

BEITRÄGE ZUM HANDELS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

FESTSCHRIFT FÜR FRITZ RITTNER
ZUM 70. GEBURTSTAG

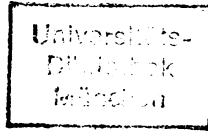
HERAUSGEGEBEN
VON

MANFRED LÖWISCH
CHRISTIAN SCHMIDT-LEITHOFF
BURKHARD SCHMIEDEL †



C. H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1991

4227



91 P 406

ISBN 3 406 34906 4

Satz und Druck: Passavia Druckerei GmbH Passau

INHALTSVERZEICHNIS

PETER BADURA

Dr. jur., Professor an der Universität München

- Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht – Verfassungsrechtliches
Korollarium zur Rolle des Privatrechts in der Rechtsordnung 1

WERNER BENISCH

Dr. jur., Köln

- Verhältnis von Kartellverbot und Fusionskontrolle 17

UWE BLAUROCK

Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen

- Der Vorvertrag zur Zeichnung von Aktien 33

GEORG BÜCHNER

Dr. jur., Vorsitzender des Vorstands der Württ. Feuerversicherungs-AG,
Stuttgart

- Auf dem Weg zu Gruppenfreistellungen der EG-Kommission
für den Versicherungsbereich 55

MARTIN BULLINGER

Dr. jur. Dr. h. c., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

- Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart 69

MEINRAD DREHER

Dr. jur., LL.M., Privatdozent an der Universität Freiburg i. Br.

- Konkurssicherungsfonds statt Wirtschaftsaufsicht? –
Zu den Schranken des Vorrangs der privatautonomen Selbst-
verwaltung der Wirtschaft 93

WERNER FLUME

Dr. jur. Dr. h. c., Professor an der Universität Bonn

- Die Problematik der Zustimmungspflicht des Gesellschafters einer
Personengesellschaft zu Gesellschafterbeschlüssen und zur
Änderung des Gesellschaftsvertrags 119

WALTHER HADDING

Dr. jur., Professor an der Universität Mainz

Haftungsbeschränkung in der unternehmerisch tätigen
Gesellschaft bürgerlichen Rechts 133

GUNTHER HARTMANN und CHRISTOPH ATZPODIEN

Dr. jur., Professor an der Universität Marburg;

Dr. jur., Rechtsanwalt in Köln

Zu den Auswirkungen stiftungsrechtlicher Genehmigungs-
erfordernisse bei Rechtsgeschäften 147

PETER HOMMELHOFF

Dr. jur., Professor an der Universität Heidelberg

Teilkodifikationen im Privatrecht –
Bemerkungen zum Produkthaftungsgesetz 165

KLAUS J. HOPT

Dr. jur. Dr. phil., M.C.J., Professor an der Universität München

Übernahmeangebote im europäischen Recht 187

UWE HÜFFER

Dr. jur., Professor an der Universität Bochum

Der Sachzeitwert als Übernahmepreis für Stromversorgungs-
anlagen –
Eine Untersuchung zu Folgeproblemen der Vierten
Kartellnovelle 211

FRIEDRICH K. JUENGER

J.D., M.C.L., Professor an der Universität Davis (California)

Lex mercatoria und Eingriffsnormen 233

WOLFGANG KARTTE

Dr. jur. h. c., Professor an der Universität Bonn,
Präsident des Bundeskartellamts

Chancen und Risiken für den Wettbewerb im EG-Binnenmarkt . 251

HELMUT KÖHLER

Dr. jur., Professor an der Universität Augsburg

Nachvertragliche Wettbewerbsverbote für Absatzmittler:
Zivilrechtliche und kartellrechtliche Schranken 265

ALFONS KRAFT

Dr. jur., Professor an der Universität Mainz

Betriebliche Mitbestimmung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 285

ALBRECHT KRIEGER

Dr. jur. h. c., Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz a. D., Bonn

Muß die Mitbestimmung der Arbeitnehmer das europäische Gesellschaftsrecht blockieren? 303

KARL KROESCHELL

Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Die ländliche Eigentumsordnung in der DDR 323

MICHAEL KULKA

Dr. jur., LL.M., wissenschaftlicher Assistent an der Freien Universität Berlin

Das Verhältnis von Artikel 85 und 86 EWG-Vertrag 343

RÜDIGER LIEBS

Dr. jur., Rechtsanwalt in Düsseldorf

Die Nichtbeachtung des Zahlungsverbots in der Krise des Unternehmens –
Zur Haftung der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrats. 369

MANFRED LÖWISCH

Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Günstigkeitsprinzip als Kartellverbot 381

ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER

Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Professor an der Universität Hamburg,
Direktor des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales
Privatrecht, HamburgZur Rechtsstellung urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften
im europäischen Wettbewerbsrecht 391

WERNHARD MÖSCHEL

Dr. jur., Professor an der Universität Tübingen

Schutzziele eines Wettbewerbsrechts 405

WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS

Dr. jur., Dr. rer. pol., Dres h. c., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

„Vorrang des Verfassungsrechts“ und „Vorrang des Privatrechts“	423
-----------------------------------------------------------------------------	-----

PETER RAISCH

Dr. jur., Professor an der FernUniversität Hagen

Freie Berufe und Handelsrecht	471
-----------------------------------------	-----

ALEXANDER RIESENKAMPFF

Dr. jur., M.B.A., Rechtsanwalt in Frankfurt

Perspektiven und Probleme der europäischen Fusionskontrolle . .	491
-----------------------------------------------------------------	-----

HEINZ ROWEDDER

Professor an der Universität Mannheim, Rechtsanwalt in Mannheim

Der gemeinsame Vertreter gemäß § 306 Abs. 4 AktG – Rechtsstellung, Vertretungsmacht und Aufgabe	509
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

WOLFGANG SCHÄUBLE

Dr. jur., Bundesminister des Innern, Bonn

Abgaben als Lenkungsinstrumente?	521
--------------------------------------------	-----

PETER SCHLECHTRIEM

Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Dogma und Sachfrage – Überlegungen zum Fehlerbegriff des Produkthaftungsgesetzes	545
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

KARSTEN SCHMIDT

Dr. jur., Professor an der Universität Hamburg

Konzentrationsprivileg und Gleichordnungsvertragskonzern – Kartellrechtsprobleme des Gleichordnungskonzerns	561
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

REIMER SCHMIDT

Dr. jur., Dr.-Ing. E. h., o. Professor an der Universität Hamburg a. D.,
Hon. Professor der RWTH Aachen

Juristische Überlegungen zur Deregulierung des Versicherungs- rechts	583
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

CHRISTIAN SCHMIDT-LEITHOFF

Dr. jur., Privatdozent an der Universität Freiburg, Rechtsanwalt in Stuttgart

- Gedanken über die Privatrechtsordnungen als Grundlage
zum EWG-Vertrag 597

UWE H. SCHNEIDER

Dr. jur., Professor an der Universität Darmstadt, Direktor des Instituts für Internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Universität Mainz

- Stimmrechtsbeschränkungen im amerikanischen Aktien- und
Kapitalmarktrecht 613

RUPERT SCHOLZ

Dr. jur., Professor an der Universität München

- Tarifautonomie, Arbeitskampf und privatwirtschaftlicher
Wettbewerb 629

AKIRA SHODA

Dr. jur., Professor an der Sophia-Universität Tokyo

- Kartellrecht und Verbraucher 651

WERNER VON SIMSON

Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg i. Br.

- Die Reichweite rechtlicher Regelungen als Voraussetzung ihrer
Wirksamkeit 659

ERNST STEINDORFF

Dr. jur., Professor an der Universität München

- Der Wettbewerber als Minderheitsaktionär 675

JOACHIM N. STOLTERFOHT

Dr. jur., Professor an der Universität Freiburg i. Br., Rechtsanwalt und Steuerberater in Freiburg i. Br.

- Der Wettbewerbsrichter als Verwaltungsjurist –
Erwägungen zum Vorsprung durch Rechtsbruch 695

ARNDT TEICHMANN

Dr. jur., Professor an der Universität Mainz

- Der Leasing-Vertrag zwischen Abzahlungskauf und Verbraucher-
kredit 717

PETER ULMER

Dr. jur., Professor an der Universität Heidelberg

Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen und Ausschließung von
GmbH-Gesellschaftern aus wichtigem Grund – Wirksamkeit
schon vor Abfindung des betroffenen Gesellschafters? 735

IMRE VÖRÖS

Dr. jur., Professor an der Universität Miskolc (Ungarn),
Richter am Verfassungsgerichtshof der Republik Ungarn

Die Herausforderung der Kooperation als Rechtsbegriff im
Spannungsfeld des Wettbewerbs- und Gesellschaftsrechts 757

HARM PETER WESTERMANN

Dr. jur., Professor an der Universität Tübingen

Das Rechts des Leistungssports – ein Sonderprivatrecht? 771

CHRISTINE WINDBICHLER

Dr. jur., LL.M., Professor an der Universität Freiburg i.Br.

Über die Passion des Wettbewerbs in Deutschland. 793

MEINRAD DREHER

Dr. jur., LL.M., Privatdozent an der Universität Freiburg i.Br.

Schriftenverzeichnis Prof. Dr. F. Rittner 809

PETER BADURA

Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht
– Verfassungsrechtliches Korollarium zur Rolle des
Privatrechts in der Rechtsordnung –

*1. Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Prinzipien
und Werkzeuge gesellschaftsrechtlicher Organisation*

a) „Die prinzipielle Zuständigkeit des Einzelnen, allein oder zusammen mit anderen Personen Unternehmen frei zu gründen, zu betreiben und sie bis zu Großunternehmen auszubauen, war und ist die Grundlage der modernen freiheitlichen Wirtschaft.“¹ Die so ausgezeichnete „Zuständigkeit“ des einzelnen, unternehmerisch zu handeln, wird durch die Rechtsordnung begründet, und es ist ein tragender Grund einer freiheitlichen Rechtsordnung, daß diese Zuständigkeit durch die Normen des Privatrechts zugewiesen und ihrem wesentlichen Inhalt nach als Privatautonomie geordnet wird. Es ist der Grundgedanke des Privatrechts, daß es der Rechtsperson schlechthin die Fähigkeit gibt, ihre rechtlichen Beziehungen selbst rechtlich zu gestalten.²

Die „Rechtsperson“, Zentralbegriff des modernen Rechtssystems, darf jedoch nicht als Privatrechtsperson definiert und damit von der „Ethik der freien sittlichen Persönlichkeit“ getrennt und der Person des Staatsbürgers, dem zu politischer Freiheit emanzipierten citoyen, entgegengesetzt werden.³ Der aufgeklärte Freiheitsbegriff in seiner Vollendung durch Rousseau und den deutschen Idealismus erkennt das individuelle Interesse nur als einen in die sittliche Person eingebundenen Beweggrund und Sozialfaktor an: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freiheit willen. ... Darum muß der

¹ Rittner, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1987, S. 125.

² Rittner, Zum gegenwärtigen Stand neoliberaler Rechtstheorie, AcP 180, 1980, S. 392/396.

³ Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, S. 151 ff.; *ders.*, Neoliberale Rechtstheorie (Fn. 2), S. 396.

ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen ...“⁴

Die Privatautonomie der Rechtsperson ist damit ein Werkzeug der Teilnahme am Privatrechtsverkehr, das durch die Rechtsordnung nicht allein nach dem Richtmaß des Interesses, der Nützlichkeit und der Rechtstechnik geformt werden kann. Sie ist aber andererseits nicht eine „vorstaatliche“ oder sonstwie apriorische Größe, die ohne weiteres zwingende Gebote der Rechtspolitik ergibt. Die Kennzeichnung der Privatautonomie als „Zuständigkeit“ des einzelnen, die „prinzipiell“ gegeben sein müsse, erweist sie als einen Begriff der Abgrenzung, als Prinzip, dem die Rechtsordnung im Sinne einer Grundorientierung zu folgen hat, dessen normative Ordnung und Reichweite aber je nach den Erfordernissen, im Rahmen der Verfassung, durch die politische Entscheidung des Gesetzgebers zu bestimmen ist.⁵ Eine Rechtsordnung, die auf der freien Entfaltung der Persönlichkeit beruht und damit auch auf die – rechtlich nicht zu gewährleistende, aber als soziale Bedingung einer lebenswirksamen Rechtsordnung vorauszusetzende – sittliche Bindung der Person vertraut, muß die weitaus meisten Bereiche sozialen Handelns den einzelnen und ihrer privatautonomen Gestaltung überlassen. Damit wird die Ordnung des Wirtschaftsverkehrs und des unternehmerischen Handelns dem Grundsatz nach dem Privatrecht zugewiesen und die Privatautonomie als Richtschnur der Privatrechtsgesetzgebung postuliert.⁶

Die Privatautonomie ist die Grundlage der Marktwirtschaft,⁷ „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“.⁸ Eine wesentliche Ausprägung der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit.⁹ Die Vertragspartner gestalten ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich; sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich zu respektieren.¹⁰ Demnach besteht auch verfassungsrechtlich, je nach der Art der jeweils grundrechtlich geschützten

⁴ *Von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 2. – *Rittner*, Rechtsperson und juristische Person, in: Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, 1982, S. 331/333 ff.

⁵ *Rittner*, Neoliberale Rechtstheorie (Fn. 2), S. 397.

⁶ *Rittner*, Neoliberale Rechtstheorie (Fn. 2), S. 398 f., 401; *ders.*, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 1981, S. 99 ff.; *ders.*, Über den Vorrang des Privatrechts, in: Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 509.

⁷ *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl. 1984, S. 48.

⁸ BVerfG Beschl. vom 7. Februar 1990 – 1 BvR 26/84 – (Karenzenschädigung bei einem Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter) C I 2.

⁹ *Badura*, Staatsrecht, 1986, C. 79.

¹⁰ BVerfG (Fn. 8) C I 2.

Freiheitssphäre und Handlungsfreiheit, ein Vorrang der privatautonomen Gestaltung.¹¹

Der von *Rittner* der vorrangigen „privatautonomen Gestaltung“ gegenübergestellte Bereich „hoheitlicher Gestaltung“, zu dem auch die zwingenden Vorschriften des Privatrechts gerechnet werden, wird auf eine nur ergänzende, sichernde, helfende, insgesamt also subsidiäre Funktion verwiesen. Das könnte mißverstehbar sein, und zwar in zweierlei Hinsicht. Privatautonomie und Vertragsfreiheit bedürfen, um überhaupt als Rechte und als rechtlich wirksame Handlungsformen im Rechtsverkehr fungieren zu können, gesetzlicher Ordnung. Die Freiheit kann in die Rechtsordnung nur im Wege rechtlicher Ausgestaltung eintreten. Folgerichtig bezeichnet es *Rittner* als eine Aufgabe für die hoheitliche Ergänzung der privatautonomen Ordnung, die Voraussetzungen festzulegen, die von Rechts wegen für die Ausübung selbständiger Wirtschaftstätigkeiten maßgeblich sein sollen. Dazu gehört auch die wirtschaftsrechtliche Bestimmung darüber, welcher Art die privatrechtlichen Subjekte sein sollen, die sich auf den einzelnen Märkten oder überhaupt in der Wirtschaft betätigen. Diese – wie *Rittner* sie nennt – vorwiegend strukturellen Aufgaben fallen dem Berufsrecht und dem Unternehmensrecht zu.¹² Die gesetzliche Ordnung und Ausgestaltung der Privatautonomie, beispielsweise die Ordnung und Ausgestaltung der Vereinigungsfreiheit durch das Gesellschafts- und Konzernrecht, schließt eine bestimmte Rechts- und Wirtschaftspolitik ein. Das Gesetz, das die Grundrechtsausübung ermöglicht und sichert, ist nicht als – subsidiäre – „hoheitliche Gestaltung“ oder – staatsrechtlich gesprochen – als Eingriff in Freiheit und Eigentum zu verstehen. Ein derartiges Gesetz kann allerdings, mag es auch in der Grundlinie als Bestimmung des Inhalts der Privatautonomie intendiert sein, ohne scharfen Übergang als Bestimmung einer Schranke des Freiheitsgebrauchs erscheinen.

Die gesetzliche Ordnung und Ausgestaltung der Privatautonomie läßt sich – zweitens – von der hoheitlichen Gestaltung unterscheiden, wobei aber diese nicht in dem Sinne nur subsidiär ist, daß sie nur Gefahren oder einen Mißbrauch abwehren dürfte. Die Bindung und Beaufsichtigung privatautonomer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung des Allgemeininteresses und zum Schutz der Interessen Dritter, je nach der Funktion und den spezifischen Gefahren der Art privatautonomer Gestaltung, ist das zuerst ins Auge fallende Feld der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtli-

¹¹ *Rittner*, Wirtschaftsrecht (Fn. 1), S. 34f., 39ff. – Zum verfassungsrechtlichen Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht siehe *Papier* und *Söllner*, RdA 1989, 137 und 144.

¹² *Rittner*, Wirtschaftsrecht (Fn. 1), S. 40, 121 ff.

chen Gesetzgebung, die der Privatautonomie Schranken zieht. Beispielsweise gehört die Beschränkung des Wettbewerbs zu den typischen Gefahren, die der Privatautonomie eigen sind.¹³ Doch ist damit der politisch legitime und verfassungsrechtlich zulässige Bereich hoheitlicher Gestaltung nicht erschöpft. Kraft des Sozialstaatsprinzips darf sich der Staat nicht auf den bloßen Schutz und die Abwehr von Gefahren beschränken, sondern ist ihm die Verantwortung für soziale Gerechtigkeit aufgegeben.¹⁴ In dem Maße wie der sozialstaatlichen Gesetzgebung wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitische Gestaltungsaufgaben erwachsen und auch verfassungsrechtlich zukommen, ggf. sogar abverlangt werden, reduziert sich der Dualismus privatautonomer oder hoheitlicher Gestaltung auf eine Frage des Maßes und auf die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes, jeweils bezogen auf den Wesensgehalt – den sachlich maßgebenden Schutz- und Ordnungsgehalt – des betroffenen Grundrechts. Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze, die im Gefüge einer bestimmten Politik auch den verfassungsrechtlichen Zielsetzungen, Schutzpflichten und Rahmenbedingungen Rechnung zu tragen haben. Eine der grundsätzlichen Verfassungsgebote, aus denen Schranken der Privatautonomie hervorgehen können, wird in Fällen gestörter Vertragsparität wirksam, in denen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen müssen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. „Solche Schranken sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. ... Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven

¹³ Rittner, Einführung (Fn. 6), S. 99 ff. – Rittner grenzt hier seinen Standpunkt von den Lehren des Ordoliberalismus ab und betont, daß die den Wettbewerb bedrohenden Gefahren der Privatautonomie nicht dadurch behoben werden könnten, daß eine Idealform des Wettbewerbs oder der Marktstrukturen festgelegt werde. Die positive Gestaltung des Wettbewerbs müsse Sache privatautonomem Handelns bleiben.

¹⁴ Rittner, Wirtschaftsrecht (Fn. 1), S. 37 f. – Rittner fügt hinzu, daß das Sozialstaatsprinzip eine Rechtfertigung für einen Wohlfahrts- und Versorgungsstaat oder für „Wirtschaftsdemokratie“ nicht enthalte. Es dürfte jedoch schwerfallen, derartige politische Programme mit rechtlichen Mitteln aus dem Kreis möglicher Ziele einer sozialstaatlichen Gesetzgebung auszuschließen, wenn „soziale Gerechtigkeit“ im Sinn umfassender Verantwortung des Staates verstanden wird.

Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip . . .“ Fehlen entsprechende Vorschriften, richtet sich der Schutzauftrag der Verfassung an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Verfassung in diesen Fällen mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat, nämlich mit Hilfe solcher zivilrechtlicher Generalklauseln, die als Übermaßverbote wirken, vor allem nach §§ 138, 242, 315 BGB.¹⁵

b) Die selbständige Erwerbstätigkeit des Unternehmers ist dadurch gekennzeichnet, daß der Unternehmer haftendes Kapital investiert, um gewerbsmäßig und im Wettbewerb Waren oder Dienstleistungen anzubieten. Die spezifische Leistung des Unternehmers besteht in Initiative, Organisation und Wagnis, seine rechtlichen Mittel sind die Handlungsmöglichkeiten der Privatautonomie, vor allem die Vertragsfreiheit. In der entwickelten Industriegesellschaft ist unternehmerisches Handeln größeren Maßstabs nur durch Assoziation erfolgreich möglich, also durch Kooperation und Organisation mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts. Der Unternehmer bedient sich zwar vermögenswerter Rechte und ist dementsprechend auf den Schutz der Eigentumsgarantie angewiesen. Der eigentliche Wirkungskreis unternehmerischen Handelns liegt jedoch in der aktiven und zukunftsgerichteten Leistung, wie sie die liberale Gewerbe- und Handelsfreiheit vor Augen hat und wie sie heute zuerst durch die Berufsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt ist.¹⁶

Das Unternehmen – das Handelsgeschäft – verkörpert daher Interessen des Eigentümers, im Falle einer Handelsgesellschaft als „Trägerin“ des Unternehmens einen Komplex von Eigentümerinteressen, die nach den Regeln des Gesellschaftsrechts durch die Organe der Gesellschaft koordiniert und zu einem Gesamtinteresse der Gesellschafter präzisiert werden.¹⁷ Das Unternehmen ist aber alles andere als eine fruchttragende Sache; es ist eine Aktionseinheit, eine wirtschaftliche Leistungseinheit, eine selbständige Willens- und Entscheidungseinheit. Das Unternehmen wird als individuelle Aktionseinheit geschaffen. Es soll ständig wirtschaftliche Leistungen, Güter oder Dienste hervorbringen und muß sich im Wettbewerb bewähren. „Die Einheit des Unternehmens ergibt sich . . . nicht aus der Objektivität der in ihm vorhandenen Produktionsfaktoren, sondern aus der Subjektivität der Planungs- und Entscheidungsgewalt.“ Diese

¹⁵ BVerfG (Fn. 8), C I 3.

¹⁶ Hierzu und zum folgenden *Badura*, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften, DÖV 1990, S. 353. Siehe auch *Badura/Rittner/Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, 1977, S. 190 ff.

¹⁷ *Rittner*, Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht, in: Marburger Gespräch über Eigentum – Gesellschaftsrecht – Mitbestimmung, 1967, S. 50/53, 61.

Planungs- und Entscheidungsfunktion ist Sache des Kaufmanns oder der Handelsgesellschaft, die das Unternehmen betreibt und die auch im Hinblick auf das bereitgestellte Kapital das Risiko trägt. Das Eigentum als Grundlage des Unternehmens sichert zugleich die Kontinuität, auf die das Unternehmen seinem Wesen nach angelegt ist, und damit die langfristige Planung.¹⁸

Die Einsicht in den Grundcharakter des Unternehmens als Aktions- und Leistungseinheit erschließt den Blickwinkel für die Bedeutung des Gesellschaftsrechts und für die bestimmende Rolle der privatautonomen Gestaltung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts. *Rittner* stellt dem Gesetzgeber des Gesellschaftsrechts die Aufgabe, durch geeignete Gesellschaftstypen funktionsfähige Träger für die unternehmerische Tätigkeit zu schaffen. Insbes. durch die unternehmensrechtliche Ausformung der Willensbildungsautonomie sei zu gewährleisten, daß die Gesellschaft als selbständige Einheit fungiere und damit die Voraussetzungen erfülle, die wirtschaftsrechtlich an den Unternehmensträger zu stellen seien.¹⁹ Demgemäß werden Projekte verworfen, die Aktiengesellschaft zu einem „Aktienunternehmen“ umzugestalten oder das zum Teil zwingende Organisationsrecht, das sich in den konzernrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes 1965 auf den Schutz der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre beschränkt, zu einem umfassenden Konzernorganisationsrecht auszubauen.²⁰ Eine „soziologische Sicht“ des Verhältnisses von Unternehmen und Gesellschaft, die eine Aufgliederung des vermeintlichen „Unternehmensverbands“ in die Gruppen der Manager, der Kapitalgeber und der Arbeitnehmer²¹ kann *Rittners* rechtssystematische Deutung des Gesellschafts- und Unternehmensrechts nicht treffen, da sie nach ihren eigenen Prämissen nicht in der Lage ist, die privatautonome Zuständigkeit der unternehmerisch handelnden Rechtsperson zu erfassen.

Die Gründung des Gesellschaftsrechts auf privatautonome Gestaltung bleibt zutreffend auch für die Errichtung einer juristischen Person mit den Mitteln gesellschaftsrechtlicher Organisation.²² Die privatwirtschaftlich errichtete juristische Person des Privatrechts ist das Werk einzelner und ihres rechtsgeschäftlichen Handelns. Die Einsicht, daß die juristische Person hinsichtlich ihrer Rechtsfähigkeit ein Geschöpf der Rechtsord-

¹⁸ *Rittner*, Funktion des Eigentums (Fn. 17), S. 54; *ders.*, Wirtschaftsrecht (Fn. 1), S. 123.

¹⁹ *Rittner*, Funktion des Eigentums (Fn. 17), S. 55; *ders.*, Wirtschaftsrecht (Fn. 1), S. 139.

²⁰ *Rittner*, Konzernorganisation und Privatautonomie, AcP 183, 1983, S. 295/302 (unter Bezugnahme auf BGHZ 83, 106, 144, 151) und S. 307 ff.

²¹ Siehe *Kunze*, Unternehmen und Gesellschaft, ZHR 147, 1983, S. 16/19.

²² Hierzu und zum folgenden *Badura*, Unternehmensfreiheit (Fn. 16), S. 354 ff.

nung ist, darf nicht zu der These verkürzt werden, die juristische Person sei ein von den beteiligten Menschen sehr entferntes oder gar abgelöstes, nur „künstliches“ Gebilde. Die juristische Person ist ein Werkzeug privatautonomer Gestaltung mit Hilfe der Assoziation und der Verselbständigung zweckgebundener und zweckrational organisierter Wirtschaftseinheiten.²³ Die dieser Zielsetzung dienenden Rechtsformen des Gesellschaftsrechts geben dem einzelnen eine spezifische Handlungs- und Wirkungsmöglichkeit mit einem eigenen Rechtswert. Diese in Verfolgung unternehmerischer Zwecke auftretende privatautonome Gestaltung ist Ausdruck individueller Betätigung und Interessenverwirklichung, zugleich aber eine im Gemeininteresse bestehende Institution entwickelten Rechtsverkehrs.

2. Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften

In den größeren, als Kapitalgesellschaften verfaßten Unternehmen haben die Arbeitnehmer und – nach Maßgabe der Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates – die Gewerkschaften ein Mitbestimmungsrecht nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976.²⁴ In den Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahlindustrie sowie in bestimmten Obergesellschaften von Konzern mit Tochtergesellschaften, die zur Montanindustrie gehören,²⁵ gelten die besonderen Vorschriften der Montan-Mitbestimmung. Die Unternehmensmitbestimmung ist kraft hoheitlicher Gestaltung in das Gesellschaftsrecht eingefügt und wirkt als eine sozialordnungsrechtliche Modifikation oder Überformung der privatautonomeren Gestaltung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts.²⁶

²³ Reinhardt, Aktienrecht und Eigentumsordnung, in: Festschrift für Walther Schmidt, 1959, S. 23; ders., Vom Gesellschaftsrecht zum Unternehmensrecht? in: Festschrift für Günther Hartmann, 1976, S. 213.

²⁴ Die erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 ist mit den Grundrechten der von dem Gesetz erfaßten Gesellschaften, der Anteilseigner und der Koalitionen der Arbeitgeber vereinbar (BVerfGE 50, 290).

²⁵ In dem Verfahren nach § 98 AktG auf richterliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Aufsichtsrates der Mannesmann AG hat das LG Düsseldorf in dem nicht rechtskräftigen Beschluß vom 25. Januar 1990 – 25 Akt E 1/89 – die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Gesetz zur Sicherung der Montan-Mitbestimmung vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2312) zurückgewiesen (BANz. vom 22. Februar 1990).

²⁶ Badura, Wirtschaftliche Mitbestimmung, in: von Maydell/Kannengießner, Handbuch Sozialpolitik, 1988, S. 244.

Sie bildet eine rudimentäre Unternehmensverfassung. „Mit der Unternehmensmitbestimmung wird zwar das Arbeitnehmerinteresse in der Gesellschaft institutionalisiert, so daß man die Arbeitnehmer insoweit als fiktive Mitglieder der Gesellschaft ansehen könnte; Mitglieder der Gesellschaft werden sie jedoch nicht.“²⁷ Darin zeigt sich die innere Widersprüchlichkeit der bestehenden Form der Unternehmensmitbestimmung, die das gesellschaftsrechtlich organisierte unternehmerische Handeln auf der Grundlage des Anteilseigentums in der Gesellschaftsorganisation selbst zwangsweise mit dem andersartigen Arbeitnehmerinteresse verbindet. Die für das Mitbestimmungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ausschlaggebende Annahme, die Anteilseigner könnten sich im Aufsichtsrat aufgrund des ihnen durch das Gesetz belassenen „leichten Übergewichts“ letztlich durchsetzen, beruht hauptsächlich auf der Stellung, die das Mitbestimmungsgesetz dem Aufsichtsratsvorsitzenden zugewiesen hat (§§ 27, 29, 31 MitbestG). Dafür, daß auch in der Aktiengesellschaft die Anteilseigner das letzte Wort haben, kann weiter die in § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG getroffene Regelung über die zustimmungsbedürftigen Geschäfte des Vorstands genannt werden, die im Zuge der Aktienrechtsreform eingefügt worden ist, aber nur in Grenzfällen zum Zuge kommen kann.²⁸ Danach beschließt auf Verlangen des Vorstandes die Hauptversammlung über die Zustimmung, wenn der Aufsichtsrat die Zustimmung zu einem Geschäft verweigert.

Der Verfassungsstreit um die Mitbestimmung hat gelehrt, daß es für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Mitbestimmungsgesetzgebung des gegebenen Zuschnitts zuerst auf die Auswirkungen ankommt, die für die Funktionsfähigkeit der Gesellschaftsorgane und für den Einfluß der Anteilseigner auf die gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmenstätigkeit eintreten. Eine Verkürzung des Blickwinkels wäre es, das Mitbestimmungsregime nur oder vorrangig als eine Gestaltung der Eigentumsordnung aufzufassen, etwa nach der Formel, die Mitbestimmung sei ein Weg, das aus dem Eigentum fließende „Herrschaftsrecht über Menschen“ (sc. der Arbeitnehmer) unter Einbeziehung der Beherrschten zu organisieren.²⁹ In der polemischen Konfrontation von Kapital und Arbeit verschwindet der entscheidende Vorgang der Organisation und der Vermittlung, durch den die mit dem „Eigentum“ verbundenen wirtschaftlichen Handlungschancen die Wirklichkeit unternehmerischer Leistung gewinnen.

²⁷ Kunze (Fn. 21), S. 23.

²⁸ Badura/Rittner/Rüthers (Fn. 16), S. 69 f. – Siehe die vorsichtigen Ausführungen in BVerfGE 50, 290/326, 327.

²⁹ So Kübler/Schmidt/Simitis, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, 1978, S. 69.

Der verfassungsrechtlichen Durchschlagskraft entbehren Argumente, die in der Mitbestimmungspolitik nur eine zeitgemäße Ausformung der Sozialgebundenheit des Eigentums sehen. So ist gesagt worden, die Beteiligung der Arbeitnehmer am Willensbildungs- und Entscheidungsprozeß der Unternehmen, wie sie die Mitbestimmungsgesetzgebung der 50er und 70er Jahre bewirke, bedeute keine Veränderung des Unternehmensziels, sondern die Umsetzung der schon in Art. 153 Abs. 3 WeimRVerf angelegten, durch § 70 Abs. 1 AktG vollzogenen und durch Art. 14 Abs. 2 GG bestätigten Modifikation in die Entscheidungsstruktur des Unternehmens. Kraft der verfassungsrechtlichen Sozialgebundenheit des Eigentums (zuerst Art. 153 Abs. 3 WeimRVerf) würden die Einwirkungsmöglichkeiten der Anteilseigner durch eine zwingend vorgeschriebene Zuständigkeitsordnung zurückgedrängt, damit die Unternehmensleitung in die Lage versetzt werde, ihren Pflichten gegenüber der Allgemeinheit und den Arbeitnehmern zu genügen. Spätestens die gesetzliche Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des unternehmerisch genutzten Eigentums (§ 70 Abs. 1 AktG 1937) habe die unternehmerische Zielprojektion zugunsten der Allgemeinheit und der Arbeitnehmer grundlegend verändert.³⁰

Diese Argumentation will sicher nicht außer acht lassen, daß die durch das MitbestG 1976 eingeführten Veränderungen der Gesellschaftsorganisation erst seit diesem Gesetz geltendes Recht sind und insofern eine neue und zumindest im Wirkungsmechanismus neuartige Einflußmöglichkeit der Arbeitnehmer auf die Unternehmenstätigkeit sind.³¹ Die gedankliche oder politische Zuordnung einer eigentumsrechtlich erheblichen Rechtsvorschrift zur Sozialgebundenheit des Eigentums ist kein verfassungsrechtlicher Passepartout. Der Unternehmenszweck bleibt ungeachtet dessen – in den Grenzen einer die einschlägigen Grundrechte beachtenden Gesetzgebung – eine Sache der privatautonomen Entscheidung der gesellschaftsrechtlich organisierten und in gesellschaftsrechtlicher Vermittlung handelnden Anteilseigner. Nicht etwa kann aus der erwähnten Immanenzhypothese des kraft der Sozialgebundenheit des Eigentums ex constitutione multifunktionalen Unternehmensziels geschlossen werden, die Integration des Beteiligungsinteresses der Arbeitnehmer in das Unternehmensziel sei bereits im Privatrecht selbst erfolgt, kraft des Funktionswandels des Privatrechts könnten Gesellschaftsrecht und Sozialordnungsrecht nicht mehr als Gegensatz aufgefaßt werden und Mitbestimmung

³⁰ Kübler/Schmidt/Simitis (Fn. 29), S. 132. – Vgl. BVerfGE 50, 290/349.

³¹ An anderer Stelle wird immerhin davon gesprochen, daß die Mitbestimmungsgesetzgebung „gleichsam nur das letzte Glied einer langen Kette von Eingriffen in den unternehmerischen Entscheidungsprozeß“ sei (Kübler/Schmidt/Simitis, Fn. 29, S. 169).

bilde daher „prinzipiell ein privatrechtskonformes Element der rechtlichen Ordnung des Unternehmens“.³² Die Unternehmensmitbestimmung stellt eine sozialstaatliche Ergänzung der privatautonomen Unternehmenstätigkeit und – in anderer Hinsicht – der politischen Freiheit in der Demokratie dar.³³ Sie basiert aber auf einem anderen Ordnungsprinzip als die privatautonome Wirtschaftstätigkeit, auf einem Ordnungsprinzip, das bei paritätischer Mitbestimmung in einen unauflösbaren Widerspruch zu den Funktionsbedingungen unternehmerischen Handelns tritt. Doch auch eine unterparitätische Mitbestimmung ist ein Eingriff in die privatautonome Willensbildung der gesellschaftsrechtlich organisierten Unternehmensträger, nicht eine bloße Ausgestaltung der Wirtschaftsfreiheiten. Die These von der mangelnden „Legitimation“ der Unternehmensleitung durch das Anteilseigentum überspringt die gesellschaftsrechtliche Organisation und die durch sie gesicherte Richtigkeitsgewähr unternehmerischen Handelns.³⁴

Verfassungsrechtlich ist es von Gewicht, ob ein Gesetz die grundrechtliche Freiheit ausgestaltet und dabei die geschützte Freiheit ausgleichend mit anderen berührten Verfassungsgütern ordnet oder ob es durch Veränderung oder Schrankenziehung in die grundrechtlich geschützte Freiheit eingreift. Die Unternehmensmitbestimmung ist ein Eingriff in Grundrechte, auch soweit sie durch den Sozialstaatsatz und durch Grundrechte der Arbeitnehmer gerechtfertigt ist. Für eine verfassungsrechtliche Betrachtung kommt es deshalb darauf an, bis zu welchem Punkt das Gesellschaftsrecht und die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse der Anteilseigner durch Mitbestimmungsregelungen eines neuen Unternehmensrechts überlagert oder verdrängt werden dürfen, ohne daß die verfassungsrechtlichen Garantien verletzt werden.³⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat zu der Einschränkung der Unternehmensfreiheit durch die erweiterte Mitbestimmung als Rechtfertigung angeführt: „Diese ist der Preis der angestrebten Ergänzung der ökonomischen durch eine soziale Legitimation der Unternehmensleitung in größeren Unternehmen, der Kooperation und Integration aller im Unternehmen tätigen Kräfte, deren Kapitaleinsatz und Arbeit Voraussetzung der Existenz und der Wirksamkeit des Unternehmens ist.“³⁶ Der vieldeutige

³² Kübler/Schmidt/Simitis (Fn. 29), S. 122, 130, 134f., 136.

³³ Rittner, Mitbestimmung der Arbeitnehmer oder der Gewerkschaften? in: Festschrift für Winfried Werner, 1984, S. 729/741.

³⁴ Rittner, Funktion des Eigentums (Fn. 17), S. 65f.; ders., Mitbestimmung (Fn. 33), S. 731.

³⁵ Badura, Mitbestimmung und Verfassung, 1985, S. 76ff., 91.

³⁶ BVerfGE 50, 290/365 f.

Ausdruck „Legitimation“ und die scheinbare Parallelisierung der eigentumsrechtlichen (ökonomischen) und der sozialpolitischen (sozialen) Legitimation könnten einem Mißverständnis dahin Vorschub leisten, daß der „gesellschaftsrechtliche Regelungsauftrag“ letztlich unterschiedslos durch die unternehmerischen oder vermögensrechtlichen Interessen der Anteilseigner wie durch die Erfordernisse des Gemeinwohls und die Schutzbedürfnisse Dritter bestimmt werde.³⁷ Die Gestaltungen des Sozialordnungsrechts, die das Allgemeininteresse oder das Schutzbedürfnis Dritter gegenüber der Unternehmenstätigkeit zur Geltung bringen, sind – entgegen der vor allem von den Gewerkschaften verfochtenen Programmatik – nicht nur die eigentlich gebotene rechtliche Ausformung des „Sozialverbandes“ Unternehmen. Sie sind eine zulässige oder unzulässige, mögliche oder notwendige Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Privatautonomie, die unter dem Schutz verschiedener Grundrechte steht, der Eigentumsgarantie, der Vereinigungsfreiheit und der Unternehmensfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG).

Das Bundesverfassungsgericht hat das MitbestG 1976 als ein Gesetz behandelt, das in Freiheit und Eigentum der Anteilseigner und der Gesellschaften eingreift. Es hat das MitbestG als eine verfassungsrechtlich mögliche, nicht aber als eine verfassungsrechtlich gebotene Regelung der gesellschaftsrechtlich bestimmten Unternehmensorganisation angesehen. Diese Rechtsauffassung hat, über ihre verfassungsrechtliche Bedeutung hinaus, eine wesentliche Konsequenz für die Auslegung und Anwendung des MitbestG und des Gesellschaftsrechts: Die durch das MitbestG bewirkte Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Autonomie der Anteilseigner in den Gesellschaftsorganen kann nicht mit Hilfe der mitbestimmungsrechtlichen Prinzipien der Kooperation, Integration und sozialen Legitimierung der Unternehmensleitung in eine allgemeine Leitlinie des Gesellschaftsrechts und der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Befugnisse umgewandelt werden.³⁸ Eine der daraus ableitbaren Folgerungen hat das Bundesverfassungsgericht selbst ausdrücklich genannt. Das nach dem MitbestG fortbestehende Übergewicht der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat kann im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten wenn nicht verstärkt, so doch abgesichert werden.³⁹

³⁷ Siehe *Kübler/Schmidt/Simitis* (Fn. 29), S. 128 ff.

³⁸ *Badura*, Mitbestimmung (Fn. 35), S. 73 ff.

³⁹ BVerfGE 50, 290/324. – Darauf aufbauend: BGHZ 83, 106, 144, 151, mit Anmerkung von *Rittner*, AP Nr. 1 zu § 28 MitbestG, 1983.

3. Unternehmensfreiheit und Vereinigungsfreiheit

a) Das Grundgesetz kennt ein eigenes Grundrecht der „Unternehmensfreiheit“ nicht. Unternehmerisches Handeln ist ein sozialer Tatbestand, den die Verfassung als eine komplexe Erscheinung vorfindet und den sie unter verschiedenen Gesichtspunkten – aber nicht als solches und nicht als selbständiges Recht – grundrechtlich schützt. Es gibt keinen selbständigen verfassungsrechtlichen Schutz privatwirtschaftlich-privatautonomer Unternehmenstätigkeit, auch wenn es immerhin einen inneren Zusammenhang der wirtschaftlichen Freiheitsrechte gibt und der Kern dieses Zusammenhangs im privatautonomem Handeln des Unternehmers oder sonstigen Teilnehmers am Wirtschaftsverkehr zu sehen ist. Welche Grundrechte den Schutz bieten und wie der grundrechtliche Schutz durch die berührten Garantien zusammenwirkt, ergibt sich aus einer Betrachtung der Besonderheit unternehmerischen Handelns, in Abgrenzung von anderen Fällen wirtschaftlicher Betätigung.⁴⁰

Der eigentliche Sitz der Unternehmensfreiheit, diese verstanden nicht als Garantie unternehmerisch genutzten Eigentums (Art. 14 GG), sondern als Schutz der aktiven und zukunftsgerichteten Leistung und damit des eigentlichen Wirkungskreises unternehmerischen Handelns, ist die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Der vom Bundesverfassungsgericht konstatierte „personale Grundzug“ schließt das unternehmerische Handeln und die Wirtschaftstätigkeit juristischer Personen zur Verfolgung des Unternehmenszwecks nicht von der Gewährleistung aus. Als berufsrechtliche Unternehmensfreiheit ist die freie Gründung und Führung von Unternehmen geschützt.⁴¹ Je nach Ziel und Wirkung eines Eingriffs kann das unternehmerische Handeln auch nur den Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) genießen, soweit dieses Grundrecht den Charakter einer allgemeinen und subsidiären Wirtschaftsfreiheit hat.⁴² Bei diesem – gegenüber der Berufsfreiheit schwächeren – Schutz hat es sein Bewenden, wenn der Eingriff den allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr betrifft und nicht spezifisch Berufs- und Unterneh-

⁴⁰ Hierzu und zum folgenden *Badura*, Unternehmensfreiheit (Fn. 16), S. 356ff.; *Söllner* (Fn. 11), S. 145.

⁴¹ BVerfGE 65, 196/209 f.; BVerwGE 71, 183/189; 75, 109/114.

⁴² *Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, HStR, Bd. VI, 1989, S. 1185/1209 f.; *Söllner* (Fn. 11), S. 148 f.; *Degenbart*, Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, JuS 1990, 161/165. – Vielfach, doch zu Unrecht, wird der Bedeutung des Art. 2 Abs. 1 GG für die freie Unternehmenstätigkeit angesichts der Spezialgrundrechte kein Gewicht beigemessen (vgl. *Frotscher*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1988, S. 30 f.; *Erichsen* aaO, S. 1211 f.).

menstätigkeit ergreift. Unter diese allgemeine Wirtschaftsfreiheit fallen neben der Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr auch Wettbewerbsfreiheit und die Vertragsfreiheit, allgemein die „Freiheit des rechtsgeschäftlichen Handelns“. „Ein angemessener Spielraum zur Entfaltung von Unternehmerinitiative ist unantastbar.“⁴³ Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften schließlich muß die freie und privatautonome Assoziation mit den Mitteln gesellschaftsrechtlicher Kooperation und Organisation umfassen. In dieser Blickrichtung ist die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) einschlägig; darauf ist gesondert einzugehen.

Die Gestaltung der Unternehmensorganisation durch Regelungen des Gesellschaftsrechts, des Konzernrechts und der unternehmerischen oder betrieblichen Mitbestimmung berührt, vom Schutzversprechen des Art. 12 Abs. 1 GG aus betrachtet, die freie Gründung der Unternehmen oder deren freie unternehmerische Betätigung.⁴⁴ Die Unternehmerfreiheit als freie Tätigkeit des Kaufmanns oder des einzelnen Gesellschafters innerhalb der Gesellschaft ist zu unterscheiden von der Unternehmensfreiheit des jeweiligen Unternehmensträgers, insbes. der Handelsgesellschaft.⁴⁵ Die unternehmerische Assoziation mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts wird vom Standpunkt der berufsrechtlichen Unternehmer- und Unternehmensfreiheit als unternehmerische Organisationsfreiheit erfaßt; der Gesetzgeber hat hier geeignete Rechtsformen bereitzustellen, ohne an Typisierungen und sonstigen dem Rechtsverkehr dienlichen Ausgestaltungen gehindert zu sein.⁴⁶ Die Ausgestaltung der grundrechtlichen Freiheit geht in einen Eingriff in die privatautonome Gestaltung über, wenn ein Rechtsformzwang angeordnet oder in anderer Weise im Interesse unternehmensexterner Zwecke des Gemeinwohls, vor allem der Wirtschafts-, Sozial- oder Gesellschaftspolitik oder zum Schutz der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer eine Bindung oder Beschränkung der Unternehmenstätigkeit festgelegt wird. Gesellschaftsrechtliche Regelungen und Vorschriften, etwa des Betriebsverfassungs- und des Mitbestimmungsrechts, sind demnach verfassungsrechtlich nicht vom gleichen Holze.⁴⁷ Die hier nötige Differenzierung gewinnt sogleich an Anschaulichkeit, wenn man berücksichtigt, daß die unternehmerische Assoziation mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts zugleich den Schutz

⁴³ BVerfGE 50, 290/366; 65, 196/210; BVerwG 71, 183/189 f.

⁴⁴ Hoffmann, Der grundrechtliche Schutz der marktwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit und der gesellschaftsrechtlichen Unternehmensorganisation durch die „Unternehmensfreiheit“, Diss. München 1988.

⁴⁵ Breuer, Freiheit des Berufs, HStR, Bd. VI, 1989, S. 877/921.

⁴⁶ Breuer (Fn. 45), S. 920, 922.

⁴⁷ Abweichend davon spricht Breuer (Fn. 45), S. 920 ff., mehrfach im gleichen Atemzug von Gesellschafts- und Betriebsverfassungsrecht.

der Vereinigungsfreiheit in Anspruch nehmen kann.⁴⁸ Auch die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts mit der – zusätzlichen – sozialen Legitimation der Unternehmensleitung durch die Mitbestimmung und mit der rechtlichen Verkörperung der Koordination und Integration aller im mitbestimmten Unternehmen tätigen Kräfte betritt die speziellere Ebene der Vereinigungsfreiheit, des Rechts freier Assoziation zu selbstbestimmten Zwecken.

b) Die Vereinigungsfreiheit ist das als Grundrecht geschützte Recht aller Deutschen, Vereine und Gesellschaften zu bilden. Sie schließt die wirtschaftliche Vereinigungsfreiheit ein. Das Zusammenwirken mit anderen in wirtschaftlichen Vereinen und in Handelsgesellschaften, um damit eine wirksamere Grundlage der unternehmerischen Betätigung zu schaffen oder – wie vor allem bei den Kapitalgesellschaften – die gesellschaftsrechtliche Eigenfinanzierung eines Unternehmens zu ermöglichen,⁴⁹ genießt damit einen selbständigen grundrechtlichen Schutz.⁵⁰ Dieses Grundrecht, auf das die heutige Unternehmenswirtschaft entscheidend angewiesen ist, bedeutet die verfassungsrechtliche Anerkennung und den rechtlichen Schutz der Fähigkeit „einer durch wirtschaftliche Interessen verbundenen Personenmehrheit eine einheitliche Willensbildung und Willensverwirklichung zu ermöglichen“,⁵¹ und – allgemeiner gesagt – einer privatautonen Verbindung und Organisation unternehmerischer Ressourcen und unternehmerischer Initiative zur wirksamen Verfolgung wirtschaftlicher Interessen. Das spezifische Schutz- und Ordnungsziel der Vereinigungsfreiheit ist in der Gewährleistung der auf Kooperation und Assoziation gerichteten Privatautonomie zu sehen.⁵² Dem Prinzip freiheitlicher Vereinigungsbildung entspricht der Grundsatz der privatautonen Organisation und der freiheitlichen Selbstbestimmung der Vereinigung durch ihre satzungsmäßigen Organe.⁵³

Die Ausübung der durch das Grundrecht garantierten Freiheit ist von der organisatorischen Ausgestaltung durch den Gesetzgeber abhängig. Das Bedürfnis unternehmerischen Zusammenwirkens in Vereinen und Gesellschaften ist auf die Bereitstellung rechtlich geordneter Gesell-

⁴⁸ *Ottmann*, Die Vereinigungsfreiheit als Richtmaß und Schranke der unternehmensverfassungsrechtlichen Gesetzgebung, Diss. München 1985.

⁴⁹ Zur Kapitallenkungsfunktion des mitgliedschaftlichen Anteilseigentums *Rittner*, Funktion des Eigentums (Fn. 17), S. 61.

⁵⁰ *Badura*, Staatsrecht, 1986, C 85.

⁵¹ BVerfGE 10, 89/99, in dem etwas anderen Zusammenhang der Geltung des Art. 2 Abs. 1 GG für nicht rechtsfähige Handelsgesellschaften.

⁵² *Ottmann* (Fn. 48), S. 138 ff., 180.

⁵³ *Scholz*, Art. 9, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz (1979), RNr. 68; *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, S. 147 ff.

schaftsformen angewiesen. Naturgemäß ist die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers mit einem erheblichen Spielraum ausgestattet, soweit es sich um die Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts handelt. Die gesetzliche Regelung muß den grundrechtlichen Direktiven der freien Assoziation zu selbstgewählten Zwecken, der Organisationsautonomie und der organisatorischen Funktionsfähigkeit folgen.⁵⁴ Wenn gesagt wird, daß die Vereinigungsfreiheit bei den vom MitbestG erfaßten Unternehmen „nur abgeschwächt Anwendung (Ferne zum geschützten Typus, hoher sozialer Bezug)“ finde,⁵⁵ wird mit dieser stark verkürzten Feststellung offenbar die Lehre des Mitbestimmungs-Urteils von der abgestuften Schutzwirkung der Vereinigungsfreiheit bei größeren Unternehmen rezipiert.⁵⁶ Das Gericht meint, daß bei größeren Kapitalgesellschaften „das personale Element bis zur Bedeutungslosigkeit“ zurücktrete, und weist mit wenigen Worten auf die Konzernverflechtung und auf die Rolle großer Anteilseigner in zahlreichen Gesellschaften hin. Außerdem wird gesagt, größere Kapitalgesellschaften entsprächen „insgesamt kaum dem Grundtyp der Vereinigung, um den es Art. 9 Abs. 1 GG geht: dem freien Zusammenschluß gleichberechtigter Mitglieder zu einem gemeinsam zu verfolgenden Zweck, der über seine Aktivitäten ohne fremden Einfluß entscheidet“.

Die Rechtsauffassung, die eine unternehmerische Betätigung mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts an die Peripherie der Vereinigungsfreiheit rückt, gibt der wirtschaftlichen Vereinigungsfreiheit ohne stichhaltigen Grund einen restringierten Schutz. Selbst wenn die Annahme eines menschenrechtlichen, „personalen“ Grundzugs für die Vereinigungsfreiheit richtig wäre, würde daraus nur eine Maxime für die Reichweite eines gesetzlichen Regelungszugriffs entnommen werden können. Der Hauptpunkt bleibt unberührt, nämlich die Notwendigkeit, gesetzliche Eingriffe in das grundrechtlich geschützte privatautonome Handeln rechtsstaatlich zu rechtfertigen. Daher können – auf der Seite des öffentlichen Interesses – die Eigenart und soziale Bedeutung des Unternehmens und die Schutzbedürftigkeit der abhängigen Arbeit naturgemäß nicht außer Betracht bleiben. Grundrechtspolitisch kritisch sind auch die mehr oder weniger weit fortgeschrittene Trennung der unternehmerischen Planungs- und Leitungskompetenz von der Rechtsposition des Eigentümers oder Anteilseigners und die konzernrechtliche oder kooperative Verflechtung

⁵⁴ BVerfGE 50, 290/354 f.; *Scholz* (Fn. 53), RNrn. 30, 69; *Jarass* (Fn. 7), S. 65; *Schmidt* (Fn. 53), S. 152.

⁵⁵ *Jarass* (Fn. 7), S. 65.

⁵⁶ BVerfGE 50, 290/353 ff.

zu Lasten der Koordination durch Markt und Wettbewerb.⁵⁷ Daß die mitbestimmungsrechtliche Modifikation des Gesellschaftsrechts in allen diesen Punkten rechtspolitischer Bedeutsamkeit ein geeignetes Mittel ist, dürfte kaum nachgewiesen werden können und wird auch von den Verfechtern des Mitbestimmungsgedankens nicht behauptet.

Rittner hat das Mitbestimmungs-Urteil gegen den Vorwurf vermeintlicher Begründungsdefizite verteidigt.⁵⁸ Er betont, daß das Gericht klar zwischen dem Unternehmen und der unternehmerisch tätigen Gesellschaft unterscheide, und die Mitwirkung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat als ein Element der „Fremdbestimmung“ der Gesellschaft kennzeichne. Der Hinweis des Gerichts darauf, daß zum „Erreichen des Gesellschaftszwecks“ auch das Wirken von Personen erforderlich sei, die nicht Gesellschafter sind, kann, wie *Rittner* klarstellt, nicht als unternehmensrechtliche Erweiterung des gesellschaftsrechtlich zuständigen Personenkreises verstanden werden. Die Kompetenz des Menschen, der freien und gleichen Rechtsperson, zur privatautonomen Gestaltung der Rechtsverhältnisse, auch der (Handels-)Gesellschaften, werde durch das MitbestG nur eingeschränkt. „Das gilt nicht zuletzt für den als Arbeitnehmer Tätigen, der eben auch in erster Linie Rechtsperson (auch Sparer, Aktionär usw.) ist und nach dem GG nicht wieder in einen hoheitlich bestimmten ‚status‘ zurückversetzt werden kann.“ An anderer Stelle⁵⁹ wagt *Rittner* die – hellsichtige – Prognose, daß die klar zu beobachtende Entwicklung von der gewerkschaftlichen Mitbestimmung zur Arbeitnehmer-Mitbestimmung sich fortsetzen werde. Sie ist, wie *Rittner* erkennt, Ausdruck des Erfolgs der privatautonom-dezentralen gegenüber der sozialistisch-zentralen Unternehmens- und Wirtschaftsordnung.

⁵⁷ *Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35, 1977, S. 56/70.

⁵⁸ *Rittner*, Begründungsdefizite im Mitbestimmungs-Urteil des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 1979, 743.

⁵⁹ *Rittner*, Mitbestimmung (Fn. 33), S. 739 f.