

4. Wirtschafts- und Arbeitsrecht

XIII. WIRTSCHAFTSVERFASSUNGSRECHT

Im Jahre 1935 wurden in der Welt 100 Millionen Tonnen Rohstahl erzeugt, 1951 waren es schon 200, 1959 300, 1964 400, heute sind es knapp 500 Millionen t. Gegen Ende des zweiten Weltkrieges gab es knapp zwei Dutzend Stahl produzierende Länder, heute sind es über 70. Stahl zu produzieren gehört zum politischen Prestige. Die Bundesrepublik ist mit 35 Mio t beteiligt (ebensoviel produziert die größte amerikanische Erzeugerin — United States Steel — allein). Zum Vergleich: Montanunion: 85 Mio t, UdSSR: knapp 100 Mio t; USA: 125 Mio t; Japan: 50 Mio t.

Die Zahlen deuten an, aber erschließen noch nicht das Problem, das zugleich den roten Faden für das Kapitel über Wirtschaftsverfassungsrecht abgibt: die gesamtwirtschaftliche und damit politische Bedeutung der industriellen Produktion. Genauer: Wenn 1961 noch rd. 235 Arbeiter und Angestellte nötig waren, um 1 000 Monatstonnen Walzstahl zu produzieren, 1967 aber nur noch 160, wenn in der gleichen Zeit die Durchschnittserlöse um rd. 10 % sanken, wenn Rentabilitäts- und Preisstrukturen den Wettbewerb deutschen Stahls mit amerikanischem oder japanischem Stahl hoffnungslos verzerren, wenn Öl statt Kohle die Energiekosten wesentlich senken könnte, aber der Industrie mit Rücksicht auf die deutsche Kohlepolitik, die Subventionen in Milliardenhöhe schluckt, nicht in selbstbestimmtem Umfange zur Verfügung steht (Atomenergie kündigt sich als radikaler neuester Konkurrent schon an!), wenn sich das magische Dreieck von notwendigen Rationalisierungen, geforderten Investitionen und bestehenden Kapazitäten als Teufelskreis entpuppt, in dessen Bann dann Stahlangebote und Stahlnachfragen immer tiefer in Ungleichgewichte stürzen — diese »wenn« müßten noch seitenlang gesetzt werden, um die Verzahnungen und Abhängigkeiten wirtschaftlichen Geschehens annähernd deutlich zu beschreiben —, dann tritt zutage, daß und warum »private Wirtschaft« im überkommenen Verständnis nicht mehr betroffen ist. Diese Entprivatisierung (= Politisierung) der Wirtschaft wird in der gegenwärtigen Entwicklung gern versteckt hinter einem weiteren magischen Dreieck: Konzentration — Wettbewerb — Kooperation! Die rd. 30 deutschen Stahlanbieter — in Wahrheit nur etwa ein Dutzend Konzerngruppen, die durch Fusionen, Interessenverträge und Gemeinschaftsaktionen zu ständig größeren und massiveren Konzerneinheiten verschmelzen (auch über die Landesgrenzen hinaus) — haben sich vor kurzem zu vier regionalen »Stahlkontoren«

zusammengeschlossen, die von den Beteiligten als »neuartige Organisationsform im Wettbewerb«, als »typisch unternehmerische und marktwirtschaftliche Reaktion« gepriesen wurden, obwohl »Wettbewerb« und »Marktwirtschaft«, will man nicht konventionelle Begriffsverständnisse überstrapazieren, den Vorgang nicht zu begründen vermögen. Vermutlich sind diese Stahlkontore auch nur ein Übergangsstadium von kürzerer Dauer. Sie gelten — im Kreise der Hauptbeteiligten — als Beitrag zur Lösung der Stahlindustriekrise »aus eigener Kraft«, vorausgesetzt, die »Wirtschaftspolitik« — also der Staat! — halte die Stahlindustrie von »Wettbewerbsverzerrungen« frei. Diese Bedingung würde in Klartext lauten: vorausgesetzt, der Staat halte die Stahlindustrie von der gegenwärtigen und zukünftigen Weltmarktlage und der binnenwirtschaftlichen Gesamtsituation frei. Die Funktion des »Staates« — also die Politisierung der »Wirtschaft« — springt jetzt ins Auge.

Wirtschaftsbereiche, die noch tiefer in Strukturkrisen verstrickt sind, demonstrieren die Politisierung wesentlich deutlicher. Paradebeispiel zur Zeit: die Kohleindustrie. Rd. 25 Mio t Kohle liegen auf Halde. Die Förderung betrug 1966 125 Mio t (zum Vergleich: USA rd. 500 Mio t, UdSSR rd. 450 Mio t). Auch hier hat das magische Dreieck im Verhältnis von Rationalisierung, Investitionen und Kapazitäten dazu geführt, daß trotz Rückgangs der Schachtanlagen und der Bergarbeiter um 50 % in den letzten zehn Jahren eine Jahresproduktion von 200 Mio t an sich möglich wäre (inzwischen fehlen dafür freilich die »Mitarbeiter«), aber für sie wäre kein Markt zu finden. Ob 100 Mio t absetzbarer Jahrestonnen oder auch nur 80 Mio t realistische Markteinschätzungen sind, ist umstritten. Die Subventionen betragen bis zu DM 10,— je geförderter Tonne (für sog. Verstromungskohle). Die »Sanierung« des deutschen Steinkohlenbergbaues gehört zu den politischen Spitzenthemen unserer Tage. Die Bundesregierung hat eine Reihe von Gesetzentwürfen zur »Anpassung und Gesundung des deutschen Steinkohlenbergbaues und der Steinkohlenbergbaugebiete« vorgelegt, die vor allem auf die Kohleverwertung in Kraftwerken und in der Eisen- und Stahlindustrie zielen (die alle mit anderen Energiequellen wesentlich billiger zu produzieren vermöchten) und von »flankierenden Maßnahmen« gestützt werden (Heizölsteuer, Kohleinfuhrbeschränkungen, rationalisierende Kapazitätseinschränkungen). Betroffen ist hier die Strukturveränderung der Energiewirtschaft mit allen sozialen und wirtschaftlichen Implikationen. Sie ist ein Politikum des ersten Ranges. Hier streiten Wirtschaftspolitik und Sozialpolitik um ihren Vorrang, geraten Interessen in massive Konflikte. Die Lösungsvorschläge sind kaum noch zu zählen. So unterschiedlich sie im einzelnen sein mögen — z. T. sind sie geradezu abenteuerlich —, sie kreisen alle um eine — in vielen Variationen vorge-

sehene — *Einheitsgesellschaft* (vielleicht auch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts) aller Bergbauunternehmen (vielleicht sogar darüber hinaus). Und fast alle rühmen sich der privatwirtschaftlichen Initiative, der marktwirtschaftlichen Konformität, der Selbsthilfe, obwohl kein Plan ohne stabile Finanzhilfe von außen — d. h. vom ›Staat‹ — auskommt, ohne ›aktive Preispolitik‹, ohne Interventionen und ohne Strukturpolitik von grandiosen Ausmaßen (wiederum also betroffen der ›Staat‹). Daß sich hier Sozialisierung ausschließlich von Verlusten, vielleicht auch ›Staatspensionen für den Kohlenbergbau‹ abzeichnen, wird selten gesehen. Nahezu alle Welt ist sich darin einig, daß in der Kohleindustrie zu lange ein falsches Verhältnis von Förderung und Absatz geherrscht hat. Es wurde — notfalls über Subvention, Zwang, Halden etc. — ›verkauft‹, was produziert worden war; nicht wurde produziert, was verkaufbar war. Schlechte oder auch nur hilflose ›Politik‹ und uneinsichtige oder egoistische ›Wirtschaft‹ (einschl. Gewerkschaften) gehen dabei eine Verbindung ein, die weder privatwirtschaftliche noch entprivatisierte Wirtschaft ist, weder Wirtschaftspolitik noch politische Wirtschaft. Daß der ›Staat‹ Hilfe leistet, ohne die Hilfsbedürftigkeit wirklich zu kontrollieren, meist auch nur kontrollieren zu können, daß er also zahlt, ohne zu ›regieren‹, gehört indessen zu den herausragenden Erscheinungen der modernen Beziehungen zwischen ›Staat‹ und ›Wirtschaft‹, die sich insgesamt — je nach Blickrichtung — als Teildemokratisierungen, als Staatskapitalismus, als Kooperation, als ›Rahmenpakt‹, als ›konzertierte Aktion‹ beschreiben lassen, ohne daß sich aus solcher Beschreibung der tatsächliche Vorgang und sein wirtschaftlicher wie politischer Stellenwert ergibt. Denn dazu bedürfte es einer Konzeption über das Verhältnis des politischen zum ökonomischen Geschehen — das ist *die* ungeklärte Frage unserer Zeit! —, und d. h. einer Verfassungs-, Staats- und Gesellschaftstheorie. Eben diese ungeklärten Vorfragen werden in der Gegenwart mit jenem Begriff zugedeckt, der Thema dieses Beitrags ist: *Wirtschaftsverfassungsrecht*. Wirtschaftsverfassungsrecht ist bei näherem Zusehen eine reine Leerformel, ein Ausfluchtbegriff mangels Verfassungsrechtstheorie und mangels Wirtschaftsrechtstheorie, die beide politische Theorien zu sein hätten, um Erklärungen unserer heutigen Gesellschaft und ihres Rechts ermöglichen zu können. Da hierzu indessen nahezu alle Vorverständnisse fehlen, ist es unter dem Stichwort Wirtschaftsverfassungsrecht noch weit weniger möglich als schon in früheren Kapiteln, präzise Aufschlüsse, systematische Aufrisse, eindeutige geschweige denn überzeugende Erläuterungen des gegenwärtigen Rechtszustandes zu geben. Gegenteilige Behauptungen streuen Sand ins Auge. Ich bin deswegen auch lediglich in der Lage, über Tendenzen, Entwicklungen, Ansätze auf diesem Rechtsfelde zu berichten.

Wiederum ziehe ich zur Entlastung des Textes heran, was ich in den Kapiteln 16 und 17 des Bandes Fischer Bücherei 846, ›Wissenschaft und Gesellschaft‹ (›Das Recht der Arbeits- und Wirtschaftswelt‹ und ›Staat — Gesellschaft — Individuum‹, Seiten 244 ff.) vorgetragen habe. Jene Ausführungen setze ich als bekannt voraus. Um den Zusammenhang leichter zu vermitteln, wiederhole ich hier in Kürze die leitenden Gedanken:

1. Arbeits- und Wirtschaftsrecht stehen gleichsam als Dioskuren im Kerngebiet der von bürgerlicher und industrieller Revolution und Evolution neu geprägten Rechtszonen, die zugleich alles überkommene Recht neu strukturieren.

2. Seit dem ersten Weltkrieg bricht unter dem Stichwort Wirtschaftsrecht durch, was in der Dialektik der politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungen und Spannungen des 18. und 19. Jahrhunderts längst angelegt war: die politische Inpflichtnahme der Gesamtwirtschaft im Gesamtinteresse; sie bedeutet zugleich das Ende des die politische Entwicklung im 19. Jahrhundert kennzeichnenden Spaltungsprozesses zwischen politischem Staat und unpolitischer Gesellschaft.

3. Die Utopie des Wirtschaftsliberalismus — nämlich die ohne Staat prästabilierte Harmonie des Marktgeschehens — ist tot; der Leichnam wird aber nach wie vor galvanisiert, ein Prozeß, der sich hinter Vorstellungen wie etwa ›Interventionen‹, ›Freiheit‹ der wirtschaftlichen Gruppenbildungen sowie ›Rahmenordnungen‹ eher verbirgt als enthüllt.

4. Ein wirkliches Übel ist das Modelldenken, soweit es sich nicht lediglich als Lösungsansatz, sondern als Lösungsrezept mit Rechtsansprüchen versteht. Die Rechtsordnung unseres Wirtschaftslebens ist nicht aus einem Guß und folgt keinem bestimmten Modell.

5. Unsere Rechtsordnung kann keinen Platz haben für ein spezifisches Wirtschaftsverfassungsrecht, das — ähnlich wie das politische Verfassungsrecht — Normen und Regeln des obersten Ranges setzt. Gefährlich und falsch an jeder Tendenz, eine bestimmte Rechtsverfassung der Wirtschaft dem Grundgesetz zu unterlegen, ist vor allem, daß sie aus politischer und wirtschaftlicher Auseinandersetzung Rechtsanwendungsprobleme macht und so die Demokratie langsam in den totalen Justizstaat umwandelt, daß sie also mit Verfassungsrang versteinert, was dem freien politischen Kräftespiel überlassen bleiben muß, dessen Ergebnisse in der politischen Verantwortung vor allem von Parlament und Regierung liegen. Das Bundesverfassungsgericht hat es deshalb zu Recht abgelehnt, einem politischen, nationalökonomischen oder christlichen Wirtschaftsmodell Verfassungsrang zu verleihen.

Das Fazit dieser in den früheren Kollegs näher erläuterten Überlegungen ist mithin: *Wirtschaftsrecht ist politisches Recht*. Die Normsetzung wird bewußtes politisches Gestaltungsmittel (z. B.

indem der Gesetzgeber die Preisbindung bei Markenartikeln gestattet oder verbietet). Dadurch werden zugleich die klassischen Grenzen zwischen den politischen Gewalten (Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung) verwischt. Der durch Gesetz etwa eingesetzte Sachverständigenrat oder das »Stabilisierungsgesetz« fügen sich in die klassischen Zonen nicht mehr ein. Sie sind materiell »Regierung«, »Plan«, »politische Perspektive«, aber nicht Entscheidungsnorm im überlieferten Verständnis, der Sachverhalte lediglich zu subsumieren sind. Hierin zeigt sich, wie hilflos und in welcher Verlegenheit sich im Grunde »Recht« (im überkommenen Sinne) gegenüber modernen Anforderungen befindet. Das bürgerliche Recht des frühen 19. Jahrhunderts — Höhepunkt der Rechtskulturentwicklung — war dispositives Recht, stand also nur hilfswise für den Bürger in Fällen seiner eigenen Nichtdisposition bereit, plus Prozeß- und Strafrecht als Sanktion bei Nichteinhaltung der eingegangenen oder auferlegten Pflichten, neben dem das öffentliche Recht als Eingriffschance des »Staates« in die private Sphäre der Bürger stand (dies aber nur kraft Gesetzes!). Diese beiden Rechtsinhalte sind heute überlagert von »Politik«, die sich nicht in Rahmengesetzen und Außenpolitik erschöpft, sondern als Wirtschafts-, Sozial- und Finanzpolitik unmittelbar die Kernfragen der Existenz unserer zum politischen Gemeinwesen verfaßten Gesellschaft anpackt. Recht als Form wird bewußt zum Recht als Funktion, als Instrument. Unsere Rechtswelt findet sich nach Selbstverständnis und Wortwelt nur langsam in unsere Zeit hinein. Kein Wunder, daß es im Grunde unmöglich ist, dem Außenstehenden in Kürze diese Welt verständlich zu machen.

Eine weitverbreitete Vorstellung (sog. Neoliberalismus) umschreibt ihr Verständnis von Wirtschaftsverfassung gern als *Wirtschaftsordnung*, die meist zugleich als Gesellschaftstheorie verstanden wird. Diese Wirtschaftsordnung wird scharf getrennt von Wirtschaftspolitik, überhaupt von Politik. Sie wird nämlich als *Rechtsordnung* identifiziert, so daß sich eine Gemengelage anwendbarer Rechtsnormen erzielen läßt. So wird dann z. B. für die Sanierung der Kohleindustrie eine ganz bestimmte *Entscheidung* (z. B. Verhältnis von Gewinnchancen und Verlustrisiken der Bergbauunternehmen einerseits zur Höhe der Subventionen andererseits) als *Rechtsanwendung* ausgegeben, bevor noch etwa ein Gesetz Normen überhaupt gesetzt hat. Auf diese Weise wird im Ergebnis politische Gestaltung zu gebundenem Normenvollzug. Der Gesetzgeber, der die politische Verantwortung für sein Tun trägt, ist in diesem Tun festgelegt an ein Normensystem, das nun nicht etwa identisch ist mit dem Grundgesetz (daß der Gesetzgeber daran gebunden ist, ist selbstverständlich, insoweit handelt es sich aber nicht um Wirtschaftsverfassungsrecht, sondern um — politisches — Verfassungsrecht!), sondern unter dem

Stichwort freiheitliche Wirtschaftsordnung (oft auch: Soziale Marktwirtschaft etc.) — politisch gesehen — frei schwebt und sich selbst trägt, also in keiner politischen Verantwortung steht. Gerade das Wort »soziale Marktwirtschaft« sollte man in seiner Unschuld verschonen. Die soziale Marktwirtschaft war in ihrer Geburtszeit (1948/49) etwa im Ahlener Programm der CDU eine weithin gesamtwirtschaftliche Konzeption, weil damals nach allen politischen Erfahrungen niemand glaubte und angesichts des Zerstückungschaos vor allem an der Ruhr auch niemand glauben mochte, die Kohle- und Stahlindustrie etwa werde sich noch einmal völlig privatwirtschaftlich aufbauen lassen. Inzwischen haben unter dem Segel soziale Marktwirtschaft höchstunterschiedliche wirtschaftliche und politische Aktionen auf dem Nachkriegsentwicklungsmeer gekreuzt. Daß nunmehr unter der Regierung der Großen Koalition aus der »naiven« eine »aufgeklärte« soziale Marktwirtschaft werden soll, vergrößert ihren rechtlichen wie politischen Gehalt nicht: eine Leerformel wie so viele andere auch!

Die als Wirtschaftsverfassung ausgegebene »Wirtschaftsordnung« entpuppt sich als »Wettbewerbsordnung«, und diese ihrerseits als wettbewerbspolitisch verfaßte *Privatrechtsordnung*. Natürlich ist auch diese *Privatrechtsordnung* keine *Privatrechtsverfassung*, sondern eine politisch frei schwebende, nicht verantwortliche Modellkonstruktion, die sich wie Münchhausen am eigenen Schopfe aus dem klassisch-liberalen »Sumpf« zieht: sie konstituiert sich, wird gesagt, aus *Privatautonomie* und *Rechtsgeschäftssystem*; diese beiden Elemente entfalteteten sich, um die Nachteile des formalen Liberalismus zu vermeiden, von formaler zu materialer Freiheitlichkeit und Gleichheit durch die wettbewerbsrechtlich funktionalisierten privatrechtlichen Grundideen (*Vertragsfreiheit*, *Gewerbefreiheit*, *Eigentumsfreiheit*). Ein vollendeter *circulus vitiosus*. Alle diese Vorstellungen arbeiten mit einer nichteingestandenen Prämisse, nämlich einem *politischen Privatrecht* etwa in der Orientierung des nordamerikanischen *common law*, das es in Deutschland indessen nicht gibt und das zu schaffen unser Wettbewerbsrecht am wenigsten geschaffen ist. Freilich muß man die Zusammenhänge dieses *Privatrechtsverständnisses* und der *Wettbewerbstheorie* scharf sehen. *Privatrechtsordnung* als »Verfassung« der vom Staat prinzipiellen freien *Privatrechtsgesellschaft*, für die Wettbewerb den allein notwendigen und möglichen Datenrahmen des im übrigen freien Spiels der Kräfte setzt, ist die *rechtliche Übersetzung* des ökonomischen Neo-Liberalismus der sog. Freiburger Schule (vor allem *W. Euckens*), die sich beide als reines, unverfälschtes Modell verstehen, sich in ihrem Selbstverständnis als einzige Alternative zu Zentralplanwirtschaft, »Sozialismus« sehen und deshalb für sich alle Freiheitlichkeit westlicher Demokratietradition beanspruchen,

wie sie für ihre Alternativgegner alle Unfreiheitlichkeit östlicher Demokratieverfälschung verbuchen. Im Kern bleibt dieses Verständnis — ganz abgesehen von dem eigenwilligen Schema der Verteilung von Gut und Böse — stehen bei der überwundenen Trennung von Staat und Gesellschaft, bei einem unpolitischen Verständnis der ›Wirtschaft‹ als eines Teils der staatsfreien Gesellschaft. Es ist, pointiert formuliert, ein um ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bereicherter *Adam Smith*. Daß es in dieser Tradition trotz aller scheinbar fehlenden politischen Theorie eine eminent gewichtige, allerdings nicht zugegebene politische Bedeutung enthält, wird für den deutlich, der die politische Wirksamkeit des ökonomischen Liberalismus leidlich durchschaut. Die politische Macht wird von der ökonomischen Macht usurpiert, dies um so mehr, je weniger die Wettbewerbspolitik und ihre Datensetzung sanktioniert werden, je weniger also der Ruf nach dem ›starken Staat‹ als Schiedsrichter und Regelsetzer des freien Spiels der Kräfte in der Wirklichkeit erhört wird und überhaupt erhört werden kann. In einer Demokratie heißt das: ein starker ›Staat‹ wird von der ›Gesellschaft‹ gerufen, bei dem sich dann, ganz gleich, ob er den Ruf erhört oder nicht, die demokratische Legitimation und Kontrolle des politischen Geschehens auf Spielregeln, nicht auf das Spiel selbst bezieht. Ein solcher ›Staat‹ ist und bleibt indessen der konstitutionelle bürgerliche Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, ist jedenfalls nicht die vom Bonner Grundgesetz beabsichtigte rechts- wie sozialstaatliche Demokratie unserer Zeit. Hier schließt sich der Kreis. Die neoliberale Rechtsschule, für die Wirtschaftsverfassung — meist als Wirtschaftsordnung ausgegeben — identisch ist mit dem wettbewerbsrechtlich ›verbesserten‹ tradierten Privatrechtssystem, verfehlt mit ihrer Wirtschaftsverfassung die politische Verfassung des Bonner Grundgesetzes. Sie ist außerdem nicht einmal *neo-liberal*, und zwar um so weniger, je weniger sich ihr wettbewerbspolitisches und wettbewerbsrechtliches Konzept in praxi durchsetzen läßt. Um das zu beurteilen, muß man das *geltende Wettbewerbsrecht* gründlich kennen, vor allem die Bedingungen seiner Erfolge und seiner Mißerfolge. Das ist auf knappem Raum nicht möglich. Um die Zusammenhänge gleichwohl leidlich zu erhalten, möchte ich in wenigen Strichen skizzieren: die Ausrichtung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Ergebnisse seiner bisherigen Anwendung sowie die neueren Tendenzen im ›Wirtschaftsrecht‹.

Das GWB von 1957 war am 1. 1. 1968 zehn Jahre in Kraft. Das Jubiläum gab Anlaß zu einer Reihe von Rückblicken und Ausblicken. Man hat das Gesetz häufig als ›Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft‹ etikettiert. Der Ausdruck verrät nicht nur das falsche Wirtschaftsverfassungsrechtsdenken. Er lenkt auch von der Tatsache ab, daß das GWB nur einen bescheidenen Teil der

›Wirtschaftsordnung‹ normativ erfaßt. Die Ergebnisse seiner bisherigen Handhabung zeigen, wie bescheiden dieser Anteil in praxi ist. Denn das GWB ist weder Antikonzentrationsgesetz noch Antikoooperationsgesetz, sondern will lediglich erreichen, daß spezifische Märkte für nötigen und möglichen Wettbewerb offengehalten werden. Das geschieht in vier Richtungen:

1. Verbot oder Kontrolle horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen (sog. Kartelle);
2. Verbot oder Kontrolle vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen (z. B. Preisbindungen, Vertriebsbindungen, Bindungen mit Hilfe von Patenten);
3. Mißbrauchskontrolle bei marktbeherrschten Unternehmen;
4. Verbot oder Kontrolle sonstiger Diskriminierungsmaßnahmen.

Die Erfolge dieses Wettbewerbsrechts lassen sich nur dann richtig einschätzen, wenn man einerseits die Strukturwandlungen des ›magischen Dreiecks‹ von Konzentration — Wettbewerb — Kooperation in den letzten zehn Jahren in das Blickfeld rückt und andererseits die engen Sanktionsgrenzen des GWB würdigt. Da das GWB im wesentlichen nicht anwendbar ist in der Verkehrswirtschaft, in der Landwirtschaft, in der Versorgungswirtschaft (Elektrizität, Gas und Wasser), in der Versicherungs- und Bankwirtschaft, auf dem ›Arbeitsmarkt‹, zielt es vor allem auf die Produktionswirtschaft, die sich ganz besonders seit den Konjunkturabschwächungen im Jahre 1966 gegen die Übersteigerungen des Wettbewerbsdenkens wehrt und mehr Konzentration und Kooperation als den richtigen Weg in die Zukunft empfindet. Sie hat sich mit diesen Forderungen weitgehend durchgesetzt. Die Auseinandersetzungen etwa zwischen *K. Schiller* und *L. Erhard* im Januar 1968 über das Vorrangverhältnis von Wettbewerbspolitik und Konjunkturpolitik symbolisiert gleichsam die politischen Richtungskämpfe in unseren Tagen.

Nach § 1 GWB sind Verträge unwirksam, »die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen . . ., soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen«. Diese Generalklausel statuiert also ein grundsätzliches Verbot sogenannter Kartellabsprachen. Das Gesetz definiert nicht, was *Wettbewerb* ist. Keine *positive* Definition hat bisher zu überzeugen vermocht. Man ist sich heute weithin einig, daß Wettbewerb nur *negativ* zu beschreiben ist dadurch, daß Regeln erörtert und dann auch geschaffen werden, die sagen, was Unternehmen nicht tun dürfen. Auch die neo-liberale Schule räumt ein, daß das GWB im Jahre 1957 zwar *W. Euckens* Wettbewerbsbegriff seinen Regelungen zugrunde gelegt hat (Wettbewerb setze voraus, daß kein Marktbeteiligter die Marktdaten beeinflusse, so daß Wettbewerb und Monopol scharf antinomisch zu sehen

seien), daß diese Wettbewerbskonzeption aber weder Wirklichkeit geworden sei noch werden könne. Mit anderen Worten: Das GWB ist in den letzten zehn Jahren graduell mit einer veränderten Wettbewerbsvorstellung ausgestattet worden, die meist als funktionsfähiger Wettbewerb umschrieben wird (man spricht auch nach amerikanischen Vorbildern von *workable competition*). Dieser neuen Wettbewerbsvorstellung, die realistisch davon ausgeht, daß Marktdaten von Marktbeiträgligen geschaffen und verändert werden können, erscheinen Wettbewerbsmärkte und Monopolmärkte (meist Oligopolmärkte) nicht mehr als rigorose Antinomie. Die bisher jüngste und umfassendste *juristische* Monographie über den Wettbewerbsbegriff (*R. Knöpfle*) mündet nahezu in ein Lob des Monopols ein. Und auch die bisher jüngste und umfassendste nationalökonomische Monographie (*E. Kantzenbach*) setzt die neoliberale These von der Aufgabe und dem Ziel aller Wettbewerbspolitik (nämlich: Sicherung der größtmöglichen Freiheit wirtschaftlicher Aktion des einzelnen Unternehmers) völlig beiseite und sieht als Aufgabe und Ziel der Wettbewerbspolitik die größtmögliche gesamtwirtschaftliche Effizienz (nach *Kantzenbach* funktioniert Wettbewerb optimal in weiten Oligopolen!).

Ganz unabhängig von diesen neueren Tendenzen haben das Bundeskartellamt und die Gerichte schon deshalb gemäß § 1 GWB selten Eingriffsmöglichkeiten gefunden, weil sie diese Norm nur dann als verletzt ansehen, wenn die verbotenen Kartellierungen *Gegenstand* und nicht lediglich *Folge* von Verträgen und Beschlüssen sind — hier setzt sich also die liberale Formentheorie gegen eine *politische Funktionentheorie* durch! —, ein Nachweis, der natürlich fast nie zu führen ist. Denn höchstwirksame Marktabsprachen bedürfen heute nicht mehr des Kartellvertrages (die Zahl von knapp 200 zugelassenen Kartellen beweist das um so mehr, als nach der Kartellverbotslockerung durch ein Gesetz von 1965 die Zahl gestatteter — sogar erwünschter — Kartelle kaum zugenommen hat). Bis einschl. 1966 ist nur in einem einzigen Falle bisher ein Bußgeld wegen Verstoßes gegen das Kartellverbot auf Antrag des Bundeskartellamts von Gerichten oder — wie seit der Gesetzesänderung von 1965 nunmehr möglich — vom Bundeskartellamt selbst festgesetzt worden (trotz anhängiger Verfahren in vierstelliger Größenordnung!).

Auch in der *Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen* (§ 22 GWB) sind die Diskrepanzen von Gesetzestext, allgemeinen Lippenbekenntnissen und Rechtspraxis bemerkenswert. Marktbeherrschung bedeutet, daß ein Unternehmen »ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist«. Erst wenn indessen das Unternehmen diese marktbeherrschende Stellung *mißbräuchlich* ausnutzt, darf das Bundeskartellamt einschreiten. Bis Ende 1966 ist das Bundeskartellamt deshalb trotz

zahlreicher eingeleiteter Verfahren in keinem Falle eingeschritten, obwohl es z. B. bisher rd. 2 500 Erzeugnisbereiche ermittelt hat, in denen weniger als zwanzig bedeutsame Herstellungsbetriebe tätig sind. Im Jahre 1967 traf das Bundeskartellamt die erste Verfügung wegen Mißbrauches einer marktbeherrschenden Stellung. Betroffen wurden aber nicht etwa Kohle, Stahl, Kunststoffe, Elektrogeräte, Zeitungen, sondern Handetikettiermaschinen! Der Berg kreißt, und ein Mäuschen wird geboren! Der Kampf Davids gegen Goliath — nämlich Bundeskartellamt gegen die großen Mineralölkonzerne — wegen der Benzinpreise im Herbst 1967, der spektakuläre »Vernehmungen« im Bundeskartellamt gebracht hatte, wurde vor seinem eigentlichen Beginn abgebrochen: die großen Konzerne, die kurz vorher die Senkung von Benzinpreisen als völlig unmöglich erklärt hatten, senkten die Preise. Hier geht das Bild von David und Goliath in ein anderes Bild über: in den Wettlauf zwischen Hase und Igel.

Den größten und auch erfolgreichsten Teil der Tätigkeit des Bundeskartellamts machten bisher *Preis- und Vertriebsbindungen* aus. Bei näherem Zusehen schmilzt freilich auch hier der eindrucksvolle Arbeitseffekt stark zusammen. Denn abgesehen davon, daß das Bundeskartellamt regelmäßig bei solchen Produkten die Preisbindung aufhebt, bei denen sie auf dem Markte ohnehin schon zusammengebrochen ist, macht sich auf diesem Felde ein totaler Systemwandel immer stärker bemerkbar: die Ballungen der »Nachfragemacht« — Handels- und Vertriebsketten, Großverkaufsgenossenschaften etc., der zweigleisige Vertrieb von Markenartikeln (dieselbe Tafel Schokolade als Markenartikel für X DM im Fachgeschäft, als anonyme oder Handelsmarkenware für Y DM im Discountladen) — nicht zuletzt die Werbemacht (Bruttowerbeumsätze 1952: 565 Mio. DM, 1964: 3,7 Md. DM), kurzum: der revolutionäre »Wandel im Handel«, der Märkte nicht findet, sondern erst produziert, läßt immer deutlicher u. a. auch das Übergewicht der Nachteile über die Vorteile insbesondere der Preisbindung erkennen. Die Bundesregierung ist seit längerer Zeit entschlossen, die Preisbindung der zweiten Hand abzuschaffen, zögert zur Zeit aber die Entscheidung hinaus aus »konjunkturellen Überlegungen«. Das Bundeskartellamt hat in seinem Jahresbericht für 1966 ermittelt, daß weggefallene Preisbindungen nicht zu Fusionen oder Insolvenzen der Markenartikelunternehmen geführt haben, wohl aber zu Umsatzverlusten der Fachgeschäfte zu Gunsten der »großbetrieblichen Handelsformen« und insbesondere der Discount-Häuser; die Endverbrauchspreise seien dadurch bis zu 30 % abgesunken, Preissteigerungen bei anderen Waren nicht zu beobachten gewesen. Welche Schwierigkeiten, um auch noch ein Beispiel für die vierte Gruppe der vom GWB verpönten Wettbewerbsbeschränkungen zu erwähnen, die *Verfolgung von Diskriminierungen* jenseits

horizontalen oder vertikalen Bindungen oder der Ausnutzung von Marktmacht zu überwinden hat, zeigt sich gegenwärtig etwa in den Auseinandersetzungen zwischen dem Bundeskartellamt und der Zigarettenindustrie. Das Unternehmen Reemtsma — andere Große der Branche wollen sich anschließen — liegt seit Jahren mit dem Bundeskartellamt wegen der Umstellung seines Vertriebssystems in Fehde. Das Unternehmen will zukünftig nur noch bestimmte Tabakhauptfachgeschäfte ähnlich anderen sog. Industrieabnehmern unmittelbar und zu Fabrikpreisen abzüglich spezifischer Rabatte beliefern, während die Tabaknebengeschäfte nur über den Großhandel zu gebundenen Preisen ohne Rabatte Zigaretten beziehen sollen. Das Bundeskartellamt hält das neue System für eine Diskriminierung gemäß § 26 Abs. II GWB (»marktbeherrschende Unternehmen . . . dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln«). Reemtsma beruft sich auf Ungleichheit der Händlerpositionen bezüglich der erbrachten Handelsleistungen. Zur Debatte steht hier nicht weniger als die *Funktion des Handels* überhaupt. Und dazu wird kein Gericht eine *Rechtsnorm* finden.

Aufschlußreich für die Bewertung des GWB und des Bundeskartellamts sind Betrachtungen des Präsidenten des Bundeskartellamts, Dr. Günther, aus Anlaß des zehnjährigen Bestehens von GWB und Bundeskartellamt. Ich fasse seine Überlegungen zusammen:

1. Das GWB verdanke seine Existenz einem ökonomischen, nicht einem politischen Konzept;
2. das GWB sei durch ein »fundamentales Ungleichgewicht« gekennzeichnet (Vernachlässigung der Wettbewerbsbeschränkungen durch Konzentration, zu weitgehende Freistellungen der Ausnahmebereiche);
3. die Verfahrensregelungen seien für eine wirksame Arbeit des Amtes unzulänglich.

Präsident Günther sieht das entscheidende Element aller Wettbewerbspolitik in der *Freiheitsgarantie* für den einzelnen Unternehmer; staatliche Globalsteuerung möchte er auf »gesamtwirtschaftliche Größen« beschränkt sehen. Andererseits empfiehlt er, weil die bisherige Verbots- und Mißbrauchskontrolle im Ergebnis unzureichend geblieben sei, z. B. »temporäre Preiserhöhungsverbote« für Oligopolisten, die gelten sollen, bis eine sachliche Rechtfertigung für eine Preiserhöhung nachgewiesen sei, so daß sich die Beweislast in Fällen mißbräuchlicher Ausnutzung von Marktbeherrschung umkehre. Die Industrie hat solche Vorschläge als Preiskontrolle und Preiskommissariat gebrandmarkt und vorge-

tragen, daß vollkommene Marktbeherrschung auf einem volkswirtschaftlichen wichtigen Markt »z. Z. nicht gegeben« und »vorläufig« auch »nicht denkbar« sei. Sicher ist Präsident Günthers Vorschlag mit seinem neo-liberalen Konzept nicht vereinbar, aber er zeigt, daß ohne die vorgeschlagene Weiterentwicklung die Hilflosigkeit der Kontrollinstitutionen gegenüber der »Wirtschaft« total wird. Damit mündet der Vorschlag in die neueren Tendenzen im Wirtschaftsrecht ein, die alle — wenn auch meist nicht eingestanden — Versuche sind, wirtschaftliche Macht zu politisieren, sie also unter wirklich politische Kontrollen zu bringen.

Das wird ganz selten offen und in offener Auseinandersetzung deutlich. Im Gegenteil: Entwicklungstendenzen weg von Wettbewerb und hin zu Konzentration und Kooperation werden vor allem von Neoliberalen, die sich indessen weder wirksam gegen die faktische wirtschaftliche Entwicklung durchzusetzen, noch neo-liberale Rechtssanktionen für ihr Wettbewerbskonzept anzubieten vermögen, als Gesellschaftsumbruch empfunden, als unfreiheitliche »Kollektivierung«. Hier zeigt sich, daß die strenge Wettbewerbsdoktrin getragen wird von Angst vor perhorreszierten Formen der Demokratisierung unserer politischen Gesellschaft. Diese Demokratisierung aber ist Plan und Ziel des Bonner Grundgesetzes.

Die Wirtschaftsentwicklung selbst hat das strenge neo-liberale Wettbewerbskonzept schon hinter sich gelassen, ohne daß bis heute diese Entwicklung sozialtheoretisch und rechtstheoretisch aufbereitet worden ist.

Im Vordergrund dieser Entwicklung stehen die Tendenzen zur ökonomischen *Konzentration* und zu anderen Formen ökonomischer *Kooperationen*. Die Konzentration gilt nach sehr verbreiteter Vorstellung als unentrinnbares Schicksal (Technokratie!). Dabei spielen nicht nur die Blockbildung durch »Einverleibungen« eine Rolle, sondern ebensosehr die Gruppenbildung durch Gemeinschaftsunternehmen, Interessenpoolung, Teilkonzernierung oder die Feudalsysteme, die ein »Großer« mit Tausenden von Zulieferern und festen Abnehmern bildet: Zehntausende von Zulieferern eines einzigen Elektrokonzerns oder eines einzigen Automobilunternehmens existieren in nur vordergründiger wirtschaftlicher Unabhängigkeit. Wer mit seiner gesamten Gemüseproduktion fest in der Hand einer einzigen Konservenfabrik ist, denkt vermutlich über seine selbständige Unternehmerposition anders als der Gelehrte, der auch hier auf äußere Formen statt auf innere Funktionen blickt. Wie wenig ökonomisch konzentrierte Macht unpolitisch ist — aber nicht nur bei Industriegiganten, die durch Forschungsaufwand und Patentrechtsschutz mit dem Markt zugleich auch den »Fortschritt« monopolisieren —, erweist sich am Stichwort Pressekonzentration. Großangelegte Untersuchungen

der Bundesregierung sind noch nicht völlig abgeschlossen. Daß jede fünfte in der Bundesrepublik verkaufte Zeitung die »Bild-Zeitung« ist, läßt die Probleme erst beginnen. Daß die deutsche Presse-Agentur täglich rd. 800 000 Nachrichtenworte aufnimmt und davon rd. 80 000 Worte wieder abgibt, während eine durchschnittliche Zeitung nur rd. zwei- bis dreitausend Nachrichtenworte enthält, erschließt erst dem die wirklichen Dimensionen, der sich vergegenwärtigt, wie wenige Zeitungen schon äußerlich noch selbständig sind, wieviele Zeitungen dagegen durch gemeinsame Nachrichtenredaktionen »gleichgeschaltet« sind, welche Abhängigkeiten für Journalisten dadurch geschaffen werden. Das Problem »Springer« z. B. ist schließlich nicht ein politisches Eigentumsproblem des Springer-Konzerns, sondern ein politisches Informations-, Kommunikations- und Presseproblem der Bundesrepublik: »Enteignung« löst kaum ein Problem, wenn und wo es um Mentalitätsstrukturen von Konzernredaktionen geht, die im Zeitalter von Massenproduktion, Massenkonsumtion, Massentouristik schließlich die Massenpublizistik mit Ideen und Gewinn produzieren, also die dialektisch wechselseitige Vermittlung standardisierten Leserbedürfnisses als Ursache und als Wirkung von Zeitungsinhalten. »Enteignung« nähert sich genau so oberflächlich und vordergründig der Bild-Zeitung wie die Bild-Zeitung dem Leser. Denn das entscheidende Problem ist nicht ökonomischer Wettbewerb und ökonomische Konzentration, sondern politischer Wettbewerb und politische Konzentration. So wie schon heute Parteien, Kirchen, Abgeordnete mit »Subventionen« als Institutionen am Leben gehalten werden — mit Recht! —, so vielleicht morgen Gewerkschaften und eine »seriöse Presse«? Oder soll es Presseräte wie Rundfunk- und Fernschräte geben? Oder nur noch Zeitungen, die ausschließlich den in ihnen schreibenden Journalisten zu gleichen Teilen gehören? Es zeigt sich schnell: Hier ist kein Wirtschaftsverfassungsrecht betroffen, das man lediglich anzuwenden braucht, sondern die Entwicklungsstruktur des politischen Verfassungslebens unserer Gesellschaft, die wir zu schaffen haben.

Auch die *Kooperation* — Star unter den modernen Patentrezepten — entfaltet sich in unseren Tagen — politisch und rechtlich gesehen — eher als Wildwuchs denn als »kontrollierter Aufschwung«. Wer nach dem GWB Vertriebsbindungen nicht durchzusetzen vermag, entzieht sich leicht dem GWB, indem er seine Aktion gesellschaftsrechtlich oder handelsvertreterrechtlich einkleidet. Er macht den zu bindenden Abnehmer zu seinem Handelsvertreter (genau das geschieht in großem Stile und nach geltendem Recht in schwerlich anfechtbarer Weise im Verhältnis etwa der großen Mineralölkonzerne und ihrer Tankstellen- oder Reparaturwerkstatt-»Vasallen«), weil der Handelsvertreter nach allgemeinem Handels- und Schuldrecht als Vertriebsbeteiligter

gebunden werden darf. Oder es macht, wer solche Bindungen zu legalisieren wünscht, den zu bindenden »Konkurrenten« zum Gesellschaftsvertragspartner, weil im Gesellschaftsrecht — vor allem im Recht der Personengesellschaften — sogar *Konkurrenzverbote* der Gesellschafter der Grundsatz sind. Genau das geschieht, ohne daß es wirkungsvoll zu kontrollieren wäre, heute allerorten, in Form etwa von Gemeinschaftsunternehmen, die mühelos die *Funktion* verbotener Kartelle oder Syndikate übernehmen können, in Form auch z. B. der beliebt-berühmten GmbH & Co KG (eine Personengesellschaft mit allen Vorteilen des Personengesellschaftsrechts, die zugleich als einzigen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementärin) eine beschränkt haftende Kapitalgesellschaft — mit allen Vorteilen des Kapitalgesellschaftsrechts — aufweist), die gegenwärtig kompetenthaft aufsteigt als variantenreichste, elastischste und »freiheitlichste« Gesellschaftsform für Unternehmen jenseits des Kleinunternehmens und diesseits des Großunternehmens.

In dieser Entwicklung offenbart sich die ganz einseitige Orientierung des GWB am Gegensatz von *Austauschverträgen* (hier: Kartellverbot) und *Vergemeinschaftungs- und Dienstleistungsverträgen* (hier: allgemeines Dienstleistungs- und Gesellschaftsrecht, das grundsätzlich frei vom GWB-Einfluß ist). Zugleich offenbart sich in diesem Dilemma die Unzulänglichkeit einer nicht hinreichend entwickelten Rechtstheorie: unser Recht schaut nach wie vor auf *Rechtsformen*, nicht auf *Rechtsfunktionen* und schafft damit immer mehr unlösbare Selbstwidersprüche; der Abstand von Recht und Wirklichkeit wird krasser. Schließlich beweist ein solcher Rechtszustand eindringlich, wie wenig das GWB, das eben bedeutende Rechtsgebiete (wie Gesellschaftsrecht, Dienstleistungsrecht) nicht beherrscht, ein *Grundgesetz* der Wirtschaft, ein Wirtschaftsordnungsgesetz von Verfassungsrang ist mit Normen des obersten beherrschenden Ranges. Das GWB ist, scharf formuliert, ein Papiertiger.

Daß selbst ein solcher Papiertiger der — vor allem produzierenden — Industrie noch so bedrohlich erscheint, daß sie ihn zum gefährlichen Raubtier emporstilisiert, liegt nicht darin begründet, daß das GWB oder das Bundeskartellamt der Industrie das Leben wirklich schwermachen, sondern darin, daß die Industrie Sorge hat, eine »Neue Wirtschaftspolitik« könne mit einem veränderten rechtlichen Instrumentarium und mit einer verschärften Einstellung des Bundeskartellamts *beginnen*, ihnen »das Leben schwer zu machen«. Mit anderen Worten: Die wachsenden, immer offener bekundeten Abwehrreaktionen der Industrie gegen das GWB und die Position des Bundeskartellamts wurzeln in der Befürchtung eben jener Politisierung der Wirtschaft, die auch der Neo-Liberalismus — wenn auch aus ganz anderen Gründen — ablehnt, die indessen — wenn auch unartikuliert und wenig bewußt — den

entscheidenden Entwicklungszug in unserer Zeit ausmacht. Nur wenn sie gelingt, ist vermutlich die Gefahr politischer Totalisierungen zu bannen. Ob und wie sie gelingt, ist wiederum kaum ein Rechtsproblem, sondern eine politische Aufgabe. Dabei schweben der großen Mehrheit eher Lösungen auf der Grundlage demokratisch-pluralistischer (also gemischt kapitalistisch-sozialistischer) Gesellschaftstheorien vor als auf der Grundlage demokratisch-monistischer (also »rein« sozialistischer) Gesellschaftstheorien. Auch das ist eine Absage an »saubere« Modelle und wissenschaftlich-logisch unanfechtbare politische Strategien, aber vermutlich der im Endergebnis freiheitlichere Weg.

Die fehlende theoretische Erfassung der gegenwärtigen Entwicklungszusammenhänge zeigt sich auch in der Rechtsprechung etwa des Bundesverfassungsgerichts in Fragen der »Wirtschaftsordnung«. Die Position des Bundesverfassungsgerichts ist nicht frei von Auseinandersetzungen. Dieses höchste Gericht nur als Rechtsanwendungsinstanz zu sehen, die lediglich das von anderen Instanzen *gesetzte Recht* durchzusetzen habe, verkennt die politische Funktion und die politische Relevanz der Rechtsprechung und insbesondere der Verfassungsrechtsprechung. Das Bundesverfassungsgericht ist gewiß eine rechtsstaatliche Krönung des Gerichtsschutzsystems, es übt aber eindeutig politische Rechtsprechung aus, es fungiert der Wirkung nach auch als Gesetzgeber, indem es die Verfassung in seinen Entscheidungen konkretisiert. Gerade die Fülle von Generalklauseln, mit denen der Gesetzgeber heute gern arbeitet – in die er zuweilen gern flieht, um politische Kompromißlösungen bei nichtausgetragenen Konflikten zu ermöglichen –, offenbaren den Charakter der Rechtsprechung, die in Entscheidungen über weite Generalklauseln *nicht Normen anwendet, sondern Normen setzt*. Man sollte diesen Sachverhalt nicht vernebeln, weil sonst auch die Kehrseite solcher Art politischer Rechtsprechung – nämlich die politische Auseinandersetzung über diese Rechtsprechung und die Grenzen politischer Verantwortlichkeit von Gesetzgeber und Rechtsprechung – vernebelt bleiben. Die Tendenzen unseres Bundesverfassungsgerichts, dem Gesetzgeber hinreichenden politischen Gestaltungsspielraum zu gewähren, indem es Verfassungswidrigkeit politischer Akte erst dann statuiert, wenn sie verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigen sind (negativer Test) und nicht schon dann, wenn sie einem spezifischen Verfassungsverständnis nicht entsprechen (positiver Test), ist unmittelbar von politischer Bedeutung, weil damit gerichtlich sanktioniert wird, was z. B. der jeweilige parlamentarische Mehrheitswille normiert hat. Dieses System verliert dann und um so mehr an Überzeugungskraft, wenn und wie das politische Kräfte- und Konfliktspiel nicht mehr funktioniert, also z. B. die notwendigen gesetzgeberischen Leistungen nicht mehr erbracht werden. Denn unser Verfassungssystem sieht das Bun-

desverfassungsgericht eben nicht als oberste Entscheidungsinstanz der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik vor. In Zukunft wird sich diese Problematik unter dem Einfluß einer »neuen Wirtschaftspolitik« noch verdeutlichen. Die Wirtschaftspolitik der Regierung der Großen Koalition hat das nationalökonomische magische Dreieck Nr. 1 – Währungsstabilität, Vollbeschäftigung, Außenwirtschaftsgleichgewicht – in ein *magisches Viereck* verwandelt: Wirtschaftswachstum hat sich zu den politisch gleichrangigen anderen Zielen gesellt. Das »Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft« vom 8. 6. 1967 hat erstmals *normativ* das »gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht« als Richtschnur der wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen in Bund und Ländern eingeführt und damit Wirtschaftsrecht eindeutig als politisches Recht identifiziert. Durch ein anderes Gesetz vom 8. 6. 1967 ist sogar das Grundgesetz u. a. dahin geändert worden (Art. 109 Abs. II), daß Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen haben. Das magische Viereck ist damit Verfassungsnorm geworden. Antizyklische oder prozyklische Wirtschaftspolitik also als Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts? Werden wir in Zukunft gerichtliche Entscheidungen sehen, ob und wann eine bestimmte Arbeitslosenquote, ein bestimmtes Außenhandelsdefizit, eine bestimmte Inflationsrate, ein bestimmter Jahreswachstumsprozentsatz verfassungswidrig sei? Werden hier die Verfassung oder die Gerichtsbarkeit oder das Recht neu strukturiert? Die Fragen sind heute mangels geklärter Vorverständnisse noch nicht zu beantworten. Eines läßt sich indessen – wie mir scheint – mit Sicherheit sagen: Auch die sogenannte *global gesteuerte Marktwirtschaft* ist so wenig ein Wirtschaftsverfassungsrechtsmodell wie die soziale Marktwirtschaft eines war. Entgegen verbreiteter Meinung führt die sog. »neue Wirtschaftspolitik« also nicht zu einer neuen oder vielleicht ersten Wirtschaftsverfassung. Die Wirtschaft ist und bleibt Teil des politischen Lebens, das vom Grundgesetz her verfaßt ist. Wachstumspolitik z. B. ist folglich in unserer *politischen Verfassung* vorgesehen – wenn überhaupt –, nicht hingegen in einer davon getrennten Wirtschaftsverfassung.

Auch sonst ist die moderne *Entwicklung im Wirtschaftsrecht* durch Abkehr von Modellen gekennzeichnet, die zugleich die – durchweg kaum reflektierte und noch weniger rechtstheoretisch erfaßte – Politisierung der Wirtschaft begleitet. Die beiden bedeutungsvollsten Tendenzen sind heute:

1. Die Entfaltung von *Planung*, von Plänen, Perspektiven, Leitlinien, Orientierungshilfen, die sich in der Institutionalisierung von Sachverständigenräten, Beiräten (bis hin zu Wissenschafts- und Bildungsräten) ebenso abzeichnet wie in normativen oder deskriptiven Aktionsprogrammen (von den EWG-Planungen

über den ›Grünen Plan‹ bis zum ›Großen Hessen-Plan‹). Der Plan neben und weithin anstelle von Märkten ist nicht Zentralverwaltungswirtschaft, sondern Ausdruck der Orientierungsversuche des politischen Pluralismus.

2. Die *Kooperation* nicht nur in der Wirtschaft und in der Politik, sondern von *Politik (Staat) und Wirtschaft*. Hier ist nicht schlicht ›Überregungsdirigismus‹ (M. Bullinger), Sozialpartnerschaft, konzertierte Aktion betroffen, sondern ein mangels verfassungs-, rechts- wie wirtschaftstheoretischer Durchdringung einstweilen eher registrierbares als beherrschbares Durchgangsstadium. Freilich ist nicht zu verkennen, daß es tiefgreifende Veränderungen unserer tradierten Systemvorstellungen bewirkt: Wenn z. B. die großen Mineralölproduzenten zusammen mit dem ›Staat‹ ein sog. Selbstbeschränkungsabkommen auf dem Heizölmarkt zustande bringen, um die staatliche Kohlenpolitik zu unterstützen, dann zeichnen sich hier Kooperationsformen ab, die wiederum frei schweben: Das Abkommen ist kein Kartell (jedenfalls kein Kartell im herkömmlichen Sinne), untersteht also auch nicht den Kontrollen etwa des Bundeskartellamts (das Bundeswirtschaftsministerium hat das Bundeskartellamt sogar – und zwar erstmals – angewiesen, nichts zu unternehmen!). Das Abkommen fällt aber auch nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – unter Kontrollbefugnisse etwa des Bundestages oder auch des Bundesverfassungsgerichts.

Diese Tendenzen zeigen, wie der wachsende Durchbruch einer Politisierung der Wirtschaft, der zu einer politischen Gesellschaft gehört, die Strukturen von Verfassung, Recht und Wirtschaft verändert, aber heute politisch wie auch rechtlich noch fast vollständig in der Schwebe hängt. So wie sich nicht sagen läßt, was Wettbewerb ist, ohne daß man sagt, was der ›Sinn‹ des Wirtschaftens überhaupt ist – die Antwort setzt natürlich voraus, daß man sagt, was der ›Sinn‹ menschlicher Gesellschaft ist! –, so läßt sich auch Wirtschaftsrecht – und schon gar nicht Verfassungsrecht – bestimmen, ohne daß man die heute sich abzeichnenden Veränderungen politisch wie sozialtheoretisch ›begreift‹. Dazu ist Recht am wenigsten in der Lage, weil noch weniger bereit und auch vorbereitet als alle anderen beteiligten Disziplinen. Denn ›Recht‹ war traditionell Nicht-Ordnung der Wirtschaft, während sich als Wirtschafts-Recht heute die politisch-rechtliche ›Ordnung‹ der Wirtschaft (genauer: ein Teil der Ordnung des politischen Lebens unserer Gesellschaft selbst!) entfaltet. So wie im 19. Jahrhundert Politik verrechtlicht und seither noch zusätzlich ökonomisiert wurde, um die *bürgerliche* Sicherheit und Ordnung, Freiheit und Gleichheit zu verbürgen, so ist es unsere Aufgabe im 20. Jahrhundert, Recht und Wirtschaft zu politisieren im Sinne der Ansprüche einer demokratischen Gesellschaft an sich selbst. Wenn Schlagworte die Aufgabe – zwar nicht korrekt er-

hellen, aber doch blitzartig – beleuchten können, so bietet sich hier an die Formel: Vom *unpolitischen (Neo-)Liberalismus* zum *politischen (Neo-)Pluralismus*, der also kein *laissez-faire-Pluralismus* ist. Ob er möglich und verwirklichtbar ist, ist sogar *das* politische Problem unserer Gesellschaft heute. Ich selbst hoffe nach wie vor, daß er es werden kann.

XIV. UNTERNEHMENSVERFASSUNGSRECHT

Der Diskussionsbegriff *Unternehmensverfassungsrecht (UVR)* vereinigt Unternehmen, Verfassung und Recht zu einer heuristischen Formel, die höchst unterschiedliche Vorstellungen, Wünsche, Programme deckt. Erweiterte Mitbestimmung, Wirtschaftsdemokratie, Versöhnung von Kapital und Arbeit, Demokratisierung der Gesellschaft sind beteiligt, treffen indessen den Kern der Kombinationsformel nicht. Bei näherem Zusehen zeigt sich, daß sich hinter dem Schlagwort UVR nicht weniger als die Bundesrepublik Deutschland – in spezifischen Aspekten – verbirgt.

UVR befindet sich im Stadium der Diskussion. Ob es schon reif ist, dieses Stadium zu Gunsten von Aktionen zu verlassen, ist umstritten. In diesem Kapitel, das informieren soll, aber nicht als umfassende Analyse und Prognose dienen will – dazu bedürfte es im gegenwärtigen Stadium einer Monographie von stattlichen Ausmaßen –, möchte ich gerade diese Entwicklungsfrage – noch Diskussion, schon Aktion? – in den Mittelpunkt rücken.

Wer sich mit UVR beschäftigt, stößt sehr schnell auf heillose politische und rechtliche Verwirrung. Für die einen sind hier heiligste Güter zu verteidigen, für die anderen gerade erst zu schaffen. UVR wird als Gebot wie als Verbot aus dem demokratischen und sozialen Rechtsstaat abgeleitet. Wert und Würde des Menschen, Bibel und Papst, Demokratie und gute Ordnung der Bundesrepublik, Naturrecht und Abendland müssen für Freunde wie Feinde gleichermaßen herhalten. Selbst der kundige Pfadfinder findet sich im Gestrüpp der Polemik und Ideologien nur noch schwer zurecht. Verlässliche Informationen von Tagungen, Informationen, Meinungsaustausch zu erwarten, trägt als Hoffnung oft genug. Ein ›Kongreßverfassungsrecht‹ täte hier Not, um zu verhindern, daß Meinungsgruppen einander behandeln, wie wenn ein Boxer eine gefesselte Puppe zu Boden streckt und sich dann als Sieger fühlt und feiern läßt.

Natürlich ist es nicht leicht, wirklich *sine ira et studio* über ein Gebiet in *statu nascendi* zu berichten, das zur Stellungnahme und Entscheidung zwingt. Diese Schwierigkeit liegt auch deswegen auf der Hand, weil nicht ein einziger der für die im Gange befindliche Debatte über UVR notwendigen Begriffe auf ein einheit-

liches Vorverständnis stößt: Rechts- und Sozialstaat, Demokratie, Eigentum und Freiheit, Kapital und Arbeit, soziale Marktwirtschaft, Wettbewerb, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, Unternehmen und Unternehmer — für jede Vokabel müßte im Grunde eine Monographie vorliegen, wer sich an der Diskussion beteiligen will; sonst wird er — meist sogar mit Recht — schnell ad absurdum geführt, widerlegt, verspottet und geächtet.

Den passendsten Schlüssel zur unternehmensverfassungsrechtlichen Werkstatt liefert heute die *Mitbestimmungsdebatte*. Sie im einzelnen zu skizzieren, ist weder möglich noch nötig. Es genügt, die streitenden Hauptparteien in ihrem Selbstverständnis vorzustellen.

1. Entwicklungsgeschichtlich von größter, für die Entscheidung heute aber nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist die gesamte *Vorgeschichte* der Mitbestimmung. Das 19. Jahrhundert kannte die Mitbestimmung als »ständisches« Problem (Eingliederung des Proletariats in die christliche Gesellschaft im Wege der sozialen Gnade, Erziehung, Selbstbesinnung), das 20. Jahrhundert brachte dann nach dem 1. Weltkrieg den Durchbruch zur »berufsständischen Ordnung« (so das Programm christlicher Gewerkschaften), zur Räte- und sozialistischen Wirtschaftsdemokratie (so das Programm der nicht-christlichen Gewerkschaften). Von diesen Ansätzen ist heute — von Ausnahmen abgesehen, die indessen nicht das Gesicht und das Gewicht der Debatte bestimmen — keine Rede mehr. Es ist steril, in Gewerkschaftsforderungen auf Mitbestimmung nach wie vor Relikte klassenkämpferisch-sozialistisch-marxistisch-revolutionärer Gesellschaftsendhoffnungen zu wittern. Solche Relikte tragen die Mitbestimmungs-Bewegung in unserer Zeit so wenig wie patriarchalische Herr-im-Hause-Standpunkte die Ablehnung der Mitbestimmung in der Unternehmerwelt. Beide Richtungen sind gewiß nicht tot, aber nicht repräsentativ.

2. Der Stand der Mitbestimmung ist wohl allgemein bekannt. Nach dem *Betriebsverfassungsgesetz von 1952* liegt der Arbeitnehmerinfluß im wesentlichen beim Betriebsrat; ist eine Aktiengesellschaft betroffen, gehören ihrem Aufsichtsrat ein Drittel Arbeitnehmervertreter an (davon mindestens zwei aus dem »Betrieb«). Nach dem *Mitbestimmungsgesetz von 1951* für die Montanindustrie (Bergbau, Eisen- und Stahlindustrie) wird weitergehend außer in Aktiengesellschaften auch in Gesellschaften mit beschränkter Haftung und in bergrechtlichen Gewerkschaften — soweit sie mehr als tausend Beschäftigte haben — der Aufsichtsrat zu 50 % von Arbeitnehmervertretern besetzt (davon mindestens zwei aus dem »Betrieb«); in diesen Gesellschaften ist ferner obligatorisch ein Arbeitsdirektor im Vorstand vorgesehen. Von Einschränkungen abgesehen, gilt diese letztere Regelung seit

dem *Mitbestimmungsergänzungsgesetz von 1956* (sog. Holding-Novelle) auch für Konzerndachgesellschaften, die sog. Montan-Gesellschaften kontrollieren, vorausgesetzt, daß der Montan-Umsatz mehr als die Hälfte des Konzernumsatzes ausmacht. Die Montan-Mitbestimmung hat stets nur wenige Prozent des gesamten Wirtschaftsumsatzes und der gesamten Beschäftigten betroffen. Ihre Form der sog. qualifizierten Mitbestimmung ist ein Produkt bestimmter historischer Entwicklungszusammenhänge. Nach dem 2. Weltkrieg galten Kohle, Eisen und Stahl als die Schlüsselindustrien, außerdem als von spezifisch »kapitalistischer« Arbeitgeber-Mentalität beherrschte politische Grundstoffindustrien. Inzwischen sind sie Krisenindustrien geworden, die neuen politischen »Grundstoff-Industrien« — Chemie, Elektro, Öl und Gas, Kraftfahrzeug — kennen hingegen die erweiterte Mitbestimmung nicht. Hinzu kommt, daß durch den Strukturwandel der Montan-Industrie (Konzentration, Rückgang der Montanumsätze infolge Produktionsverlagerung zur sog. Weiterverarbeitung etc.) der Bereich der qualifizierten Mitbestimmung immer mehr zurückgeht. Der Fall des Konzerns Rheinische Stahlwerke hat deshalb schließlich zu einem — sehr umstrittenen und zur Zeit dem Bundesverfassungsgericht zur Kontrolle vorliegenden — Gesetz von März 1967 geführt und das Auslaufen der qualifizierten Mitbestimmung in »entmontaniserten« Konzernen von zwei auf fünf Jahre verlängert (bei den Rheinischen Stahlwerken läuft deshalb die Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsergänzungsgesetz erst im Sommer 1970 ab; vom Mitbestimmungsergänzungsgesetz werden übrigens heute nur noch zwei weitere Konzerne betroffen). Die im vorigen Kapitel erwähnten vier Stahlkontore und die geplante Bergbau-Einheitsgesellschaft stellen und stellen nicht zuletzt auch Probleme der qualifizierten Mitbestimmung. Bei Konzentrationsvorgängen haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer häufig durch privatrechtliche Absprachen (grundlegend: das sog. Lüdenscheider Abkommen) die qualifizierte Mitbestimmung aufrecht erhalten; auf solchen Abkommen — also nicht mehr auf Gesetz! — beruhen heute schon schätzungsweise 50 % der von Arbeitnehmern wahrgenommenen Mitbestimmungspositionen. Außerordentlich schwierige rechtspolitische Probleme erwachsen aus den internationalen Konzentrationsvorgängen und im Zusammenhang mit Plänen, eine sog. *Europäische Aktiengesellschaft* zu schaffen (also gleichsam eine übernationale Gesellschaftsform innerhalb der EWG); denn die anderen Staaten kennen die Mitbestimmung in der deutschen Ausprägung nicht.

3. Die Gewerkschaften (betroffen sind in aller Regel die sog. freien Gewerkschaften) haben nach dem 2. Weltkrieg die Mitbestimmung als »klassenkämpferische Etappe auf dem Wege zum Sozialismus« wie als »Ausdruck harmonie-gläubiger Partnerschaftsvorstellungen« von ihrem Programm gestrichen und for-

dem sie heute, um »alle Bürger an der wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Willensbildung gleichberechtigt teilnehmen zu lassen«. Wiederum sollten in der gegenwärtigen Auseinandersetzung die Gewerkschaftsforderungen in der Fassung gewürdigt werden, die ihr die Gewerkschaften heute geben. Einen sinnvollen Beitrag dazu leistet nicht, wer frühere Gewerkschaftsforderungen, z. B. die Veränderungen vom Münchener Grundsatzprogramm 1949 zum Düsseldorfer Grundsatzprogramm 1963, Stellungnahmen einzelner Industriegewerkschaften und Einzelpersonen gegen die Generallinie ausspielt. Das gilt genauso umgekehrt für die Mitbestimmungsgegner. Es gehört zu den schlichten Selbstverständlichkeiten des politischen Lebens, daß Freunde wie Feinde der Mitbestimmung mit ihren gegenwärtigen Vorstellungen nicht verbindliche Zustände für alle Zeit beschreiben. Ebenso selbstverständlich geht es nicht darum, daß eine Gruppe fordert und gewinnt, eine andere gewährt und verliert, sondern es geht um die gute politische Ordnung der Bundesrepublik, die mitzugestalten jedermann berufen ist.

4. Die Mitbestimmungsvorstellungen der Gewerkschaften zielen auf Einführung der qualifizierten Mitbestimmung (also Mitbestimmung nach dem Montanbestimmungsrecht) als Musterlösung für die Gesamtwirtschaft, konkreter: auf Erstreckung dieser qualifizierten Mitbestimmung auf alle Unternehmungen in der Rechtsform der *Kapitalgesellschaft*, wenn jeweils zwei von folgenden drei Grundwerten erreicht sind: 2000 Arbeitnehmer, 75 Mio DM Bilanzsumme, 150 Mio DM Umsatz (= Großunternehmen); an die Stelle der Umsatzgröße tritt bei Banken die Gesamtsumme der Vergütungen für die von den Banken getätigten Geldgeschäfte, bei Versicherungsunternehmen die Höhe der Bruttoeinnahmen aus Versicherungsbeiträgen. Das Montanmitbestimmungsrecht gilt für rd. 70 Unternehmen. Von einer Ausdehnung würden zusätzlich schätzungsweise 300 Unternehmen betroffen. In allen mitbestimmten Unternehmen wären dann in dem aus einer ungleichen Zahl von Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat paritätisch die Unternehmer-Kapital-Seite und die Arbeitnehmer-Gewerkschafts-Seite vertreten, zu denen dann eine »neutrale« Person träte, die vom Aufsichtsrat selbst gewählt wird. Die Arbeitnehmervertreter setzten sich zusammen aus einem sog. »weiteren Mitglied« und im übrigen je zur Hälfte aus Betriebsangehörigen (genauer: vom Betriebsrat oder von Betriebsräten zu wählenden Betriebsangehörigen) und Gewerkschaftsvertretern (genauer: wiederum je zur Hälfte aus Vertretern der zuständigen Industriegewerkschaft und des Deutschen Gewerkschaftsbundes). Im Vorstand wäre ein Arbeitsdirektor obligatorisch. An der Zusammensetzung der Hauptversammlung änderte sich nichts. Die wesentlichen *Begründungen für die Ausdehnung der Mitbestimmung* in der Sicht der Gewerkschaften lauten (repräsentativ

vor allem die 1966 von der Kommission Aktion Mitbestimmung des Deutschen Gewerkschaftsbundes vorgelegte Schrift »Mitbestimmung — eine Forderung unserer Zeit«, in der »erstmalig in so umfassender Form die gewerkschaftlichen Mitbestimmungsvorstellungen in einer geschlossenen Konzeption dargestellt und begründet« werden):

1. *Umgestaltung der Wirtschaft und Gesellschaft*, die darauf abzielt, alle Bürger an der wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Willensbildung gleichberechtigt teilnehmen zu lassen; Entwicklung von der Wertung des Arbeitnehmers als marktgerecht zu entlohnenden Produktionsfaktors zur Anerkennung des Menschen im Arbeitsleben (= Ergänzung der Demokratisierung des politischen Lebens durch eine Demokratisierung des Wirtschaftslebens, zugleich Entscheidung zu einem gewerkschaftlichen Leitbild verantwortlicher Politik im Rahmen der Demokratie und gegen militanten Klassenkampf oder Maximierung der auf Arbeitsmärkten erzielbaren Arbeitnehmergewinne, die von Einflüssen auf die bestehende gesellschaftliche und wirtschaftliche Organisationsstruktur absieht).

2. Die bis zu einer grundlegenden Reform des Unternehmensverfassungsrechts auf *Kapitalgesellschaften beschränkten Erweiterungsforderungen* nach Mitbestimmung übertragen die im Montanunternehmensbereich bewährte (Produktionsentwicklung und soziale Befriedung im Kohle- und Stahlbereich trotz Krise, verbesserte Information, Gewährung des Freiheitsspielraumes für Arbeitnehmer, Stärkung der sozialen Sicherheit, Erhaltung der Freizügigkeit, Verbesserung des Lohnkonfliktklimas) qualifizierte Mitbestimmung auf dem Gesamtwirtschaftsbereich von Großunternehmen, in denen sich die Unternehmerfunktion selbstständig hat, in denen eine Vielzahl von politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gruppen schon heute zusammenwirkt, und die sich zu wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gebilden, kurz: zu sozialen Institutionen entwickelt haben, deren Handeln aus Kapital- und Arbeitsinteressen legitimiert werden muß, weil beide gleichermaßen zur Erfüllung der Produktionsfunktionen strukturnotwendig sind und Arbeitnehmer mehr noch als Kapitalanteileseigner wirtschaftlich wie gesellschaftlich in ihrer Existenz von diesen Sozialgebilden Großunternehmen abhängen.

3. Die Bindung der Unternehmensleitungsmacht an die Zustimmung der unmittelbar Betroffenen (Arbeitnehmer wie Kapital-eigner) ist *demokratische Integration der Arbeitnehmerwelt*. Ihre Interessen wahrzunehmen, zwingt — wie stets bei Interessenwahrnehmung — zur Repräsentation und Organisation, für die nur außerbetriebliche (Gewerkschaften) und nicht innerbetriebliche Vertreter (Betriebsräte) in Betracht kommen, weil die Mitbestimmung durch Belegschaftsvertreter zu schwach und wir-

kungslos bleibt, außerdem in ihrer Funktion auf Arbeitsschutz und nicht Unternehmenspolitik zugeschnitten ist.

4. *Abwehr der wesentlichen Einwände* gegen die Ausdehnung der Mitbestimmung:

a) Die Konfliktstheorie (Lösung von Konflikten zwischen Arbeit und Kapital nur, wenn die überkommene Konfliktstruktur – Gewerkschaften außerhalb, nicht innerhalb des Unternehmens – nicht zerstört wird) arbeitet mit einem falschen, weil dem Klassenkampf entnommenen Konfliktbegriff und verkennt, daß moderne Großunternehmen außer durch Konflikte durch Kooperation und Integration gekennzeichnet sind.

b) Vom *Einfluß der »Gewerkschaftsfunktionäre«* ist keine Störung der marktwirtschaftlichen Ordnung zu befürchten, weil neben ihnen eine gleiche Anzahl Belegschaftsvertreter stehen und sie außerdem als Vertreter der Industriegewerkschaften und des DGB wechselseitig nicht abhängig sind. Außerdem steht einer Häufung von Aufsichtsratsmandaten im Wege, daß ein Arbeitnehmervertreter nicht mehr als zwei Mandate ausübt.

c) Mitbestimmung verletzt nicht das *Privateigentum* und ist kein Ersatz für *Sozialisierung*. Eigentum ist in Großunternehmen ohnehin nicht von Bestimmungs-, sondern von Gewinnberechtigungsqualität, in dieser Substanz bleibt es unberührt. Von Sozialisierungersatz ist schon deshalb nicht zu sprechen, weil Mitbestimmung unabhängig von Eigentumsverhältnissen gefordert wird.

d) Mitbestimmung setzt auch nicht die *Tarifautonomie* matt, weil beide unterschiedliche Funktionen ausüben: Mitbestimmung = Wahl, Überwachung, Kontrolle und Beratung der Unternehmensleitung; Tarifautonomie = regionale Regelung von Lohn- und Arbeitsbedingungen ohne Rücksicht auf die Lage eines spezifischen Unternehmens.

Die wesentlichen *Überlegungen gegen die Ausdehnung der Mitbestimmung* aus der Sicht ihrer Gegner lauten: Repräsentativ vor allem die Ende 1965 erschienene Stellungnahme »wirtschaftliche Mitbestimmung und freiheitliche Gesellschaft« des Arbeitskreises Mitbestimmung bei der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände sowie die im Sommer 1966 vom Deutschen Industrieinstitut vorgelegte Broschüre »Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland – Tatsachen und Forderungen«:

1. *Kontrolle wirtschaftlicher Macht* liegt in einer Marktwirtschaft in der Teilung und Systembindung solcher Macht durch den Markt (Kontrolle vor allem durch den jeweiligen Verbraucher) selbst, ferner in der Handhabung von Kontrollgesetzen (z. B. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) durch Regierungen, Gerichte und das Bundeskartellamt sowie schließlich beim Staat selbst (oder jedenfalls der allgemeinen Öffentlichkeit); nicht dagegen gehört sie in die Hand einer Gruppe (der Gewerkschaften,

die nur einen kleinen Bruchteil der von ihnen repräsentierten Arbeitnehmer zu Mitgliedern haben); wirtschaftliche Macht, soweit vorhanden, wird bereits vom Wirtschaftssystem her auch in ihrer politischen Effizienz neutralisiert.

2. Die *Position der Gewerkschaften* erstarkt bei Ausdehnung der Mitbestimmung zu einer Verbindung zentraler wirtschaftlicher und gewerkschaftlicher Macht und wird damit zu einem Machtfaktor ersten Ranges ohne Machtkontrolle; diese Machtkonzentration zerstört zwangsläufig die Tarifautonomie, weil das dieser Autonomie zugrunde liegende Modell auf dem Gleichgewicht der Kräfte der Sozialpartner beruht.

3. *Demokratisierte Wirtschaft und soziale Marktwirtschaft* schließen einander aus. Soziale Marktwirtschaft, die sich bewährt hat, stützt sich auf die Anerkennung von Privatautonomie, von privatem Eigentum an den Produktionsmitteln und auf die selbstverantwortliche, vom Eigentum legitimierte sozialverpflichtete Unternehmensführung; alle diese Grundpfeiler werden in der Ausdehnung der Mitbestimmung abgebaut.

4. Die *Bewährung der Montanmitbestimmung* im Verhältnis zu den übrigen, nicht in qualifizierter Form eingeführten Mitbestimmungstechniken ist nicht erwiesen; die Position des Arbeitsdirektors (Mitglied der Unternehmensführung einerseits, mit Rücksicht auf den Wahlmodus von Gewerkschaften abhängig andererseits) ist besonders umstritten; die Bewährung des Betriebsverfassungsrechts ist dagegen erwiesen.

5. Demokratisierung der Wirtschaft im Sinne der Erweiterung von Mitbestimmung führt u. a. dazu, daß

a) ein Unternehmen seine *eigentliche Sozialfunktion*, den Dienst am Verbraucher und an der volkswirtschaftlichen Gütererzeugung, nicht mehr befriedigend erfüllen kann,

b) der nationale wie internationale *Kapitalmarkt* und die internationale *Wettbewerbsfähigkeit* der deutschen Wirtschaft sowie die wirtschaftliche *Integration Europas* geschwächt werden.

6. Die Forderung nach *Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit* stößt ins Leere, weil sie erfüllt ist. Der Arbeitnehmer ist staatsbürgerlich-politisch wie gesellschaftlich und wirtschaftlich integriert, nicht zuletzt durch Betriebsverfassung und Tarifautonomie der Sozialpartner. Integration durch erweiterte Mitbestimmung bedeutet Integration der Gewerkschaften und ihrer Repräsentanten, nicht der Arbeitnehmer selbst. Integration der Arbeitnehmer heißt dagegen Entfaltung und Entwicklung ihrer Persönlichkeit in allen Bereichen von Staat, Kultur und Wirtschaft (hier soziale Partnerschaft), Förderung der Selbstverantwortung durch Bildung und Ausbildung, Sicherung der wirtschaftlichen und sozialen Existenzgrundlagen, Eigentumbildung, Verbesserung der Aufstiegschancen.

Eine knappe Stellungnahme, die zugleich Überzeugungskraft zu

entfalten vermöchte, ist hier ein vermessenes Unternehmen. Gleichwohl seien mir einige Thesen gestattet, von denen ich hoffe, daß sie die Zusammenhänge leidlich erhalten und erhellen.

1. Die *Konzeption der Gewerkschaften* ist in ihrer gesellschaftspolitischen Anlage und Zielrichtung ein politisches Programm von faszinierender Geschlossenheit. Dieses Programm ist zukunftssträchtig und stellt sich auf große *Entwicklungszusammenhänge* ein. Es packt Jahrhundertfragen — nämlich die im vorigen Kapitel skizzierte Politisierung der Wirtschaft — an und hält sich nicht mit Tagesproblemen auf. Dieser Versuch, mit den Früchten von 200 Jahren politischer wie industrieller Revolutionen und Reformen fertig zu werden, hat mehr als nur einen Hauch von Großartigkeit. Kein Wunder, daß das Programm nur höchst unvollkommen in unsere arbeits- und gesellschaftsrechtliche Welt paßt und zwangsläufig eine ebenso zukunftssträchtige Veränderung in unserer Unternehmensrechtswelt im großen verlangt, etwa unter dem Stichwort Unternehmensverfassungsrecht. Kein Wunder aber auch, daß es, wie alle idealistischen Programme von weittragender Bedeutung, vermutlich das Menschenbild seiner Zeit überfordert.

2. Die Gegner dieses Programms haben eine solche Konzeption nicht. Ihr stabilstes Argument, der Hinweis auf die freiheitlich-demokratische Verfassung, auf die Soziale Marktwirtschaft und ihre Erfolge, entpuppt sich bei näherem Zusehen als ein leeres Wort. Auch das ist kein Wunder. Die Gewerkschaften haben die Beweislast für die qualifizierte Mitbestimmung. Wer einen status quo ändern will, muß die entscheidenden Instanzen überzeugen, wer ihn erhalten wissen will, kommt oft genug mit hinhaltendem Widerstand aus und vermag diesen status quo sogar pathetisch und ethisch zu überhöhen.

3. *Formale Argumente* sollten kein Gewicht haben. Die erweiterte Mitbestimmung des Montanbereiches auf alle Wirtschaftsbereiche auszudehnen, damit alle gleichbehandelt sind, löst natürlich die Probleme noch nicht. Selbstverständlich ist es nicht realistisch anzunehmen, daß, wenn etwa die Montanmitbestimmung wirklich falsch wäre und sich außerdem nicht bewährt hätte, sie wieder abgeschafft würde. Ein solcher »Beweis« (im technischen Sinne) ist auch schlechterdings so wenig zu erbringen wie der Gegenbeweis, daß sie richtig sei und sich bewährt habe. Am wenigsten ist er zu erbringen mit Meinungsforschung, wie sie das EMNID-Institut im Jahre 1966 im Auftrage der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände bei 2000 Arbeitnehmern betrieben hat, weil die Ergebnisse wegen unzulässiger Zielfragen hinreichender Überzeugungskraft entbehren. Meinungsforschung, die Meinungsbildung registrieren, aber auch produzieren kann, ist ohnehin ein Phänomen für sich. Als Kriterium für die politische Urteilsbildung über die qualifizierte Mit-

bestimmung kommt die Meinung von 2000 Arbeitnehmern — isoliert betrachtet — so wenig in Betracht wie die »Meinung« von 2000 Bürgern über die Todesstrafe, über die Bonner Demokratie, über die Leistungen unserer Parteien. Aus ähnlichem Grunde sollte endlich auch das Argument tot sein, die Gewerkschaften könnten angesichts ihrer Mitgliederzahl nicht repräsentativ für die Arbeitnehmerwelt sprechen. Unsere Demokratie ist nach dem Grundgesetz eine repräsentative, nicht eine plebiszitäre Demokratie, in ihrem Zentrum stehen das »Amt«, die Regierung, die Parteien, die Interessengruppen. Bei ihnen liegt die Willensbildung, für die Akklamation und Kontrolle nötig sind, aber nicht im Sinne von 100% Zustimmung aller Betroffenen. Gerade das *falsche Demokratieverständnis*, das je nach Belieben und Ergebnis mit oder gegen *Rousseau*, mit oder gegen *Tocqueville*, mit dem oder gegen das Grundgesetz argumentiert, belastet die Mitbestimmungsdebatte wie nahezu alle anderen politischen Debatten auch. Daß freilich in der Repräsentationsidee gerade in der Gegenwart außerordentliche schwierige Probleme stecken, weil der Parlamentarismus, die Parteien und Gruppen, die »Regierung«, ihre zugeordneten Funktionen nicht ausreichend erfüllen, so daß die parlamentarisch-repräsentative Demokratie selbst zum Krisenproblem geworden ist, wird uns in den verfassungsrechtlichen und staatsrechtlichen Vorlesungen noch beschäftigen.

4. Umgekehrt sollten die nicht auf Gewerkschafts- und Unternehmerseite unmittelbar Engagierten mutig und offen Argumente in die Auseinandersetzung tragen, die von den Hauptbeteiligten verständlicherweise vernachlässigt werden. Für die Gewerkschaften geht es heute um ein *neues Selbstverständnis*, seitdem — wie in Zeiten des Konjunkturaufschwungs — die Vollbeschäftigung erreicht und der Lohnanteil der Arbeitnehmer am Sozialprodukt nahezu zu einem institutionell und funktionell automatischen Ergebnis von festen Ritualen geworden ist, und seitdem — in Zeiten des Konjunkturabschwungs — »konzertierte Aktion« und »Rahmenpakt« die Austragung von Konflikten verdrängen. Für die Gewerkschaften steht die Mitbestimmung in den Großunternehmen aber auch deshalb als *Existenzfrage* zur Debatte, weil die Wandlungen in der Staats-, Gesellschafts- und Wirtschaftssphäre auch zu einer Wandlung der für Schlüsselentscheidungen maßgebenden politischen Institutionen geführt haben. Für die Weimarer Republik bildete das Parlament noch ein wirkliches Willensbildungszentrum, der Ruf nach spezifischen Wirtschaftsparlamenten (Reichswirtschaftsrat z. B.) lag in der Luft. Die Entpolitisierung der politischen Parteien seither, die Entfaltung der Gruppendemokratie, die Bedeutung der Großunternehmen als sozialer Existenzsubstrate für weite Teile der Bevölkerung verlagern die Willensbildung von den Parlamenten auf die einflußreichen Gruppen so, daß man geradezu von einem neuartigen *Föderalis-*

mus sprechen möchte. Die wichtigsten politischen Entscheidungen oder doch Vorentscheidungen fallen in den Unternehmen, ihren Gruppenorganisationen, in den Industriegewerkschaften, in den Parteien, in den Regierungen, in den Gutachtergremien vor der parlamentarischen Beschlusstratifizierung. Also gilt es, Einfluß zu nehmen auf die Gremien, die die wirklichen Beschlüsse fassen. Die Betriebsräte reichen für den wünschenswerten und gewünschten Einfluß der Gewerkschaften in Einzelunternehmen nicht aus, vor allem dann nicht, wenn die Betriebsräte etwa nicht gewerkschaftlich organisiert sind. Aber wichtiger ist hier noch das sicher nicht unproblematische Verhältnis der einzelnen Industriegewerkschaften zum Deutschen Gewerkschaftsbund. Auf Einzelunternehmensebene Mitbestimmung durch Betriebsräte und Industriegewerkschaften, auf überbetrieblicher Ebene Mitbestimmung eben dieser Industriegewerkschaften durch Ausnutzung der Tarifautonomie, ferner überdies politisch-soziale Arrangements zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern auf Kosten der allgemeinen Öffentlichkeit, der öffentlichen Hand und des Steuerzahlers, auf Kosten aber auch — und das ist ein weiterer wichtiger Kernpunkt — der jeweiligen politischen Opposition in den Länder- und Bundesparlamenten mit allen politischen, einschl. wahlpolitischen Folgen: Hier springt ins Auge, wie sehr sich etwa der DGB von den Industriegewerkschaften auf Kulturaufgaben abgedrängt sieht, aus welchem Grunde ferner die Unternehmerwelt, besonders bei genehmen Parlaments- und Regierungskonstellationen, auf die Betriebsverfassung — nicht dagegen auf die qualifizierte Mitbestimmung — schwört.

5. Für die Auseinandersetzung mit allen Einzelargumenten braucht man Raum mindestens in der Größenordnung eines Buches. Im letzten Grunde trägt nämlich, wie ich meine, keine der von beiden Seiten vorgetragenen Überlegungen die konkreten Folgerungen und Forderungen.

a) Wenn die Unternehmerwelt von *Machtkontrolle* durch den Markt, durch den Staat, durch Ordnungsgesetze spricht, dann ist das Mißverständnis von Macht, Markt und Staat evident. Abgesehen davon, daß der Markt schlechterdings nicht oder doch nur in unzulänglicher Weise Macht bricht, geht es nicht um Marktanteile, Gütererzeugung und Gewinne, sondern darum, daß von dem Geschehen in Großunternehmen — ob sie mächtig oder schwach, reich oder arm sind — die wirtschaftliche, soziale und politische Existenz nicht nur der unmittelbar von einem spezifischen Unternehmen abhängigen Arbeitnehmer, der Lieferanten und Kunden betroffen wird, sondern die Existenzverbürgung des ganzen Volkes. Wir sind als Bundesrepublik Deutschland eine *economic republic*. Das Verhältnis von politischem und ökonomischen Großgeschehen, das Verhältnis von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft ist *das* ungelöste Problem des 20. Jahrhunderts. Das

ökonomische Geschehen ist zugleich ein guter Teil des möglichen politischen Geschehens in einer Zeit, die uns in weltweite Ost-West-Auseinandersetzungen und Entwicklungshilfe einspannt. Die von Großunternehmen ausgehende politische Macht ist mithin nicht die ökonomische Position z. B. der Farbwerke Hoechst AG oder der VW AG und ihr Einfluß etwa auf den Bundestag in Bonn, sondern die von 300 bis 500 insgesamt einen maßgebenden Anteil unserer deutschen politischen Existenzsubstanz einnehmenden Unternehmen ausgehende politische Bedeutung. Mitbestimmung, recht verstanden, hat es deshalb auch nicht mit einem einzelnen Unternehmen als Einzelunternehmen zu tun, sondern mit ihm als Teil der sozialen und politischen Institutionen, die unser Leben existentiell beherrschen. Wäre der einer funktionell nötigen und nützlichen *»Mitbestimmung«* zumutbare politische Steuerungs- und Kontrolleinfluß von politischen Parlamenten, von Wirtschaftsräten oder ähnlichen Institutionen überbetrieblich zu erwarten, dann wäre für die erweiterte Mitbestimmung kein Raum. Gerade das ist indessen nicht der Fall.

b) Umgekehrt trägt die *»Versöhnung«* von *Kapital und Arbeit* sicher die Tarifautonomie, die Betriebsverfassung, m. E. übrigens auch den Arbeitsdirektor, aber ganz sicher nicht die qualifizierte Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Denn die hier betroffene, politische, gesellschaftliche und soziale *»Integration«* der Arbeitnehmer in die Arbeitswelt und ihre Organisation, mithin die *Einbeziehung des vierten Standes* in die komplizierten Steuerungs-, Kontroll- und Akklamationsprozesse innerhalb eines demokratischen Gemeinwesens — dies ist das *Programm der Demokratisierung* — läßt sich schlechterdings noch nicht dadurch bewältigen, daß der Aufsichtsrat einer Kapitalgesellschaft durch Repräsentanten der zuständigen Industriegewerkschaft und des Deutschen Gewerkschaftsbundes sowie durch *»ein weiteres Mitglied«* vergrößert wird. Nicht als ob damit Fremdkörper in den Aufsichtsrat kämen; Bankenvertreter, befreundete Unternehmer oder wer immer sonst als Spiegel geschäftlicher und gesellschaftlicher Beziehungen im Aufsichtsrat sitzt, stehen als Fremdkörper den Gewerkschaftsrepräsentanten nicht nach. Entscheidend ist auch nicht, daß der *Aufsichtsrat* gerade nicht das die Unternehmenspolitik steuernde Organ darstellt, zu dem es in der gewerkschaftlichen Modellkonzeption werden muß, damit sich die mit der Mitbestimmung verfolgten Pläne verwirklichen lassen. Den Ausschlag gibt, scheint mir, vielmehr die Überlegung, daß *»Kapital«* und *»Arbeit«* nur zwei — zwei wichtige zweifellos, aber nicht mehr als zwei — betroffene Interessenssphären verkörpern. Die viel zitierte *»Öffentlichkeit«* — und das ist nichts anderes als eine bildliche Umschreibung für die *res publica selbst* — tritt nicht etwa zu ihnen, wie manche Modelle des Unternehmensverfassungsrechts anzudeuten scheinen, sondern umschließt sie. Wenn also Neu-

orientierung der Kontrolle ökonomischer Betätigung im großen Stile (Großunternehmen), dann nicht vom Kapital und von der Arbeit her, sondern von den Interessen der Bundesrepublik Deutschland an optimalen politischen, sozialen, ökonomischen Verhältnissen. Daß Gewerkschaften als legitime Repräsentanten solcher Interessen eine wichtige Rolle spielen, liegt auf der Hand, aber sie sind auch unter dem Gesichtspunkt, daß wir ein Volk von Arbeitnehmern sind, nicht die Repräsentanten des Nationalinteresses. Einige ihrer Formulierungen lassen in dieser Hinsicht an Selbstbescheidung zu wünschen übrig.

c) So wenig wie der Gegensatz oder die Versöhnung von Kapital und Arbeit eine recht verstandene Mitbestimmung tragen, so wenig folgt sie gleichsam von selbst aus einer *Kombination von Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht*. Mitbestimmung ist im Gesellschaftsrecht wie im Arbeitsrecht ein Fremdkörper. Mit Hilfe hoher Weihen – etwa des Begriffs des Wirtschaftsrechts oder des Sozialrechts, gar des Wirtschaftsverfassungsrechts oder des Unternehmensverfassungsrechts – ein solches Ergebnis begründen zu wollen, ist und bleibt eine Tricklösung. Wenn auf politischen Konsensus stoßende politische Lösungen zu einer Umgruppierung der Mitglieder in Aufsichtsräten oder in Vorständen oder auch in Hauptversammlungen führen sollten – und dafür lassen sich viele gute Gründe finden –, dann mag man das Ergebnis Unternehmensverfassungsrecht oder wie immer nennen – der Mißbrauch des Verfassungsbegriffs hat ja auch auf anderen Gebieten (Betriebsverfassung, Familienverfassung) nichts geschadet –, alles dies wird indessen das politische Ergebnis von politischen Entscheidungen im Rahmen der Bewältigung der skizzierten Hauptprobleme des 20. Jahrhunderts – Verhältnis von politischem und ökonomischem Geschehen, Verhältnis von Staat, Wirtschaft, Gesellschaft, – sein, von denen das Selbstverständnis der Gewerkschaften, ihr politischer Auftrag, die Integration der Arbeitnehmer als Bürger, die Legitimation des heute autonomen Managements (Unabhängigkeit nicht im Sinne von umfassender Freiheit, sondern im Sinne von Freiheit von der Masse der Kapitalanteileigner) nur *Teilprobleme* darstellen, die jedenfalls als Teilprobleme nicht eine Lösung verdienen, die dem ganzen Problem zusteht oder von ihm her orientiert sein sollte. Leicht lassen sich auch hier wiederum die Funktionen einer Gesellschaftstheorie und einer Rechtslehre erkennen, die uns fehlen.

d) Die Argumente *Eigentum der Kapitalanteileigner, Selbstverantwortung der Unternehmer, Soziale Marktwirtschaft und freiheitliche Verfassung* auf der Seite der Mitbestimmungsgegner sollten wissenschaftlicher Kritik nicht mehr bedürfen. So entschiedenen falsche Identifizierungen des Gewerkschaftshandelns mit dem Nationalinteresse zurückzuweisen sind, so fatal klingen die falschen Identifizierungen von erhabenen allgemeinen Werten mit

den politischen Zielvorstellungen einer speziellen Gruppe. *Privateigentum* ist in Großunternehmen bei atomisierten Anteilen nicht mehr betroffen; diese Anteile sind schon ohnehin von schuldrechtlicher, nicht sachenrechtlicher Qualität, es handelt sich also um Forderungsvermögen, wie das aus Renten- oder Investmentpapieren auch. Es greift auch nicht daneben, wer die Privatisierungsvorgänge der jüngeren Vergangenheit gesellschaftspolitisch und im Sinne einer Privateigentumsdoktrin als *Entprivatisierung* analysiert. Das *Eigentum* (an Produktionsmitteln) gehört überdies zu den großen Tabus unserer Zeit und zu den rückständigsten Rechtsgebieten. Es ist nur in durchschauten historischen und gesellschaftlichen Zusammenhängen und Kategorien begreifbar. Nur zögernd bricht sich in jüngster Zeit wieder eine Besinnung auf die – gerade auch politischen – Funktionszusammenhänge von Arbeit, Eigentum und Freiheit Bahn, so daß sich z. B. die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sogar in der Denkwelt der Mitbestimmungsgegner auf »Arbeiter«-Eigentum stützen ließe; das – auch finanzielle – Risiko der Arbeit Investierenden hält nämlich dem Vergleich mit dem Risiko der Kapital Investierenden leicht stand. Die vielbeschworene *Verantwortlichkeit der Unternehmer* ist sicher kein leerer Wahn, aber oberste Manager mit auskömmlichen Versorgungsansprüchen sollten nicht anders und nicht mehr von Verantwortlichkeit sprechen als ein Divisionskommandeur, ein Abteilungsleiter im Ministerium, ein Gymnasialdirektor, ein Hochschullehrer auch. Denn es geht in Großunternehmen gerade nicht um Verantwortlichkeit *privater* »Eigentümer«-Unternehmer, sondern um die Auslese und Kontrolle *öffentlich* wirksamer Unternehmensführung durch »Verwalter«-Unternehmer. Die Unternehmerfunktion ist im Großunternehmen vom »Eigentum« abgelöst. Die *Soziale Marktwirtschaft* ist wie die freiheitliche Verfassung ein kompliziertes Gebilde höchst heterogener Kraftquellen und hat mit Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat schlicht nichts zu tun. Unsere deutsche Wirtschaftslage heute ist nicht Frucht einer einheitlichen Wunderdroge, sondern zahlloser Taten zahlloser Menschen in allen Bereichen unseres Lebens.

e) Ganz unabhängig von der Mitbestimmungsdebatte muß auch die Frage gestellt und beantwortet werden, ob die Gewerkschaften – wiederum als Gesamtheit – mit Rücksicht auf ihre mit wirklich durchgeführter qualifizierter Mitbestimmung noch erheblich wachsenden ökonomischen wie politischen Einflußchancen auf die Dauer *politischen Kontrollen* entzogen bleiben können. Sie sind – oft neben der Landwirtschaft und den öffentlichen Unternehmungen – die letzte große weitgehend kontrollfreie moderne Herrschaftsgruppe. Je mehr sich die Gewerkschaften von reinen Arbeitnehmerschutzorganisationen zu politischen Großgruppen des ersten Ranges entwickeln – und diese Entwicklung

ist legitim →, je mehr »big business« politisch im Interesse der gesamten Nation in Pflichtenpositionen rückt, unter checks and balances gestellt wird, desto intensiver stellt sich die Frage auch für die Gewerkschaften. Politische Interventionsmöglichkeiten der Regierung oder Zwangsschlichtungsverfahren sind anderen Staaten bekannt. Jede kontrollfreie öffentliche Gewalt ist auf die Dauer unerträglich. Freilich werden mit diesen Fragen Grundprobleme wiederum unserer Verfassungsstruktur angerührt, nach der die Gewerkschaften im Rahmen der sozialen Autonomie gleichsam eine von Arbeitnehmerinteressen unmittelbar konstituierte »Partei« außerhalb der sonstigen repräsentativen Parteienstrukturen darstellen, mithin eine Art *Repräsentation des vierten Standes* außerhalb eines prinzipiell vom *dritten Stand* (und für ihn!) konstituierten Verfassungsstaates. Von hier ließe sich die »Mitbestimmung« fast als Anlauf in Richtung eines neuartigen *contrat social* orientieren. Zugleich zeigt sich etwa im Verhältnis der ehemals »sozialistischen« Parteien zu den Gewerkschaften, im Verhältnis auch zwischen parlamentarischen Parteien und nicht-parlamentarischen »Parteien« überhaupt, wie sehr uns eine Verfassungstheorie für unsere Zeit fehlt, die durch einen historisch überholten Parlamentarismus ausschließlich bürgerlich-rechtsstaatlicher Konstruktion eben nicht ersetzt wird.

Über das Mitbestimmungsrecht hinaus und nicht schlicht als Trickkombination und Überwindung von Schwierigkeiten des Arbeits- und des Gesellschaftsrechts hat seit einer Reihe von Jahren die Idee eines *Unternehmensverfassungsrechts* im Schatten der Mitbestimmungsdebatte gestanden.

1. Das *Unternehmensrecht* hat seit langem Juristen wie Ökonomen, Politiker wie Soziologen gefesselt. Diese Beschäftigung hat zu wertvollsten Vorarbeiten, nicht dagegen zu greifbaren modernen Konzeptionen geführt. Uns fehlt noch ein modernes Unternehmensrecht. Seit einhundert Jahren pendelt das Unternehmen zwischen Objekt- und Subjektpositionen hin und her. Die Wahrheit liegt hier nicht etwa in der Mitte — dort wird sie bekanntlich nur liegengelassen —, die Wahrheit liegt in einem modernen Wirtschaftsrecht, das die veränderten Bedingungen von Staat, Gesellschaft, Wirtschaft einschmilzt, die erledigten Zonen Privatrecht und öffentliches Recht neu formt und die Daten für private Autonomie, Wettbewerb und Kooperation, aber auch öffentliche Intervention und politische Gestaltung markiert.

Im ganzen zwingen in der entwickelten kapitalistischen Wirtschaft mit ungeheuren Kapitalanforderungen und Kapitalrisiken die Entwicklungen zwangsläufig zu Verlagerungen von der Rechtsform der Handelsgesellschaften, die ein Unternehmen betreiben, zur Rechtsform für die betriebenen Unternehmen selbst, die zugleich allen im Unternehmen als einer sozial-ökonomischen Einheit vorhandenen pluralistischen Interessen Einfluß- und Re-

präsentationsmacht gewähren würde. Das vermag unser geltendes Gesellschaftsrecht indessen nicht zu leisten. Folglich steht heute zur Debatte das bisher *ungeklärte Verhältnis von handelsrechtlichem Gesellschaftsrecht* (als Recht des Verhältnisses von Gesellschafter-Individuen und ihrer Gemeinschaft), *arbeitsrechtlichem Betriebsrecht* (als Recht der Betriebsbeziehungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern) und »Unternehmensrecht« (als politischem Recht der »Verfassung« sozial-ökonomischer »Körper« von Rang). Je mehr dabei das Unternehmen vom Unternehmerbegriff wie vom Sachvermögensbegriff gelöst wird, im Sinne von ökonomischer Macht mithin funktionalisiert wird (ein Höhepunkt dieser Entwicklung wurde etwa im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 erreicht), je mehr aber auch der richtige Kern der Lehre vom »Unternehmen an sich« herausgeholt wird, desto mehr wird auch das »Großunternehmen« reif für die moderne Unternehmensverfassungsrechts-Debatte.

2. Eine Studienkommission des Deutschen Juristentages hat 1955 Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts vorgelegt (hier wichtig vor allem Teil I des Berichts [Ausschüsse I und II]), in einem Modellvorschlag — für den Fall der Einbeziehung von Mitbestimmung und Gemeinwohl in das Gesellschaftsrecht — den gesellschaftsrechtlichen Institutionenrahmen gesprengt und für Großunternehmen (damalige Größenordnungsorientierung: 50 bis 60 Mio. DM Aktienkapital und 10 000 Arbeitnehmer) vorgeschlagen: die Hauptversammlung wird durch eine Vertreterversammlung ersetzt mit einem Besetzungsverhältnis von zwei Aktionärvertretern zu zwei Arbeitnehmervertretern zu einem Vertreter des öffentlichen Interesses. In die Leitung des Unternehmens teilen sich der Verwaltungsrat (hier wiederum proportionale Vertretung der beteiligten Interessen) und das von ihm ernannte geschäftsführende Direktorium.

3. *Konkrete Vorstellungen über ein Unternehmensverfassungsrecht* sind seither nicht präsentiert worden. Zwar haben Vertreter von Wissenschaft und Gewerkschaften Überlegungen in Richtung auf ein solches UVR mündlich und schriftlich vorgetragen, aber für eine geschlossene Konzeption hat vor allem der DGB die Zeit noch nicht als reif erachtet. Nach bestimmten Plänen kommen für ein Unternehmensverfassungsrecht *Größtunternehmen* mit einer Beschäftigtenzahl von 20 000, einer Bilanzsumme von 750 Mio. DM (andere Beiträge sprechen von 500 Mio. DM) und einem Umsatz von 1,5 Milliarden (andere Beiträge sprechen von einer Milliarde DM) in Betracht, und zwar dann auch unabhängig von ihrer Rechtsform. Das wären in der Bundesrepublik rd. 50 Unternehmen. Für solche Unternehmen denkt man in Gewerkschaftskreisen an die Einführung einer Unternehmensversammlung — neben oder statt der Hauptversammlung →, in der Vertreter der

Aktionäre, der Arbeitnehmer, der Gewerkschaften und der Öffentlichkeit entscheiden, und eines Unternehmensrates — statt des Aufsichtsrates oder neben ihm —, der ähnlich dem montanmitbestimmten Aufsichtsrat zusammengesetzt wäre. Alle Einzelheiten sind noch dunkel und ungeklärt. Sicher ist, daß unterhalb dieser Größtunternehmen für alle sogenannten Großunternehmen die qualifizierte Mitbestimmung eingeführt werden soll. Für Größtunternehmen ist unklar, ob neben der Unternehmensversammlung eine Aktionärhauptversammlung, neben dem Unternehmensrat ein Aktionäraufsichtsrat bestehen bleibt und wie ihr Verhältnis zu sehen ist, oder ob einheitliche Organe als Grundorgan und Kontrollorgan eingeführt werden sollen, schließlich ob vielleicht die Interessenpluralisierung nur das Grundorgan (Unternehmensversammlung) treffen soll, damit der Unternehmensrat frei von Pluralisierung bleibt, vielleicht auch mit dem Vorstand verschmolzen werden könnte.

4. Diese Einzelheiten sind im Augenblick wohl auch nicht das Wichtigste. Entscheidend ist, daß alle diese Vorstellungen — neben anderen — auf die *Umgestaltung von Groß- und Größtunternehmen* in ihrer Organisation, in ihrer Interessenausrichtung und Wirkungsweise, in ihrer Verantwortlichkeit, kurzum: in ihrer Position als guter institutioneller Großbürger der Bundesrepublik zielen. Und allein hier fallen die *politischen Entscheidungen*. Alles andere ist rechtliche Technik. Die Schwierigkeiten solcher Technik sind nicht zu unterschätzen. Aber die Hauptprobleme sind jedenfalls nicht von rechtlicher Qualität. Der Jurist leistet im Gegenteil seinen besten Beitrag nicht, indem er hier heiligen Systemboden verteidigt, sondern indem er hilft, politische Fragen nicht rechtlich zu zementieren. Denn eine leider weithin üblich gewordene Versteinerung von Sachfragen, die dem politischen Kräftespiel offengehalten werden müßten, zu Rechtsanwendungsfragen verfehlt auch deswegen das Verhältnis von Politik und Recht, weil sie die Scheinberuhigung stimuliert, das Sachproblem sei »in besten Händen«. In der Vermeidung von Institutionalisierungen, die politische Fragen zu Rechtsfragen verfälschen, umgekehrt in der rechtlichen Verankerung von Fragen, die politisch auf Dauer entscheidungsreif geworden sind, liegt das *Geheimnis eines zukünftigen Unternehmensverfassungsrechts*. Denn gute politische Ordnung wächst allein aus guter Politik, nicht aus Rechtsanwendung. Der Himmel bewahre uns im übrigen vor aufgeblähten bürokratischen »Fernsehräten« in jedem einzelnen Großunternehmen.

5. Geht der Standpunkt der Mitbestimmungsgegner an *Forderungen der modernen Demokratie* — wohlgemerkt, es geht nicht um die Demokratisierung des Unternehmens X oder Y, sondern um die Demokratisierung unseres öffentlichen und politischen Lebens, von dem die Großunternehmen einen bedeutenden Teil

bestreiten — vorbei, identifizieren sie das politische Gemeinwesen unserer Zeit fälschlich mit einer Mischung aus Rousseaus Staatsbild und dem Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, zielt umgekehrt der Standpunkt der Mitbestimmungsanhänger zu Unrecht auf Usurpation des *bonum commune* durch Gewerkschaften (ohne wirklich demokratische Legitimation und Verantwortlichkeit), eine Usurpation, deren Folgen nicht die Gewerkschaften, sondern das Volk zu tragen hat, dann liegt es auf der Hand, daß das Mitbestimmungsproblem nicht nur nicht reif ist, von der Diskussion schon zur Aktion übergeleitet zu werden, sondern daß unter diesem Stichwort sogar die Probleme an falscher Stelle — jedenfalls nur in unzureichenden Teilaspekten — behandelt werden. Die größte Gefahr, die in einer grandiosen Versteinerung bisheriger Mitbestimmungs-Erprobungsmodelle liegt, ist wohl in ihrer Alibi-Funktion eines »harmlosen Revolutionsersatzes« (F. Böhm) zu sehen: als nicht gründlich durchdachte Institutionalisierung weckt die Mitbestimmung den falschen Schein, ein Teil der objektiven Konflikte in unserer nur langsam erzielbaren politisch-pluralistischen Gesellschaft sei »bereinigt«. Ob also das UVR überhaupt das richtige Diskussionsstichwort sein kann, ist nicht zuletzt eine Frage der *Alternativen*, wobei Extremlösungen (radikaler Sozialismus) nicht zur Debatte stehen. *Publizität* bietet sich gleichsam von selbst an, und sie ist schließlich auch ein Kernelement des Unternehmensverfassungsrechts. Das neue Aktiengesetz hat sie auf seinen Schild gehoben, wie überhaupt in diesem Gesetz im Bilanz-, Publizitäts- und Konzernrecht Teile der angeschnittenen Probleme angepackt, aber nicht erledigt worden sind. Das Dilemma der Publizität ist indessen nach wie vor, daß sie eine funktionsfähige Öffentlichkeit und ein entsprechendes öffentliches Klima sowohl voraussetzt wie umgekehrt auch erst zu schaffen berufen ist. *Wirtschaftsräte* scheiden heute sicher als Lösung aus. Ihren funktionellen Todesstoß haben sie durch die politisch-parlamentarische Entwicklung erhalten. Der Übergang des Konstitutionalismus zur parlamentarischen Demokratie hat einerseits den Dualismus von Parlament und Regierung zu Gunsten des Dualismus von Regierungs- und Oppositionsparteien aufgehoben und andererseits durch die Öffnung der Parteien, die gerade dadurch imstande sind, alle Interessen zu mediatisieren, freilich damit zugleich »entpolitisieren« (darin liegt heute das politische Problem des Parteienstaates), den Boden für ein *Sachverständigenparlament* neben dem politischen Parlament entzogen. In den politischen Parlamenten sitzen heute nicht mehr Laien, sondern Sachverständige. So jedenfalls im politischen Anspruch an das moderne Parlament. Ob er eingelöst wird, ist ein Problem für sich. Erklärlich ist deshalb auch — und darin steckt ein Richtigkeitsstest —, daß, wo immer politische Parteien und ein politisches Parlament funktionell ausfallen, wie etwa in der

EWG, wie aber auch z. B. im Rahmen einer Partei selbst, wieder Platz für Wirtschaftsräte ist. Auch ein Unternehmensrat hätte Ähnlichkeit mit einem Wirtschaftsrat im kleinen. Mitbestimmung und Unternehmensverfassungsrecht zielen freilich stets noch und nur auf Strukturveränderungen eines jeweils betroffenen Unternehmens. Zur politischen Demokratie eines von Wirtschaft abhängigen Gemeinwesens aber gehört die politische Kontrolle der gesamtwirtschaftlichen Steuerungs-, Lenkungs- und Planungsvorgänge. »Überbetriebliche« Mitbestimmung aber würde natürlich erst recht die politische Frage nach den gesellschaftspolitischen Zielvorstellungen z. B. der Gewerkschaften aufwerfen.

6. Das UVR scheint also lediglich ein geeignetes *Arbeitsstichwort* für die Schaffung neuer komplizierter demokratischer Mechanismen zu sein, wenn man ernst macht mit der Demokratisierung – und das ist die Legitimation und Verantwortlichkeit *allen* politisch relevanten Handelns – unseres Zusammenlebens.

Das gehört zu unseren langfristigen Pflichten. Indessen sollte man nicht übersehen, daß es mit einfachen Institutionen nicht getan ist, sondern um das richtige Verständnis moderner Staatlichkeit, Gesellschaft, Wirtschaft, Interessenvertretung, Gewaltenteilung, Föderalisierung geht. Das Unternehmensverfassungsrecht zielt geradezu auf einen Beitrag zu einem neuartigen *Föderalismus*, der die Status- und Feudalisierungerscheinungen spiegelt, in denen Großunternehmen ähnliche politische Stellenwerte annehmen wie Städte und Gemeinden, öffentliche Verbände und Körperschaften, aber auch die Bemühungen, von einer *démocratie gouvernée* zu einer *démocratie gouvernante* vorzudringen, in der weder Individuen noch mächtige Kollektive allein das politisch-ökonomisch-soziale Geschehen beherrschen.

Die Bundesregierung, aber auch z. B. die SPD, haben jüngst Untersuchungs- und Beratungskommissionen für die Mitbestimmung eingesetzt. Es bleibt abzuwarten, ob in solchen Kommissionen ein politischer Konsensus über notwendige Vorverständnisse wichtigster beteiligter Institutionen zu erzielen oder jedenfalls vorzubereiten ist und ob in ihnen Diskussionsballast abzuwerfen und die wirklichen Probleme zu stellen sind. Wenn nein, werden sich Kongresse, Tagungen, Forderungen und Gegenforderungen endlos fortsetzen, ohne Ergebnis, außer daß die politische Atmosphäre heißer, schärfer und abstoßender wird.

Wir sehen, die Probleme sind auch hier ebenso kompliziert wie bisher ungelöst. Natürlich darf man nicht vor lauter Kompliziertheit nichts tun oder resignieren. Das wäre nur ein Alibi für Faulheit oder Feigheit. Aber komplizierte Dinge kommen auch nicht dadurch ins rechte Gleis, daß man sie simplifiziert und sich dann bei falschen Teillösungen überdies tröstet, man habe politisch wie rechtlich etwas geleistet. Denn es geht um nicht weniger als

unsere politische und demokratische Gesellschaft selbst und die Richtung ihrer Entwicklung zwischen »Kapitalismus« und »Sozialismus«.

XV. ARBEITSVERTRAGSRECHT

Arbeitsrecht ist das *Sonderrecht* der *abhängigen Arbeitnehmer*. So sieht es die übliche Definition. Sie offenbart ihr zweifaches Dilemma. *Sonderrecht* für Arbeit, wenn Arbeit unsere menschliche Existenz konstituiert? »Allgemeinrecht« zielt in der Tat – jedenfalls nach seinem überkommenen Verständnis und dem ihm zugehörigen Rechtssystem – nicht auf unsere *reale* Existenz, sondern auf eine *ideale* Existenz. Die Freiheitskonzeption des deutschen Idealismus hat Recht (als Bürgerliches Recht) zu Autonomie-Recht gemacht, unter den Bedingungen der bürgerlich-privatkapitalistischen Wirtschaftsgesellschaft wurde daraus im 19. Jahrhundert Herrschafts-Recht, ein Recht des Klassen-gegenatzes von »Kapital« und »Arbeit«. Arbeitsrecht als Sonderrecht läßt sich mithin wiederum nur in historischen und gesellschaftlichen Zusammenhängen und Kategorien begreifen, in Zusammenhängen und Kategorien des »Rechts« – weder des privaten noch des öffentlichen Rechts – dagegen schlechterdings nicht. Dieses Pardon markiert die heutige Position von Arbeitsrecht.

Arbeitsrecht als Sonderrecht gerade der *abhängigen Arbeitnehmer* weist auf unerledigte Emanzipationsprozesse (»Abhängigkeit«) und verrät in der terminologischen Rollenvertauschung (der »Arbeitnehmer« nimmt nicht, sondern *gibt*, der »Arbeitgeber« gibt nicht, sondern *nimmt* Arbeit im Sinne von *Leistung*) die gesellschaftlichen Machtverhältnisse solcher Abhängigkeit (der »Arbeitnehmer« nimmt, der »Arbeitgeber« gibt Arbeit im Sinne von *Arbeitsgelegenheit*).

Modernes Arbeitsrecht ist ein Produkt der industriell-kapitalistischen Produktionsweise. Vorindustrielles »Arbeitsrecht« war entweder »Sachenrecht« (so etwa das Römische Recht der »Sklavenmiete«; »Arbeiter« [in aller Regel Unfreie] blieben Rechtsobjekte; der »freie« Römer »arbeitet« nicht) oder »Ständerecht« (so vor allem das germanisch-deutsche Recht der Unselbständigen [z. B. des Gesindes] und der »Selbständigen« [der Bauern, der Handwerker, der Kaufleute]). Ihr charakteristischer Unterschied zur industriell-kapitalistischen Arbeitsweise liegt in den Beziehungen der Arbeitenden zu den Produktionsmitteln. Sie werden zum Zentrum des »Marxismus«. *Karl Marx* hat *Hegels* philosophischen Arbeitsbegriff, der die damals moderne Nationalökonomie reflektierte, ökonomisch fixiert und unter den objektiven Bedingungen der bestehenden Produktionsverhältnisse die aus recht-