag dieses epistemologische Manöver aufs Erste überraschen, weil damit im Vergleich zu den gängigen Epistemologien eine Rücknahme des Anspruchs auf „Erklärung der Welt“ verbunden ist. Aber aus einem solchen frei gewählten Verzicht können sich, wie ich meine, auch neue Chancen ergeben. Welche Art von heuristischer Rücknahme hier genau gemeint ist, lässt sich wohl am besten wissenschaftshistorisch darlegen: Lange haben sich die Sozialwissenschaften am „mechanistischen“ (deterministischen) Ideal der Naturwissenschaften, das namentlich mit cartesianischen und newtonschen Rationalitätsvorstellungen verbunden ist, orientiert²¹. Im Mittelpunkt stand die Annahme, es gäbe in sämtlichen Lebensbereichen so etwas wie *unveränderliche Wahrheiten*, und darin erblickte man die Möglichkeit für eine Prognosefähigkeit gesellschaftlicher (geschichtlicher, wirtschaftlicher, soziologischer, juridischer usw.) Prozesse. Diese Träume haben sich allmählich zerschlagen, dies wegen vielfältigster Erfahrungen, wie die logischen Entdeckungen GÖDELS²², die rekurrierenden und nicht auszumerzenden Paradoxien in Wissenschaft und Leben²³, die Realisierung der fehlenden Allgemeingültigkeit physischer Gesetze²⁴ usw. Allmählich schlich sich Unbestimmtheit in die Wirklichkeitsbildung und die Wirklichkeitsbilder der Wissenschaft ein, aber dies in ganz spezifischer Form: als „*evolutionary uncertainty*“ – evolutionäre Unsicherheit –,

¹⁸ MARKUS HEILMANN, *Angepasste Selbstbeschreibung: Zu Niklas Luhmanns „Evolution der Evolution“*, in: Thomas Wägenbaur (Hrsg.), *Blinde Emergenz? Interdisziplinäre Beiträge zu Fragen kultureller Evolution*, Heidelberg: Synchron 2000, 145.

¹⁹ VON FOERSTER, (Anm. 13), 370.

²⁰ DAVID GARY SHAW, *An Interdisciplinary Paradigm Shift*, in: Philip Pomper / David Gary Shaw (eds.), *The Return of Science: Evolution, History, and Theory*, Lanham et al.: Rowman & Littlefield 2002, 1 ff.; MARIE THERES FÖGEN, *Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems: Ein Vorschlag*, Rg 1 (2002), 14 ff.; RUPERT MOSER, *Evolutionismus in den Kulturwissenschaften*, in: Andreas Diekmann / Rupert Moser, *Evolution in den Natur-, Sozial- und Geisteswissenschaften: Referate einer Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern im Sommersemester 2000*, Bern et al.: Haupt 2003, 217 f.

²¹ Die wohl beeindruckendste Analyse dieser Bezüge (am Beispiel des Verhältnisses Ökonomie / Physik) liefert NICHOLAS GEORGESCU-ROEGEN, *The Entropy Law and the Economic Process*, Cambridge, Mass. / London: Harvard UP 1971; cf. ferner am Beispiel Recht / Ökonomie: MARC AMSTUTZ, *Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht: Eine evolutorische Perspektive*, Tübingen: Mohr Siebeck 1999; cf. jetzt die ausgezeichnete, knappe und konzise Übersicht über die erkenntnistheoretischen Wechselwirkungen zwischen den Natur- und Sozialwissenschaften bei WILLIAM H. MCNEILL, *History and the Scientific Worldview*, in: Philip Pomper / David Gary Shaw (eds.), *The Return of Science: Evolution, History, and Theory*, Lanham et al.: Rowman & Littlefield 2002, 13 ff.

²² Cf. etwa NIKLAS LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1990, 506 ff.

²³ Grundlegend WILLARD V. QUINE, *The Ways of Paradox*, Cambridge, Mass. / London: Harvard UP 1976; DOUGLAS R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, New York et al.: BasicBooks 1979.

²⁴ Cf. etwa HENRI ATLAN, *La fin du „tout génétique“? Vers de nouveaux paradigmes en biologie*, Paris: INRA 1999, 11 ff.

wie dies MCNEILL trefflich genannt hat²⁵. Erkannt wurde, dass weder die Elemente eines Wissenssystems noch die daraus abgeleiteten Gesetzmäßigkeiten zahlenmässig beschränkt, sondern *re vera* unbeschränkt sind²⁶. Die Möglichkeit generalisierter Erklärungen schwand dahin und man realisierte, dass alles, was „gewusst“ werden kann, es eben nur situativ, punktuell, kurzum: zeit- und kontextbezogen, sein kann.

Für die Sozialwissenschaften im allgemeinen und für die Rechtswissenschaft im besonderen bedeutet diese „Entdeckung“ etwas ganz Spezifisches, das vielleicht MELEGHY in jüngerer Zeit am präzisesten ausgedrückt hat. Er weist darauf hin, dass die Evolutionstheorie kein wie auch immer geartetes universelles Gesetz enthält. Hingegen gibt sie einen Mechanismus (oder Algorithmus) an, der „es grundsätzlich vermag, die zielgerichteten rationalen Handlungen eines Menschen genauso wie die zielgerichtete planvolle Tätigkeit eines Schöpfers nachzuahmen“²⁷. Was also ursprünglich (namentlich in der Wissenschaftswelt des 19. Jahrhunderts) als der grosse Nachteil der Evolutionstheorie galt²⁸, d.h. ihre Unfähigkeit zur Prognosestellung und ihre Beschränkung auf die Beschreibung kontingenter Veränderungsprozesse²⁹, ist unter diesen Umständen vielleicht ihre heimliche Stärke. Denn Erkenntnis kann dann auf die Prämisse eines universellen Gesetzes (das sich gerade im Sozialen niemals finden lässt) verzichten: „In den Trümmern des alten Essenzkosmos mit seiner Einteilung in Gattungen und Arten war die Darwinsche Evolutionstheorie entstanden, die zeigen konnte, dass man auf einen Schöpfungsplan verzichten und trotzdem erklären kann, dass in der Welt der Lebewesen auf Grund von Selektionsvorgängen nichtbeliebige Verhältnisse herrschen“³⁰.

Für das Recht lägen die Chancen einer evolutionstheoretischen Epistemologie darin, das Schockerlebnis seiner Entzauberung im 19. und 20. Jahrhundert, die in der Einsicht bestand, dass Recht weder im Himmel noch auf Erden an etwas („Gott“, Vernunft“, „Gerechtigkeit“) festgemacht ist³¹, endlich zu verarbeiten: Trotz der Unmöglichkeit einer „Planung der Gesellschaft“ durch das Recht – eine Unmöglichkeit, die nur gerade noch

²⁵ MCNEILL (Anm. 21), 23. Präzisiert sei: Wenn vorliegend von „evolutionärer Unsicherheit“ die Rede ist, so ist damit in keiner Weise auf die evolutionäre Erkenntnistheorie Bezug genommen (cf. etwa KARL R. POPPER, Objektive Erkenntnis: Ein evolutionärer Entwurf, 4. Aufl., Hamburg: Hoffmann & Campe 1984). Ein Beispiel MCNEILLS (loc. cit.) veranschaulicht das Konzept besser als eine lange abstrakte Erklärung: „Whatever its start, the regime that prevails among the complex molecules now constituting earth’s biomass soon imposed new balances on the earth’s physico-chemical system. Forests, for example, altered rainfall patterns on land, while decaying organic matter laid down strata of limestone under the sea. On a global scale, plants eventually transformed the earth’s atmosphere by releasing oxygen, making the earth hospitable to animals, who ate the plants and one another, establishing a series of ecological equilibria across geological time, each of which gave way to its successor in bursts of change whose precise provocation remain unclear“.

²⁶ Cf etwa ILYA PRIGOGINE, *Les lois du chaos*, Paris: Flammarion 1994, 16 ff.

²⁷ TAMÁS MELEGHY, *Methodologische Grundlagen einer evolutionären Soziologie*, in: Tamás Meleghy / Heinz Jürgen Niedenzu (Hrsg.), *Soziale Evolution: Die Evolutionstheorie und die Sozialwissenschaften*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2003, 132 f.: „Darwin zeigte uns, dass der Mechanismus der natürlichen Auslese grundsätzlich die zweck- und planvolle Tätigkeit eines Schöpfers nachahmen kann, ebenso auch vernünftige, zweck- oder zielgerichtete menschliche Handlungen“; ähnlich ANDREAS DIEKMANN / RUPERT MOSER, Vorwort, in: Andreas Diekmann / Rupert Moser, *Evolution in den Natur-, Sozial- und Geisteswissenschaften: Referate einer Vorlesungsreihe des Collegium generale der Universität Bern im Sommersemester 2000*, Bern et al.: Haupt 2003, VI.

²⁸ Cf. MCNEILL (Anm. 21), 15; cf. mit umfassenden Ausführungen zum erkenntnistheoretischen Status der Evolutionstheorie BERNARD FELTZ, *Auto-organisation, sélection et émergence dans les théories de l’évolution*, in: Bernard Feltz et al. (Hrsg.), *Auto-organisation et émergence dans les sciences de la vie*, Bruxells: Ousia 1999, 483 ff. m.Nw.

²⁹ Gut beschrieben bei HEILMANN (Anm. 18), 143 f. (mit Zitaten aus LUHMANN [Anm. 10]): „Evolution sucht sich keine änderungsträchtigen Strukturen, um Strukturänderungen bewerkstelligen zu können, sie vollzieht sich un-begründet, vollzieht sich auch nicht als Geschichte. Sie baut nicht auf Ermöglichung im Laufe der Zeit, sondern auf Gelegenheiten ... Ihre Zeit hat ‚die Form einer historisch einmaligen Gegenwart‘ ... Und erst dadurch, dass etwas als (von Anderem unterschiedene) Einheit *beobachtet* und zeitlich ‚eingereicht‘ wird ..., drängen sich Fragen nach Gründen und Entstehungsgeschichten, nach dem Gemeinsamen im soeben Unterschiedenen auf – Fragen, die die Evolution nicht kennt“.

³⁰ NIKLAS LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2000, 408.

³¹ Die modernen Paradoxologen haben uns auch gelehrt, warum dem so ist: Weil das Recht seine Leitunterscheidung Recht / Unrecht auf diese selbst nicht anwenden kann; cf. jetzt GUNTHER TEUBNER, *Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter*, in: Christian Joerges / Gunther Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos 2003, 25 ff. m.Nw.

vom Gesetzespositivismus bestritten wird, der sich zur Übertünchung dieser Tatsache allerlei Fiktionen (wie z.B. der „Gesetzgeber“, der „gesetzgeberische Wille“ oder der „Gesetzeszweck“) bedient – könnte über diesen Weg eine alte Schuld der Rechtswissenschaft beglichen werden: der Nachweis, dass Recht in seinem Zugriff auf die Gesellschaft nicht willkürlich vorgehen kann, sondern *an gewisse Gesetzesmässigkeiten (oder: „Bedingungen“; oder: „Faktor X“)* gebunden ist – und sei dies auch nur in der Form, dass zwischen Recht und Gesellschaft ein evolutorisches Gleichgewicht, eine „reziprok produzierte Homöostase“ bestehen muss.

Aber wie kann das Recht seine lebensweltlichen Gegenstände im geschilderten Sinne „evolutionstheoretisch“ beobachten?

II. Auf der Suche nach den „mondes intérieurs“ der Vertragsverbindung

1. Letztlich ist das eine Frage der Wahl eines der zahlreichen Theoriedesigns, die in der Evolutionstheorie heute offeriert werden³². In den Sozialwissenschaften scheint sich seit einiger Zeit das darwinistische (freilich systemtheoretisch modifizierte) Muster der *Trias Variation / Selektion / Retention* durchzusetzen³³. Verfährt man nach diesem Muster, besteht die Herausforderung darin, in der Gesellschaft selber die Mechanismen der Produktion neuer sozialer Formen, der Auslese zwischen diesen Form-Angeboten und ihrer Setzung auf Dauer in der sozialen Praxis zu verorten³⁴. Dann gewinnt man ein Verständnis für die *Nichtbeliebigkeit* von Gesellschaft, *ohne* dass dessen Formen mit *ontologischen* Notwendigkeiten oder *absichtlichem* Planen einer allwissenden Instanz in Verbindung gebracht werden müssen. Und vor allem – das ist vorliegend im Hinblick auf das Zusammenwirken von Recht und Gesellschaft zentral – gewinnt man so ein Verständnis von sozialen Phänomenen, das nicht davon abhängig ist, dass ein universelles Gesetz die Funktionsweise dieser Phänomene bestimmt.

In dieser Zielrichtung der Erklärung verdient der Ansatz Zustimmung, nicht jedoch im Beizug des geschilderten dreigliedrigen Analyserasters. Denn dieser greift insofern zu kurz, als er kein theoriegeleitetes Kriterium angibt, um zwischen mehreren möglichen evolutionstheoretischen Erklärungen des Lebendigen oder des Sozialen auszuwählen³⁵. Ein solches Kriterium ist aber unerlässlich, weil – wie GOULD und LEWONTIN nachgewiesen haben – eine mit Hilfe der Dreieheit *Variation / Selektion / Retention* vorgehende Analyse regelmässig mehrere plausible evolutionstheoretische Hypothesen zulässt³⁶. Deshalb wird man nach einem umfassenderen Analyseraster suchen müssen, der, wie die erwähnten Autoren sagen, die Bestimmung von „criteria to identify proper explanations among the substantial set of plausible pathways to any modern result“ erlaubt³⁷. Nun hat gerade GOULD in seinem opus magnum *The Structure Of Evolutionary Theory*³⁸, in dem er unmittelbar vor seinem Tod nochmals sämtliche Erkenntnisse seiner fruchtbaren evolutionstheoretischen Forschungsarbeiten darstellt, einen Analyseraster entwickelt, der die Angabe solcher Kriterien erlaubt und auch für die Sozialwissenschaften (insbesondere für die Rechtswissenschaft) produktiv sein könnte. GOULDS Modell baut auf drei Fragen – gekennzeichnet als „Agency“, „Efficacy“ und „Scope“³⁹ – auf, von deren Beantwortung er die Schlüssigkeit der evolutionstheoretischen Erklärung abhängig macht:

³² Eine Übersicht aus sozialwissenschaftlicher Sicht geben TAMÁS MELEGHY / HEINZ JÜRGEN NIEDENZU, Einleitung: Die Evolutionstheorie und die Sozialwissenschaften, in: Tamás Meleghy / Heinz Jürgen Niedenzu (Hrsg.), *Soziale Evolution: Die Evolutionstheorie und die Sozialwissenschaften*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2003, 11 ff.

³³ Cf. Zu diesem Modell etwa MARCELO NEVES, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*, Baden-Baden: Nomos 2000, 13 ff.

³⁴ Beispielhaft durchgeführt für das Rechtssystem in der Studie von MARIE THERES FÖGEN, *Römische Rechtsgeschichten: Über Ursprung und Evolution eines sozialen Systems*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2002.

³⁵ Cf. dazu eingehend MARC AMSTUTZ, *Rechtsgeschichte als Evolutionstheorie: Anmerkungen zum Theorierahmen von Marie Theres Fögens Forschungsprogramm, Rg I* (2002), 26 ff.

³⁶ S.J. GOULD / R.C. LEWONTIN, *The spandrels of San Marco and the Panglossian paradigm: a critique of the adaptionist programme*, *Proceedings of the Royal Society B* 205 (1979), 588.

³⁷ GOULD / LEWONTIN, (Anm. 36), 588.

³⁸ STEPHEN JAY GOULD, *The Structure Of Evolutionary Theory*, Cambridge, Mass. / London: Belknap 2002.

³⁹ Dieses Schema prägt den Aufbau des ganzen Buches; kurz erläutert ist es an folgender Stelle: GOULD (Anm. 38), 14 f.

(1) *Agency*: Wo befindet sich der „Ort“, wo die evolutorischen Kräfte ihre Wirkung entfalten? Die Evolution braucht einen „locus of action“⁴⁰ bzw. eine „Selektionseinheit“. In der Biologie ging Darwin konsequent davon aus, dieser „Ort“ sei der (individuelle) Organismus, bis man zu entdecken begann, dass weitere „units of selection“ auf tieferen oder höheren Stufen (Gene, Zellen, Organe bzw. Gruppen, Arten usw.) gleichzeitig existieren, dass es also nebst mikroevolutionären auch makroevolutionäre Phänomene gibt⁴¹. Von dieser sog. hierarchischen Theorie der Selektion sollten sich die Sozialwissenschaften und zumal die Rechtswissenschaft inspirieren lassen: Auch im Bereich der gesellschaftlichen Evolution muss eine Beschränkung der Optik auf eine einzige Wirkungsebene der evolutorischen Kräfte, wie z.B. die Ebene der „Kommunikation“ oder des „Sozialsystems“, vermieden werden.

(2) *Efficacy*: Braucht es neben dem Mechanismus der natürlichen Auslese nicht zusätzliche Erklärungselemente, um den evolutorischen Prozess zu verstehen? Der klassische Darwinismus verneint diese Frage mit dem Argument, dass bei ausreichender Variation eine langsame und allmähliche (gradualistische) Beseitigung von individuellen Organismen, die an ihre Umwelt nicht angepasst sind, genügt, um die Erzeugung neuer, überlebensfähiger Lebensformen sicherzustellen⁴². Demgegenüber hebt die moderne Evolutionsbiologie die Bedeutung von sog. „constraints“ hervor: Zwar sei die „externe“ Perspektive des Darwinismus durchaus zutreffend, aber insofern unvollständig, als Organismen „innere“ Entwicklungsschranken besitzen, die im evolutorischen Prozess eine wichtige Rolle spielen (krass gesagt: aus dem Elefanten werden auch Jahrmillionen Variation und Selektion keine Katze machen; sein Bauplan schließt das aus)⁴³. Nun gibt es solche „constraints“ offenbar auch in der sozialen Evolution: Historische oder strukturelle Gründe kanalisieren die in der Gesellschaft wirkenden selektiven Kräfte gelegentlich in eine unerwartete Richtung⁴⁴. Vielleicht liegt hier der Grund für das gesteigerte Interesse der Sozialwissenschaften an Phänomenen der path dependency⁴⁵.

(3) *Scope*: Kann die Diversität der Natur allein mit den mikroevolutionären Mechanismen des Darwinismus erklärt werden? Bedarf es hierfür nicht der zusätzlichen Berücksichtigung „nichtevolutionärer“ (d.h. nicht algorithmischer) Ereignisse (wie z.B. Klimaveränderungen, großflächige Meteoriteneinschläge oder Vulkanbildungen)? Angesprochen ist die Kontroverse zwischen Uniformitaristen und Katastrophisten: Während jene einem strikten Darwinismus huldigen und die natürliche Auslese als

⁴⁰ GOULD (Anm. 38), 14.

⁴¹ Die Annahme einer Mehrheit und Hierarchie der Selektionsebenen wird vor allem damit begründet, dass es Selektionen gibt, die auf der klassisch-darwinistischen Ebene der Organismen unsichtbar bleiben; cf. DAVID J. DEPEW / BRUCE H. WEBER, *Darwinism Evolving: Systems Dynamics and the Genealogy of Natural Selection*, Cambridge, Mass. / London: MIT 1996, 381 ff., insbesondere 381: „[T]here can ... be some sort of higher-order selection ..., in which the spatiotemporally individuated species of the modern synthesis are said to stand to the overall direction in wholes clades (branching phylogenetic lineages, from Greek for ‚branch‘) as variation among individual organisms stands to the adaptedness in populations [...]. In this event, direction in a clade will be the result of a sorting process in which characteristics of the clade itself have the statistical edge. These might include higher speciation rates, lower extinction rates, or other traits that cannot be reduced to the adaptive prowess of individual members of the component species of a lineage“. Auf diesem Weg wird sichtbar, dass die auf den verschiedenen Ebenen stattfindenden Selektionen sich zuweilen „widersprechen“ können; cf. DAVID SLOAN WILSON, *Group Selection*, in: Evelyn Fox Keller / Elisabeth A. Lloyd (eds.), *Keywords in Evolutionary Biology*, Cambridge, Mass. / London: Harvard UP 1992, 145: „Because adaptations can occur at a variety of levels ..., what is adaptive at one level may be maladaptive at another. It is adaptive for predators to capture prey, but if they are too successful the predator population can overexploit its prey and itself go extinct. It is adaptive for a group of monkeys to post sentries to watch for predators, but maladaptive for the individual sentry who must watch while its fellows eat“. Mit dieser hierarchischen Sicht werden somit komplexere Muster der Wirkungen selektiver Kräfte wahrnehmbar; cf. zum Ganzen auch MANUELA LENZEN, *Evolutionstheorien in den Natur- und Sozialwissenschaften*, Frankfurt a.M. / New York: Campus 2003, 79 ff.

⁴² Cf. in erster Linie STEPHEN JAY GOULD, *Darwinism and the Expansion of Evolutionary Theory*, *Sci. 216* (1982), 381.

⁴³ Cf. dazu eingehend MARC AMSTUTZ, *Evolutionäres Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos 2001, 266 ff. m.Nw.

⁴⁴ Cf. für das Recht z.B.: J.B. RUHL, *The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and Its Practical Meaning for Democracy*, *Vand. L. Rev.* 49 (1996), 1428 ff. et passim; für die Ökonomie z.B.: VIKTOR VANBERG, *Institutional Evolution Within Constraints*, *JITE 152* (1996), 690 ff.

⁴⁵ Cf. etwa OONA A. HATHAWAY, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, *Iowa L. Rev.* 86 (2001), 601 ff.

exklusive Ursache ökologischer Vielfalt ansehen, vertreten diese die Auffassung, diese Vielfalt könne nur unter Mitberücksichtigung anderer causae erklärt werden⁴⁶. In der gegenwärtigen Evolutionsbiologie gilt der Gesichtspunkt des Katastrophismus als anerkannt und ihm sollte sich auch eine Theorie sozialer Evolution öffnen: Gerade weil Sozialsysteme strukturell gekoppelt sind, d.h. sich gegenseitig auf ihre Strukturen verlassen (z.B. verlässt sich die Wirtschaft darauf, dass es den juristischen Vertrag gibt, oder die Politik darauf, dass der Staat von einem Grundgesetz verfasst ist), können „jumps“ in einem bestimmten System (z.B. die Erfindung der Schrift, des Geldes, des Buchdruckes oder des Internets) für andere Systeme massive evolutorische Konsequenzen haben⁴⁷.

Ich möchte dieses Muster evolutorischer Analyse vorliegend in der Weise einsetzen, dass es – in Beibehaltung der vorne eingenommenen Doppelperspektive von einem „Aussen“ und einem „Innen“ des Rechts⁴⁸ – zunächst der Erforschung der in Wirtschaft und Gesellschaft anzutreffenden Vernetzungsphänomene (oder Netzwerkphänomene) dient. Diese Phänomene (soviel darf unterstellt werden) hängen aufs Engste mit dem Auftreten von Vertragsverbindungen im Recht zusammen⁴⁹. In einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, wie die internen Strukturen des Rechts auf diese Phänomene reagieren (sollten). Zu diesem Zweck beginne ich mit einer Beobachtung der sozialen Praxen der Vertragsverbindung im Spiegel der neueren Rechtsprechung⁵⁰:

2.a) Als erstes ist auf eine Reihe von Urteilen einzugehen, die anschaulich machen, dass im institutionellen Bereich Variationen nicht bloss auf einer einzigen Ebene produziert werden. Wie in der Natur sich das Geschehen nicht ausschliesslich auf der Ebene des Organismus abspielt, so können im Sozialen privatautonome Ordnungen (Verträge, Gesellschaften usw.) auf höheren (oder vielleicht auch tieferen) Ebenen Wirkungen haben, die emergente Ordnungen erzeugen und die unsichtbar bleiben, wenn die GOULDSche „Agency“ nicht thematisiert wird⁵¹. Geradezu beispielhaft kommt dieser Aspekt in der Umschreibung des Netzwerkes von Ober- und Untermietverhältnis zum Ausdruck, die das Bundesgericht in BGE 120 II 112 ff. vorgenommen hat. Es lohnt sich, die einschlägige Passage im Volltext wiederzugeben:

„Die Untermiete ist durch zwei hintereinandergeschaltete Mietverträge über dieselbe Sache gekennzeichnet. Der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse lässt dabei zwar die rechtliche Selbständigkeit der beiden Vertragsverhältnisse unschwer erkennen, hilft aber nicht darüber hinweg, dass sie desungeachtet untereinander verbunden sind ..., namentlich die Hauptmiete die Rechtsmacht des Untervermieters beschränkt ... *und der daraus folgende wirtschaftliche Verbund der beiden oder mehreren Verträge auch rechtliche Lösungen erheischt, welche den nicht mehr nur zwei Personen betreffenden Interessenkonflikten gerecht zu werden vermögen ...* . Zu Recht wird daher darauf hingewiesen, dass zwischen Hauptvermieter und Untermieter ein rechtliches Sonderverhältnis, wenn auch kein unmittelbares Vertragsverhältnis, besteht Dabei ist ebenfalls zu beachten, dass der Vermieter nicht mehr frei ist, Untermiete zu gestatten oder

⁴⁶ Cf. für einen einleuchtenden historischen Abriss der Uniformitarismus / Katastrophismus-Kontroverse DEPEW / WEBER (Anm. 41), 95 ff.

⁴⁷ Üblicherweise wird zur Erfassung dieses Phänomens versucht, Regeln der Co-Evolution zu identifizieren; cf. z.B. FÖGEN (Anm. 20), 18. Bis heute bleibt die soziale Co-Evolution aber ein Rätsel. Zumindest ein Teil der Fragestellung wird mit GOULDS „Scope“ schlüssig problematisierbar.

⁴⁸ Cf. vorne I.2.

⁴⁹ Vorliegend wird auf den Zusammenhang von Netzwerkphänomenen auf sozialer Ebene und Vertragsverbindungen auf juristischer Ebene nicht ausdrücklich eingegangen; vielmehr wird auf der Grundlage von TEUBNERS Arbeiten angenommen, dass beide Erscheinungen „zwangsgekoppelt“ sind; cf. im einzelnen GUNTHER TEUBNER, *Verbund, Verband oder Verkehr? Zur Aussenhaftung von Franchising-Systemen*, ZHR 154 (1990), 295 ff.; DERS., *Den Schleier des Vertrags zerreißen? Zur rechtlichen Verantwortung ökonomisch „effizienter“ Vertragsnetzwerke*, KritV 90 (1993), 367 ff.; DERS., *Das Recht hybrider Netzwerke*, ZHR 165 (2001), 550 ff.

⁵⁰ Mit dem Fokus auf die jüngere schweizerische Rechtsprechung wird lediglich eine umfangmässige Beschränkung des Analysematerials bezweckt; keineswegs soll gesagt sein, die ältere Rechtsprechung sei im Kontext belanglos. Als mitlaufende Referenzen zu betrachten sind deshalb: BGE 25 II 473; 63 II 414; 94 II 161; 94 II 355; 97 II 390; AGVE 1981, 38 ff.; LGVE 1986 I, Nr. 35, 57 ff.; ZGGVP 1991/92, 163 ff.; PKG 1991, Nr. 61, 203 ff.; PKG 1992, Nr. 63, 230 ff.; PKG 1994, Nr. 50, 160 ff.; cf. daneben auch BGE 116 II 634; BGE vom 26. September 2001, Nr. 4C.161/2001; BGE vom 9. Juli 2003, Nr. 4C.163/2002.

⁵¹ Insofern ist das „Agency“-Kriterium eine mögliche Technik, um „abgeleitete“ Variation und Selektion zu visibilisieren. Nicht gesagt werden soll damit, dass es nicht andere Techniken gibt, die Analoges leisten können.

nicht (Art. 262 Abs. 2 OR); er mithin von Gesetzes wegen verpflichtet ist, in *bestimmt geartete Beziehungen zu einem Drittbenützer zu treten*⁵².

Erkennbar wird in diesen Ausführungen, dass der mietgeschäftliche Verbund zwar ausschliesslich aus bipolaren Rechtsbeziehungen besteht, dass aber diese Beziehungen funktional zusammengehören und sich in dieser Zusammengehörigkeit im Rechtsverkehr „bewähren“ müssen⁵³. Evolutionstheoretisch liesse sich dieser Befund so ausdrücken, dass nicht bloss die primäre Ebene der Einzelvereinbarungen, sondern auch die sekundäre Ebene der Ordnung, die aus der Koppelung der Vereinbarungen fliesst, selektiven Umweltkräften ausgesetzt ist.

b) Diese sekundäre Ordnungsebene kommt auch in einem Genfer Urteil vom 2. Dezember 1998⁵⁴, das Art. 254 OR betrifft, deutlich zum Vorschein. Es ging um folgendes: Am 5. September 1994 kamen A. und X. überein, das Eigentum am gesamten Inventar (Mobiliar, Geräte, Geschäftsschilder usw.) der im Gebäude von A. gelegenen Bar auf den X. zu übertragen. Mit separatem Vertrag vom 8. November 1994 vermietete sodann A. den Geschäftsraum, in dem die Bar eingerichtet war, dem X. für eine Dauer von fünf Jahren. Im Rahmen eines mit diesem Mietvertrag zusammenhängenden Gerichtsverfahren, das die Auflösung des Mietvertrages wegen Vertragsverletzung des X. zum Gegenstand hatte, machte dieser unter anderem Nichtigkeit des Veräusserungsvertrages vom 5. September 1994 wegen Verstosses gegen Art. 254 OR geltend. In casu hatte A. zwar das erste Tatbestandsmerkmal dieser Bestimmung erfüllt, indem er den Abschluss des Mietvertrages von der Veräusserung des Inventars abhängig gemacht hatte. Aber das Gericht war der Auffassung, dass der von Art. 254 OR für die Zulässigkeit des Koppelungsgeschäfts verlangte „unmittelbare Zusammenhang“ des Veräusserungsvertrages mit „dem Gebrauch der Mietsache“ tatsächlich vorhanden sei, weil dieser Vertrag „constitue manifestement une obligation directement liée à l’usage des locaux loués. La transaction du 5 septembre 1994 ne répond donc pas à la deuxième condition posée par l’art. 254 CO“⁵⁵. Zu diesem Schluss verholfen hatte namentlich ein Vergleich mit der Rechtslage, die bei der Übernahme eines Geschäfts im Sinne von Art. 181 OR verbunden mit der Übertragung der Miete des Geschäftslokals gilt⁵⁶. In diesem nach Ansicht des Gerichts analogen Fall könne keine Rede von einem durch Art. 254 OR verbotenen Koppelungsgeschäft sein, weshalb vorliegend im gleichen Sinne entschieden werden müsse⁵⁷.

Es dürfte kein Zufall sein, dass in diesem Fall zwei separate Veträge – und nicht eine einheitliche Vereinbarung – abgeschlossen wurden. Denn die Parteien beabsichtigten weder einen Mietvertrag, der mit einem nebensächlichen Veräusserungsgeschäft gekoppelt ist, noch einen Kaufvertrag, der mehr oder weniger zufällig von einem Überlassungsgeschäft begleitet wird, sondern eine *partielle Unternehmensveräusserung*: X. sollte unternehmerische „assets“ (das Inventar der Bar) übernehmen und diese während der fünfjährigen Mietdauer amortisieren können. Ein gemischter Vertrag mit miet- und kaufrechtlichen Elementen wäre dieser Absicht nicht (oder doch nur mit grosser Mühe) gerecht geworden, da er die sozialrechtlichen Kautelen der Art. 253 ff. OR in für die Parteien kaum voraussehbarer Weise in die kaufrechtliche Dimension der Transaktion „hineintransportiert“ hätte. Die von den Parteien gewählte besondere Art, den betriebswirtschaftlichen Konnex zwischen dem als Bar ausgestatteten Ladenlokal und der auf diese Bar zugeschnittenen Einrichtung aufrechtzuerhalten⁵⁸, konnte deshalb kaum

⁵² BGE 120 II 115 (H.v.Verf.).

⁵³ Die im Schrifttum vorherrschende Vision, dass im rechtsgeschäftlichen Verbund der Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit der Verträge gelte (cf. etwa ROMEO CERUTTI, *Der Untervertrag*, Freiburg i.Ue.: Universitätsverlag 1990, 54 ff. N 214 ff.), bestreitet im Ergebnis eine solche Mehrebenen-Betrachtung.

⁵⁴ 1ère Cour civile de Genève vom 2. Dezember 1998, SJ 1999 I 167 ff.; cf. auch die Nw. aus der neueren Rechtsprechung bei ROGER WEBER, Art. 254, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I* (Art. 1-529 OR), 3. Aufl. Basel et al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, 1303 N 4.

⁵⁵ 1ère Cour civile de Genève (Anm. 54), 169.

⁵⁶ Das Gericht berief sich in diesem Punkt namentlich auf PETER HIGI, Art. 253-265 OR, in: Peter Gauch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Obligationenrecht, Teilbd. V/2b: Die Miete*, Zürich: Schulthess 1994, 126 N 16 m.Nw.

⁵⁷ 1ère Cour civile de Genève (Anm. 54), 169.

⁵⁸ Wohl hätte eine Veräusserung des Barinventars an einen Dritten, der nicht zugleich das Ladenlokal gemietet hätte und somit das Inventar in anderen Räumlichkeiten hätte nutzen müssen, zu einer bedeutsamen Minderung des Veräusserungspreises geführt.

anders als durch den Abschluss zweier vernetzter Verträge verwirklicht werden⁵⁹. Und in dieser Vernetzung liegt der Grund dafür, dass das Gericht es zu Recht vorgezogen hat, die abgeschlossenen Vereinbarungen nicht isoliert zu betrachten⁶⁰. Damit hat es unmissverständlich den Fall am Zusammenhang zwischen diesen Vereinbarungen und mithin an der daraus emergierten Ordnung, die, wie gesagt, eine teilweise Unternehmensveräußerung zum Gegenstand hatte, gemessen. *Der Zugriff des Recht ist entsprechend nicht auf Ebene der Einzelvereinbarungen, sondern auf derjenigen der Vertragsverbindung erfolgt, was evolutionstheoretisch nur bedeuten kann: Die selektive Kraft des Rechts hat nicht auf jener („tieferen“), sondern auf dieser („höheren“) Ebene gewirkt.*

c) In die nämliche Richtung zielt BGE 115 II 452, in dem es um zwei Verträge zwischen der Betriebsgesellschaft der Klinik Y. und Dr. med. X. ging. Die Parteien hatten am 6. Mai 1983 einen sog. Zusammenarbeitsvertrag abgeschlossen, der die Tätigkeit von X. als Belegarzt der Klinik regelte. Die Vereinbarung wurde auf unbestimmte Zeit mit einer sechsmonatigen Kündigungsfrist eingegangen (Art. 5 des Vertrages). Knapp ein Jahr später, nämlich am 1. April 1984, kam es zwischen denselben Parteien zum Abschluss eines Mietvertrages, der die Überlassung von Räumlichkeiten im Klinikgebäude zwecks Betriebs einer privaten Arztpraxis durch X. zum Gegenstand hatte. Auch dieser Vertrag war zeitlich unbefristet. Seine Beendigungsordnung wurde durch Verweisung auf die entsprechende Regelung im Zusammenarbeitsvertrag festgelegt, indem als Kündigungsfrist „der im Art. 5 des Zusammenarbeitsvertrages vom 06.05.83 vereinbarte Zeitraum“ gelten sollte. Am 3. Januar 1989 kündigte die Klinik Y. AG den Zusammenarbeitsvertrag und forderte X. auf, die Räume seiner Arztpraxis in der Klinik bis zum 7. Juli 1989 freizugeben. Daraufhin ersuchte X., gestützt auf Art. 267a altOR (Art. 272 OR) um Erstreckung des Mietverhältnisses bis Ende 1990, was ihm sowohl vor erster⁶¹ als auch zweiter Instanz verweigert wurde. Das Bundesgericht folgte den Vorinstanzen im Ergebnis, aber nicht in der Begründung:

Die Vorinstanzen haben nicht zwei separate Verträge, sondern eine einzige (gemischte) Vereinbarung unterstellt, was ihnen erlaubte, (wohl in Befolgung der Absorptionstheorie⁶²) die Anwendung von Art. 267a altOR (Art. 272 OR) mit dem Argument zu umgehen, dass die kooperationsrechtlichen Elemente der Vereinbarung dominant seien und die für die „beigemischten“ (mietrechtlichen) Elemente vorgesehenen Rechtsfolgen „aufsaugen“ und unanwendbar machen würden⁶³. Demgegenüber ist das Bundesgericht „von einer Mehrheit von Verträgen“, nämlich von zwei eigenständigen Vereinbarungen ausgegangen, dies in der Überlegung, dass zwischen den Parteien kein einheitlicher Akt der Konsensbildung vorlag⁶⁴. Im Anschluss an die Feststellung, dass

⁵⁹ Diese Auffassung wird neuerdings mit zweifelhaften Argumenten bestritten von LUC THÉVENOZ, Intro. art. 184-529, in: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand: Code des obligations I* (Code des obligations art. 1-529; Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait), Genève et al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, 978 f. N 14 f. Die Fragwürdigkeit des Ansatzes rührt schon einmal davon her, dass die aus den bipolaren Verträgen emergierende Erwartungsordnung schlechterdings verpasst wird. Aber auch in praktischer Hinsicht kann es einen entscheidenden Unterschied machen, ob die Verbindung von Verträgen beachtet oder ignoriert wird. Man denke namentlich an die Anwendung von Form- oder zwingenden Vorschriften, die anders zu handhaben sind, je nachdem, ob ein gemischter Vertrag oder ein rechtsgeschäftlicher Verbund vorliegt.

⁶⁰ Hinzuweisen ist hier noch auf den Umstand, dass der Wortlaut von Art. 3 VMWG, der Art. 254 OR konkretisiert, ein gegenteiliges Ergebnis nahegelegt hätte (sofern man unterstellt, dass das Inventar der Bar zur Hauptsache aus Mobiliar bestand, was im wiedergegebenen Urteil [1ère Cour civile de Genève [Anm. 54], 167 f.] freilich nicht spezifiziert ist): „Als Koppelungsgeschäft im Sinne von Artikel 254 des Obligationenrechts gilt insbesondere die Verpflichtung des Mieters, ... Möbel ... zu kaufen ...“. Dass das Gericht nicht strikt am Wortlaut dieser Bestimmung festgehalten hat, rechtfertigt sich aus den im Text angegebenen Gründen.

⁶¹ Der Sachverhalt spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die erste Instanz „dem Grundsatz nach einen Anspruch des Klägers aus Art. 267a OR [verneinte], ... das Mietverhältnis aber dennoch bis zum 31. Oktober 1989 [erstreckte]“ (BGE 115 II 453). Nähere Angaben über die Begründung dieser Entscheidung fehlen.

⁶² Cf. zur Absorptionstheorie WALTER R. SCHLUEP / MARC AMSTUTZ Vor Art. 184 ff., in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, 3. Aufl., Basel / Frankfurt a.M. 2003, 878 N 13.

⁶³ BGE 115 II 453.

⁶⁴ Ausdrücklich wird das in den Erwägungen nirgends gesagt. Bei der Erläuterung der Eigenarten eines zusammengesetzten Vertrages erwähnt das Gericht aber, dass ein solcher u.a. „mangels eines einheitlichen Aktes der Konsensbildung“ angenommen werden müsse (BGE 115 II 454).

„die Frage, ob auch Benützungsverhältnisse einer Erstreckung zugänglich sind, die nicht auf einem reinen Mietvertrag beruhen, sondern ... auf einem Vertragskomplex, in welchem ein Mietvertrag mit anderen Verträgen verbunden ist“, „[v]om Gesetzgeber nicht allgemein beantwortet wird“⁶⁵, sucht es nach einer Antwort in der Lehre. Vergeblich, da diese sich nur zum gemischten Vertrag äussert und seine Erstreckbarkeit „einerseits von seinem Regelungsschwerpunkt ..., andererseits von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhängig“ macht⁶⁶. An diesem Punkt angelangt nehmen die Urteilsabwägungen eine spektakuläre Wende. Ohne eigentliche Begründung wird behauptet, dass für den zusammengesetzten Vertrag „Entsprechendes ... gelten [muss]“. Wörtlich heisst es: „Auch hier ist die Erstreckung des Mietverhältnisses ausgeschlossen, wenn der damit gekoppelte Vertrag die Rechtsbeziehungen der Parteien schergewichtig prägt und die Überlassung des Mietobjekts bloss als untergeordnete Nebenabrede erscheint. In jedem Einzelfall ist daher zu prüfen, welche Bedeutung die Parteien den gekoppelten Einzelverträgen *im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage* beigemessen haben und in welchem Abhängigkeitsverhältnis diese Verträge nach ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung zueinander stehen ...“⁶⁷.

Auch hier erfolgt der Zugriff des Rechts – als selektive Kraft in der Umwelt des autonomen Kooperationssystems, das X. und die Klinik Y. AG anhand von zwei schuldrechtlichen Verträgen in Platz gesetzt haben – auf Ebene der zwischen den Parteien geltenden Gesamtordnung: Nicht jeder Vertrag wird für sich allein betrachtet, sondern die Vertragsverbindung als solche rückt in den Mittelpunkt. Und dies, obschon das positive Recht eigentlich zu einer „einzelvertraglichen“ Sicht der Dinge drängt. Denn Art. 267a altOR (Art. 272 OR) stellt zwingendes Recht dar⁶⁸, das anwendbar wird, sobald im Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale einer Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen erfüllt sind. Da diese Merkmale unzweifelhaft vorhanden waren, hätte das positive Recht an sich nahe gelegt, den Mietvertrag vom 1. April 1984 einer partikularen, isolierten Betrachtung zu unterziehen. Das Bundesgericht hat indes die Einschlägigkeit von Art. 267a altOR (Art. 272 OR) schon gar nicht erst geprüft und mit seinem Fokus auf die „Gesamtlage“ klargestellt, dass es in casu ausschliesslich um Rechtsfindung auf Ebene der Vertragsverbindung (nicht: auf derjenigen der Einzelverträge) gehen kann, dass alles andere auf ein „Auseinanderreißen“ einer sinnträchtigen Ordnung hinausgelaufen wäre. Wechselt man nun die Perspektive und betrachtet man BGE 115 II 452 nicht mehr mit der Brille des GOULDSchen Kriteriums der „Agency“, sondern mit der Brille der „Efficacy“, tritt ein weiterer Aspekt der Vertragsverbindung in Erscheinung:

3.a) Das Urteil lässt deutlich werden, dass die Vertragsverbindung „innere Entwicklungsschranken“ bzw. „constraints“ kennt, die (ganz im Sinne GOULDS) die selektive Wirkung des Rechts in eine bestimmte Richtung kanalisieren: Die Vertragsverbindung sträubt sich gegen eine „Atomisierung“ in einzelne Kontrakte und blockt gewissermassen das klassische Schuldrecht ab, das naturgemäss darauf aus ist, komplexe Sachverhalte in einzelne, bipolare und überschaubare Vertragseinheiten aufzuspalten. Im Ergebnis setzt sich die „Vernetzungs“-Logik durch, d.h. die Vertragsverbindung drängt sich dem Recht als eigenständige Institution (und nicht als zergliederungsfähige Kompilation) auf. Genau in diesen den Vertragsverbindungen eigenen „constraints“ scheint das Moment auf, das Praxis und Lehre so verzweifelt mit den bekannten Annäherungsbegriffen zu erfassen suchen: „innere Bindung“ oder „innerer Zusammenhang“ von einheitlichen Verträgen⁶⁹, „Finalnexus“ auf der Ebene des Vertragsverbundes⁷⁰, „identité d’objet“ bzw. „communauté de cause“⁷¹, „multilaterales

⁶⁵ BGE 115 II 454.

⁶⁶ BGE 115 II 454.

⁶⁷ BGE 115 II 454 (H.v.Verf.).

⁶⁸ Cf. statt anderer HIGI (Anm. 56), 167 N 12 ff.

⁶⁹ JOACHIM GERNHUBER, Austausch und Kredit im rechtsgeschäftlichen Verbund: Zur Lehre von den Vertragsverbindungen, in: Gotthard Paulus et al. (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München: Beck 1973, 472; in diesem Sinne auch ERNST KRAMER, Art. 19-22 OR, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, Bd. VI / 1. Abt. / 2. Teilbd. / Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages, Bern: Stämpfli 1991, 33 N 64; CERUTTI (Anm. 53), 6 f. N 19 ff.

⁷⁰ GERNHUBER (Anm. 69), 469 f.; ähnlich DERS., Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Tübingen: Mohr Siebeck 1989, 710 f.

⁷¹ BERNARD TEYSSIE, Les groupes de contrats, Paris: LGDJ 1975, 295; FRANÇOIS CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse: Limites du principe de la relativité des conventions, Basel / Frankfurt a.M.: Helbing & Lichtenhahn 1995, 47 f.

Synallagma⁷², „Innominatfigur“⁷³ usw. Was aber ist dieses Moment genau, das diese zwar suggestiven, aber letztlich doch unpräzisen Umschreibungen bezeichnen? Eine Gegenüberstellung von zwei neueren höchstrichterlichen Urteilen vom 21. Mai 2001⁷⁴ und vom 16. Januar 2002⁷⁵ ist in diesem Zusammenhang weiterführend:

b) Im erstgenannten Entscheid lagen Parteien im Streit, zwischen denen zwei separate Vereinbarungen, nämlich ein Miet- und ein Pachtvertrag, abgeschlossen worden waren. Diese Dauerschuldverhältnisse hatten ein eingerichtetes Restaurant zum Gegenstand und waren insofern verbunden, als die Mieter / Pächter (ein Ehepaar) den Betrieb nur unter der Voraussetzung aufrechterhalten konnten, dass „l'ensemble des prestations prévues par les deux contrats, à savoir la mise à disposition des locaux, des équipements et de la licence d'alcool“ vom Vermieter / Verpächter parallel und gleichzeitig erbracht wird⁷⁶. Im Hinblick auf die Frage, ob die Mieter / Pächter den Pachtvertrag ordentlich beenden können, ohne den Mietvertrag aufzulösen, hielt das Bundesgericht mit Bestimmtheit fest: „On se trouve ... en présence de deux contrats qui forment toutefois, dans l'idée des parties, une unité juridique et économique indissociable, au point de constituer un contrat unique mais complexe Dans une telle situation aucun des contrats liés ne peut prendre fin séparément“⁷⁷. Die Begründung ist karg: Bezug genommen wird einerseits auf das (für die Lehre von der Vertragsverbindung *re vera* nicht weiterführende) *Panic / Fleury-Urteil*⁷⁸, andererseits auf eine Lehrmeinung von ENGEL, der sich aber an der angegebenen Stelle zur Frage der Beendigung verbundener (Dauer-) Verträge nicht unmittelbar äussert⁷⁹.

Im zweitgenannten Entscheid war ein Werkvertrag zwischen H. (Besteller) und der W. AG (Unternehmerin) zu beurteilen, der den Bau von 56 Einfamilienhäusern betraf. Im Laufe der Zeit war dieser Vertrag dem H. unliebsam geworden und er versuchte sich seiner zu entledigen. Zu diesem Zweck trug er vor, dass der Werkvertrag an einen (nie zustande gekommenen) Kaufvertrag gekoppelt war, mit dem sich die W. AG verpflichtet hätte, eines der zu erstellenden Objekte zu erwerben. Der Umstand, dass der beabsichtigte Kaufvertrag nie geschlossen worden sei, habe – so H. weiter – die Nichtigkeit des Werkvertrages zur Folge, da sich beide Vereinbarungen als zusammengesetzte Verträge im Sinne einer Gültigkeitsvoraussetzung gegenseitig bedingen würden. Obwohl unbestritten geblieben ist, dass die Parteien den erwähnten Kaufvertrag ernsthaft ins Auge gefasst hatten, lehnte das Bundesgericht die Argumentation des H. ab. Auch hier ist es der weiteren Analyse dienlich, die Urteilsbegründung im Original wiederzugeben:

„Nach den Feststellungen der Vorinstanz einigten sich die Parteien zunächst über den Abschluss des Werkvertrags, wobei sie übereinstimmend der Auffassung waren, dass die Klägerin später eines der noch zu erstellenden Häuser samt Autoeinstellplatz zu einem bereits festgelegten Preis kaufen werde. Warum unter diesen Umständen ein zusammengesetzter Vertrag gegeben sein soll, wird im angefochtenen Urteil nicht gesagt. Es ist denn auch fraglich, worin das Austauschverhältnis zwischen den gegenseitigen Verpflichtungen aus den beiden Verträgen liegen soll. Wie aus dem Urteil [der Erstinstanz] ... hervorgeht, ist offenbar die Höhe des Werklohnes im Hinblick auf die Höhe des Kaufpreises im später abzuschliessenden Kaufvertrag festgesetzt worden. Das reicht indessen für eine Vertragsverbindung ... nicht aus. Vielmehr liegt der Fall vor, dass die Preiskalkulation in der Erwartung erfolgt, aus der zukünftigen geschäftlichen Verbindung werde sich ein gewisser Ausgleich ergeben. Ein Austauschverhältnis zwischen den gegenseitigen Verpflichtungen aus Werk- und Kaufvertrag ist damit aber nicht gegeben“⁸⁰.

⁷² PETER W. HEERMANN, *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, 138 ff. et passim; ferner auch DERS., *Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering*, *JZ* 54 (1999), 183 ff.; DERS., *Verbundene Geschäfte im Sinne des § 9 Abs. 1 VerbrKrG*, *AcP* 200 (2000), 19 ff.

⁷³ SCHLUEP / AMSTUTZ (Anm. 62), N 10.

⁷⁴ BGE vom 21. Mai 2001, Nr. 4C.43/2000

⁷⁵ BGE vom 16. Januar 2002, Nr. 4C.288/2001.

⁷⁶ BGE (Anm. 74), E. 2.d).

⁷⁷ BGE (Anm. 74), E. 2.d).

⁷⁸ BGE 107 II 144 E. 2.

⁷⁹ PIERRE ENGEL, *Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple*, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, 2. Aufl., Bern: Stämpfli 2000, 741 f.

⁸⁰ BGE (Anm. 75), E. 2.

Im Grunde genommen liefert das Bundesgericht im zweiten Urteil die Begründung für das erste nach: Während die Erwägungen im Restaurant-Fall auch dahingehend gelesen werden könnten, dass die Frage, ob eine Vertragsverbindung vorliegt, vom Dispositionswillen der Parteien („... dans l'idée des parties ...“) abhängt, stellen die Erwägungen im Baukomplex-Fall klar, dass der Parteikonsens für die Verkoppelungsfrage nicht ausschlaggebend sein kann⁸¹. Danach vermag ein unspezifizierter Konsens der Parteien, die abgeschlossenen Vereinbarungen würden irgendwie zusammenhängen (z.B. dadurch – wie das im zweiten Urteil der Fall war –, dass beabsichtigt ist, die Preiskalkulationen im Werk- und im Kaufvertrag auf einer Gesamtbasis vorzunehmen), nicht auszureichen, um das Schuldrecht von seiner partikularistischen Perspektive abzubringen. Vielmehr muss nach höchstrichterlicher Ansicht zwischen den mehreren Vereinbarungen ein Konnex sozusagen „in der Sache“ bestehen, d.h. ein Konnex, der sich aus den Umständen des Vertragsschlusses (bzw. der Vertragsschlüsse) ergibt. Aber wie muss dieser Konnex beschaffen sein? Die Antwort des Bundesgerichts scheint mir deutlich: *Nur insoweit das auf mehrere bilaterale Versprechen gestützte „Gesamtprojekt“ der Art ist, dass seine Realisierung die Erfüllung sämtlicher Versprechen als conditio sine qua non voraussetzt, sei eine Abweichung von einem „linearen“ zugunsten eines „vernetzten“ Vertragsdenkens gerechtfertigt.* Damit wird nachvollziehbar, weshalb die Höchstinstanz in den hier fraglichen Urteilen jeweils zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen gekommen ist, obwohl in beiden Fällen Willenselemente der Parteien vorlagen, die auf eine Koppelung der Vereinbarungen hindeuteten: Im ersten Fall hing der Betrieb des Restaurants unabdingbar von der Erfüllung sowohl des Miet- als auch des Pachtvertrages ab; anders im zweiten, in dem die 56 Einfamilienhäuser durchaus auch ohne den anvisierten Kaufvertrag zwischen H. und der W. AG hätten erstellt werden können. Aus diesen Beobachtungen ergeben sich wichtige Rückschlüsse für die Ontogenetik der Vertragsverbindung:

c) Erst wenn sich der Wille der Parteien und die Umstände in der Weise kombinieren, dass es zwischen mehreren Verträgen zur Ausbildung eines Konnexes der beschriebenen Qualität kommt, bestehen im polyvertraglichen Gebilde „innere Entwicklungsschranken“ oder „constraints“, die den Selektionsfaktoren in der Umwelt dieses Gebildes entgegenwirken und die Effekte dieser Faktoren verändern oder sogar beseitigen. Diese „constraints“ sind das Produkt des von jedem Vertrag, der Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Netzwerkes bildet, verlangten Beitrags zur Stabilisierung des Ganzen (das im Grunde genommen als solches äusserst instabil ist, weil es von den jeweils kontradiktorischen Sichten der Einzelverträge geprägt ist⁸²). Die einzelnen Verträge zielen deshalb nicht, wie das sonst in kontraktuellen Situationen zutrifft, auf die Herstellung einer in sich kohärenten, aber in dieser Kohärenz abgeschlossenen Ordnung, sondern auf Beiträge zur Bildung einer konsistenten höheren Ordnung, die ein die jeweiligen „Projekte“ der Verbundverträge übersteigendes „Gesamtprojekt“ zum Gegenstand hat. Diese „Stabilisierungsbeiträge“ sind evolutorische Kräfte, die im Sinne der GOULDSchen „constraints“ neben der darwinistischen natürlichen Selektion wirken und den Vertragsverbund im Wettbewerb der verschiedenen Formen institutioneller Arrangements (Vertrag, Personengesellschaft, Körperschaft, Anstalt usw.) als *eigenständige institutionelle Form* durchsetzen.

4.a) Fraglich bleibt, ob damit die Vertragsverbindung evolutionstheoretisch umfassend beleuchtet ist. Das dritte GOULDSche Kriterium des „Scope“ weist darauf hin, dass im Prozess der Evolution zuweilen nicht-evolutorische Ereignisse (wie Katastrophen welcher Art immer) einen massgeblichen Einfluss auf die Formen des Lebens ausüben können. Und gerade solche Ereignisse müssen für eine Abrundung des ontogenetischen Bildes der

⁸¹ Diese Klarstellung ist an Bedeutung nicht zu überschätzen: Entgegen einer Tendenz in der Lehre (cf. neuerdings WALTER R. SCHLUEP, *Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung?*, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag*, Zürich: Schulthess 2003, 288, 304 ff.), die Vertragsverbindung von einer sog. *Koppelungsabrede* abhängig zu machen, zeigen die Ausführungen des Bundesgerichts nicht nur, dass es einer solchen Abrede nicht notwendig bedarf, um die Anwendbarkeit der Lehre vom zusammengesetzten Vertrag zu begründen. Den zwei im Text gegenübergestellten Urteilen muss darüber hinaus auch noch entnommen werden, dass der Parteiwille bei der Begründung einer Vertragsverbindung nur eine untergeordnete Rolle spielt. „Untergeordnet“ in dem Sinne, dass es zwar unmöglich zu Verträgen kommen kann, ohne dass diese vom Parteikonsens getragen werden; dass aber die Verbindung dieser Verträge stets von Umständen abhängt, die die Parteien nicht zwangsläufig reflektiert haben müssen.

⁸² Cf. zu diesem Punkt VINCENT LEMIEUX, *Les réseaux d'acteurs sociaux*, Paris: PUF 1999, 17 f.

Vertragsverbindung in Betracht gezogen werden. Das Stichwort lautet: *Netzwerkrevolution*⁸³. Überall in der Gesellschaft werden seit einiger Zeit heterarchische Phänomene registriert und das Vertragsrecht bleibt davon nicht verschont. Im Gegenteil: Die „Heterarchisierung“ der sozialen Welt scheint in gewissen Lebensbereichen die Vertragsverbindung als neue Organisationsform drastisch zu fördern, ja zuweilen sogar als unabwendbar aufzudrängen und auf Dauer zu stellen.

b) Zeugnis dafür legt der vielbeachtete und dogmatisch höchst umstrittene BGE 121 III 310 ab⁸⁴. In diesem Urteil hatte sich das Bundesgericht mit einer Geldüberweisung zu befassen, die mit Hilfe des schweizerischen Bankenclearingsystems (Swiss Interbank Clearing; SIC) ausgeführt wurde⁸⁵. T. hatte B. ein Darlehen von CHF 300'000.— in Aussicht gestellt und sich bereit erklärt, den Betrag sogleich (also noch vor Abschluss des Darlehensvertrags) auf ein Sperrkonto bei der Bank Y. (Empfängerbank) zu überweisen. Mit dieser Überweisung beauftragte T. die Bank Z. (Absenderbank), die vertragsgemäss handelte und der Empfängerbank gegenüber die Begünstigten mit der Formel „B. & T. Sperrkonto“ umschrieb. In der Folge blieb der Abschluss des Darlehensvertrages zwischen T. und B. aus. Trotzdem gab B. ohne jegliche Mitwirkung des T. den „gesperrten“ Betrag frei, was die Empfängerbank auch ausführte, obwohl bankintern das Konto die Bezeichnung „Sperrkonto B. & T.“ trug⁸⁶. T. machte gegen die Empfängerbank einen *vertraglichen* Anspruch auf Schadenersatz geltend und wurde darin vom Bundesgericht geschützt.

Die Reaktion der Lehre auf diese Entscheidung war einmütig⁸⁷. Stellvertretend für sie sei FELLMANN und SCHWARZ das Wort erteilt: „Das Urteil ... ist im Ergebnis sicher richtig. Seine Begründung vermag aber nicht zu überzeugen. ... Man erhält den Eindruck, ausschlaggebend für das Dispositiv seien nicht rationale Überlegungen, sondern ein mehr oder weniger bestimmtes ‚Rechtsgefühl‘ gewesen“⁸⁸. „Irrationalität“ der Argumentation, „Rechtsgefühl“ als Entscheidungsmotiv, oder gar: „richtiges Ergebnis“ / „falsche Begründung“⁸⁹ – das weckt Neugier, und nicht bloss aus juristischer, sondern auch aus rechtssoziologischer Sicht. Halten wir uns aber vorerst einmal bei dieser anscheinend so

⁸³ Cf. zusammenfassend z.B.: MANFRED FASSLER, *Netzwerke: Einführung in die Netzstrukturen, Netzkulturen und verteilte Gesellschaftlichkeit*, München: W. Fink 2001, 119 ff.; veranschaulichend z.B.: ALBERT-LÁSZLÓ BARABAÁSI, *Linked: How Everything Is Connected to Everything Else and What It Means for Business, Science, and Everyday Life*, New York et al.: Plume 2003; cf. ferner (mit spezifischem Blick auf die „elektronische Revolution“) TOM STONIER, *The Wealth of Information and the Emerging Global Community*, in: Hubert Eichmann et al. (Hrsg.), *Netzwerke: Kooperation in Arbeit, Wirtschaft und Verwaltung*, Wien: Falter 2000, 13 ff.; eine informative Übersicht über verschiedene Netzwerktheorien im soziologischen und ökonomischen Bereich geben: STEFAN DINTER, *Netzwerke: Eine Organisationsform moderner Gesellschaften?*, Marburg: Tectum 2001; ANDREAS BRAND, *Funktion und Auftreten von Unternehmensnetzwerken aus der Sicht der Neuen Institutionenökonomie und soziologische Ansätze: Welche Rolle spielt die Informationstechnik?*, Stuttgart: Ibidem 2002.

⁸⁴ Cf. vor allem WALTER FELLMANN / JÖRG SCHWARZ, *Geldüberweisung mit Hilfe des Bankenclearingsystems; vertraglicher Direktanspruch des Überweisenden gegen die sich weisungswidrig verhaltende Empfängerbank* (Art. 32, 112, 127, 398 Abs.3 OR): Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 27.6.1995, T. c. Bank X, Berufung (= BGE / ATF 121 III 310), AJP 5 (1996), 97 ff. MARTIN HESS, *Bargeldlose Überweisung mit Hilfe von Interbankzahlungssystemen – Vertrauenshaftung im Zahlungsverkehr?* BGE 121 III 310, recht 14 (1996), 144 ff.; WOLFGANG WIEGAND, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995*, ZbJV 133 (1997), 123 ff.; HANSPETER DIETZI, *Zahlungsverkehr*, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Berner Bankrechtstag 2000: Rechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs*, Stämpfli: Bern 2000, 161 f.; SÉBASTIEN BETTSCHART, *Virement en chaîne et assignation bancaire: Droit suisse des obligations et contexte international*, Zürich: Schulthess 2000, 284 ff.; cf. ferner auch HANS PETER WALTER, *Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages*, ZbJV 132 (1996), 274 ff., 284 ff.; THOMAS ACKERMANN, *Verjähren die Ansprüche von nicht am Vertrag beteiligten Dritten nach Delikts- oder Vertragsrecht? Oder: Die verpasste Chancen für den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*: Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 9.6.1997, A.X. c. Privatlinik Y AG (4C.422/1996), BGE 123 III 204, Berufung, AJP 6 (1997), 1555; XAVIER FAVRE-BULLE, *Les paiements transfrontières dans un espace financier européen*, Basel et al.: Helbing & Lichtenhahn 1998, 381 ff. N 590 ff.; MARTIN MOSER, *Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten: Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers*, Bern: Stämpfli 1998, 86, 147 f.; HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil*, 7. Aufl., Bern: Stämpfli 2003, 313.

⁸⁵ Cf. zum Swiss Interbank Clearing statt anderer BETTSCHART (Anm. 84), 35 ff. m.Nw.

⁸⁶ Cf. die ausführlichere Sachverhaltsdarstellung in BGE 121 III 310 f.

⁸⁷ Cf. die Nw. in Anm. 84.

⁸⁸ FELLMANN / SCHWARZ (Anm. 84), 97.

⁸⁹ So HESS (Anm. 84), 155.

verfehlten Urteilsbegründung auf. Ausgehend von der Beobachtung, dass das SIC „als Girosystem im Dienste des mehrgliedrigen Überweisungsverkehrs [steht] ... [und] eine zentral gesteuerte und damit schnelle Abwicklung von Kettenüberweisungen [ermöglicht], die ihren Grund darin haben, dass der Überweisungsempfänger sein Konto nicht bei der gleichen Kontostelle unterhält wie der Überweisende“⁹⁰, deckt das Bundesgericht in zwei Schritten die schuldrechtliche Organisation einer Geldüberweisung mit Hilfe eines Interbankzahlungssystems auf:

Zunächst erfolgt eine allgemeine Qualifikation der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehungen: „Im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr handeln die zwischengeschalteten Banken in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung, somit als indirekte Stellvertreterinnen. Eine dergestalt vorgenommene Überweisung wird mittels mehrerer, kettenartig verbundener Verträge abgewickelt, an denen unterschiedliche Parteien beteiligt sind, wobei die Relativität der jeweiligen Rechtsbeziehungen zu beachten ist. So besteht zwischen dem Überweisenden und der Erstbank ein Girovertrag, auf den die Regeln des Auftragsrechts Anwendung finden. Der in diesem Rahmen erfolgende Vergütungsauftrag ist eine an die Erstbank gerichtete Weisung (Art. 397 OR) des Inhalts, mit der kontoführenden Bank des Empfängers ein Anweisungsverhältnis im Sinne von Art. 466 ff. OR einzugehen. Die beteiligten Banken sind sodann unter sich durch selbständige Giroverträge verbunden, auf die ebenfalls die Regeln des Auftragsrechts anwendbar sind. Aus alledem ergibt sich, dass zwischen dem Überweisenden und der Empfängerbank grundsätzlich keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen bestehen“⁹¹. Sodann unternimmt das Bundesgericht eine Qualifikation des Dreiecksverhältnisses Überweisender (T.) / Absenderbank (Bank Z.) / Empfängerbank (Bank Y.) und erblickt darin eine befugte Substitution im Sinne von Art. 398 Abs. 3 OR: „Die Erstbank [sc. die Bank Z.] erhielt vom Kläger [sc. T.] den Auftrag, den Begünstigten ‚B. & T.‘ Fr. 300'000.— auf ein ‚Sperrkonto‘ bei der Bank Y. zu überweisen. Der Kläger durfte nach dem Vertrauensprinzip erwarten, dass auch der Vollzug der Gutschrift auf dem ‚Sperrkonto‘ zum Vertragsinhalt gehörte. Die Erstbank war deshalb gegenüber dem Kläger nicht nur dazu verpflichtet, der Empfängerbank seine Zahlungsbereitschaft anzuzeigen, sondern auch, die Gutschrift auf dem angegebenen Konto zu veranlassen. Die Gutschrift konnte sie aus rechtlichen Gründen nicht selbst vornehmen, sondern sie musste die kontoführende Empfängerbank damit beauftragen; zur Erreichung des Vertragsziels und Erfüllung eines Teils des Vertrages somit im Interesse des Auftraggebers eine am Vertrag nicht beteiligte Drittpartei beiziehen. Unter diesen Umständen ist die Empfängerbank als Substitutin im auftragsrechtlichen Sinn zu betrachten“⁹².

Nach dieser Flurbereinigung schreitet das Bundesgericht zur Prüfung der eigentlich interessierenden Frage: Steht T. eine Schadenersatzforderung aus Vertrag gegen die Bank Y. zu⁹³? Der Aufbau der Argumentation entspricht, wie vor allem WIEGAND notiert⁹⁴, nicht dem sonst Üblichen, was, wie später noch näher zu erläutern sein wird, vorliegend von besonderer Bedeutung ist. Weil ein mandatsrechtliches Substitutionsverhältnis gegeben ist, knüpft das Bundesgericht an die Frage an, ob dem T. eine Schadenersatzforderung aus Art. 399 Abs. 3 OR erwachse, der dem Hauptauftraggeber einen Direktanspruch gegen den Substituten einräumt. Indessen umfasst dieser Anspruch nach dem Wortlaut der Bestimmung inhaltlich nur die Ansprüche, die dem *Beauftragten* gegen den Substituten zustehen. In casu hilft das ersichtlich nicht weiter, weil der Schaden, den T. gegen die Bank Y. geltend machen will, nur bei ihm und nicht beim Beauftragten (der Bank Z.) eingetreten ist⁹⁵. Dead end? Keineswegs: Das Bundesgericht

⁹⁰ BGE 121 III 312 E. 3.

⁹¹ BGE 121 III 312 f. E. 3.

⁹² BGE 121 III 324 E. 4; in der Lehre ist diese Auffassung nicht unbestritten; cf. dazu die Übersicht bei DIETZI (Anm. 84), 161 m.Nw.

⁹³ Diese Frage stellte sich vor allem deshalb, weil eine deliktische Forderung – die von der Vorinstanz im Grundsatz bejaht wurde – verjährt war; cf. BGE 121 III 312.

⁹⁴ WIEGAND (Anm. 84), 126.

⁹⁵ Cf. etwa FRANZ WERRO, Art. 399, in: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire Romand: Code des obligations I* (Code des obligations art. 1-529; Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait), Genève et al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, 2061 N 6; ROLAND BÜHLER, Art. 399 OR, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), *OR: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich: Orell Füssli 2002, 500 N 4; meistens wird dieser Punkt in der Literatur heute nicht mehr besonders begründet und im Anschluss an BGE 121 III 310 festgehalten, der Anspruch des Hauptauftraggeber nach Art. 399 Abs. 3 OR umfasse auch den eigenen Schaden; cf. etwa repräsentativ ROLF H. WEBER, Art. 399 OR, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen*

stellt fest, dass es die Lehre „durchwegs“ befürworte, den direkten Anspruch des Auftraggebers gegen den Substituten unabhängig davon zu gewähren, ob dieser den Beauftragten durch sein Verhalten geschädigt habe⁹⁶. Allerdings leite nur eine Minderheit diesen Direktanspruch aus Art. 399 Abs. 3 OR mit dem Argument ab, diese Vorschrift sei als gesetzlich geregelter Fall der Drittschadensliquidation zu verstehen⁹⁷. Die Mehrheit erblicke die rechtliche Grundlage des Anspruchs im Vertragsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Substituten, dies mit der Begründung, dieses Verhältnis sei entweder als Vertrag zugunsten eines Dritten (Art. 112 OR)⁹⁸ oder als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu qualifizieren⁹⁹. Nach rechtsvergleichenden Erwägungen, in denen dargetan wird, dass in den Nachbarländern ein Direktanspruch des Hauptauftraggebers gegenüber dem Substituten insbesondere für den Fall der mehrgliedrigen Banküberweisung anerkannt wird¹⁰⁰, hätte man eine höchstrichterliche Stellungnahme für eine der drei möglichen dogmatischen Konstruktionen erwartet. Diese blieb aus – und darin liegt wohl das Aussergewöhnliche an BGE 121 III 310, das es zu verstehen gilt. Im Ergebnis bejaht das Bundesgericht den fraglichen Direktanspruch *ohne* Dogmatik, aber mit der Verweisung auf *faktische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs* (daher auch der weitverbreitete Eindruck, diese Entscheidung sei aus dem „Rechtsgefühl“ erwachsen – was auch immer damit gemeint ist). Solche Bezugnahmen auf Faktizitäten sind in der höchsten Zivilrechtsprechung alles andere als alltäglich, erst recht, wenn sie dann noch, wie im hier fraglichen Urteil, als *rationes decidendi* fungieren. Die entscheidende Passage lautet:

„Zu berücksichtigen ist ..., dass sich die Anerkennung eines Direktanspruchs ... aufgrund von ... Überlegungen aufdrängt, die unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit von Art. 399 Abs. 3 OR unmittelbar auf die rechtliche Wertung der Interessen der am Überweisungsverhältnis beteiligten Parteien abstellen. Als Ausgangspunkt dient der Umstand, dass die indirekten Vertretungsverhältnisse im mehrgliedrigen Überweisungsverkehr regelmässig offenliegen, weil keine der beteiligten Banken davon ausgehen darf, die andere handle ausschliesslich auf eigene Rechnung. Das Drittinteresse ist dem bankinternen Giroverkehr immanent und allseits erkennbar, ebenso das Schutzbedürfnis des Überweisenden gegenüber Fehlleistungen der Banken. Der bankinterne Giroverkehr steht im Dienste der Überweisungspartner und soll die Geschäftsabwicklung zwischen den Banken erleichtern. Die mit dieser Erleichterung einhergehenden Risiken von Fehlleistungen aber müssen sachgerecht die Banken und nicht die Überweisungspartner tragen. Diese dürfen nicht allein wegen der Zwischenschaltung einer weiteren Bank schutzlos bleiben, obwohl die Voraussetzungen einer Pflichtverletzung an sich vorliegen. Es geht letztlich darum, zu verhindern, dass aufgrund rein zahlungstechnischer oder organisatorischer Zufälligkeiten Schutzansprüche wegfallen bzw. Pflichten leerlaufen, die ‚eigentlich‘, das heisst abgesehen von der Vertragsgläubigerstellung des Geschädigten, gegeben sind ...“¹⁰¹.

c) Leicht zu erkennen ist, dass mit diesen Ausführungen der richterlich gewährte Anspruch dogmatisch im Vagen bleibt. Ob sich in dieser Hinsicht ein tragfähiges Fundament finden lässt, ist eine Frage der Innenperspektive des Rechts, die erst im nächsten Abschnitt zur Diskussion steht¹⁰². Worauf es im Kontext ankommt, ist der Umstand, dass das Bundesgericht offenbar spürte, dass die Lösung nicht auf klassisch-einzelvertraglicher Ebene, sondern unmittelbar auf der emergenten Ebene des

Privatrecht: Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 3. Aufl. Basel et al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, 2189 N 6 m.Nw. In der Sache scheint dieser Anspruch also kaum mehr strittig zu sein; nur noch dogmatisch wird nach seiner Fundierung gesucht; cf. jedoch sogleich II.4.c) sowie hinten III.2.c) und III.3.c)..

⁹⁶ BGE 121 III 315 E. 4.a).

⁹⁷ BGE 121 III 315 E. 4.a); heute wird diese Ansicht im schweizerischen Recht kaum mehr vertreten, nachdem HONSELL (Anm. 84), 313, nunmehr auch (wie die h.L.) für einen Vertrag zugunsten Dritter eintritt.

⁹⁸ BGE 121 III 315 E. 4.a); cf. in diesem Sinne (nebst dem a.a.O. zitierten Schrifttum) PIERRE TERCIER, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess 2003, 672 N 4661; kritisch gegenüber dieser Konstruktion (mit einleuchtenden Argumenten) FELLMANN / SCHWARZ (Anm. 84), 98.

⁹⁹ BGE 121 III 315 E. 4.a); diese Konstruktion, die vor Bundesgericht vom Referenten vorgeschlagen (cf. FELLMANN / SCHWARZ [Anm. 84], 98), aber in den Urteilsabwägungen stillschweigend abgelehnt wurde, ist in der Literatur auf positives Echo gestossen; cf. nur FELLMANN / SCHWARZ a.a.O., 99; WIEGAND (Anm. 84), 127.

¹⁰⁰ BGE 121 III 315 ff. E. 4.b).

¹⁰¹ BGE 121 III 317 E. 4.c).

¹⁰² Cf. sogleich III.

Vertragsverbundes zu suchen ist. Und zwar in einem ganz spezifischen Sinne, der evolutionstheoretisch nahelegt: *Die Alternative, den Sachverhalt auf der Grundlage traditioneller schuldrechtlicher Überlegungen zu behandeln, bestand im Grunde gar nicht; sie wurde von der Institutionalisierung des SIC (als „katastrophistisches“ Ereignis) „zerstört“.* Die Weigerung des Bundesgerichts, das befürwortete Ergebnis auf den Rechtsfiguren der Drittschadensliquidation, des Vertrages zugunsten eines Dritten oder des Vertrages mit Schutzwirkungen für Dritte abzustützen, kann also (auch) dahin gedeutet werden, dass es der Ansicht war, die damit verfolgten, durch und durch „bipolaren“ Policy-Strategien würden auf die emergente Ordnung der mehrgliedrigen Banküberweisung nicht „passen“¹⁰³. BGE 121 III 310 lehrt somit, dass das Auftreten von Vertragsnetzen in der Wirtschaft nicht nur das Ergebnis selektiv wirkender Umweltkräfte und „innerer Entwicklungsschranken“ sein kann, sondern auch die Folge radikaler Umbrüche in der Lebenswelt. „Katastrophismus“ spielt also auch in der Evolution der institutionellen Arrangements mit.

III. Vertragsverbindungen als schuldrechtliches Verfassungsproblem

1. Die anhand des GOULDSchen Analyserasters (*Agency / Efficacy / Scope*) durchgeführte evolutionstheoretische Beobachtung institutioneller Arrangements, die auf einer Mehrheit von vernetzten Verträgen aufgebaut sind, hat dreierlei gezeigt: (1) Zunächst einmal, dass sich aus solchen Vertragsnetzungen emergente Ordnungen bilden können, die sich von den „bipolaren“ Ordnungen der Einzelverträge unterscheiden und nach einer eigenen Logik (einer „Netzwerk“-Logik) operieren¹⁰⁴. (2) Diese Arrangements sind sodann (unter anderem) den selektiven Kräften des Vertragsrechts ausgesetzt, die dazu tendieren, vernetzte Verträge nicht in ihrer Verbundenheit anzugehen, sondern sie als „autonome“ Einheiten zu behandeln. Erlangen vernetzte Verträge in ihren gegenseitigen Bezügen allerdings eine solche Organisationsdichte, dass sich der eigentliche Sinn der Parteivereinbarungen nicht mehr auf der Ebene der jeweils ausgetauschten Willenserklärungen, sondern auf derjenigen ihrer Koppelung – man könnte auch sagen: auf der Ebene ihrer „Symbiose“ zur *Vertragsverbindung* – befindet, so bilden sie „constraints“ heraus, die dem erwähnten Reflex des Vertragsrechts sehr effektiv entgegenwirken. Eine solche Bildung von „constraints“ findet namentlich dann statt, wenn die Verträge des rechtsgeschäftlichen Verbundes derart verquickt sind, dass die Realisierung eines „Projektes“, das ihnen „gemein“ ist¹⁰⁵, die Erfüllung sämtlicher versprochener Leistungen unabdingbar voraussetzt¹⁰⁶. (3) In gewissen Lebensbereichen haben heute sozioökonomische oder technologische Umbrüche eine solche Bedeutung erlangt, dass sich die Wahl zwischen einer einzelvertraglichen oder einer verbundmässigen Sicht schon gar nicht mehr anbietet. In solchen „katastrophistischen“ Fällen haben die Einzelverträge, die Bestandteile des rechtsgeschäftlichen Verbundes sind, ihre Autonomie (ihren „Eigensinn“) „verloren“. Die Verselbständigung der Ordnung, die aus dem Aggregat von bipolaren Vereinbarungen fließt, zeigt sich hier mit besonderer Deutlichkeit¹⁰⁷ und es fragt sich, wie das Recht darauf reagieren soll.

Dieser Frage ist der vorliegende Abschnitt gewidmet. Um sie anzugehen, sind zwei Schritte zu vollziehen: (1) Als erstes muss in Erfahrung gebracht werden, worin überhaupt die Ursache dafür liegt, dass das klassische Vertragsrecht erhebliche Mühe bekundet, den Sachverhalt der Vertragsverbindung mit den dogmatisch gängigen Rechtsfiguren einzufangen. Wir wissen zwar, dass das Problem in seiner (historisch bedingten) Neigung besteht, institutionelle Arrangements interpretativ in einzelne Rechtsgeschäfte, die in sich geschlossen sind, zu reduzieren. Aber das bleibt eine Aussenperspektive des Schuldrechts, die im vorausgegangenen Abschnitt eingenommen wurde. Worum es vorliegend geht, ist die Beleuchtung des Schuldrechts von „Innen“ her. Demnach lautet die Frage jetzt: Weshalb zeigt sich das Vertragsrecht in seinen internen Operationen so verwirrt, wenn es mit Vertragsverbindungen konfrontiert wird? Aus

¹⁰³ Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Frage – namentlich mit den Defiziten der klassischen schuldrechtlichen Modelle zur Bewältigung vertragsübergreifender Leistungsstörungen – findet man bei MATTHIAS ROHE, *Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, 65 ff.

¹⁰⁴ Cf. vorne II.2.

¹⁰⁵ Mit dem Begriff „gemein“ wird keineswegs impliziert, dass die Parteien einen gemeinsamen Zweck (im Sinne des Gesellschaftsrechts) verfolgen. Vertragsverbindungen ist gerade dieses Element fremd, da sie sich aus kontradiktorisch angelegten Einheiten, nämlich bipolaren Verträgen, zusammensetzen. Kurzum: *Das „gemeine“ Projekt, das im Text angesprochen ist, ist ein solches, das strukturell von den Verträgen, nicht von allen Parteien getragen wird.*

¹⁰⁶ Cf. vorne II.3.

¹⁰⁷ Cf. vorne II.4.

welchem Grund muss es, wie vor allem die Analyse von BGE 121 III 310 gezeigt hat, auf Lösungsansätze zurückgreifen, die es am Massstab der anerkannten Dogmatik gemessen nicht zu begründen vermag? (2) Sodann ist zu fragen, wie die Erkenntnisse, die aus der durchgeführten evolutionstheoretischen Beobachtung von Vertragsverbindungen gewonnen wurden, in das Vertragsrecht „eingebracht“ werden können, und vor allem: Zu welchen dogmatischen Lösungen, die mit dem positiven Recht kompatibel sind, regen diese Erkenntnisse an?

2.a) Im Hinblick auf den ersterwähnten Punkt gehe ich von der These aus, dass Vertragsverbindungen unmittelbar mit dem Phänomen der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft zusammenhängen und dass gerade dieser Zusammenhang das positive Vertragsrecht überfordert¹⁰⁸. Diese These setzt ersichtlich voraus, dass vorweg (wenn auch nur summarisch) auf den Begriff der Gesellschaftsdifferenzierung eingegangen wird. Damit wird hier – ganz klassisch – jene Art der Gesellschaftsformation bezeichnet, die sich in der Moderne weitgehend durchzusetzen scheint und die zu einer polyzentrischen Struktur der Gesellschaft führt, zu einer Gesellschaft also, die keine Spitze und kein Zentrum hat¹⁰⁹. Diese Gesellschaftsform zeichnet das Fehlen einer Zentralinstanz aus, die die Zuständigkeit zur Gesamtintegration besässe¹¹⁰. Damit stellt sich offensichtlich die Frage, was denn diese Gesellschaft noch zusammenhält¹¹¹. Die moderne Soziologie nimmt an, dass die soziale Integration heute vor allem über Phänomene struktureller Kopplungen von gesellschaftlichen Teilsystemen und dadurch ermöglichte Reflexionen stattfindet. Unter dem Begriff der strukturellen Kopplung werden systeminterne „Beobachtungsschemata ... [verstanden], die ... geeignet sind, Ereignisse in der Umwelt [eines Systems] mit Informationswert zu versehen und zum Anlass für weitere eigene Operationen zu machen“¹¹². Dank dieser Schemata kann das System der operativen Geschlossenheit seiner Co-Systeme Rechnung tragen, indem es sich selber als ein System-in-einer-Umwelt-anderer-Systeme zu verstehen lernt – und dies auf Dauer¹¹³. Es tut dies, indem es seine internen Informationsverarbeitungsprozesse auf bestimmte mit seinen Co-Systemen zusammenhängende Probleme zurückführt, deren Lösung ihm dann zur Selbstbeschreibung dient. Die Fähigkeit des Systems, sich auf diese Weise selber zu identifizieren und zu orientieren, wird Reflexion genannt. Integrativ ist diese Fähigkeit insofern, als „das System seine Einwirkungen auf die Umwelt an den Rückwirkungen auf es selbst kontrollieren muss“¹¹⁴.

Was haben nun Vorgänge der gesellschaftlichen Differenzierung und von ihnen ausgelöste Integrationsprozesse mit dem Vertragsrecht zu tun? Um dies zu erläutern, muss die differenzierungstheoretische Dimension der Institution des Vertrages offengelegt werden. Aus systemtheoretischer Perspektive ist der Vertrag nicht konsensualer Akt zwischen mehreren Akteuren, sondern strukturelle Kopplung zwischen Funktionssystemen der Gesellschaft (Wirtschaft, Recht, Wissenschaft usw.)¹¹⁵. Ausgesagt wird damit im wesentlichen, dass der Vertrag die beteiligten Systeme zur wechselseitigen Beschreibung und Beobachtung befähigt¹¹⁶. Das wird dadurch vollbracht, dass im Vertrag

¹⁰⁸ Cf. eingehend MARC AMSTUTZ, Vertragskollisionen: Fragmente für eine Lehre der Vertragsverbindung, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich: Schulthess 2003, 165 ff. m.Nw.; cf. auch generalisierend NIKLAS LUHMANN, Organisation und Entscheidung, Opladen / Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2000, 411.

¹⁰⁹ NIKLAS LUHMANN, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München: Olzog 1981, 22.

¹¹⁰ Cf. statt anderer UWE SCHIMANK, Theorien gesellschaftlicher Differenzierung, 2. Aufl., Opladen: Leske + Budrich 2000, 189.

¹¹¹ Cf. nur MANFRED ASCHKE, Kommunikation, Koordination und soziales System: Theoretische Grundlagen für die Erklärung der Evolution von Kultur und Gesellschaft, Stuttgart: Lucius & Lucius 2002, 1.

¹¹² ASCHKE (Anm. 111), 78.

¹¹³ Cf. auch NIKLAS LUHMANN, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1981, 440: „Die Identität eines Teilsystems lässt sich dann nur noch mit Bezug auf eine Sonderfunktion begründen, die das System für die Gesellschaft im ganzen erfüllt“.

¹¹⁴ NIKLAS LUHMANN, Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1984, 642.

¹¹⁵ Cf. etwa LUHMANN (Anm. 8), 440 ff.; GRALF-PETER CALLIESS, Das Tetralemma des Rechts: Zur Möglichkeit einer Selbstbeschränkung des Kommunikationssystems Recht, ZfRSoz 2/ (2000), 296; WIELSCH (Anm. 15), 56, 59 ff.; PEER ZUMBANSEN, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat: Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag, Baden-Baden: Nomos 2000, 206; TANIA LIECKWEG, Das Recht der Weltgesellschaft: Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der lex mercatoria, Stuttgart: Lucius & Lucius 2003, 45 ff.

¹¹⁶ ZUMBANSEN (Anm. 115), 206; LIECKWEG (Anm 115), 46 ff.

(als Form der strukturellen Kopplung) Möglichkeiten gespeichert sind, die die beteiligten Systeme als Information verwenden können. LUHMANN unterstreicht, dass unter diesem Gesichtspunkt „strukturelle Kopplung einerseits einen Ausschliessungseffekt hat – in diesem Bereich ist das System indifferent – und andererseits eine Kanalisierung von Kausalitäten bewirkt, die das System verwenden kann“¹¹⁷. Damit stellt sich die Frage, wie die aus dem Vertrag gewonnenen Informationen in den beteiligten Systemen genau benutzt werden. In diesem Zusammenhang ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass diese Informationen „insofern konstitutiv für ein Sozialsystem [sind], als ... [sie] latente Erwartungen in tatsächliche Verpflichtungen, blosser Projektionen in Operationsbindungen umwandel[n]“¹¹⁸. Anders gewendet erzeugen diese Informationen im betreffenden Funktionssystem die Strukturen eines Subsystems, die „auf Erfüllung des Vertragszweckes, drängen“¹¹⁹. Hier wird nun auch die Fragmentierung des Vertrages im Kontext der sozialen Differenzierung voll sichtbar: Über diese Institution entstehen nämlich in den beteiligten Systemen jeweils *autonome Diskurse*, die je nach Eigenlogik des in Frage stehenden Bereichs unterschiedliche Gestalten annehmen. Der Vertrag führt z.B. (1) in der Wirtschaft zur ökonomischen *Transaktion* als organisiertes Verfügungsverfahren¹²⁰, (2) im Recht zu einem *normativen Diskurs* im Rahmen des Vertrages „als Gefüge und als Prozess“¹²¹, (3) in anderen Funktionssystemen (Wissenschaft, Kunst, Medizin, Erziehung usw.) zu einem *Projekt*, das in seiner kommunikativen Durchführung die betreffende Produktionslage im System (Erkenntnisgewinn, ästhetischer Mehrwert, Gesundheitsverbesserung, Sozialisierungs- und Kompetenzsteigerung usw.) verändert¹²². Und dies alles *simultan!*

b) Stellt man diese „gesellschaftliche Vieldimensionalität des einen Vertrages“¹²³ in Rechnung, wird es möglich, die konkreten Probleme, die Vertragsverbindungen im System des Vertragsrechts auslösen, zu rekonstruieren. Denn dann wird einmal erkennbar, dass der Vertrag in den Funktionssystemen der Gesellschaft zur Emergenz von Diskursen beiträgt, die nicht auf der Stufe der einfachen Interaktion¹²⁴ stecken bleiben, sondern zuweilen eine Komplexität erlangen, die sie zur Entwicklung von Reflexionsfähigkeit nötig, also zu reflexiven (Teil-) Systemen verdichtet¹²⁵. Denkbar ist das vor allem in Fällen langfristiger Kontrakte (Franchise, Just-in-time, Joint Venture, Grossbauten, Technologietransfer usw.), bei denen die Beziehungen zwischen den Parteien nicht mehr von der Begrenztheit und der Kurzfristigkeit der spot transaction geprägt sind; diese Beziehungen weisen dann vielmehr die Qualität enger Kooperationsverhältnisse auf. Damit beginnen die aus der strukturellen Kopplung „Vertrag“ hervorgehenden (Teil-) Systeme ihre Umwelt zu beobachten bzw. zu reflektieren, und das heisst insbesondere: die möglichen Konflikte zwischen ihnen und den Systemen-in-ihrer-Umwelt zu antizipieren. Diese Konflikte werden mittels Reflexion im betreffenden (Teil-) System mit Blick auf ihre Folgen eingeschätzt und für interne Korrekturen der Handlungssteuerung ausgewertet. Lösen nun mehrere Verträge in den durch sie gekoppelten Funktionssystemen jeweils Diskurse aus, die reflexive Komplexität ausbilden, so kann es dazu kommen, dass diese Diskurse sich gegenseitig beobachten und (im beschriebenen Sinne) reflexiv Rechnung tragen. M.a.W. kommt es dann zur Verschleifung von unterschiedlichen Diskursen und genau diese diskursiven Schlaufen konfrontieren das traditionelle Vertragsrecht mit schwierigen, zum Teil unlösbaren Problemen:

¹¹⁷ NIKLAS LUHMANN, Einführung in die Systemtheorie, Heidelberg: Carl-Auer-Systeme 2002, 121.

¹¹⁸ GUNTHER TEUBNER, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von *Private Governance Regimes*, RJ 17 (1998), 249.

¹¹⁹ TEUBNER (Anm. 118), 249.

¹²⁰ LIECKWEG (Anm. 115), 46.

¹²¹ KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts: Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München: Beck 1987, 26 ff.

¹²² Cf. ausführlich zum Ganzen GUNTHER TEUBNER, Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages, *Soziale Systeme* 3 (1997), 313 ff.; ferner das Beispiel bei DEMS. (Anm. 118), 249 f.: „Wenn eine medizinische Operation durchgeführt, ein technisches Projekt erstellt, eine komplexe Dienstleistung erbracht werden soll, aktualisiert die vertragliche Beziehung dieses Potential und wandelt es in die verbindliche Struktur eines Sozialsystems, in die Verpflichtung eines Diskurses und in die reale Leistung einer sozialen Dynamik um“.

¹²³ TEUBNER (Anm. 122), 314.

¹²⁴ Zu diesem Begriff HELMUT WILLKE, *Systemtheorie I: Grundlagen*, 6. Aufl., Stuttgart: Lucius & Lucius 2000, 68 ff.

¹²⁵ Cf. WILLKE (Anm. 124), 96 ff.

Denn auf den internen Bildschirmen des Rechtssystems erscheinen diese Reflexionsschlaufen nicht als solche, sondern als etwas, das zunächst in die Rechtssprache „übersetzt“ werden muss. Die erfolgte Analyse der jüngeren Rechtsprechung zu den Vertragsverbindungen hat erkennen lassen, dass das Recht die in anderen Sozialsystemen stattfindenden wechselseitigen Reflexionen zwischen Diskursen, die je von *verschiedenen* Verträgen ausgelöst werden, als *Sachverhalt des zusammengesetzten Vertrages* rekonstruiert (und eben gerade nicht als verschleierte Reflexionsoperationen – was nur für den Rechtssoziologen, nicht aber für den Juristen etwas bedeutet). Diese Rekonstruktion, die – der systemtheoretischen Grundregel entsprechend – sich ausschliesslich an der Leitdifferenz des Rechtssystems orientiert, ist jedoch in dem Sinne defizitär, als sie die (systemrelative) Wirklichkeit der beobachteten Operationen nicht einzufangen vermag: Das Recht verliert die Übersicht darüber, welchem der verschiedenen Diskurse, die an einem Vertragsnetz beteiligt sind, ein in diesem Kreis aufgetretener Konflikt zuzuweisen ist. Denn die beteiligten Diskurse beobachten den Konflikt aus der je eigenen Perspektive und führen ihn in das je eigene Entscheidungskalkül ein. Deshalb ist der Konflikt sozusagen in jedem der beteiligten Diskurse „präsent“, was im Rechtssystem Unübersichtlichkeit produziert: Dieses vermag nicht mit der erforderlichen Genauigkeit zu erkennen, ob nun der Konflikt in den Kontext des Vertrages *A* oder in denjenigen des Vertrages *B* gehört. Es diagnostiziert dann eine „Vertragsverbindung“, ohne dass aber mit diesem Befund mehr als die Bezeichnung eines Problems gewonnen wäre.

c) Das lässt sich plastisch am Beispiel des vorne dargestellten BGE 121 III 310 veranschaulichen: Unklar war aus juristischer Perspektive, ob der Konflikt (der von der weisungswidrigen Freigabe des Sperrkontos durch die Bank Y. [Empfängerbank] ausgelöst wurde) in den Kontext des Vertrages zwischen der Bank Z. (Absenderbank) und der Bank Y. oder in denjenigen des Vertrages zwischen dem T. (Hauptauftraggeber) und der Bank Z. gehört. Letztlich muss die Antwort paradox ausfallen: Weder in den einen noch in den anderen und dennoch in beide! Und diesem Paradox entkommt man nur, wenn dieses auf einer „höheren“ Ebene, nämlich auf derjenigen des rechtsgeschäftlichen Verbundes, entfaltet wird (was das Bundesgericht denn auch getan hat). Dasselbe Bild vermittelt der ebenfalls schon gestreifte BGE 115 II 452: Die Verkoppelung der Vereinbarungen liess unsicher erscheinen, ob die Beendigung der Überlassung von Räumlichkeiten des Klinikgebäudes an X. nach Massgabe des Zusammenarbeits- oder des Mietvertrages zu beurteilen war. Zusätzlich unterstrichen wird diese Unschärfe vom Umstand, dass in casu argumentiert werden könnte, auf den Mietvertrag seien schon deshalb seine „eigenen“ Regeln (d.h. Art. 253 ff. OR) anwendbar, da der einschlägige Art. 267a altOR (Art. 272 OR) *zwingenden* Charakter besitze und der Verfügungsmacht der Parteien entzogen sei. Wie geschildert hat das Bundesgericht anders gedacht und anders entschieden. In den Augen der höchstrichterlichen Instanz war die „Attraktionskraft“ (die „Netzwerk“-Logik) des Zusammenarbeitsvertrages stark genug, um die Anwendbarkeit zwingenden Mietrechts auszuschliessen und den Konflikt den Regeln des Zusammenarbeitsvertrages zu überantworten¹²⁶.

3.a) Vermag nun das Seinsbild der Vertragsverbindung, das durch evolutionstheoretische Beobachtungen gewonnen wurde, an dieser Stelle weiterzuhelfen? Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Erkenntnis, dass das Netzwerk der Verträge „constraints“ besitzt, die den „Sinn“ des Gesamtgebildes auf eine emergente Ebene verlagern – auf die Ebene der durch Symbiose der Verträge gebildeten Ordnung. Entsprechend sollten Konflikte, die in diesem Netzwerk entstehen, auf dieser „höheren“ Ebene angegangen werden, nicht auf derjenigen der Einzelverträge, deren jeweilige Einschlägigkeit für diese Konflikte, wie gesagt, aus der Perspektive des Rechts *unklar* ist. Das Problem liegt aber gerade hierin: das Gesamtgebilde hat *de jure* keine Ordnung, es besitzt keine Rechtsverfassung, die eine *juristische* Entscheidung des Konfliktes unter Berücksichtigung der „Netzwerk“-Logik erlauben würde. Damit fragt sich, wie der rechtsgeschäftliche Verbund einer umfassenden Ordnung zugeführt werden kann.

Während die einen für eine konsensualbasierte Lösung plädieren und hinter den netzwerkbildenden Verträgen einen sämtliche Fäden zusammenziehenden „Netzvertrag“ vermuten, dem sich alle „Netzteilnehmer“ durch (implizite) Willenserklärung

¹²⁶ Cf. zu diesem Punkt ausführlich AMSTUTZ (Anm. 108), 170

angeschlossen haben¹²⁷, wollen andere gesellschafts- oder sogar konzernrechtliche Regeln analog auf die Vertragsverbindung anwenden¹²⁸. Der bisher differenzierteste und überzeugendste Versuch, mit Vertragsverbindungen juristisch umzugehen, zielt darauf hin, den Besonderheiten dieser Arrangements durch die Entwicklung einer besonderen Attributionstechnik gerecht zu werden: (1) Durch situative Konkretisierung von gesteigerten Treuepflichten im Verbund („Verbundpflichten“), (2) durch die Entwicklung vertraglicher Haftungsmuster zwischen Nicht-Vertragspartnern, die zum Ziel haben, der verbundinternen Differenzierung in Konkurrenz- und Kooperationsbereiche juristisch Rechnung zu tragen, und (3) durch selektive Doppelzurechnung der Netzwerkakte auf die einzelnen Vertragsteilnehmer und auf das vom Verbund gebildete Kollektiv („network share liability“) sollen netzwerkgerechte Rechtsfolgen identifiziert werden¹²⁹. Das vorliegend gewonnene Bild der Vertragsverbindung weist auf einen anderen Weg hin, um das Design einer „Netzverfassung“ zu zeichnen. Einen Weg, der auf denselben Gesetzmässigkeiten (Algorithmen!) beruht, die in Wirtschaft und Gesellschaft die evolutionäre Herausbildung von Vertragsverbindungen bestimmen. Dieser Weg verläuft so:

b) Wenn es stimmt, dass die Vertragsverbindung zu einer neuen, emergenten Erwartungsordnung führt, zu einer „höheren“ Ordnung, die einer „Netzwerk“-Logik untersteht, so ist zu fragen, ob die Regeln, die für die einzelnen Verbundverträge ex lege gelten, das Potential besitzen, für das gesamte Netz „weitergedacht“ zu werden. Der Emergenz einer „höheren“ Erwartungsordnung entspreche dann die Emergenz einer „höheren“ Rechts-Ordnung auf der Basis der für die einzelnen Verbundverträge geltenden Rechts-Regeln. Konkret ginge es darum, aus den „Grundregeln“ des klassischen Vertragsrechts eine emergente schuldrechtliche Ordnung für den rechtsgeschäftlichen Verbund herzuleiten. Anstatt von Grund auf eine neue Verbundverfassung zu konstruieren, die bisher dem Obligationenrecht unbekannt dogmatische Elemente verwendet, würden die Normen, die die einzelnen Verbundverträge in das Vertragsnetzwerk „einbringen“, als Bausteine für eine Rechtsverfassung des Ganzen dienen¹³⁰. Die Frage ist dann nur, nach welchen Gesichtspunkten ein derartiges, netzwerkbezogenes „Weiterdenken“ klassischen Vertragsrechts vorzunehmen ist. Mein Vorschlag in nuce: Die Unterstellung von „Netzwerkkonflikten“ unter Regeln, die die einzelnen Verträge in das Netzwerk „einbringen“, bedeutet im Grunde genommen, diesen Regeln eine *zweite (emergente) Dimension* zu verleihen. Damit sie diese „zweite“ Dimension erlangen können, muss ihre Anwendbarkeit nicht an den üblichen, für bipolare Rechtsgeschäfte gedachten Kriterien gemessen werden, sondern von einem *neuen Anwendungsmassstab* abhängig gemacht werden. Eine juristische Technik, die geeignet ist, einen solchen Massstab zur Verfügung zu stellen, ist die *kollisionsrechtliche Methode*¹³¹.

Um diesen Vorschlag zu erläutern, ist von einem Vergleich der Grundproblematik des Vertragsverbundes mit derjenigen des IPR auszugehen. Zwar liegt bei vernetzten Verträgen nicht ein plurinationaler, sondern ein „*plurivertraglicher*“ Sachverhalt vor; in beiden Fällen hat man es aber letztlich mit demselben rechtstechnischen Problem zu tun: *nach welchem „Statut“* (im IPR: nach welcher staatlicher Rechtsordnung; im Fall des rechtsgeschäftlichen Verbundes: nach welchem Vertrag im Netz) ist der aus dem Sachverhalt sich ergebende Konflikt zu beurteilen? Für die Vertragsverbindung kann dieses Problem auf die Frage reduziert werden: Wie lässt sich die Zuweisung von im Netzverbund auftretenden Konflikten zu einzelnen Verbundverträgen (zu den dafür geltenden Rechtsregeln) nach „netzlogischen“ Kriterien durchführen? Gelänge es, solche

¹²⁷ ROHE (Anm. 103); WERNHARD MÖSCHEL, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186 (1987), 211 ff.

¹²⁸ Cf. die Übersicht über die verschiedenen Theorien bei GUNTHER TEUBNER, Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Baden-Baden: Nomos 2004, 2. Kapitel m.Nw. TEUBNER (Anm. 128), 3.-6. Kapitel.

¹²⁹ Dieser Prozess der Verfassung (in der aktiven Sinnvariante des Begriffes: die verfassende *Tätigkeit*) der Vertragsverbindung erfolgte in diesem Fall nach einem Muster, das GUNTHER TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 18, in äusserst greifbarer Weise beschrieben hat: „Verfassung ist immer erst die Verknüpfung zweier realer Prozesse: Aus der Sicht des Rechts ist sie Rechtsnormenproduktion, die eigentümlich mit Grundstrukturen des Sozialsystems verflochten ist; aus der Sicht des verfassten Sozialsystems ist sie Erzeugung von Grundstrukturen der Sozialordnung, die zugleich das Recht informieren und ihrerseits vom Recht normiert werden“.

¹³¹ Cf. hierzu eingehender AMSTUTZ (Anm. 108), 170 ff.

Kriterien zu entwickeln, würden die auf einzelvertraglicher Ebene geltenden Normen auf die „höhere“ Ebene der Vertragsverbindung „gehoben“ und dort – qua kollisionsrechtlicher Verweisung – zu einer Rechtsverfassung des Ganzen gebündelt. Eine Möglichkeit, um solches zu realisieren, besteht darin, sich durch SCHNITZERS Lehre von der funktionellen Anknüpfung inspirieren zu lassen: „[E]ntscheidend für die Zuordnung [eines Rechtsverhältnisses ist] die *Funktion* dieses Rechtsverhältnisses ..., da ja ein Rechtsverhältnis Rechte und Pflichten zwischen Personen ordnet, die eben funktionell einzuordnen sind“¹³². Bezogen auf den rechtsgeschäftlichen Verbund wäre aus dieser Überlegung abzuleiten, dass für die Zuordnung eines Konfliktes zu einem bestimmten Verbundvertrag der Gesichtspunkt, welche *Funktion* dieser Vertrag im Netzwerk erfüllt, begleitend sein muss. Oder anders gewendet: Das „sachgerechte“ Kriterium zur Artikulierung der gesuchten Kollisionsregel müsste die *Funktionsfähigkeit des Vertragsnetzes* sein. Entsprechend liesse sich diese Regel dahingehend formulieren, dass *Konflikte im rechtsgeschäftlichen Verbund demjenigen Vertrag unterstehen, dessen Regeln im konkreten Fall die Funktionsfähigkeit des Vertragsnetzes absichern*.

c) Schimmert eine solche Regel durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts durch? Sollte man versuchen, die dogmatisch doch unterbelichteten Konstruktionen in BGE 115 II 452 und 121 III 310 auf dieser Grundlage zu erklären? Kurzum: Sind diese Entscheidungen die Wiege einer neuen „Netzwerk“-Dogmatik im Schuldrecht? Ex facto ius oritur? Eines jedenfalls ist sicher: Im Ergebnis wurde in BGE 115 II 452 die „anzuknüpfende“ Rechtsfrage nach der Beendigung des Mietverhältnisses den Regeln des Zusammenarbeitsvertrags zugewiesen. Und in BGE 121 III 310 wurde der Schadenersatzanspruch des T. als *vertraglicher* qualifiziert, was nur bedeuten kann, dass die entbrannte Streitigkeit nach den Regeln entweder des Hauptauftrages (T. / Bank Z.) oder des Substitutionsauftrages (Bank Z. / Bank Y.) geschlichtet wurde, dass mithin jedenfalls eine *kollisionsrechtliche Verweisung* stattgefunden hat (auch wenn nach der Lektüre der Urteilerwägungen unklar bleibt, auf welchen Vertrag konkret verwiesen wurde).

Ist man bereit, dieser These zu folgen und Vertragsverbindungen mit Hilfe einer im geschilderten Sinne funktionalen Kollisionsregel zu verfassen, so fragt sich freilich, was unter dem Kriterium der „Funktionsfähigkeit des Vertragsnetzes“ konkret zu verstehen ist. Das ist wohl eine Frage, auf die keine generalisierte Antwort möglich ist; vermutlich kennt die Realität eine Unzahl verschiedener Typen von Vertragsverbindungen, die nach unterschiedlichen Modi funktionieren¹³³. Eine phänomenologische Studie all dieser Erscheinungsformen ist hier nicht zu leisten. Demgegenüber kann aber nachgewiesen werden, dass das geschriebene Recht bei einzelnen Vertragsverbindungen (insbesondere: Art. 262 Abs. 3 Satz 2, Art. 268 Abs. 2, Art. 291 Abs. 3 Satz 2, Art. 299c, Art. 399 Abs. 3 OR, Art. 21 KKG) *netzfunktionale Kriterien* verwendet, um Zuordnungsfragen der Art, wie sie vorliegend diskutiert werden, zu lösen, und auf diese Weise Vertragsverbindungen schuldrechtlich verfasst.

4. Interessant ist diese Feststellung nicht nur deshalb, weil daraus hervorgeht, dass sich die vorliegend entwickelte Lösung zwanglos in die Architektur des schweizerischen Vertragsrechts eingliedern lässt¹³⁴, sondern auch deshalb, weil so, wie noch zu zeigen ist,

¹³² ADOLF F. SCHNITZER, Die funktionelle Anknüpfung im internationalen Vertragsrecht, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg (Hrsg.), Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg i.Ue.: Universitätsverlag 1968, 397 (Hervorhebung vom Verfasser).

¹³³ Cf. etwa PHILIPP HESSINGER, Vernetzte Wirtschaft und ökonomische Entwicklung: Organisatorischer Wandel, institutionelle Einbettung, zivilgesellschaftliche Perspektive, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 2001, 196 ff.

¹³⁴ Namentlich steht die hier präkonisierte Lösung nicht im Widerspruch zur Privatautonomie. Diese Frage kann hier freilich nicht vertieft werden. Immerhin soviel: Die Schuljurisprudenz begründet den *Grundsatz der gegenseitigen Unabhängigkeit der Verträge* im rechtsgeschäftlichen Verbund unter Berufung auf die Relativität von Obligationen und auf die Privatautonomie (nahezu paradigmatisch CERUTTI (Anm. 53), 54 ff. N 214 ff.). In einer akribischen Untersuchung über den Subunternehmervertrag hat CHAIX (Anm. 71), 91 ff., nachgewiesen, dass dieser Grundsatz in zahlreichen Fällen zu unbefriedigenden Lösungen führt, die für ein modernes Privatrecht nicht akzeptabel sind. Folgt man ferner der hier vertretenen These, dass die Differenzierung der Gesellschaft das Vertragsrecht mit Netzkonstruktionen konfrontiert, für die die klassischen schuldrechtlichen Lösungsmuster nicht mehr ausreichen, muss dieses Recht neue Antworten entwickeln. Denn diese Netzkonstruktionen entsprechen realen Bedürfnissen in der Lebenswelt, denen das Rechtssystem gerecht werden muss (cf. statt aller WALTER R. SCHLUEP, Innominatverträge,

erste Funktionstypen von Vertragsverbindungen ins Blickfeld geraten. Selbstredend kann an dieser Stelle nicht auf sämtliche eben erwähnten Normen des positiven Rechts eingegangen werden. Aufgegriffen (und auch dies nur skizzenhaft) werden lediglich Art. 262 Abs. 3 Satz 2 sowie Art. 399 Abs. 3 OR, die zwei unterschiedliche, auf dem geschilderten kollisionsrechtlichen Mechanismus gestützte Verbundverfassungstechniken zu illustrieren erlauben. Nach Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR kann bekanntlich der Hauptvermieter nicht nur den Untervermieter (d.h. seinen eigenen Mieter), sondern auch den *Untermieter* (mit dem ihn kein Vertragsverhältnis verbindet) unmittelbar zu einem Gebrauch der Mietsache, der dem *Hauptmietvertrag* entspricht, anhalten¹³⁵. Nach Art. 399 Abs. 3 OR kann sodann beim Mandat in Fällen der (sowohl Befugten als auch unbefugten) Substitution der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Substituten zustehen, selber direkt gegen diesen (mit dem er wohlbemerkt keine Vereinbarung abgeschlossen hat) geltend machen¹³⁶. CERUTTI hebt hervor, dass diese Normen die *gemeinsame Besonderheit* aufweisen, „dass sie dem Erstkontrahenten [sc. dem ersten Glied in der von Haupt- und Untervertrag gebildeten Vertragskette] nur gerade die vom Gesetzgeber für den jeweiligen Untervertrag als notwendig erachteten Begünstigungen einräumen“¹³⁷. Das wirft die Frage auf, was dieses „Notwendige“ ist bzw. welches das entscheidende *Kriterium* ist, um im Vertragsnetz Rechts- und Pflichtenpositionen zu allozieren.

Betrachtet man zunächst Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR genauer, fällt auf, dass dem Vermieter zwar gestattet wird, den Untermieter direkt zur Einhaltung der Verwendungszwecksklauseln im Hauptmietvertrag aufzufordern, dass ihm aber das Recht verweigert bleibt, von ihm Leistung des (Unter-) Mietzinses zu verlangen¹³⁸. Zieht man die mit jedem Überlassungsvertrag einhergehende *Obhutsproblematik* in Betracht¹³⁹, wird das *netzfunktionale* Motiv dieser Regel offenkundig: Der mietrechtliche Verbund (als Netzwerk von interessengegensatzbezogenen Kontrakten) kann schon von seiner Anlage her keine Vergemeinschaftung der beteiligten finanziellen Interessen zur Folge haben; seine Funktionsfähigkeit hängt aber von der *Überlassungstauglichkeit* der Mietsache ab, die (im Einklang mit dem stets noch vorherrschenden Grundprinzip der Marktgesellschaft) von demjenigen festgelegt wird, der das Eigentum daran innehat, also vom (Haupt-) Vermieter. Dementsprechend dient Art. 262 Abs. 3 Satz 3 OR dazu, *den Ansporn zur Substanzerhaltung des Überlassungsobjekts netzweit zu verteilen*, indem der „Motor“ dieses Ansporns – das Eigentum – in sämtlichen Verästelungen des Verbundes „wirken“ kann.

Eine andere „Netzwerk“-Logik durchzieht Art. 399 Abs. 3 OR¹⁴⁰: Der Auftrag zeichnet sich im Hinblick auf das Erfüllungsprogramm des Mandataren durch eine *hohe Unbestimmtheit* aus¹⁴¹. Diese ist Korrelat des Umstandes, dass der Beauftragte regelmässig ein hochspezialisierter Fachmann (Patentanwalt, Herzchirurg usw.) ist, weshalb es dem Auftraggeber mangels einschlägigen Wissens faktisch oft unmöglich ist, dieser Person inhaltliche Weisungen zu erteilen. Überbrückt wird dieses Konkretisierungsdefizit durch die Ausrichtung der Vertragserfüllungspflichten auf die

in: Frank Vischer [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht: Bd. VII/2: Obligationenrecht: Besondere Vertragsverhältnisse, Basel / Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn 1979, 798).

¹³⁵ Cf. HIGI (Anm. 56), 664 N 27 m.Nw.; DAVID LACHAT, Art. 262, in: Luc Thévenoz / Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand: Code des obligations I (Code des obligations art. 1-529; Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait), Genève et al.: Helbing & Lichtenhahn 2003, 1371 N 7.

¹³⁶ Cf. generell WALTER FELLMANN, Art. 394-406 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, Bd. VI / 2. Abt. / 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Bern: Stämpfli 1992, 537 ff. N 610 ff., 577 ff. N 92 ff. m.Nw.

¹³⁷ CERUTTI (Anm. 53), 39 N 149. Ergänzend lässt sich noch festhalten, dass es in beiden Fällen an einer sog. Koppelungsvereinbarung (cf. vorne Anm. 81) fehlt.

¹³⁸ CERUTTI (Anm. 53), 39 N 150; CHAIX (Anm. 71), 205 f. m.Nw.

¹³⁹ Zur Obhutsproblematik JOSEF ESSER / HANS-LEO WEYERS, Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, Teilbd. 1: Verträge, 8. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 1998, 130.

¹⁴⁰ Wie CHAIX (Anm. 71), 234 ff., dartut, ist die Frage nach dem Zweck von Art. 399 Abs. 3 OR im schweizerischen Schrifttum noch unterbelichtet; cf. zu dieser Frage vor allem FELLMANN (Anm. 136), 577 N 93; CERUTTI (Anm. 53), 45 N 179; PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nicht richtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg i.Ue.: Universitätsverlag 1988, 146 f. N 324; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht: Bd. VII/6: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel et al.: Helbing & Lichtenhahn 2000, 98.

¹⁴¹ Cf. statt aller FRANZ WERRO, Le mandat et ses effets: Une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: Analyse critique et comparative, Freiburg i.Ue.: Universitätsverlag 1993, 192 f. N 560 ff.

Interessen des Mandanten (Grundsatz der Zweckgerichtetheit des Auftrags in *Wahrung fremder Interessen*; „obligation de moyens“). In Substitutionsverhältnissen wird die geschilderte Unbestimmtheit in dem Ausmass verschärft, als das Erfüllungsprogramm des Substituten nicht unmittelbar an die *Interessen des Auftraggebers* zurückgebunden ist¹⁴². Dem hilft Art. 399 Abs. 3 OR dadurch ab, dass er einen *netzweiten Rückkoppelungsmechanismus* installiert:¹⁴³ Indem dem Mandanten ein direkter Zugriff auf den Substituten zwecks Durchsetzung der vom Substitutionsauftrag (also dem „Untervertrag“) geschaffenen Pflichtenlage gewährt wird, werden *im Netz der nachgeschalteten Aufträge* die „incentives“ für die Beteiligten so plaziert, dass das Erfüllungsprogramm des Substituten nach Möglichkeit auf die Interessen des Mandatanten ausgerichtet wird¹⁴⁴.

Die Aufdeckung des „netzfunktionalen“ Kalküls, auf dem Art. 262 Abs. 3 Satz 2 und Art. 399 Abs. 3 OR gründen, eröffnet die Möglichkeit, diese Bestimmungen als „*schuldrechtliche Netz-Verfassungsnormen*“ zu verstehen. Aus den vorgetragenen Überlegungen geht insbesondere hervor, dass sowohl Art. 262 Abs. 3 Satz 2 als auch Art. 399 Abs. 3 OR auf dem Gesichtspunkt der *Funktionsfähigkeit des Vertragsverbundes* aufbauen, dass hingegen die Konkretisierung dieses Merkmales je nach spezifischem Funktionsmodus des in Frage stehenden „Netzes“ *verschiedenartig* geschieht: Während es bei Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR um die Ausdehnung der im Hauptmietvertrag „angesiedelten“ Eigentümerstellung des Hauptvermieters im mietgeschäftlichen Verbund geht, bezweckt Art. 399 Abs. 3 OR die Rückbindung des im Unterauftrag „angesiedelten“ Erfüllungsprogramms des Substituten an die Interessen des Mandanten. Entsprechend unterschiedlich gestalten sich dann auch die jeweiligen Verfassungen des mietvertraglichen bzw. des auftragsrechtlichen Verbundes: *Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR unterstellt die Schuldnerstellung* (die Stellung des Untermieters) *einem Vertrag* (dem Hauptmietvertrag), *in dem der Schuldner formell keine Parteistellung hat. Demgegenüber unterstellt Art. 399 Abs. 3 OR die Gläubigerstellung* (die Stellung des Auftraggebers) *einem Vertrag* (dem Substitutionsauftrag), *in dem der Gläubiger formell keine Parteistellung hat*¹⁴⁵. Damit wird der Rechtsanwender in die Lage versetzt, über die spezifische Konkretisierung des Gesichtspunktes der netzbezogenen Funktionsfähigkeit die jeweils zu beurteilende Rechtsfrage (bei Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR: die Nutzung der Untermietsache; bei Art. 399 Abs. 3 OR: die Durchsetzung des Erfüllungsprogramms des Substituten) an die „sachgerechte“ Ordnung (bei Art. 262 Abs. 3 Satz 2 OR: an den *Obervertrag*; bei Art. 399 Abs. 3 OR: an den *Untervertrag*) anzuknüpfen und dadurch eine adäquate schuldrechtliche Verfassung zu gestalten.

¹⁴² Zutreffend WERRO (Anm. 141), 191 N 558.

¹⁴³ In diese Richtung argumentiert wohl auch FELLMANN (Anm. 136), 540 f. N 618 f.

¹⁴⁴ In diesem Sinne wohl auch CHAIX (Anm. 71), 237; deutlich erkennbar wird diese Zweckausrichtung an der (zutreffenden) Ansicht des Bundesgerichts in BGE 110 II 186 f., dass die Ansprüche nach Art. 399 Abs. 3 OR auch das Widerrufsrecht nach Art. 404 OR umfassen; cf. CHAIX *op. cit.*, 209 m.Nw.; TERCIER (Anm. 98), 672 N 4661; zu Unrecht ablehnend (mit obendrein fragwürdigen Argumenten) FELLMANN (Anm. 136), 580 N 103; ernster zu nehmen sind demgegenüber die ebenfalls ablehnenden Argumente von CERUTTI (Anm. 53), 40 N 154, 119 f. N 477 ff.

¹⁴⁵ Diesen ganz unterschiedlichen Strukturen von Art. 262 Abs. 3 Satz 2 und Art. 399 Abs. 3 OR wird FELLMANN (Anm. 136), 578 N 97, nicht gerecht, wenn er davon spricht, dass in beiden Fällen ein „einseitig berechtigendes Schuldverhältnis“ geschaffen wird. Demgegenüber differenziert CHAIX (Anm. 71), 185 ff., ähnlich wie hier, zwischen „effets négatifs du contrat“ und „effets positifs du contrat“.