

Soziale Sicherung durch soziales Recht

Festschrift für Horst Peters
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von
Hans F. Zacher

Verlag W. Kohlhammer
Stuttgart Berlin Köln Mainz

Inhalt

Horst Peters zur Person	7
<i>Walter Bogs</i> , Kassel, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Göttingen, Senatspräsident beim Bundessozialgericht a. D.	
Nachversicherungsprivileg für weibliche Pflichtversicherte als Problem »sozialer Gleichheit« – Bemerkungen zum Beschluß des Bundesverfas- sungsgerichts vom 12. Dezember 1973 (BVerfGE 36, 237)	9
<i>Werner Doetsch</i> , Köln, Dr. jur., Stellvertretender Hauptgeschäftsführer der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände	
Sozial- und Gesundheitspolitik im Wandel	21
<i>Christian von Ferber</i> , Dr. phil., o. Professor an der Universität Bielefeld	
Der sozialmedizinische Aspekt des legalen Schwangerschaftsabbruchs ..	31
<i>Kurt Friede</i> , Essen, Dr. jur., Rechtsanwalt, Geschäftsführer des Bundesver- bandes der Betriebskrankenkassen	
Das Organisationsrecht der Betriebskrankenkassen	47
<i>Wolfgang Gitter</i> , Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum	
Zur Weiterentwicklung der Sozialversicherung	59
<i>Karl Hauck</i> , Bonn, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung	
Die Kodifikation des Sozialrechts als Beitrag zur sozialen Sicherung ..	83
<i>Karl-Heinz Janzen</i> , Frankfurt, Geschäftsführendes Vorstandsmitglied der In- dustriegewerkschaft Metall für die Bundesrepublik Deutschland	
Gesundheitspolitisches Programm des DGB und Krankenversicherung – Zwischenbilanz der Auseinandersetzungen um die Reform des Gesund- heitswesens	93

<i>Rudolf Kolb</i> , Frankfurt/Main, Dr. rer. oec., Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger	
Krankenversicherung der Rentner – Reformen ohne Ende	109
<i>Harry Robwer-Kahlmann</i> , Bremen, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Kiel, Präsident des Landessozialgerichts Bremen a. D.	
Der vertrauensärztliche Dienst in der gesetzlichen Krankenversicherung – Bestrebungen zur Weiterentwicklung seiner Organisation –	127
<i>Theo Siebeck</i> , Düsseldorf, Dr. jur., Geschäftsführer des Verbandes der Ortskrankenkassen Rheinland	
Die Versicherungsträger als Dienstleistungsunternehmen	143
<i>Werner Thieme</i> , Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg	
Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte im Sozialgesetzbuch . .	157
<i>Georg Wannagat</i> , Kassel, Dr. jur., Honorarprofessor an den Universitäten Tübingen und Frankfurt, Präsident des Bundessozialgerichts	
Die umstrittene verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie für die Renten der gesetzlichen Rentenversicherung	171
<i>Friedrich Watermann</i> , Bonn, Dr. jur., Direktor des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften e. V.	
Die gesetzliche Unfallversicherung im Spannungsfeld von Prävention und Rehabilitation, von Kausalität und Finalität	183
<i>Wilhelm Wertenbruch</i> , Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum	
Zur Selbstverwaltung im Sozialrecht	203
<i>Hans F. Zacher</i> , Dr. jur., o. Professor an der Universität München	
Der Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes und die Grundrechte des Eigentums, der Berufsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit . .	223
<i>Detlev Zöllner</i> , Bonn, Dr. rer. pol., Ministerialdirektor im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung	
Planung und Durchführung von Gesundheitsmaßnahmen in Entwicklungsländern	239

Der Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes
und die Grundrechte des Eigentums,
der Berufsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit

Von *Hans F. Zacher*

Vorbemerkung

Als der Herausgeber dieser Festschrift sich daran machen wollte, auch als Verfasser eines Beitrages tätig zu werden, erteilte ihn die Einladung zu einer öffentlichen Informationssitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung des Deutschen Bundestages mit dem Thema der Verfassungsmäßigkeit des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) (Deutscher Bundestag Drucksache 7/2172).^{*} Die Anhörung von insgesamt 12 Sachverständigen sollte sich vor allem mit den Grundrechten der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und des Eigentums (Art. 14 GG) befassen. Die Vorbereitung zu dieser Anhörung machte es dem Autor dieser Zeilen unmöglich, auch noch einen besonderen Festschriftbeitrag für Horst Peters fristgerecht zu Papier zu bringen. Deshalb rechnet er mit dem wohlwollenden Verständnis des Jubilars und aller übrigen Beteiligten, wenn er hier zum Abdruck bringt, was er für die Anhörung schriftlich vorbereitet hat. Der ganze Text der Ausarbeitung hätte freilich das durchschnittliche Längenmaß der Beiträge zu dieser Festschrift weit überschritten. Deshalb hat der Verfasser den zweiten Teil seiner Ausarbeitung, die Tarifautonomie betreffend, »gekappt«.

Angesichts der Flut an Literatur, die auch zu diesem Thema bereits wieder existiert, aber auch angesichts der besonderen eben skizzierten Umstände, verzichtet der Autor auf literarische Belege. Statt aller anderen sei auf das Gutachten von *Rupert Scholz* verwiesen, das – zusammen mit dem Gutachten von *Thomas Raiser* – die erneute Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des Regierungsentwurfs ausgelöst hat und mittlerweile im Druck erschienen ist: »Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz – Verfassungsrechtliche Fragen zur gesetzlichen Einführung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung« (1975).

^{*} Zur Anhörung selbst s. Dt. Bundestag, 7. WP, Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung, Protokoll Nr. 62 über die Sitzung vom 19. Dezember 1974.

Vorsorglich sei betont, daß dies eine Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit des vorliegenden Regierungsentwurfs, nicht eine abstrakte Stellungnahme zur Vereinbarkeit der Idee der Mitbestimmung mit dem Grundgesetz ist.

I. Normative Maßstäbe

1. Die Verflechtung von Art. 14 GG mit Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 19 Abs. 3 GG

Bei der Würdigung des Regierungsentwurfs ist der Gesichtspunkt des Eigentums (Art. 14 GG) nicht zu trennen von den Gesichtspunkten der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) – bis hin zur Gründung juristischer Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) – und der Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

Gesellschaften, wie sie vom Regierungsentwurf erfaßt werden sollen (§ 1 Abs. 1), finden verfassungsrechtlich Grundlage und Sinn darin, daß Eigentümer (Art. 14 GG) sich vereinigen (Art. 9 I GG), um Eigentum gemeinsam einzusetzen und zu verwalten oder verwalten zu lassen. Jede Rechtfertigung des Zugriffs auf gesellschaftlich vereinigttes Eigentum aus der relativen Ablösung vom individuellen Eigentümer muß sich daher befragen lassen, ob Vereinigungen als solche diskriminiert würden. Und jede Rechtfertigung des Zugriffs daraus, daß ja nicht Eigentum als solches beschränkt wird, sondern Vereinigungen neu strukturiert würden, müßte sich entgegenhalten lassen, daß diese Vereinigungen um des Eigentums willen erfaßt werden, und daß betätigte Vereinigungsfreiheit dem Inhalt nach immer sonstiger Grundrechtsgebrauch ist. Wäre die Regelung von Vereinigungen von der Rücksicht auf die Grundrechte, die von den (Vereinigten durch die) Vereinigungen ausgeübt werden, freigestellt, so liefe die Vereinsfreiheit leer.

Beteiligung an solchen Gesellschaften ist auch ein Weg zur unternehmerischen Betätigung (Art. 12 Abs. 1 GG). Eigentum (Art. 14 GG) und Berufsfreiheit verschränken sich, indem Vermögen Voraussetzung beruflicher Betätigung, diese aber Medium der Vermögensnutzung ist. Auch hier besteht wieder der weitere Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 GG als der Möglichkeit gemeinsamer beruflicher Betätigung.

Art. 19 Abs. 3 GG sichert dieser Kommunikation von Grundrechten adäquaten Schutz für den Fall, daß der Zusammenschluß in juristischen Personen geschieht. Auch diese Sinnverlängerung der Grundrechte durch Art. 19 Abs. 3 GG ist bei den anfallenden Wertungen mitzubedenken.

Für den Regierungsentwurf bekommt diese Zusammenschau von Art. 14 GG mit Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 19 Abs. 3 GG besondere Bedeutung, weil er einheitlich Gesellschafts- *und* Unternehmensverfassung umgestaltet.

Schon hier ist ferner anzumerken, daß die gezeigte Grundrechtskette auch den direkten Weg zur Verwirklichung sozialer Gleichheit durch breite Streuung individueller Teilhabe am Produktivvermögen – diesseits der Utopie des Einzelunternehmens für jedermann und ebenso der Teilhabe über das Gemeinwesen (Art. 15 GG), aber auch ohne die kollektivierende Vermittlung durch bindend vorgeschriebene intermediäre Fonds – darstellt. Verfassungsaufträge wie Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) und Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) sind zumindest auch aus diesem Grunde ambivalent.

Die Zusammenschau von Art. 9 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 und 19 Abs. 3 GG ist auch ein Postulat der realen Erfüllung dieser Freiheitsrechte. Der Schwund an selbständigen beruflichen Existenzen macht deutlich, daß Art. 14 GG seine unternehmerische und sonstige berufliche Verwirklichung (Art. 12 GG) weitgehend nur über Art. 9 Abs. 1 GG (i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG) finden kann.

2. *Mitbestimmung und Eigentumsgrundrecht*

a) Innerhalb des Eigentumsgrundrechts ist die paritätische Mitbestimmung primär eine Frage der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) nach Maßgabe seiner grundsätzlichen Gewährleistung (ebd. Abs. 1 Satz 1) und seiner Sozialbindung (ebd. Abs. 2).

b) Die Rechtsfigur der *Enteignung* i. S. des Art. 14 Abs. 3 GG ist nicht einschlägig. Es geht nicht um die Einpassung vorhandenen Eigentums in die Bedürfnisse der Allgemeinheit (ebd. Satz 1) und den möglichen Ausgleich dieses Sonderopfers durch Entschädigung (ebd. Satz 2 bis 4). Es geht darum, wie ein bestimmter Typ von Eigentum überhaupt zukünftig möglich sein soll – also um den Auftrag aus Art. 14 Abs. 1 und 2 GG und seine Grenzen. Es geht nicht um »Enteignung« im überkommenen Sinn, sondern darum, ob die vorgesehene »paritätische Mitbestimmung« die Anteilsrechte noch als Eigentum i. S. des Art. 14 Abs. 1 GG bestehen läßt oder sie nicht vielmehr in sich »ent-eignet« und damit die notwendige Vielfalt von Vermögensrechten verfassungswidrig reduziert.

Selbst die Überleitung vorhandener Anteilsrechte ist – die Verfassungsmäßigkeit des Zustandes, zu dem übergeleitet werden soll, vorausgesetzt – nicht an Art. 14 Abs. 3 GG zu messen (vorbehaltlich vielleicht Aushilfen der Analogie).

c) Auch die Verfassungsregelung der *Sozialisierung* (Art. 15 GG) ist nicht einschlägig. Abgesehen von der instrumentalen Bindung an das Gesetz, die hier gewahrt wäre, enthält Art. 15 GG drei weitere Eingrenzungen:

- auf »Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel« ein Rahmen, der jedenfalls nicht fraglos eingehalten ist;
- auf »Zwecke der Vergesellschaftung« mit dem Ziele von »Gemeineigentum« oder anderen »Formen der Gemeinwirtschaft«, was weder dem Willen noch der Wirkung nach dem Regierungsentwurf entspricht (denn Belegschaften und Gewerkschaften genügen schon qua Subjekt nicht als Treuhänder der Gesellschaft und des Gemeinwesens und das vorgesehene Maß an Kontrollen könnte wohl auch funktional noch keine »Gemeinwirtschaft« gewährleisten);
- und die Entschädigung, von der nirgends die Rede ist.

Dieses Verhältnis des Regierungsentwurfs zu Art. 15 GG ist wichtig. Er kann so z. B. nämlich auch nicht als Sozialbindung im Sinne einer Kette Art. 14 Abs. 1 – Art. 14 Abs. 2 – Art. 15 GG gerechtfertigt werden. Und jede sachliche Veränderung in Richtung auf eine Sozialisierung würde vor die Frage der Entschädigung stellen.

II. »Paritätische Mitbestimmung« als Sozialbindung des Eigentums

1. Mitbestimmung im Sinne des Regierungsentwurfs ist keine a priori und evident verfassungsrechtlich zulässige oder gar gebotene Implikation des Eigentums oder des Auftrages seiner Gestaltung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG).

Daß Eigentum Schranken hat (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) und verpflichtet (ebd. Abs. 2 Satz 1) ist für Anteilseigentum ohnedies deutlich. Spezifisches für oder gegen die Mitbestimmung vor allem in der Spannung zur Gewährleistung (ebd. Abs. 1 Satz 1) und dem also gebotenen Inhalt des Eigentums (ebd. Satz 2) ist damit nicht ausgesagt.

2. Schon die Frage, ob Mitbestimmung überhaupt etwas mit der Ausrichtung des Eigentums auf das Wohl der Allgemeinheit (ebd. Abs. 2 Satz 2) zu tun hat, ist nicht schlechthin zu bejahen. Und auch ein Ja dazu würde die Spannung zur Gewährleistung des Eigentums (ebd. Abs. 1) noch nicht auflösen. Zusammenhänge mit dem allgemeinen *demokratischen* Prinzip (Art. 20, 28 Abs. 1 GG) sind so weit und unzuverlässig, daß von hierher eine endgültige Rechtfertigung gegenüber dem Grundrecht des Eigentums ernstlich nicht kommen kann. Mitbestimmung in Unternehmen kann zu einer demokratisch

günstigen Atmosphäre der Gesellschaft beitragen. Der Regierungsentwurf bewirkt aber auch Veränderungen in der Struktur der Gesellschaft und im Ineinander von Staat und Gesellschaft, die gerade vom freiheitlichen demokratischen Rechtsstaat her Kritik veranlassen. Eine direkte »demokratisierende« Indienstnahme der Unternehmen für die Allgemeinheit müßte im übrigen wieder durch oder gegenüber Art. 14 Abs. 3, 15 GG gerechtfertigt werden können; und das ist für den Regierungsentwurf nicht möglich.

3. Somit bleibt die Rechtfertigung aus allgemeinen *sozialpolitischen* und *emanzipatorischen* Erwägungen – normativ gesehen aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG) und aus den durch die betriebliche Einordnung berührten, durch Mitbestimmung zu entfaltenden Grundrechten des arbeitenden Menschen, unter denen vor allem Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG genannt werden. Auch insofern ist jedoch nur gesagt, daß das Ziel des Gesetzes legitim ist, die Stellung des Arbeitnehmers in den Unternehmen durch Formen kollektiver Autonomie zu verbessern. Daß Mitbestimmung in Unternehmen überhaupt und gerade Mitbestimmung im Sinne des Regierungsentwurfs verfassungsgeboden ist, ist im Grundgesetz nicht nur nicht ausgesprochen; es kann ihm auch im Wege der Auslegung nicht überzeugend entnommen werden.

Aber davon ausgegangen, die angestrebte Mitbestimmung liege tendenziell etwa im Sinne der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 12 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 GG und – was die Beteiligung der Gewerkschaften anlangt – des Art. 9 Abs. 3 GG, so wäre doch eine Reihe von Gegengründen abzuwägen, die dem Gesetzgeber Widerstände gegen den unterstellten autonomistisch-emanzipatorischen »Mitbestimmungs«-Schub aus Sozialstaatsprinzip und Grundrechten nicht nur ermöglichen, sondern sogar aufgeben. Hier können nur beispielhaft einige Probleme genannt werden:

- Kollektive Autonomie durch Mitbestimmung ist nur in dem Maße Abbau von Fremdbestimmung, als Realität oder Chance eigener Geltendmachung in der kollektiven Willensbildung spürbar sind. Die Gestaltung der kollektiven Autonomie müßte aus diesem Grunde in gesteigertem Maße offen und minderheitenfreundlich sein (was auf die Probleme des Wahlrechts über den unten noch gesondert zu erörternden Verstoß gegen den Gleichheitssatz hinaus aufmerksam macht). Individuelle autonome und soziale Chancen können in dem schlichten Gegensatz Arbeitnehmer–Unternehmer übrigens größer sein als gegenüber dem komplexen »Gegner«, den Arbeitnehmerkollektiv, Anteilseigner und Management bilden.
- Sozialpolitik (und damit Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips) heißt

nicht nur: maximale Wahrung der Interessen der Beschäftigten in jeweils ihren Unternehmen. Der Sozialstaat hat sich z. B. auch um Produktivität als allgemeine Voraussetzung des Wohlstandes, um Maximierung von Arbeitsplätzen (also um die Beschäftigung auch jeweils Außenstehender – anderswo oder nicht Beschäftigter) zu kümmern, um Verbraucherinteressen, um die Interessen sonstiger nicht auf der Unternehmer- oder Arbeitnehmerseite stehender Gruppen usw. Daß mitbestimmte Unternehmen dem Sozialstaat diese Probleme abnehmen, ist nicht möglich. Auf vielfache Weise werden sie zusätzliche Erschwernisse für die Wahrnehmung dieser Verantwortlichkeiten erbringen.

- Der Steigerung der Effektivität der Gewerkschaften in den mitbestimmten Unternehmen steht ein Verlust an Effektivität des Tarifvertragssystems gegenüber, aber auch eine größere und reibungsträchtige Nähe zwischen Gewerkschaften und Nichtorganisierten, zwischen »großen« und »kleinen« Gewerkschaften usw. Vielleicht auch sind Konflikte zwischen bestehenden Gewerkschaften und neuen, auf die spezifischen Herausforderungen der unter maßgeblicher Mitwirkung der bisherigen Gewerkschaften »paritätisch mitbestimmten« Unternehmen reagierenden Vereinigungen »zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« in Rechnung zu stellen.
 - Der kollektive Zugriff auf das unternehmerische Eigentum steuert – zumindest möglicherweise – gegen den Zuwachs an individueller Beteiligung auch der Arbeitnehmer am unternehmerischen Kapital, während kumulierter gesetzlicher Zwang zu kollektiver Mitbestimmung *und* Vermögensbeteiligung vermehrte Widerstände des unternehmerischen Eigentums auslöst.
4. Vielfach wird die paritätische Mitbestimmung aus der Formel der *Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit* abgeleitet. Soweit daraus die paritätische Besetzung eines zentralen Unternehmensorgans mit Repräsentanten der Anteilseigner und der Arbeitnehmer hergeleitet wird, werden wesentliche Unterschiede verkannt:
- Die Gleichheit von Kapital und Arbeit ist, wenn es überhaupt sinnvoll ist, sie formal und abstrakt zu denken, nicht nur im mikroökonomischen, sondern auch im makroökonomischen Rahmen zu denken. Mitbestimmung der jeweils in Unternehmen, insbesondere in Großunternehmen Beschäftigten kann zu mikroökonomischen Koalitionen von Kapital und Arbeit führen, die je außerhalb stehende Interessen von Kapital oder Arbeit – zu betonen ist: auch und gerade der Arbeit – schädigen. Unternehmerische

Mitbestimmung ist kein Instrument zur generellen Gewähr »gleicher« Chancen der Arbeit (*aller* Arbeitnehmer und Arbeitsuchenden) gegenüber dem Kapital.

- Mitbestimmung des Faktors Arbeit im Unternehmen gehört ohne jeden organisatorischen Überbau zum Wesen unternehmerischer Realisation. Kapital und Management können nur bewirken, was Arbeit bewirkt. Welche Einflußmöglichkeiten sich daraus permanent ergeben, ist bei den »leitenden Angestellten« besonders deutlich. Im Grundsatz ist der Tatbestand jedoch universell. Das Kapital, einmal eingebracht, kann sich dagegen nur mehr durch eben die organisatorischen Möglichkeiten, die ihm vorbehalten sind, zur Geltung bringen.
- Vor allem aber: Mitbestimmung der Arbeit ist ein notwendig funktional gestufter Prozeß. Er verläuft von der individuellen Gestaltung der Arbeitsbedingungen bei Vertragsschluß (oder zur Vermeidung des Vertragsendes) über die Gestaltung der konkreten Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz und im Betrieb bis hin zu der tariflichen Festlegung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifpartner. Das alles ist auch dann nicht entbehrlich, wenn das Unternehmen paritätisch »mitbestimmt« ist – es sei denn, es träte irgendwo eine Minderung sozialer Chancen und individueller oder auch kollektiver Autonomie ein.

Somit ist auch die Formel der Gleichheit von Kapital und Arbeit nicht geeignet, ein a priori im Sinne von Eigentumsgerechtigkeit und Verfassungsgebottenheit der paritätischen Besetzung zentraler unternehmerischer Organe zu setzen.

III. »Ansprüche« des Eigentums an Gesellschafts- und Unternehmensverfassung

1. Allgemeines

Das Grundrecht des Eigentums ist das Recht des Menschen, einen Anteil an der Sachgüterwelt zu erwerben, zu haben, zu gebrauchen, zu verbrauchen und über ihn zu verfügen. Der Auftrag des Gesetzgebers besteht darin, ihm eine hinreichende Zahl von Formen zur Verfügung zu stellen, die den jeweiligen Gegebenheiten, den konkreten Gegenständen, die erworben, innegehabt, gebraucht, verbraucht oder veräußert werden sollen, endlich dem Gesamtzusammenhang des Rechts gerecht werden. Daß es unter den gegen-

wärtigen gesellschaftlichen, technischen, wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten ebenso wie im Blick auf den Gesamtzusammenhang unserer Rechtsordnung geboten ist, die Möglichkeit zu schaffen, Geldvermögen durch den Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften unternehmerisch einzusetzen, steht außer Frage. Dabei hat der Gesetzgeber mit Recht auch unterschiedliche Möglichkeiten des Einflusses, des Risikos, des Nutzens usw. kombiniert und dem Rechtsverkehr angeboten. Soweit die Relationen innerhalb dieser Komplexe sachgerecht und strukturell rechtsordnungskonform sind, kann darin nur eine Entfaltung des Eigentums gesehen werden.

Der Regierungsentwurf sieht nun aber vor, daß Anteilsrechte an Kapitalgesellschaften ausnahmslos dadurch verkürzt werden, daß das typische zentrale Legitimations- und Kontrollorgan, der Aufsichtsrat, nicht mehr von den Anteilseignern beherrscht ist, sondern paritätisch von Repräsentanten der Anteilseigner und der Arbeitnehmer besetzt wird. Damit ist eindeutig eine Verkürzung der Dispositionsrechte der Anteilseigner verbunden. Und es ist möglicherweise damit auch eine Minderung des wirtschaftlichen Wertes verbunden – sei es im Sinne der anderen, kapitalschädlichen Wahrnehmung der Unternehmensgeschäfte, sei es vordergründig im Sinne der Gewinnzuweisung. Jedenfalls sind Dispositions-, Nutzens- und Wertminderung nicht voneinander zu trennen. Für die künftige Eigentumsordnung ist die Dispositions- und Nutzensminderung entscheidend. Für den Rechtswechsel kommt der mögliche Wertverlust der bestehenden Rechte hinzu.

2. »Paritätische Mitbestimmung« als Integration der Natur der Sache?

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Veränderung könnte dadurch außer Streit gestellt sein, daß sie sachlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, die nur mehr diese Rechtsgestaltung sinnvoll erscheinen läßt.

a) Das wird gelegentlich angedeutet, wenn darauf hingewiesen wird, daß sich in den Kapitalgesellschaften die Unternehmerfunktion (*Management*) von der Kapitalistenfunktion der Anteilseigner *abgespalten* habe. Das trifft jedoch auf die verschiedenen vom Regierungsentwurf erfaßten Gesellschaftstypen nur sehr unterschiedlich zu; und es ist auch innerhalb der einzelnen Typen nur sehr unterschiedlich Realität. Vor allem aber ist bei aller Angewiesenheit der Kapitalisten auf das Management den Kapitalisten dessen (legitimierende und steuernde) Kontrolle – freilich nach Anteil und Mehrheitskonstellation unterschiedlich – geblieben. Insgesamt schmälert also der

Regierungsentwurf Recht *und* Wirklichkeit gegenwärtiger Gesellschaftsanteile eindeutig.

b) Auf verschiedene Weise wird ferner – im Ansatz zu Recht – gesagt, Kapital sei, um unternehmerisch verwertet zu werden, auf Arbeit angewiesen. Daraus wird gefolgert, nur gesicherte Kooperation im Sinne »paritätischer Mitbestimmung« halte – je länger je mehr – die Wege der Kapitalnutzung offen. Das liegt aber schon deshalb nicht nahe, weil angesichts der vielen Formen notwendiger Kooperation von Kapital und Arbeit in Betriebsverfassung, Tarifvertragswesen, Individualarbeitsvertrag u. a. m. der »paritätischen Mitbestimmung« nur akzidenteller Charakter zukommt.

Jedenfalls würde es, um dieses Kapitalinteresse zu wahren, genügen, die »paritätisch mitbestimmte« Kapitalgesellschaft als einen weiteren Gesellschaftstyp fakultativ anzubieten. Arbeitsmarkt und Kapitalmarkt könnten dann ja den Beweis für Opportunität oder gar Notwendigkeit dieser Form erbringen. Vor dem Hintergrund dieser – erstaunlicherweise, soweit zu sehen, undiskutierten – Alternative kann das Modell »paritätischer Mitbestimmung« als universale und ausschließliche Lösung nicht als bloße Anpassung an wirtschaftliche und soziale Sachgesetzmäßigkeiten gesehen werden.

Außerdem wäre hier einmal mehr zu fragen, warum Kapital und Arbeit anstatt durch das Zwangsmodell der »paritätischen Mitbestimmung« nicht durch das liberale Modell der individuellen Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand aneinander herangeführt werden.

Somit muß alles in allem der Regierungsentwurf als nicht unausweichliche, vielmehr *gewillkürte wesentliche Schmälerung* der Möglichkeit unternehmerischen Einsatzes von Vermögen durch Anteile an Kapitalgesellschaften an Art. 14 Abs. 1 und 2 GG gemessen werden.

3. Die Verletzung der Eigentumsgewährleistung

a) Das Recht auf eine leistungsfähige Unternehmensverfassung

Verlangt das Eigentumsgrundrecht die Möglichkeit des Vermögenseinsatzes durch Anteile an Kapitalgesellschaften, so bedeutet das auch, daß der Gesetzgeber eine funktionstüchtige Gesellschafts- und Unternehmensverfassung schuldet. Dazu ist auch noch einmal auf den Verbund zwischen Art. 9, 12, 14 und 19 Abs. 3 GG hinzuweisen. Ein leistungsfähiges Gesellschaftsrecht ist nicht nur dem Eigentum, sondern auch der (möglicherweise auch als Berufs-

ausübung zu interpretierenden) Vereinigung geschuldet. Diese Verpflichtung erfüllt der Regierungsentwurf nicht.

Entscheidend dafür ist die Aporie von Parität und Patt. Die Polarität zwischen Interessen und Gruppen der Anteilseigner und der Arbeitnehmer ist so wesentlich, daß die paritätische Besetzung eines für die Unternehmensführung zentralen Organs, wie es der Aufsichtsrat weitgehend ist, zur Stimmgleichheit in allen Fragen führen muß, die gerade von den typischen Interessen- oder Meinungsgegensätzen her kontrovers sind. Der Zwang zur Einigung *kann* ebenso darüber hinweghelfen wie die Unabhängigkeit der Organmitglieder und die differenzierte Besetzung der Arbeitnehmerbank (nach Gruppen und Organisationen). Gleichwohl beweisen alle Argumente, die zu dem Projekt der »paritätischen Mitbestimmung« geführt haben, daß mit der Dominanz des Interessengegensatzes gerechnet werden muß. Damit fällt der Aufsichtsrat in präsumtiv wichtigen Fragen aus.

§§ 7, 22, 26 Abs. 1 des Regierungsentwurfs etablieren somit eine Ordnung, die dem Postulat der Leistungsfähigkeit der Unternehmens- und Gesellschaftsverfassung nicht entspricht. Daraus bietet § 24 für den Vorsitz einen verfassungsrechtlich erträglichen Ausweg. Das Verfahren der Vorstandswahl (§ 28) ist dagegen bedenklich und allenfalls unter Hereinnahme der Möglichkeit gerichtlicher Bestellung (§ 85 AktG) verfassungskonform. Im übrigen jedenfalls trifft § 26 Abs. 2 eine Scheinlösung, die über die Funktionsuntüchtigkeit nicht hinwegtäuschen kann.

b) Die Entfunktionalisierung des Aufsichtsrats als Repräsentation der Anteilseigner

Von der Annahme, daß das Unternehmen überhaupt eine leistungsfähige Organisation braucht, um die »Privatnützigkeit« des eingebrachten Kapitals zu gewährleisten, zu unterscheiden, ist die andere, daß die Unternehmensverfassung Dispositionsrechte der Anteilseigner ermöglichen muß. Sie geht von den gleichen Grundrechten (Art. 14 i. V. m. Art. 9, 12, 19 Abs. 3 GG) aus. Bietet der Gesetzgeber eine Vielfalt von Gesellschaftstypen an, die in Grenzen der Sachadäquanz frei gewählt werden können, so können darunter solche sein, die den Einliegern des Kapitals Dispositionsrechte mehr oder minder versagen. Der Regierungsentwurf läßt für seinen Geltungsbe-
reich aber Dispositionsrechte der Einleger nur noch in den Grenzen der »paritätischen Mitbestimmung« zu. Und diese Grenzen bedeuten, daß die Anteilseigner für sich Dispositionsrechte nur mehr in dem Maße ausüben können,

in dem solche allgemein oder durch das Mitbestimmungsgesetz (insbes. §§ 8 Abs. 1, 28 Abs. 4) der Hauptversammlung oder (§ 29) den Repräsentanten der Anteilseigner im Aufsichtsrat vorbehalten sind. Die Befugnisse des Aufsichtsrats können im übrigen von den Anteilseignern nicht mehr unabhängig zur Wahrung ihrer Interessen benutzt werden.

Entscheidend ist hier nicht, daß die Anteilseigner nicht von den Arbeitnehmer-Repräsentanten überstimmt werden können. Entscheidend ist, daß sie sich im Aufsichtsrat nicht mehr durchsetzen können. Man könnte auch sagen: daß die Interessen der Anteilseigner der Anerkennung durch die Arbeitnehmer bedürfen, um vom Aufsichtsrat durchgesetzt zu werden. Dies wiegt um so schwerer, als weitgehend der Aufsichtsrat als *das* Organ der Wahrnehmung der Anteilseigner-Interessen konzipiert ist.

Bei der Würdigung dieses Umstandes ist übrigens von Bedeutung, was unter dem Stichwort »Überparität« angedeutet wird: daß die Interessen »des Kapitals« eben auch sonst schon weitgehend nicht nur in Auseinandersetzung mit der Seite »der Arbeit« wahrgenommen werden müssen, sondern nur noch mit deren Zustimmung ausgeübt werden können. In diesem Zusammenhang liegt die entscheidende Staffelung dieses Vorbehalts in dem »Hintereinander« von Betriebsverfassung und Unternehmensverfassung.

c) Exkurs I: Gibt es eine »paritätische Mitbestimmung«?

Die vorstehenden Überlegungen nötigen zu der Feststellung, daß die Formel von der »paritätischen Mitbestimmung« Sachgesetzlichkeiten verdeckt, deren Vernachlässigung schließlich zur Grundrechtsverletzung führt. Eine »paritätische Mitbestimmung« wäre rein nur dann gegeben, wenn die Unternehmensverfassung die Repräsentation der Arbeitnehmer und der Anteilseigner durchgehend – in allen Ebenen der Unternehmensorganisation – maximal gleich und analog konstruieren würde. Selbst dann blieben noch wesentliche Unterschiede wie der zwischen den durch Arbeitsmarkt und -recht sowie Kapitalmarkt und Gesellschaftsrecht jeweils unterschiedlich gestalteten Ein- und Austrittsbedingungen. Aber abgesehen davon läßt sich eine solche »paritätische Mitbestimmung« nicht denken.

Der erste Grund ist, daß keine solche Struktur die Bedürfnisse zur *Repräsentation der Arbeitnehmerinteressen* voll aufnehmen könnte, die heute durch *Betriebsverfassung* und *Tarifvertragsrecht* (einschließlich Arbeitskampfrecht) befriedigt werden.

Impliziert diese These noch gewisse, freilich rechtsimmanente, Wertungen, so

kann Folgendes wohl die volle Stringenz reiner Sachgesetzlichkeit für sich in Anspruch nehmen. Vor dem Hintergrund der Interessengegensätze, die ja zur Förderung der »paritätischen Mitbestimmung« geführt haben, steht deren Konstruktion immer vor der Alternative:

- Entweder das Unternehmen wird rein »paritätisch« organisiert. Dann wird die *Funktionsunfähigkeit* dieser Organisation von vornherein in Kauf genommen (Patt-Problem).
- Oder das wird durch eine »dritte Kraft« vermieden oder wenigstens einer potentiellen Lösung zugeführt. Dann aber stellt sich die Frage nach der Legitimation dieser dritten Kraft.

Diese Frage ist bisher zu sehr vernachlässigt worden. Aber was etwa rechtfertigt nach dem Modell der Montan-Mitbestimmung, daß in der Patt-situation einseitige Interessen immer dann und insoweit gelten, als der 11. Mann sie anerkennt? Diese »dritte Kraft« muß gegenüber den Interessen der Arbeitnehmer ebenso gerechtfertigt werden wie gegenüber Art. 14 GG. Sie darf ferner nicht über eine Art von »Staatskommissar« zu Lösungen führen, die an Art. 15 GG zu messen wären. Auch die Formel vom Einigungszwang der »Parität« trägt nicht weit. Erstens muß gefragt werden, wieviel Zukunftsbindung der gemeinsamen Legitimation einer »dritten Kraft« auch dort zugemutet werden darf, wo sich beide Seiten einigen. Zweitens ist Recht Konfliktordnung und darf es nicht von Einigung ausgehen, wo es den Gegensatz zum Prinzip seiner Regelung macht. Dann bleibt letztlich die Berufung der »dritten Kraft« durch den Richter. Aber was rechtfertigt die Annahme, daß z. B. der Registerrichter eine »dritte Kraft« bestellt, die im Konflikt den richtigen Schiedsentscheid fällt?

Somit kann Mitbestimmung nie schematische Gleichbehandlung beider Seiten heißen, sondern bedarf der adäquaten Anpassung der Organe an die Interessen, die sie betreffen. Darum ist die Formel von der »paritätischen Mitbestimmung« nicht an sich schon eine Grundlage dafür, irgend ein Unternehmensorgan gleichermaßen mit Repräsentanten der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zu besetzen. Und sie ist erst recht keine Grundlage dafür, ein Organ, das für die Interessen der Anteilseigner so zentral ist wie der Aufsichtsrat, der Wahrnehmung dieser Interessen durch die »paritätische« Besetzung zu entziehen. Diese Gefahr, daß die in einem ganz allgemeinen Sinn möglicherweise berechtigte Idee der Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit über die Formel von der »paritätischen Mitbestimmung« umgesetzt wird in einen natur- oder positivrechtlichen Titel für die gleichheitliche

Besetzung irgend eines Unternehmensorgans mit Vertretern der Arbeitnehmer und der Anteilseigner ist auch der Grund, warum hier »paritätische Mitbestimmung« immer in Anführungszeichen geschrieben wird.

d) Exkurs II: Das Unspezifische und damit Unverhältnismäßige des Zugriffs auf den Aufsichtsrat

Die vorstehenden Überlegungen drängen schließlich auch zu der Frage, ob es überhaupt sachgerecht ist, die »paritätische Mitbestimmung« entscheidend im Aufsichtsrat zu realisieren. Kann es gelingen, ein vorhandenes Organ durch Umbesetzung ohne Veränderung seiner Funktion – insbesondere auch unter Belassung seiner Vermittlungsfunktion zwischen Anteilseignern (Hauptversammlung usw.) und Leitungsorgan – in den Dienst der »paritätischen Mitbestimmung« zu stellen? Wäre nicht allenfalls zu fragen gewesen, ob nicht ein spezifisches Organ der »paritätischen Mitbestimmung« zu schaffen und welche Befugnisse ihm in welchen Verfahren anzuvertrauen wären?

Der beschrittene Weg setzt sich dem Verdacht der Sachwidrigkeit und Unverhältnismäßigkeit schon deshalb aus, weil er trotz der recht verschiedenen Aufgaben der Aufsichtsräte in den verschiedenen erfaßten – gesetzlichen und im gesetzlichen Rahmen praktisch geschaffenen – Gesellschaftstypen einheitlich am Aufsichtsrat ansetzt. Und er ist sachwidrig und unverhältnismäßig, indem er den Anteilseignern das Instrument des Aufsichtsrats entzieht, ohne im einzelnen zu prüfen, inwieweit deren Position dadurch in wesentlichen Elementen und übermäßig betroffen wird. (In diesem Zusammenhang der Inadäquanz des organisatorischen Ansatzes ist auch die Gefahr der sogenannten »Koppelungsgeschäfte« von besonderem Gewicht.)

§ 29 ist das Anerkenntnis notwendiger Ausnahmen. Aber der Regierungsentwurf ist nicht genau – d. h. umfassend – genug. Die zahlreichen Vorschläge, die – vor allem in den Gutachten Raiser und Scholz – für eine Ausdehnung oder analoge Anwendung des § 29 gemacht werden, kennzeichnen ein Mindestmaß an weiteren Fällen, in denen das Bedürfnis an einer eigenständigen – jedenfalls von den Anteilseignern dominierten – Repräsentation der Anteilseigner im Sinne des herkömmlichen Aufsichtsrates unabweislich ist. Addiert man diese Vorschläge, dann kommt man schon zu zwei »Aufsichtsräten«: dem »paritätischen« und dem der Anteilseigner.

Alles in allem kann also sachgerecht allenfalls eine Lösung sein, die – den Repräsentationszusammenhang, der bisher typisch in dem Zusammenspiel von Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand angelegt ist,

- daraufhin überprüft, inwieweit er erhalten bleiben muß, oder durch eine »Direktverbindung« Hauptversammlung – Vorstand ersetzt oder sonstwie homogen substituiert werden kann,
- und ein dann wirklich »paritätisches«, durch Hinzunahme einer »dritten Kraft« quasiparitätisches oder nur annähernd »paritätisches« Organ unter der Voraussetzung konstruiert, daß die bisher vom Aufsichtsrat wahrgenommenen Befugnisse nicht allgemein und ersatzlos auf ein Organ übertragen werden können, in denen die Repräsentanten der Anteilseigner nicht mehr selbständig bestimmend handeln können.

e) Exkurs III: Mitbestimmung und Vermögensbildung

Zu dieser Verfassungskritik am Regierungsentwurf verhalten sich die ebenfalls von der Bundesregierung vorgelegten Pläne zur Vermögensbildung eigentümlich ambivalent. Sie würden – soweit zu sehen – prinzipiell dazu führen, daß typische Arbeitnehmerrepräsentanten auch auf der »Bank« der Anteilseigner zu sitzen kämen. Damit würde die Patt-Vermutung ausgeräumt. Der Vorwurf der Funktionsunfähigkeit der Gesellschafts- und Unternehmensverfassung entfiel. Andererseits würden die »kapitalistischen« Anteilseigner in eine präsumtive Minderheitensituation gebracht. Der Vorwurf der Entfremdung zwischen Aufsichtsrat und Vermögensinteressen der privaten Einleger würde sich verstärken. Er würde auch dadurch nicht ausgeräumt, daß die technische Funktionstüchtigkeit des Aufsichtsrates wieder hergestellt wäre.

Zusammenfassung

1. Das Grundrecht des Eigentums (Art. 14 GG) verlangt in Verbindung mit den Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG; s. a. Art. 19 Abs. 3 GG), daß in ausreichendem Maße leistungsfähige Ordnungsmodelle unternehmerisch tätiger Kapitalgesellschaften zur Verfügung gestellt werden. Dagegen verstößt der Regierungsentwurf. Er konstruiert den Aufsichtsrat als ein zentrales Gesellschafts- und Unternehmensorgan grundsätzlich aller unternehmerisch tätigen Kapitalgesellschaften einer gewissen höheren aber doch nicht nur exzeptionellen Größenordnung so, daß mit seiner Entscheidungsunfähigkeit in wesentlichem Umfang gerechnet werden muß.

2. Das Grundrecht des Eigentums (Art. 14 GG) verlangt in Verbindung mit den Grundrechten der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG; s. a. Art. 19 Abs. 3 GG) ferner, daß in ausreichendem Maße Ordnungsmodelle angeboten werden, die dem Kapitaleinleger nicht nur einen angemessenen Nutzen aus seiner Einlage, sondern auch Einfluß auf die Führung des Unternehmens gewähren. Auch dagegen verstößt der Regierungsentwurf. Er entzieht für die von ihm erfaßten Gesellschaften den Aufsichtsrat seiner Aufgabe, die Interessen der Anteilseigner durchzusetzen, in einem Maße, welches das verfassungsgebote Minimum von Dispositionsrechten der Anteilseigner unterschreitet. Die §§ 28 Abs. 4 Satz 3 und 29 enthalten nur unzulängliche Vorkehrungen, die das Bedürfnis nach Kompensation für die Beschneidung der Dispositionsrechte der Anteilseigner erkennen lassen, ohne ihm hinreichend Rechnung zu tragen.

3. Dabei ist zu bedenken, daß die »paritärisch mitbestimmte« Gesellschaft nicht als eine fakultative Gesellschaftsform angeboten wird, daß die »paritätische Mitbestimmung« vielmehr eine generelle Grenze möglicher Einflußrechte der Anteilseigner auf die Gesellschaft zieht.

Ebenso ist zu bedenken, daß der Versuch – im Sinne der »Gleichheit von Kapital und Arbeit« – die Einflußrechte »der Arbeit« unter Verzicht auf deren bisherige Vielfalt (des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts) in gleicher Weise wie die Einflußrechte »des Kapitals« zu konzentrieren und beide zu »parallelisieren« weder unternommen wird noch sachgerecht unternommen werden kann.