

Backhaus, Jürgen

Working Paper

Wirtschaftsreform und Unternehmensverfassung: Fortentwicklung der Institutionen der Mitbestimmung

Diskussionsbeiträge - Serie A, No. 140

Provided in Cooperation with:

Department of Economics, University of Konstanz

Suggested Citation: Backhaus, Jürgen (1980) : Wirtschaftsreform und Unternehmensverfassung: Fortentwicklung der Institutionen der Mitbestimmung, Diskussionsbeiträge - Serie A, No. 140, Universität Konstanz, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik, Konstanz

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/78175>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

FAKULTÄT FÜR
WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTEN UND STATISTIK
UNIVERSITÄT KONSTANZ

WIRTSCHAFTSREFORM UND
UNTERNEHMENSVERFASSUNG:
Fortentwicklung der
Institutionen der Mitbestimmung

Jürgen | Backhaus

Serie A - Nr. 140

DISKUSSIONSBEITRÄGE

D-7750 Konstanz
Postfach 5560

Serie A

Volkswirtschaftliche Beiträge

WIRTSCHAFTSREFORM UND
UNTERNEHMENSVERFASSUNG:

Fortentwicklung der
Institutionen der Mitbestimmung

Jürgen Backhaus

Serie A - Nr. 140

Mai 1980

Ag 336 1 80
Wirtschaft
K-Real

WIRTSCHAFTSREFORM UND UNTERNEHMENSVERFASSUNG FORTENTWICKLUNG DER INSTITUTIONEN DER MITBESTIMMUNG

Mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1.3.1979¹⁾ hat die Fortentwicklung der Unternehmensverfassung in der Bundesrepublik Deutschland einen in sich schlüssigen Abschluß erreicht. Deshalb lohnt es sich, darüber nachzudenken, in welcher Weise die Wirtschaftsreform auf diesem Gebiet fortgeführt werden könnte²⁾ oder sollte³⁾. In diesen Überlegungen sollen die institutionellen Vorgaben ebenso berücksichtigt werden wie die volkswirtschaftliche Theorie, die als Theorie der Wirtschaftspolitik dazu aufgerufen wird, alternative Institutionen der Wirtschaft auf ihre Effizienz⁴⁾ oder Funktionsfähigkeit⁵⁾ hin zu überprüfen und *in diesem Sinne* auch zu beurteilen.

Im ersten und bei weitem längsten Teil dieses Essays wird die Situation nach der endgültigen Klärung der unternehmensrechtlichen Fragen skizzenhaft festgehalten und in ihren

-
- 1) BVerfGE 50, 290 ff. Der Leitsatz der 26. Entscheidung des 50-Bandes lautet: "Die erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 6. Mai 1976 ist mit den Grundrechten der von dem Gesetz erfaßten Gesellschaften, der Anteilseigner und der Koalitionen der Arbeitgeber vereinbar." Die im Text in Klammern gesetzten Seitenangaben beziehen sich auf dieses Urteil.
 - 2) In diesem Sinne ist eine Analyse der durch das Verfassungsgericht ausgesprochenen Entscheidung sowie der durch das Gericht noch einmal bestätigten Gesetzgebung und Rechtsprechung im Hinblick auf Restriktionen der Wirtschaftsreform beabsichtigt, die ihrerseits von der volkswirtschaftlich-theoretischen Analyse als Vorgaben anzusehen wären.
 - 3) Insoweit als es sich hier um normative Vorstellungen handelt, geht es nicht um eine Verfassungsinterpretation, sondern darum, volkswirtschaftliche Optimalitätserwägungen anzuwenden.
 - 4) Hier ist die volkswirtschaftliche, nicht die betriebswirtschaftliche Effizienz gemeint.
 - 5) Der Begriff der Funktionsfähigkeit und jener der Effizienz sind keineswegs identisch, vergleiche unten III.

Grundzügen dargestellt. Darauf *a u f b a u e n d* wird versucht, die tragenden *F u n k t i o n s p r i n - z i p i e n* der Verfassung der mitbestimmten Großunternehmung prägnant herauszuarbeiten. Mit diesen Funktionsprinzipien stehen *F u n k t i o n s s c h w ä c h e n* in unmittelbarem Zusammenhang, deren Darstellung der dritte Teil gewidmet ist. Damit ist der *status quo* geklärt. Eine Orientierung für die Diskussion von Wirtschaftsreformen dagegen bietet die *v o l k s w i r t s c h a f t l i c h e T h e o r i e* der Unternehmung, zum einen als Theorie der Firma⁶⁾ zum anderen als Theorie der dezentralisierten Unternehmung. Im Kontext des eingangs dargestellten institutionellen *status quo* lassen sich Chancen der Fortentwicklung insbesondere der betrieblichen Mitbestimmung aufzeigen. Dabei beschränkt sich diese Analyse vor allem auf eine Einschätzung der Rolle des Gesetzgebers im Prozeß der Wirtschaftsreform der Unternehmensverfassung im Hinblick auf die vom Verfassungsgericht an diese gestellten Anforderungen.

I

Die Verabschiedung des Gesetzes über die erweiterte Mitbestimmung (1976), und das am 1.3.1979 dazu ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichtes stehen mit den Chancen der Wirtschaftsreform auf dem Gebiete der Unternehmensverfassung insoweit in engstem Zusammenhang, als dieses Gesetzgebungswerk sowie die im Zuge seiner Vorbereitung und verfassungsrechtlichen Verteidigung vorgelegte juristische und volkswirtschaftliche Forschung ebenso wie das schließlich ergangene Urteil des Bundesverfassungsgerichtes zu einer zum Teil systematischen Klärung geführt haben. Wenn im folgenden dieses Urteil einer eingehenderen Analyse unterzogen werden soll, so geschieht dies in der Absicht herauszuarbeiten, welche Bedingungen der Wirtschaftsreform in Karlsruhe formuliert wurden. Dieser Analyseweg könnte so mißverstanden

6) Unter einer *F i r m a* werde eine hierarchische Organisation der Produktion verstanden. Vergleiche Backhaus (1979) "Partizipative Unternehmung", insbesondere Kapitel 4; vergleiche auch Blattner (1977)

werden, als habe die volkswirtschaftliche Theorie bei der wirtschaftspolitischen Beratung ihre Grenzen stets in den Entscheidungen der Verfassungsrechtsprechung zu suchen. Ein solcher wirtschaftspolitischer Ansatz, der oft vor dem Hintergrund eines Maximierungs- (oder Optimierungs-)kalküls unter Nebenbedingungen zu sehen ist, in dem die Zielfunktion politisch und/oder als gesellschaftliche Wohlfahrtsfunktion vorgegeben und die Restriktionen durch das Verfassungsrecht gesetzt werden, verkennt die spezifischen Verhaltensweisen und Verfahren, die jene Institutionen kennzeichnen, denen die Sicherung des verfassungsmäßigen Konsenses, als Interpretation und Anpassung, aufgegeben ist. Die Verfassung selbst ist als ein Rahmen zu sehen, der kontinuierlich einer sich wechselnden gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Umwelt durch Interpretation anzupassen ist; und Interpretation läßt sich als eine besondere Form politischer Interaktion beschreiben⁷⁾. Daraus nun ergeben sich keine Restriktionen im üblichen volkswirtschaftlichen Sinne, sondern Argumentationsmuster, aus denen Perspektiven oder "Entwicklungspfade" einer Wirtschaftsreform folgen. Damit ist die theoretische Wirtschaftspolitik auch dazu aufgerufen, nicht nur Ratschläge über einen effizienten Zweck-Mittel-Einsatz bei (vor-)gegebenem Zweck und bekannten Mitteln zu geben, sondern über den Zusammenhang zwischen wirtschaftspolitischer Aktion und den Institutionen, in denen sie stattfindet, insbesondere aber über den dynamischen Wandel dieser Institutionen (Wirtschaftsreform) begründete wissenschaftliche auf theoretischer Basis gewonnene Aussagen zu machen. Diese Forderung wird von den Verfassungsrichtern übrigens an mehreren Stellen nachhaltig an die theoretische Volkswirtschaftslehre adressiert. Das Gericht, das sich einem mit staatsrechtlicher Dogmatik schwer bearbeitbaren inhärent wirtschaftspolitischen Problem gegenüber sah, zu dessen Ordnung es den Begriff der *F u n k t i o n s f ä h i g k e i t* (der Unternehmen, der Gesellschaften, der Volkswirtschaft

7) Vergleiche im einzelnen *Backhaus* (1976) "Interpretatorische Veränderungen von Verfassungsnormen" und (1978) "Constitutional Guarantees".

insgesamt, der Tarifvertragssysteme etc.) heranzog, sah sich, obwohl zwei wirtschaftswissenschaftliche Gutachten vorgelegen hatten⁸⁾, angesichts der "zahlreichen Prognosen über die Auswirkungen einer erweiterten Mitbestimmung der Unmöglichkeit einer gesicherten Gesamtprognose" (332)⁹⁾ gegenüber; aus dieser Sachlage zog das Gericht, wie übrigens auch schon zuvor in anderem Zusammenhang bei ähnlicher Situation (Bundesverfassungsgericht-Entscheidung 35, 79 (142 f.) "Hochschulurteil") den Schluß, den Gesetzgeber treffe ein **K o r r e k t u r g e b o t** (335, 352), sollte er sich mit seinen Prognosen¹⁰⁾ geirrt haben. Damit wurde in augenfälliger Weise ein Konnex zwischen Verfassungsinterpretation einerseits, theoretischer und empirischer volkswirtschaftlicher Forschung andererseits durch das Verfassungsgericht selbst hergestellt.

Das Gericht erkannte jedoch nicht nur einen Konnex zwischen dem verfassungsrechtlich Möglichen und dem theoretisch wirtschaftspolitisch Bekannten, sondern verlegte sich in seiner Interpretation auch schwerpunktmäßig auf das Element der wirtschaftsreformatoren Kontinuität (296, 333, 338, 380) mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß der eingeschlagene

8) Für die Senate von Berlin, Bremen und Hamburg das Gutachten von *Ekkehard Kappler* (Wuppertal), für die Beschwerdeführer das Gutachten von *Gerhard Prosi* (Kiel) (1978)

9) *Mertens* (1975) "Politische Argumente"

10) Diese Prognosen des Gesetzgebers, die ihm das Verfassungsgericht unterstellt, lassen sich zu volkswirtschaftlichen Hypothesen, die einer empirischen Überprüfung zugänglich sind, konkretisieren. Vergleiche *Backhaus*, (1980) "Hypothesen".

gene, die Institutionen verändernde Weg nicht nur historisch weit zurückreicht (294 ff., 359), sondern auch selbst nur als ein begrenzter Schritt im Rahmen einer langfristig angelegten Reform der Unternehmensverfassung (296) zu sehen ist, die aufgrund der Ablösung des Waltens eigenverantwortlicher Eigentümer-Unternehmer und ihrer Ersetzung durch große Unternehmen, in denen typischerweise auch mehrheitlich solche Personen mitwirken, die nicht Mitglieder der (Kapital-)Gesellschaft sind, nötig geworden war; mehr noch: es gehe bei der Korrespondenz zwischen gesellschaftlichem Wandel und der Verfassung (338) um eine politische Absicherung der Marktwirtschaft (359) im Wege der sozialen Legitimation der Unternehmensleitungen (365), die wie erwähnt nicht mehr durch den Kapitaleinsatz auf eigene Rechnung und das Tragen des Risikos gegenüber jenen legitimiert sind, die das Risiko nicht tragen. Über die Notwendigkeit der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer bestand darüber hinaus breiter Konsens (315). So ergeben sich im wesentlichen drei Kriterien, die das Verfassungsgericht bei nochmaliger (vergleiche bereits BVerfGE 4,7 (17f.) "Investitionshilfegesetz") Betonung der relativen Offenheit der Verfassung, insbesondere der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes (338 mit weiteren Nachweisen) an Wirtschaftsreformen stellt:

1. Theoretisch wirtschaftspolitische Absicherung;
2. Historische Kontinuität;
3. Breite politische Akzeptanz.

Die wesentlichen Neuerungen des Mitbestimmungsgesetzes seien noch einmal kurz zusammengefaßt. Das Gesetz bezieht sich auf die Organisation von Großunternehmen mit mehr als 2.000 Beschäftigten (§ 1 MitbestG), die von Kapitalgesellschaften oder solchen Personengesellschaften betrieben werden, die faktisch zur Kapitalgesellschaft denaturiert sind: Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bergrechtliche Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit oder Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Für diese Gesellschaften

wird bestimmt, daß ihr Aufsichtsrat (oder ein zu bildendes Äquivalent), der typischerweise allein von den Vertretern des Kapitals (der Hauptversammlung) beschickt wird, sich nunmehr je zur Hälfte aus Vertretern der Arbeitnehmer und der Repräsentanten des Kapitals zusammensetzen soll (§ 2). Die Aufgaben des Aufsichtsrates beziehen sich *n i c h t* auf die Geschäftsführung¹¹⁾. Vielmehr hat der Aufsichtsrat nach § 31.1 MitbestG in Verbindung mit §§ 84 f. Aktiengesetz die Mitglieder des Vorstandes (Geschäftsführung) zu berufen und, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, gegebenenfalls auch wieder abuberufen. Ein wichtiger Grund besteht insbesondere in grober Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, daß das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist (§ 84.3 AktG). Der Aufsichtsrat hat den Vorstand auch zu überwachen (§ 25.1.1 MitbestG i.V.m. § 111 AktG). Dazu gehört das Recht des Aufsichtsrates, die Bücher der Gesellschaft einzusehen und zu prüfen, eine Hauptversammlung einzuberufen oder, wenn dies die Satzung der Gesellschaft bestimmt oder ein entsprechender Aufsichtsratsbeschluß vorsieht, auch bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung, so kann der Vorstand eine Abstimmung der Hauptversammlung (der Kapitalvertreter) herbeiführen, die mit drei Vierteln ihrer Stimmen die Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat heilen kann. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden.

Die Vertreter der Arbeitnehmer und die Repräsentanten des Kapitals verfügen zwar im Aufsichtsrat über die gleiche Anzahl von Sitzen, gleichwohl ist eine Parität zwischen beiden nicht hergestellt. Der Vorsitzende des Aufsichtsrates, dem im Falle des Patts zwischen beiden Gruppen ein *Doppelstimmrecht* zusteht, wird von zwei Dritteln der Aufsichts-

11) Vergleiche aber mißverständliche institutionelle Darstellungen bei *Furubotn* (1978) *Monissen* (1978) und *Pejovich* (1978, 1979).

ratsmitglieder gewählt, oder, wenn eine solche Mehrheit nicht zustandekommt, von den Kapitalrepräsentanten, während gleichzeitig die Arbeitnehmervertreter den Stellvertreter des Aufsichtsratsvorsitzenden wählen, dem ein Doppelstimmrecht nicht zusteht. Die Arbeitnehmerschaft ist ihrerseits nicht homogen im Aufsichtsrat vertreten (324,329,331). Die Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrates besteht aus Arbeitnehmern des Unternehmens und Gewerkschaftsvertretern je nach der Größe des Unternehmens im Verhältnis 4:2, 6:2 oder 7:3. Zu Arbeitnehmern zählen sowohl Arbeiter und Angestellte als auch leitende Angestellte, soweit sie nicht Mitglieder der Geschäftsführung sind. Die Wahl der Aufsichtsratsvertreter der Arbeitnehmer regelt ein im einzelnen kompliziertes Verhältniswahlrecht so, daß alle Gruppen berücksichtigt werden.

Eine Teilnahme der Arbeitnehmer an den Entscheidungen der Geschäftsleitung, das heißt des Managements, findet nicht statt. Das Gesetz bestimmt lediglich, daß ein **A r b e i t s - d i r e k t o r**, das heißt ein Mitglied des Vertretungsorgans, dem im Schwerpunkt Zuständigkeiten in Personal- und Sozialfragen übertragen sein müssen (378), bestellt werden muß (§ 31 MitbestG).

Hier ist auch der Anknüpfungspunkt des Mitbestimmungsgesetzes an den bisherigen Regelungen zur Mitbestimmung in Betrieben und Unternehmen zu sehen. Obwohl, anders als unter den Regelungen des Montan-Mitbestimmungsgesetzes vom 21. Mai 1951 eine Teilnahme von Arbeitnehmervertretern am Management der Unternehmen nicht vorgesehen ist, soll doch ein Bezug zwischen den Institutionen der betrieblichen Mitbestimmung, insbesondere dem betrieblichen Rätewesen und jenen der Unternehmensmitbestimmung, also der Mitbestimmung in den Aufsichtsorganen der Unternehmung hergestellt werden wenigstens insofern, als sicherzustellen ist, daß die Unternehmen durch ihre Vorstände auch die Arbeit dieser Vertretungsorgane im Unternehmensinteresse nutzen können. Worin dieser Nutzen im einzelnen besteht, soll im dritten Abschnitt erörtert werden.

Die dem Verfassungsgericht vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Mitbestimmungsgesetz von 1976 gipfeln, und das ist ihr ökonomischer Gehalt, in der Behauptung der **F u n k t i o n s u n f ä h i g k e i t** der mitbestimmten Großunternehmung, zumindest aber einer erheblichen Funktionsbeeinträchtigung nicht nur der Unternehmen, sondern auch der Wirtschaftsordnung insgesamt. Diesen ökonomischen Argumenten, die auch auf einschlägigem Schrifttum beruhen ¹²⁾, möchte ich weiter unten nachgehen.

Abgesehen von den spezifisch rechtlichen Fragen, wie etwa dem behaupteten Verstoß der Regelung über den Arbeitsdirektor (§ 31 MitbestG) gegen Absatz 1 des zweiten Grundgesetzartikels mit der Behauptung, die Vorschrift sei nicht hinreichend klar und bestimmt; oder dem Einwand, die Auswahl der dem Mitbestimmungsgesetz unterworfenen Unternehmen nach § 1.1 MitbestG verstoße gegen den Gleichheitssatz des ersten Absatzes des dritten Grundgesetzartikels, bleibt noch ein Rest, der im Zwischenbereich zwischen reiner wirtschaftspolitischer Analyse und staatsrechtlicher Dogmatik liegt. Im wesentlichen handelt es sich um zwei Behauptungen. Die erste Behauptung lautet, das Mitbestimmungsgesetz verstoße gegen die durch das Grundgesetz geschaffene **W i r t s c h a f t s o r d n u n g**. Die zweite Behauptung, die mit der ersten in Zusammenhang steht, lautet, das Gesetz habe eine **P a r i t ä t** oder gar eine Überparität (ein Übergewicht der Arbeitnehmervertreter) nicht nur im Aufsichtsrat, sondern auch in anderen Organen der Unternehmung wie der Gesellschaft sowie darüber hinaus auch noch Einflüsse in andere Gesellschaften und die Arbeitgeberzusammenschlüsse bewirkt. Diese Behauptungen beruhen nicht so sehr auf rechtlichen Erwägungen, die insoweit einfach abzutun wären, als erstens das Grundgesetz eine bestimmte Wirtschaftsordnung nicht geschaffen hat, mit der sich ein spezielles Gesetz gegebenenfalls nicht im Einklang befinden könnte; und als zweitens die Regelungen

12) Vergleiche zu einer Einschätzung dieses Schrifttums das "Memorandum über die Berücksichtigung jüngerer und älterer deutscher volkswirtschaftlicher Literatur zum Mitbestimmungsproblem; (Jürgen Backhaus) Forschungsprojekt partizipative Unternehmung an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik der Universität Konstanz, 19. Dezember 1979

des Mitbestimmungsgesetzes ausdrücklich eine unterparitätische Besetzung des Aufsichtsrates vorsehen, so daß die Parität ebenso wie die Überparität aus positivem Recht ausscheidet. Die rechtlichen Argumentationen beruhen vielmehr auf einer Übernahme ordnungstheoretischer Argumentationen, die bei ihrem Übergang in die juristische Dogmatik eine spezielle Sinnveränderung und normative Dichte sowie Richtung erfahren, die ihnen ursprünglich nicht anhaftet. Obwohl dem hier im einzelnen nicht nachgegangen werden kann¹³⁾, sollen doch die wesentlichen Probleme zumindest benannt werden.

Wirtschaftsordnung

Hinter der Vorstellung von der Wirtschaftsordnung als einem Maßstab, an dem sich das Recht, insbesondere das Wirtschaftsrecht, messen lassen muß, steht ein Erklärungsansatz, demzufolge Institutionen in solche einzuteilen sind, die "spontan" nicht aufgrund eines individuellen, kraftvollen Designs, sondern als Ergebnis eines kommunikativen Anpassungsprozesses entstanden sind (" s p o n t a n e O r d n u n g e n "); sowie solche, die Ergebnis bewußter sozialer Gestaltung oder politischer Planung sind. Diese Idee findet sich in der Theoriegeschichte in unterschiedlichem Zusammenhang, wird aber heute in den Wirtschaftswissenschaften vor allem im Gefolge der Österreichischen Schule von *Friedrich von Hayek*¹⁴⁾ vertreten, in Deutschland insbesondere von der ORDO-Schule¹⁵⁾. Für die Rechtsphilosophie, die von dieser Richtung im Hinblick auf unmittelbare praktische Anwendungen verfolgt wird, führt dieselbe Unterscheidung zu einer Dif-

13) Vergleiche *Backhaus* (1979) "Partizipative Unternehmung" Kapitel 2.3; auch derselbe (1980) "Wirtschaftspolitische Analyse"

14) Vergleiche *Friedrich August von Hayek* (1973), (1976), (1979), insbesondere (1976) Kapitel 10

15) Vergleiche eine Zusammenschau dieser Literatur in der Festschrift für *Friedrich A. von Hayek* zur Vollendung seines 80 Lebensjahres (1979); siehe auch Fußnote 12)

ferenzierung zwischen dem Recht (als spontaner Ordnung) und der Gesetzgebung. Der spontanen Ordnung des Rechts entspricht in der Wirtschaft eine ebensolche, die marktliche Ökonomie oder *Katallaxis*. Im Hinblick auf das Leitmotiv dieses Essays, die Wirtschaftsreform, kommt es nun darauf an, welche Beziehungen zwischen der Katallaxis als einer spontanen Ordnung einerseits, den Chancen ihrer Weiterentwicklung andererseits bestehen. In der letzten Festschrift für *Friedrich von Hayek* ¹⁶⁾ hat sich dazu *Ludwig M. Lachmann* ¹⁷⁾ in eindeutiger Weise geäußert, so daß wir neben dem juristischen Reflex dieser Denktradition, der in den Rechtsgutachten, vor allem dem Kölner Gutachten ¹⁸⁾ dem Verfassungsgericht vorgetragen wurde, auch über eine Darstellung der reinen theoretischen Position mit einer zusätzlichen Anwendung auf das Mitbestimmungsgesetz von 1976 verfügen.

Lachmann wendet sich vor dem Hintergrund der eingangs eingeführten Unterscheidung gegen eine als rechtspositivistisch bezeichnete Position, derzufolge das Recht nichts anderes als die Ablagerung der Gesetzgebung darstelle. Diese These sei nur korrekt, wenn das Gesetzgebungsverfahren unter speziellen Restriktionen arbeite. (Diese Restriktionen sind genau jene, die im deutschen Staatsrecht mit dem Begriff Wirtschaftsverfassung umschrieben werden.) Welche sind diese Restriktionen? Ein Bestand der Rechtsordnung, der der *Katallaxis* des Wirtschaftssystems entspricht, verlangt dieser Vorstellung zufolge sowohl Stetigkeit im Sinne der Berechenbarkeit des institutionellen Wandels für die Wirtschaftssubjekte als auch, daß die einzelnen Teile des Rechts aufeinander bezogen bleiben. Das Recht ist nicht aus homogenen Partikeln zusammengesetzt, sondern heterogen und durch eine spezielle Ordnung aufeinander bezogen. Die Frage aber, "wie können wir nun sicher sein, daß die einzelnen Elemente auch in dieselbe Ordnung hineinpassen?" beantwortet *Lachmann* (1979, 72)

16) und ebendort

17) Vergleiche *Ludwig M. Lachmann* (1979)

18) Vergleiche *Badura, Rittner* und *Rüthers* (1977)

in ungewöhnlicher Weise: "Wir sind der Ansicht, daß, während in der *Katallaxis* Preise und Mengen von Gütern und Diensten, die produziert und ausgetauscht werden, flexibel bleiben und sich tatsächlich auch täglich ändern, die Ordnung der *Katallaxis* ihre Güte erst aus dem Bestand des institutionellen Rahmens erhält, und insbesondere der Rechtsnormen, die zu diesem Rahmen gehören. Alleine dieser Bestand erlaubt es den ökonomischen Handlungsträgern, sich zu orientieren und aufgrund dieser Orientierungen ihre Handlungen zu planen. Wenn dies nicht möglich ist, dann stehen alle wirtschaftlichen Entscheidungen, die in die Zukunft weisen sollen, auf schwankendem Boden." (Meine Übersetzung, J.B.).

Nun ist dies nichts anderes, als ein Plädoyer für ein geordnetes Gesetzgebungsverfahren, dessen Ergebnisse mit genügendem Vorlauf antizipierbar sind und die den Standards eines entwickelten Rechtssystems genügen, also in eine Systematik oder Rechtsdogmatik sich nahtlos einfügen. Die Verbindungen zwischen der *Katallaxis* und den Anforderungen, die sich aus der Analyse dieser spontanen Ordnung für die Gesetzgebung ziehen lassen, liegen keineswegs auf der Hand. Denn das Plädoyer für die Zurückhaltung des Gesetzgebers auf dem Gebiete des Gesellschafts- und Unternehmensrechts in der Erwartung, daß sich auf diese Weise Recht (nicht nur gerecht, sondern auch transaktionskostengünstig) spontan bilde, ohne daß es der Gesetzgebung bedürfe ¹⁹⁾, kann nicht einmal die historische Erfahrung für sich in Anspruch nehmen, insbesondere nicht die Entstehungsgeschichte der rechtlichen Institutionen, deren Veränderung im Zuge der Wirtschaftsreform kritisiert wird.

Diese Ansicht wird von *Lachmann* geteilt, denn er fährt mit speziellem Bezug auf die Mitbestimmungsgesetzgebung fort:

"Man wird uns natürlich entgegenhalten, daß die mo-

19) Diese Auffassung liegt auch der ökonomischen Rechtsdogmatik *Posner*'s (1977) zugrunde.

derne Aktiengesellschaft auf jeden Fall ihrerseits das Geschöpf einer jahrhundertelangen Gesetzgebung gewesen sei, daß der Gesetzgeber auf diesem Gebiet immer die Interessen der verschiedenen Gruppen gegeneinander abwägen mußte, und daß die neue Gesetzgebung (das Mitbestimmungsgesetz, J.B.) nur einem Trend folge, die Arbeitnehmer an Unternehmerentscheidungen teilhaben zu lassen. Wenn wir uns mit Argumenten wie diesen auseinandersetzen wollen, dann müssen wir auf die Prinzipien zurückverweisen, die einer Marktordnung unterliegen".

Das Gesellschaftsrecht, so wie es in der westlichen Welt im Laufe der Zeit entstanden ist, ist ein delikates Gewebe, in das viele Interessen, gegensätzliche und sich ergänzende, zu einem harmonischen Muster zusammengewebt wurden. (...) In diesem Sinne ist es das getreue Abbild der *Katallaxis* als ganzer." (1979, 73)

Diesen offensichtlichen Widerspruch löst *Lachmann* mit einem Hinweis auf den Unterschied zwischen Ideal- und Realtypen. Damit bleibt dieser Argumentationsfaden zunächst unverknotet; die Entsprechung zwischen *Katallaxis* und dem Gesellschaftsrecht wird stattdessen durch eine Diskussion der Rolle der Kapitalmärkte für die Kontrolle der Unternehmensentscheidungen wieder hergestellt. Diese Kontrolle durch den Kapitalmarkt sei beeinträchtigt deshalb, weil die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten sich in die Kontrolle mit den Kapitalrepräsentanten teilen, nicht aber in deren Verantwortlichkeit (1979, 74). Dies habe, und das sei der wesentliche Punkt, Konsequenzen für den **K a p i t a l - b e s t a n d**: "Je dauerhafter und spezifischer Kapitalgüter werden, desto schwerer lastet die Verantwortung auf den Entscheidungsträgern, desto wesentlicher ist ihre Entscheidung. Es ist wohl klar (...), warum jeder Versuch, die Entscheidungsgewalt hinsichtlich des Kapitals auch denen einzuräumen, die den Kapitaleignern gegenüber nicht verantwortlich sind, nur dahin führen kann, daß nicht nur die Rechtsordnung, sondern auch die Marktordnung untergraben wird.

Gleichzeitig sehen wir nun auch, daß das Gesellschaftsrecht, so wie es sich bis zur Mitbestimmung entwickelt hatte, Ergebnis organischen Wachstums war. Politische Argumente können das Wesen der Verantwortlichkeit für Kapitalentscheidungen nicht berühren." (1979, 75)

Es wird dem Leser aufgefallen sein, daß, obwohl die Rekonstruktion des Gedankenganges mit großer Sorgfalt vorgenommen wurde, dieser in sich nicht schlüssig ist. Die auf *Menger* ²⁰⁾ zurückgehende Unterscheidung läßt sich rechtstheo-

-
- 20) Vergleiche vor allem *Menger* "Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere" (1883) gleich Band 2 der Tübinger Ausgabe der gesammelten Werke *Karl Menger*, dort insbesondere Seiten 161-176. *Menger* freilich ging es nicht um die Begründung einer *Katallaxis*; vielmehr wandte er sich in seiner in Auseinandersetzung mit der Historischen Schule der Nationalökonomie entstandenen Schrift auch gegen "eine eigentümliche Mystik", durch die offensichtlich legislative Akte die Qualität der Resultate organischer Prozesse erhielten (S.168). Generell ging es *Menger* um die Begründung des methodischen Individualismus als einer Sicht, die auch soziale Institutionen als Ergebnis *Pareto*-besserer Einzelschritte, ohne weiteren Rekurs auf davorliegende soziale Institutionen zu begründen suchte. Dies ist freilich nicht immer gelungen; so setzt seine Erklärung der Genesis des Staates die "natürlichen Gewaltverhältnisse der Familie" voraus; für den hier diskutierten Zusammenhang ist es jedoch wesentlich, daß *Menger* die Dichotomie zwischen Recht (als Endergebnis organischer Prozesse) und Gesetzgebung nicht in wertender Absicht begründet, sondern lediglich im Hinblick auf seine individualistische Methodologie; für die es offensichtlich einen Unterschied macht, ob eine gesellschaftliche Entscheidung als Produkt voneinander unabhängiger Einzelentscheidungen, das heißt "unreflektiert" zustande gekommen ist, oder als sichtbarer Ausdruck einer *volonté generale*. Er führt vielmehr wörtlich aus "Im Laufe der Gesellschafts-Entwicklung tritt das zielbewußte Eingreifen der öffentlichen Gewalten in die gesellschaftlichen Verhältnisse immer deutlicher zutage; es treten neben die auf "organischem" Wege entstandenen Institutionen solche, welche das Resultat zweckbewußten gesellschaftlichen Handelns sind; Institutionen, welche auf organischem Wege entstanden sind, finden ihre Fortbildung und Neugestaltung durch die den sozialen Zielen zugewandte zweckbewußte Tätigkeit der öffentlichen Gewalten. Das heutige Geld- und Marktwesen, das heutige Recht, der moderne Staat u.s.f. bieten eben so viele Beispiele von Institutionen, welche sich uns als Ergebnis der combinirten Wirksamkeit individual- und socialtheologischer Potenzen oder, mit anderen Worten "organischer" und "positiver" Factoren darstellen" (181)

retisch nicht so weit konkretisieren, daß das Verhältnis zwischen Recht und Gesetzgebung als geklärt erschiene; aus dieser Unterscheidung läßt sich ferner nicht die Konzeption einer Wirtschaftsverfassung, die der *Katallaxis* zu entsprechen hätte, genügend scharf konkretisieren, als daß sie als Maßstab für die Gesetzgebung, wie eingangs gefordert, erhalten könnte; die vorgefundenen Rechtsinstitute können als Ergebnis einer spontanen Rechtsentwicklung nicht beschrieben werden, sondern sind eindeutig das Ergebnis interessenabhängiger Gesetzgebung; auf dieser Grundlage fällt die Kritik eines speziellen, aus den Interaktionen der Interessengruppen heraus entstandenen Gesetzgebungswerkes schwer. Der endlich eingeführte Kapitalbegriff ist überraschend eng, da er - was im Zusammenhang mit der Unternehmensmitbestimmung naheläge - Humankapital mit einschließt; endlich können wir auch eine institutionelle Unreinheit nicht verschweigen: Der Aufsichtsrat trifft Entscheidungen über die Kapitalbildung im Unternehmen nicht.

Parität

Die Behauptung, das Mitbestimmungsgesetz von 1976 bewirke eine paritätische Besetzung der wesentlichen Leitungsorgane der Unternehmen (und führe darüber hinaus noch zu einer Beeinträchtigung des Tarifvertragssystems) ist von erheblicher Bedeutung für die Möglichkeit einer volkswirtschaftlichen Kritik an diesem Gesetz und den durch es verwirklichten Institutionen. Nur wenn ein mindestens paritätischer Einfluß in den Leitungsorganen behauptet werden kann, läßt sich jenes kritische Arsenal gegen die Gesetzgebung zur Mitbestimmung aufbieten - und darum geht es in einem verfassungsrechtlichen Konflikt offensichtlich - das die volkswirtschaftliche Theorie der arbeitsteilnehmenden Unternehmung mittlerweile bereitgestellt hat. Da das Mitbestimmungsgesetz - wie eingangs ausgeführt - weder eine Teilnahme der Arbeitnehmervertreter an der Geschäftsführung noch auch nur eine Parität im Aufsichtsrat vorsieht, müssen Effekte, die zu einer f a k - t i s c h e n Veränderung der positiven Rechtslage führen,

dargelegt werden, wenn das Mitbestimmungssystem vor dem volkswirtschaftlichen Theorie-Hintergrund kritisiert werden soll. In diesem Zusammenhang soll die verfassungsrechtliche Argumentation, soweit sie im Hinblick auf volkswirtschaftliches Theoriegut vorgetragen wurde, nicht bis in ihre Einzelheiten verfolgt werden ²¹⁾; vielmehr soll an drei Argumentationsbeispielen die Struktur der einschlägigen staatsrechtlichen Doktrinbildung aufgezeigt werden. Diese Beispiele sind mit drei Stichwörtern benannt: "Durchschlagen", "Kumulation" und "Kaskadeneffekt".

DURCHSCHLAGEN. Da der Aufsichtsrat den Vorstand (das Management) bestelle, müsse die Parität im Aufsichtsrat auch auf die Zusammensetzung des Vorstandes "durchschlagen". Interessant an diesem Argument ist, daß es zwei getrennte Organe, den Aufsichtsrat und den Vorstand, plötzlich miteinander verknüpft. Entsprechend dieser Verknüpfung hätte es kaum einen Unterschied gemacht, wenn das Gesetz eine der Regelung für den Aufsichtsrat entsprechende Vertretung der Arbeitnehmer auch für den Vorstand vorgesehen hätte. Dies ist aber ausdrücklich nicht der Fall gewesen. Die Verknüpfung verwischt den Unterschied zwischen dem angloamerikanischen Gesellschaftsrechtssystem, das den Aufsichtsrat nicht kennt und deshalb das Mißverständnis nahelegt, eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat komme auch einer Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in den Leitungsorganen der Gesellschaft nahe, und dem deutschen Gesellschaftsrecht, das einem starken und eigenverantwortlich handelnden Vorstand einen verhältnismäßig schwachen Aufsichtsrat an die Seite gibt. Die Verknüpfung ist aber auch einseitig gewählt. Denn sie berücksichtigt nicht das dritte Organ der Gesellschaft, die Hauptversammlung, die im Konflikt zwischen Vorstand und Aufsichtsrat die fehlende Zustimmung des Auf-

21) Dies ist einer separaten ökonomischen Rechtsanalyse des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vorbehalten.

rats zu Vorstandsbeschlüssen durch eine eigene (Dreiviertel-) Entscheidung ersetzen kann. Das bedeutet, daß selbst ein mächtiger Aufsichtsrat, der solche Arbeitnehmerinteressen durchsetzen möchte, die denjenigen der Hauptversammlung zuwiderlaufen, sich nicht durchsetzen kann. Nicht die Interessen des Aufsichtsrates werden dann auf die Handlungen der Vorstände durchschlagen, sondern die der Hauptversammlung, das heißt der Aktionäre, was mit einer Stärkung, nicht einer Schwächung des Kapitalinteresses einhergeht.

KASKADENEFFEKT. In konzernverbundenen Gesellschaften, die beide dem Mitbestimmungsgesetz unterliegen, werde das Ausmaß der Mitbestimmung durch einen "Kaskadeneffekt" verstärkt. Denn es handle sich um eine doppelte Mitbestimmung in den Aufsichtsräten der Obergesellschaft und der Untergesellschaft. Dies sei trotz der gegenteiligen Vorschrift aus § 32 MitbestG²²⁾ der Fall.

22) Diese Vorschrift hat den nachstehenden Wortlaut:

§ 32 A u s ü b u n g v o n B e t e i l i g u n g s - r e c h t e n . (1) Die einem Unternehmen, in dem die Arbeitnehmer nach diesem Gesetz ein Mitbestimmungsrecht haben, aufgrund von Beteiligungen an einem anderen Unternehmen, in dem die Arbeitnehmer nach diesem Gesetz ein Mitbestimmungsrecht haben, zustehenden Rechte bei der Bestellung, dem Widerruf der Bestellung oder der Entlassung von Verwaltungsträgern sowie bei der Beschlußfassung über die Auflösung, Verschmelzung oder Umwandlung des anderen Unternehmens, den Abschluß von Unternehmensverträgen (§§ 291, 292 des Aktiengesetzes) mit dem anderen Unternehmen, über dessen Fortsetzung nach seiner Auflösung oder über die Übertragung seines Vermögens, können durch das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organe nur aufgrund von Beschlüssen des Aufsichtsrats ausgeübt werden. Diese Beschlüsse bedürfen nur der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner; sie sind für das zur gesetzlichen Vertretung des Unternehmens befugte Organ verbindlich.

(2) Absatz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Beteiligung des Unternehmens an dem anderen Unternehmen weniger als ein Viertel beträgt.

KUMULATION. Auf der Grundlage einer ähnlichen Arithmetik beruht das Argument, das Nebeneinander und mögliche Zusammenspiel von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung bewirke eine "Kumulation" der Mitbestimmungsrechte, wenn etwa Aufsichtsrat und Betriebsrat über dieselbe Sache zu entscheiden haben (326 f.).

Den zugrundeliegenden Gedankengang wollen wir anhand der nachstehenden Graphik verdeutlichen.

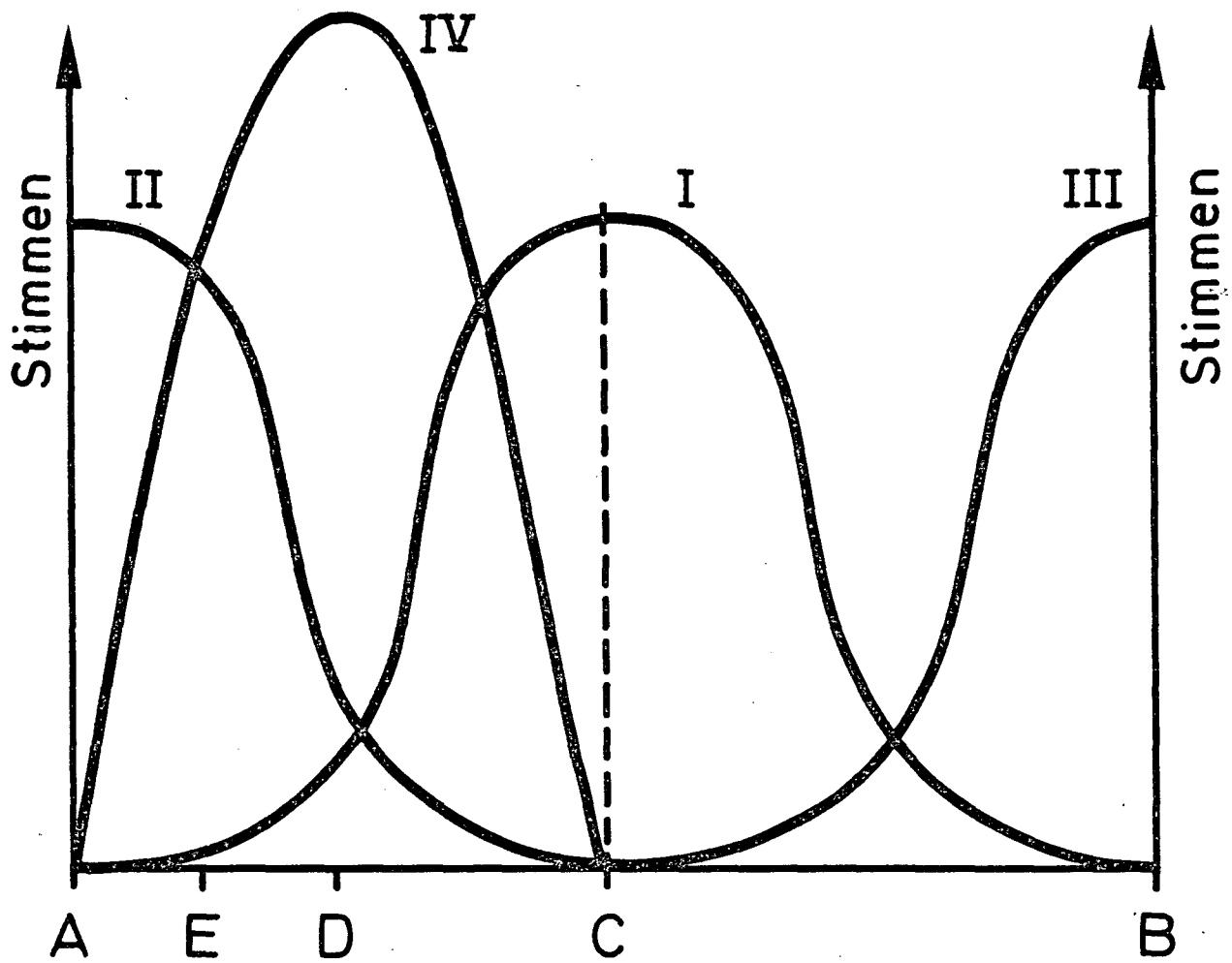


Abbildung 1

Kumulation und Kaskadeneffekt

Wir gehen davon aus, daß zwei verbundene Abstimmungen dadurch entstehen, daß zwei verschiedene Gremien über dieselbe Angelegenheit zu entscheiden haben. Die Entscheidung sei so strukturiert, daß sie sich auf einer issue-Dimension darstellen läßt. Wenn sich die Meinungen der Gremiumsmitglieder über diese Dimension zufällig verteilen, etwa entsprechend der eingezeichneten Gauss-Normalverteilung, die mit I bezeichnet ist, dann wird sich auch die Meinung des Kommitées ungefähr bei dem Punkt C einpendeln. Dies wird auch der Fall sein, wenn verschiedene Kommitées über dieselbe Angelegenheit abstimmen müssen und die Meinungsverteilung auch in den übrigen Kommitées einer zufälligen Anordnung folgt.

Nun liegt freilich den verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen um die Mitbestimmungsregelungen die Annahme zugrunde, daß die Meinungen keineswegs zufällig auf einem Kontinuum verteilt sind. Ebenfalls liegt den Auseinandersetzungen die Vorstellung einer dichotomischen Verteilung zugrunde. Man würde dann jeweils eine Streuung um die beiden Extrempunkte A und B beobachten, so wie sie mit den Kurven II und III bezeichnet worden ist. (Das Ergebnis würde sich nicht ändern, wenn eine Konzentration aller Stimmen in den jeweiligen Extrema - statt einer normalen Streuung - vorausgesetzt würde.) In diesem Fall kommt es auf den Bruchteil derjenigen Stimmen an, die einer der beiden extremen Parteien zum Durchsetzen ihrer Meinung verhilft. Nehmen wir einmal an, dieser leichte Vorteil liege bei der Partei A. In diesem Fall wird das Kommitée eine Entscheidung treffen, die sehr nahe bei A liegt.

Nun befaßt sich das zweite Kommitée mit derselben Angelegenheit. Partei B weiß nun ganz genau, daß Partei A ihren Willen durchsetzen will. Sie wird versuchen, nun ebenfalls ihre Position so weit wie möglich durchzusetzen. Wenn wiederum Partei A einen leichten Abstimmungs Vorteil hat, wird sich das Ergebnis der Entscheidung im ersten Kommitée einfach wiederholen. Inwieweit die Partei B allerdings dazu bewogen werden kann, in diesem Gremium noch lange mitzuarbeiten, ist eine andere Frage.

Diese Diskussion ist sehr langweilig ausgefallen, weil die Ausgangssituation keine Aussagen darüber zuläßt, inwieweit die Entscheidung des ersten Kommitées überhaupt einen Einfluß auf die Entscheidung im zweiten Kommitée haben könnte. Um einen derartigen Effekt zu erzielen, müssen wir darüber hinaus weitere Annahmen machen. Wir können uns zum Beispiel vorstellen, daß die Entscheidung im ersten Kommitée die Entscheidungen im zweiten bindet so, daß etwa das, was im Aufsichtsrat beschlossen wurde, die allgemeinen Richtlinien dessen angibt, was im Betriebsrat konkretisiert werden könnte. Wieder gehen wir von einem Kontinuum zwischen A und B aus. Wir wollen die Angelegenheit wieder aus dem Blickwinkel der Partei A betrachten. Die Entscheidung, die im ersten Gremium getroffen werden wird, wird aus der Sicht der Partei A als Begrenzung der issue-Dimension aufgefaßt werden so, daß fortan nur noch Vorlagen zustimmungsfähig sind, die mindestens das dort erzielte Ergebnis verwirklichen, wenn möglich aber mehr, also solche Vorlagen, die nicht weiter von A entfernt liegen als das in der ersten Entscheidung getroffene Ergebnis. Gehen wir einmal davon aus, im ersten Gremium seien die Meinungen wiederum zufallsverteilt. Dann wird wiederum als Ergebnis der Punkt C herauskommen. Im zweiten Gremium gilt annahmegemäß C als Begrenzung der issue-Dimension. So sind nur noch Entscheidungen zwischen A und C möglich. Wenn wir annehmen, daß auch in diesem Gremium unter der genannten Einschränkung die Meinungen zufallsverteilt sind, dann wird als Ergebnis der zweiten Entscheidung D herauskommen. Wir können aber auch annehmen, daß die Partei A im zweiten Gremium ihre Maximalposition vertritt und auf einen Gegner trifft, der das ganze Spektrum der möglichen Meinungen normal verteilt wiedergibt. Dies ist durch die Kurve IV dargestellt. Wiederum hängt es von den Mehrheitsverhältnissen ab, welchen Beschluß das Gremium fassen wird. Die stimmenmaximierende Position liegt ungefähr im Punkt E, der immerhin im Vergleich zur ersten Ausgangsposition den Standpunkt der Partei A zu 87,5% verwirklicht. Es ist aber auch möglich, daß die Partei A wiederum einen leichten Stimmenvorteil hat, so daß sie ihre Position vollkommen verwirklichen kann.

Es wird dem Leser aufgefallen sein, daß diese etwas formale Übung im wesentlichen nur zwei Schlüsse zuläßt. Entweder muß von einer *B l o c k b i l d u n g* ausgegangen werden, dann zählt der minimalste Stimmenvorteil voll. In diesem Fall können unter den gegebenen Institutionen der Unternehmens- wie der Betriebsverfassung die Arbeitgeber ihren Standpunkt hundertprozentig durchsetzen. Oder man geht davon aus, mit einer Blockbildung sei nicht zu rechnen. Dann werden die Meinungen jeweils zentrisch zufallsverteilt sein, und die schließlich eingenommene Position hängt wesentlich nur von der Anzahl der Dimensionen ab, die - vermutlich von verschiedenen Interessengruppen - in das Beschlußverfahren eingebracht werden. Ein Kaskadeneffekt oder eine Kumulation ist also nur dann möglich, wenn entweder die Arbeitnehmerseite stets einen winzigen Abstimmungsvorteil (Überparität) für sich in Anspruch nehmen kann oder ein homogener Meinungsblock stets auf eine zufallsverteilte Meinungsvielfalt trifft.

Die tragenden Urteilsgründe des Verfassungsgerichts sind entsprechend, daß erstens eine Wirtschaftsordnung im vorgetragenen Sinne durch die Verfassung nicht verwirklicht sei, daß unbeschadet der Frage, ob eine paritätische Mitbestimmung zulässig sei, eine unterparitätische Mitbestimmung, wie sie im Gesetz verwirklicht sei, jedenfalls nicht beanstandet werden könne, daß ein Auseinanderfallen der positiven gesetzlichen Regelung und der faktischen Auswirkungen nicht überzeugend dargelegt wurde und daß falls sie dennoch eintreten sollte, den Gesetzgeber eine *K o r r e k t u r v e r - p f l i c h t u n g* treffe (335, 352).

Für die Wirtschaftsreform im Bereich der Unternehmensverfassung stellt sich demnach natürlich die Frage, ob das Verfassungsgericht durch sein Urteil neue Entwicklungschancen eingeräumt hat. Diese Frage muß zunächst eindeutig bejaht werden, wenn sie darauf zielt festzustellen, ob das Verfassungsgericht einen bestimmten *status quo* festgeschrieben und geurteilt hat, dieser könne nicht überschritten werden. Genau dies hat das Verfassungsgericht nachdrücklich

und mehrfach, insbesondere mit Verweisen auf die Tradition der Wirtschaftsreform vermieden. (333, 338, 371, 380 und am ausführlichsten 294 ff.) Das Verfassungsgericht hat neben den eingangs bereits herausgestellten drei allgemeinen politischen Bedingungen einer Fortführung der Wirtschaftsreform auf dem Gebiete der Unternehmensverfassung für diese auch nicht weitere Bedingungen formuliert, die über den im Grundrechtskatalog der Verfassung jeweils gewährten individualrechtlichen Schutz der einzelnen Rechtsträger hinausgingen. Es hat ferner darauf verzichtet, durch *obiter dicta* einen bestimmten für richtig gehaltenen Weg vorzuzeichnen. Es hat sich ferner nicht darauf festgelegt, ob eine vollparitätische Mitbestimmung der Verfassung entsprechen würde oder nicht. Insofern ist die Verfassungsbeschwerde aus der Sicht der Beschwerdeführer nicht erfolgreich gewesen. Das Verfassungsgericht hat sich vielmehr bemüht, aus der allein auf die Parität gerichteten argumentativen Sackgasse hinauszuführen und, insbesondere mit Blick auf die Tradition der Wirtschaftsreform alte Möglichkeiten neu zu eröffnen. Das folgende Zitat, aus der Erörterung über die mögliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems genommen, soll dies verdeutlichen:

"Als Freiheitsrecht will Artikel 9 Abs. 3 GG in den von staatlicher Regelung freigelassenen Raum gewährleisten, daß die Beteiligten selbst eigenverantwortlich bestimmen können, wie sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen fördern wollen. Daß dies nur im Wege von Tarifverträgen möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen, zumal eine solche Lösung auf eine Einschränkung der gewährleisteten Freiheit hinausliefe. Vielmehr kann die sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, um die es Artikel 9 Abs. 3 GG geht, auf verschiedenen Wegen angestrebt werden: Nicht nur durch Gestaltungen, die, wie das Tarifsysteem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind, sondern auch durch solche, die Einigung und Zusammenwirken in den Vordergrund rücken, wenngleich sie Konflikte und deren Austragung nicht ausschließen. Auch der zweite Weg vermag namentlich der Aufgabe der Befriedung gerecht zu werden."

(371)

Damit wird, was die neuen Entwicklungschancen angeht, vorwiegend auf die alten in der Tradition der deutschen Arbeitsverfassung bereits angelegten Möglichkeiten verwiesen. Im Interesse der Grundrechtsgewährleistungen sind dann vor allem jene Institutionen vorzuziehen, die eine möglichst weitgehende Eigenverantwortlichkeit der am Arbeitsleben Teilnehmenden erlauben, so daß neben den Gesellschaftern auch die direkt dem Unternehmen Angehörigen und dort Tätigen eigenverantwortlich handeln können.

Die alten Entwicklungschancen liegen nun vor allem in der unmittelbaren Mitbestimmung (323) der Arbeitnehmer im Betrieb. Dies sind diejenigen Formen der Mitbestimmung, die eine unmittelbare Gestaltung des Arbeitsplatzes, der Arbeitsbedingungen und auch der Technologiewahl erlauben und die, ob in der Arbeitsgruppe, im Betrieb oder im Unternehmen jedenfalls kaum in den Gesellschaftsorganen verwirklicht werden müssen - noch können. Für die Vielfalt der so möglichen und denkbaren Formen hat das Verfassungsgericht lediglich verlangt, daß die so geregelten Systeme f u n k t i o n s f ä h i g sein müßten. Dieser erfahrungs-wissenschaftlich zu konkretisierende Begriff wird im dritten Abschnitt dieses Essays näher untersucht, nachdem zuvor der dazugehörige ökonomische Diskussionshintergrund hinsichtlich der Funktionsprinzipien der Mitbestimmung im Blick auf die volkswirtschaftliche Theorie der Firma skizziert wurde.

II

Das tragende Funktionsprinzip der Mitbestimmung wird besonders in ihrer zur Zeit extremsten Verwirklichung, der P a r i t ä t deutlich. Unter Parität ist nach vorherrschender Auffassung ein Verhältnis zweier Partner zu verstehen, in dem keine Seite imstande ist, eine von ihr gewünschte Entscheidung ohne Zustimmung der anderen Seite oder doch eines Teiles von ihr zu erzwingen, indem daher auch jede die andere Seite hindern kann, ihre Ziele (allein) durchzu-

setzen (322 f.). Um die so beschriebene Entscheidungssituation zu verstehen, wollen wir sie wieder modellhaft vereinfachen. Wiederum kann man davon ausgehen, in einer bestimmten Angelegenheit gebe es zwei extreme Positionen (A und B - wie in der Abbildung 1) dargestellt. Die Entscheidung soll nun so getroffen werden, daß keine Partei ohne die andere alleine einen Beschluß herbeiführen kann. Vorausgesetzt, die beiden Parteien stehen sich in Blöcken gegenüber, bleibt es bei zwei extremen Meinungen A und B und einer Entscheidung, die ausschließlich von der Geschichte der Entscheidungssituation abhängt. Wird nämlich kein Beschluß gefaßt, kommt also keine paritätische Einigung zustande, so bleibt es beim *status quo*. Dieser Umstand wirkt sich natürlich auf die Wahl der optimalen Überzeugungsstrategie aus. Diejenige Partei, die eine Veränderung des *status quo* herbeiführen will, wird dies im Gleichgewicht nur deshalb wollen, um daraus einen Vorteil zu erzielen. Sie wird eine Entscheidung erstens dann nicht zu ihren Gunsten herbeiführen können, wenn dieser Vorteil mit einem Nachteil der anderen Partei verbunden ist oder, wenn sie in der Lage ist, diesen Nachteil mindestens auszugleichen. Sie wird andererseits kein Interesse mehr an einer Veränderung des *status quo* haben, wenn die andere Partei über den Nachteilsausgleich hinaus auf einer vollen Aneignung des Gewinnes aus der Initiative besteht. Das bedeutet, daß das mögliche Beschlußspektrum bereits soweit eingegrenzt ist, daß solche Beschlüsse nicht möglich sind, die eine der beteiligten Parteien beeinträchtigen, wenn nicht gleichzeitig sichergestellt ist, daß diese Beeinträchtigung aus den Vorteilen der neu herbeigeführten Entscheidung mindestens entschädigt werden kann. Diese Situation bedeutet aber, daß jede der am Gremium beteiligten Parteien in extremer Weise gehalten ist, die Interessen der anderen so zu berücksichtigen, daß sie eine Suche nach neuen Lösungen anstrengt, die nicht nur den eigenen, sondern auch den Interessen der Gegenpartei entgegenkommen. Entscheidungssituationen dieser Art sind durch das *Paretoprinzip*²³⁾ ge-

23) Über die Bedeutung dieses Konsenserfordernisses bei der Beurteilung der gesetzlichen Regelungen über die paritätische Mitbestimmung vergleiche Jürgen Backhaus (1979) "Alienation".

kennzeichnet. Dieses Prinzip liegt bekanntlich auch dem (vollkommenen) Marktsystem zugrunde; dieser Hinweis wirft zusätzliches Licht auf jene Begründungszusammenhänge, die einen Konflikt zwischen der Marktordnung und den Institutionen der Mitbestimmung behaupten.

Für das deutsche Mitbestimmungssystem gilt nun aber, daß die Parität fast nirgends verwirklicht ist. Eine reine Verwirklichung der Parität findet sich nur in den §§ 111 f. des BetrVerfG vom 10. November 1971. Hier wird ein paritätischer Interessenausgleich bei **B e t r i e b s ä n d e r u n g e n** verlangt; Betriebsänderungen schließen ein erstens die Einschränkung und Stilllegung des ganzen Betriebes oder von wesentlichen Betriebsteilen; zweitens die Verlegung des ganzen Betriebs oder von wesentlichen Betriebsteilen; drittens den Zusammenschluß mit anderen Betrieben; viertens grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen; oder fünftens die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren. Damit wird sichergestellt, daß bei derart grundlegenden Unternehmensentscheidungen die am Geschehen Beteiligten maximale Anreize haben, um ein Höchstmaß an Information über den Interessenausgleich der beteiligten Parteien zu produzieren. Es ist deshalb sinnvoll, in allen Diskussionen über die Funktionsweise der Institutionen der Mitbestimmung den Aspekt der **I n f o r m a t i o n s p r o d u k t i o n** in den verschiedenen, zur Mitbestimmung berufenen Organen in den Vordergrund zu stellen.

Die Organe, in denen dies geschieht, entsprechen den Entscheidungszentren in der zeitgenössischen Unternehmung. Dieser Grundsatz hat eine wesentliche Ausnahme. Die Geschäftsführung der Unternehmen unterliegt der Mitbestimmung nicht. Sie befindet sich aber, und dadurch ist wenigstens ein kontinuierlicher Informationsaustausch gesichert, über den Arbeitsdirektor in ständigem Kontakt mit dem System der Betriebsräte, das mit seiner Stufung von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten und dem Konzernbetriebsrat dem organisatorischen Aufbau der zeitgenössischen Unternehmung folgt. Im Aufsichtsrat ist darüber

hinaus die Möglichkeit geschaffen, daß volkswirtschaftliche Gesichtspunkte, die über das Unternehmensinteresse hinausreichen, berücksichtigt werden können; auf der Kapitalseite wird dies traditionell durch die Beteiligung von Repräsentanten der Banken bewirkt; auf der Arbeitnehmerseite durch die Beteiligung der Gewerkschaftsvertreter, die sich nicht nur im Aufsichtsrat selbst, sondern auch noch in der Fraktion der Arbeitnehmervertreter in der Minderheit befinden - ebenso wie typischerweise die Bankenvertreter nur eine Minderheit der Kapitalvertreter bilden. Selbst im Aufsichtsrat aber werden die Interessen jener Gruppe ebenfalls mit berücksichtigt, die dem Prinzip der hierarchischen Organisation, Führung und Lenkung der Unternehmen in besonderer Weise, nämlich berufsständisch und im Hinblick auf das eigene Fortkommen verpflichtet sind: der leitenden Angestellten.

An dieser Leitung haben die Arbeitnehmer keinen Teil. Sie sind weder im Vorstand repräsentiert, noch treffen sie Management-Entscheidungen auf unteren Unternehmensebenen mit. Sehen wir einmal von der Mitbestimmung in sozialen sowie in personellen Angelegenheiten ab, dann zeigt § 91 BetrVerfG auch deutlich die Grenzen der Partizipation:

"Werden die Arbeitnehmer durch Änderungen der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich widersprechen, in besonderer Weise belastet, so kann der Betriebsrat angemessene Maßnahmen zur Abwendung, Linderung oder zum Ausgleich der Belastung verlangen. Kommt eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat."

Nur bei besonderen Belastungen, die dem Stand der Technologie offensichtlich widersprechen, soll der Nachteilsausgleich im Wege der paritätischen Einigung durch eine Lösung gesucht werden, die beiden Interessen Rechnung trägt.

Die k l a s s i s c h e F i r m a dagegen, so wie sie von der volkswirtschaftlichen Theorie ²⁴⁾ abgebildet wird, kennt diese Vielfalt der Institutionen nicht. Dies liegt zum einen daran, daß der Begriff der Firma als theoretisches Konstrukt nicht darauf ausgelegt war, eine komplexe Innenstruktur zu erfassen ²⁵⁾. Neben diesen methodischen gibt es aber auch einen inhaltlichen Grund. Die Theorie der Firma, die in der heutigen Tradition durch *Coase* begründet wurde ²⁶⁾, geht von der klassischen Unternehmer-Unternehmung aus, in der ein Unternehmer Führung, Leitung und Verantwortung übernimmt, seine Mitarbeiter sich aber seiner Leitung unterordnen ²⁷⁾. Die Begründung dieser hierarchischen Struktur liegt in den Kosten der marktlichen Transaktionen. Unternehmen behaupten sich in der hierarchischen Firmenstruktur dort, wo die Kosten einer marktlichen Assoziation und Koordination der am unternehmerischen Produktionsprozeß Beteiligten weit über den Kosten einer hierarchischen Koordination liegen, so daß sich der Unternehmer, der diese organisatorische Leistung vollbringt, die Differenz (wenigstens zu Teilen) aneignen kann. Diese Differenz ist umso größer, je näher der Unternehmer den Wünschen und Vorstellungen der an seinem Organisationsprozeß Beteiligten kommt: Je mehr er also den Wünschen und Ansprüchen sowohl der am Produktionsprozeß beteiligten Mitarbeiter als auch der Nachfrager der im Produktionsprozeß erstellten Produkte kommt. Der Inhalt des Prozesses ist insoweit derselbe wie im Abschnitt über "Parität" beschrieben, die Struktur des Prozesses aber ist nicht marktlich dezentral, sondern hierarchisch zentral.

Freilich ist es kein Geheimnis, daß sich die Mitbestimmungsregelungen auf der Unternehmensebene nicht auf diesen Firmen

24) Vergleiche dazu oben Fußnote 6; entsprechend wird eine F i r m a im Gegensatz zur Genossenschaft als eine hierarchische Organisation einer Produktionseinheit definiert.

25) Vergleiche *Fritz Machlup* (1967)

26) Hier sei auf die durch *Coase* (1937) begründete Tradition verwiesen.

27) Vergleiche *Kohl* (1976)

typus beziehen (348), sondern auf Großunternehmungen, die etwa nach dem Mitbestimmungsgesetz von 1976 mindestens 2.000 Beschäftigte haben müssen. Auch hier geht es nicht darum, den hierarchischen Koordinations- und Lenkungsprozeß durch eine marktlich dezentrale Mitbestimmungsstruktur zu ersetzen. Vielmehr zielen die Institutionen darauf ab, neue Informationswege bereitzustellen, auf denen für das Unternehmen eminent relevante Information an die Unternehmensspitze gelangen kann. Wie dargestellt sind die Mitbestimmungsregelungen so ausgelegt, daß die Chance der Arbeitnehmervertreter, in den Organen der Mitbestimmung etwas für ihre eigenen Interessen auszurichten, im wesentlichen darin besteht, neue Lösungen zu offerieren, die - aus der Sicht der Unternehmensleitungen - dem *status quo* mindestens gleichwertig, nach Möglichkeit diesem überlegen sind. Die Folge ist, daß sich die Wirkungen der Mitbestimmung zum Beispiel auf das unternehmerische Verhalten am Markt kaum nachweisen lassen. Denn die Stellung der Unternehmung am Markt wird durch neue Informationsströme in der Unternehmung nicht systematisch verändert, vielmehr werden einzelne Entscheidungen aufgrund einer anderen Zusammensetzung der zugrundeliegenden Informationsbasis getroffen. Daraus folgt dann nicht eine systematische Verhaltensänderung der Unternehmen, sondern eine unterschiedliche qualitative Politik im Detail und insofern gegenüber Unternehmen mit einer anderen internen Struktur ein Marktvorteil, als a) den Interessen der vor allem im Produktionsprozeß Beteiligten - denn eine über das Marktgeschehen hinausreichende Konsumentenpartizipation findet in Organen der Mitbestimmung ja nicht statt - besser entsprochen werden kann (was zumindest mit einem Vorteil auf dem Arbeitsmarkt einhergehen sollte); und b) die Kosten des neuen Informationsverfahrens unter dem Informations- und Entscheidungsnutzen liegen.

Von Kritikern der Mitbestimmung wird häufig der Einwand erhoben, die Mitbestimmungsregelungen schmälerten die **E i g e n t u m s r e c h t e** der Unternehmenseigner. Dieser

Einwand hat doppelte Brisanz. Staatsrechtlich ist er wegen der Eigentumsgarantie erheblich. Die Eigentumsgarantie sichert das Eigentum nicht nur als Institut, das heißt also als eine Institution, die rechtlich verbindliche Zuordnungsverhältnisse kennt, sondern auch die Zuordnungsbeziehungen so, wie sie derzeit gegeben sind, selbst. Das heißt, es wird nicht nur garantiert, daß an einer bestimmten Sache überhaupt ein Eigentum besteht - unabhängig davon, wem dieses Eigentumsrecht zusteht - sondern auch, daß der heutige Eigentümer auch morgen noch Eigentümer sein soll, es sei denn, er habe sich freiwillig von seiner Sache getrennt.

Volkswirtschaftlich gesehen ist es erheblich, daß a) feste Zuordnungsrelationen bestehen; diesen b) eine gewisse Kontinuität anhaftet so, daß Sicherheit über Umfang und Dauer der Zuordnungsrelation besteht; und c) das ganze Arrangement so transaktionskostengünstig wie möglich ist, daß mit jeder Senkung der Transaktionskosten ein gesellschaftlicher Wohlfahrtsgewinn verbunden ist, unabhängig davon, wem dieser letztlich zufließt.

Diejenigen Kritiker, die eine Schmälerung der Eigentumsrechte der Unternehmenseigner behaupten, gehen in der Regel davon aus, daß eine V e r n i c h t u n g v o n E i g e n t u m s r e c h t e n stattgefunden habe so, daß einem früheren Eigentümer Rechte fortgenommen wurden, über die aber ein neuer Eigentümer nicht effektiv verfügen kann. Diese Möglichkeit ist dann gegeben, wenn die transferierten Eigentumsrechte selbst nicht Gegenstand von Transaktionen werden können, weil die Transaktionskosten prohibitiv hoch sind. Dieser Nachweis aber fehlt bislang. Darüber hinaus ist festzuhalten, daß die Mitbestimmungsregelungen, wie oben ausgeführt, nach der bislang erfolgten Gesetzgebung keinen Transfer von Eigentumsrechten darstellen.

Eine Reihe von Kritikern geht endlich davon aus, den Arbeitnehmern seien über die Mitbestimmungsregelungen Rechte nicht nur über die Gestaltung der Unternehmenspolitik, sondern auch hinsichtlich der Entscheidung über die Verteilung der Unternehmenserträge eingeräumt, insbesondere eine Mitentscheidung über die Lohnhöhe, unabhängig von der auf dem Arbeitsmarkt ohnehin gegebenen. Zur Verdeutlichung stelle man sich zwei Unternehmen vor, A und Z, die in einer Abnehmer-Zulieferer-Beziehung stehen. Zusätzlich werde angenommen, das Zuliefererunternehmen könne nicht nur mit den Abnehmerunternehmen den zwischen beiden geltenden Preis und die Menge marktlich bestimmen, sondern Z habe auch noch einen Einfluß auf die Entscheidungen von A hinsichtlich der angebotenen Preise und der abzunehmenden Mengen. Dies ist ein Beispiel für vertikale Integration, die dem Zulieferer-Unternehmen normalerweise dazu dient, sich einen über dem marktlich zu erzielenden Ergebnis liegenden Vorteil auf Kosten des integrierten Unternehmens A zu sichern.

Wer im Hinblick auf diese Analogie die Mitbestimmungsregelungen beurteilen will, verkennt, daß das Tarifsysteem von den Institutionen der Mitbestimmung getrennt funktioniert. Die Tarife werden zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften regional und bereichsweise für viele Unternehmen und Arbeitnehmer gleichzeitig abgeschlossen; mitbestimmende Arbeitnehmer haben auf diese Tarifverhandlungen (etwa in ihrer Funktion als Aufsichtsratsmitglieder) keinen Einfluß, ebenso wie einzelnen Vorstandsmitgliedern ein entscheidender Einfluß auf die Verhandlungsführung des Arbeitnehmerverbandes versagt ist.

III

Der Begriff der **F u n k t i o n s f ä h i g k e i t** bildet aus volkswirtschaftlicher Sicht den Schlüsselbegriff für die Interpretation des Mitbestimmungsurteils im Hinblick auf dessen Anforderungen an die Fortentwicklung der Institutionen der Mitbestimmung im Rahmen einer in einen allgemeineren Pro-

zeß der Wirtschaftsreform eingebetteten Unternehmensreform. Der Begriff läßt sich im Urteil wenigstens zwanzigmal nachweisen; hinzu kommen zahllose Hinweise auf die Funktionen der Wirtschaftsordnung, der die Wirtschaftsordnung oder einzelne Institutionen ausgestaltenden Gesetze, der Funktionen der Unternehmen, der Gesellschaftsorgane, der Gesellschaften selbst, Kapitalgesellschaften insbesondere, Vereinigungen allgemein, der Funktionen der Aktie, gesamtwirtschaftlicher Funktionen von Vermögenswerten schlechthin, der Funktionen der Tarifautonomie, der Vertretungsorgane im Tarifkonflikt, des Tarifvertragssystems insgesamt, der Berufsfreiheit, der Grundrechte auch in ihrem funktionalen Bezug; schlechthin aller Institutionen, die in ihrer rechtlichen Regelung für die Unternehmensverfassung von Bedeutung sind. Dahinter steht eine funktionalistische Sicht der Institutionen der Wirtschaftsverfassung, die den einzelnen Institutionen jeweils eine bestimmte Aufgabe oder Zwecksetzung zuordnet, die entsprechend einem Mindeststandard erfüllt werden muß. Damit wird ein technisches Effizienzprinzip zum Maßstab rechtlicher Institutionen gemacht. Der Maßstab der Funktionsfähigkeit ist aber nicht identisch mit dem der volkswirtschaftlichen Effizienz. Er unterscheidet sich davon vielmehr in verschiedener Hinsicht:

ZIELGEBUNG. Dem Begriff liegt die Vorstellung zugrunde, daß an ein System von außen Zielvorgaben herangetragen werden.

Das System ist dann so zu strukturieren, daß die Zielvorgaben durch die im System ablaufende Interaktion erreicht werden können. Zielkonflikte werden vom Zielgeber vorab in der Weise ausbalanciert, daß den verschiedenen Systemen jeweils nur Mindeststandards, nicht Maximalvorgaben aufgegeben sind.

ZIELERREICHUNGSGRAD. Das Prinzip unterscheidet sich vom in der Ökonomie üblichen Effizienzprinzip aber auch darin, daß der vorgegebene Mindestzielerreichungsgrad nicht eine

Aufwandsminimierung gefordert wird. Diese Minimierung wird auch nicht ausdrücklich nicht gefordert. Vielmehr wird - offenbar implizit - davon ausgegangen, daß die Akteure im System sich das Residuum aneignen.

ENTSCHEIDUNGSSOUVERÄNITÄT DER SYSTEMAKTEURE. Das Erfordernis der Funktionsfähigkeit unterscheidet sich vom volkswirtschaftlichen Effizienzprinzip aber auch darin, daß es auf die diesem Prinzip innewohnende normative Basis nicht abhebt. Die Entscheidungssouveränität der Systemakteure hinsichtlich des anzustrebenden Gesamtergebnisses wird nicht im System selbst realisiert; vielmehr als Systemvorgabe über den politischen Prozeß. Die zugelassene systemimmanente Maximierung ergibt sich sozusagen im Hinblick auf "private" Ziele der Systemakteure.

Hierin nun liegt eine grundsätzliche Abkehr von der der volkswirtschaftlichen Theorie zugehörigen allgemeinen Gesellschaftstheorie. Beruht die Volkswirtschaftslehre auf der Vorstellung von Institutionen oder Ordnungen, in denen Individuen souverän ihre eigenen Ziele verfolgen können, so, daß schließlich ein *Pareto* optimales Gesamtergebnis herauskommt; und besteht das eigentlich zu lösende politisch-ökonomische Problem in der Verfassung solcher Ordnungen, die die Erreichung eines solchen Endzustandes auch erlauben, wobei bei Systemversagen (zum Beispiel bei Marktversagen) korrigierende Eingriffe empfohlen werden, die möglichst bereits die Prozeßregeln so neu ordnen, daß autonom ein Optimum erreicht werden kann; so wohnt der Vorstellung von dem Erfordernis einer Funktionsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Institutionen bereits notwendig der gesetzgeberische Regelungsprimat inne, nicht lediglich der verfassungsgeberische. Dieser Primat ist freilich auch ein Primat der juristischen über die ökonomischen Regelungsvorstellungen. An Systeme können Anforderungen gestellt werden, es kann in sie eingegriffen werden, und dieser Eingriff respektive diese Aufgabenstellung haben auch die Chance des Erfolges. Aus einschlägigen Theorien und Erfahrungen des Planungsversagens, die eine

Einschätzung dieser Erfolgchancen als sehr gering nahelegen, wird nur insofern ein Schluß gezogen, als lediglich Minimalerfordernisse verlangt werden; der weitergehende Schluß jedoch, dass Gesetzgebung auf dem Gebiete des Wirtschaftsrechts an Grenzen stößt, die nicht durch eine Wirtschaftsverfassung, sondern durch die Eigendynamik wirtschaftlicher Interaktionen gegeben sind, wird nicht gezogen. Fraglos liegt dieser Schluß auch nicht nahe, solange den ordnungstheoretischen Forschungen allenfalls der Schluß der Optimalität des *status quo* zu entnehmen ist. Es ist bereits verfassungspolitisch völlig undenkbar, daß sich ein Gericht eine derartige Doktrin zu eigen machen könnte, die wegen der ihr innewohnenden Automatik die Aufhebung jedweder verfassungsgerichtlicher Funktion bereits ihrerseits bedeutet.

So ist der Begriff der Funktionsfähigkeit aus der Sicht der verfassungsrechtlichen Dogmatik im Hinblick auf volkswirtschaftliche Erkenntnis gleichzeitig beides: Einladung und Ablehnung. Er stellt eine Einladung dar insofern, als unter der Rubrik der Funktionsfähigkeit bestimmter Institutionen jedwedes erfahrungswissenschaftliche Material verarbeitet werden kann, daß auf bestimmte Ineffizienzen wirtschaftlicher Abläufe hinweist, möglichst mit einem Regelungsvorschlag; die Ablehnung besteht andererseits darin, daß an die Stelle gesetzgeberischer Eingriffe nicht der Vorschlag autonomer Regelungsmechanismen gesetzt werden kann, die dem Gesetzgeber jedwede Chance des politischen Eingriffs, wenngleich aus guten Gründen, verwehren.

Zur Erläuterung dieses Zusammenhangs sollen im folgenden eine Reihe von Aussagen, die das Verfassungsgericht zur Funktionsfähigkeit verschiedener Institutionen machte, im Hinblick auf ihren volkswirtschaftlichen Gehalt durchgesehen werden.

Im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie und in Antwort auf das *Kölner Gutachten* führt das Gericht aus:

"Die Beschwerdeführer und das Kölner Gutachten verkennen den (...) dargelegten Zusammenhang von individuellem Freiheitsrecht und objektiver Gewährleistung, wenn sie die verfassungsrechtlich geschützte Substanz des Anteilseigentums primär in seinen objektivrechtlichen Funktionen erblicken, die Voraussetzung für die Ansammlung des zum Betrieb moderner Wirtschaftsunternehmen erforderlichen Kapitals, einer differenzierten privatrechtlichen Organisation der Kapitalgesellschaften und von ausschlaggebender Bedeutung für die Funktionsfähigkeit einer auf Dezentrierung sowie Verteilung von Macht, Chancen, Risiko und Herrschaft beruhenden Wirtschaftsordnung seien. Zwar genießen jene Funktionen des Anteilseigentums verfassungsrechtlichen Schutz, dieser läßt sich jedoch von dem Schutz der individuellen Anteilsrechte nicht lösen und ihm gegenüber selbständigen: Er ist gegenüber der primären Bedeutung der Eigentumsrechte als Menschenrecht insofern akzessorisch, als das Freiheitsrecht der Rechtseinrichtung Eigentum bedarf, damit der Einzelne am Aufbau und an der Gestaltung der Wirtschaftsordnung eigenverantwortlich, autonom und mit privatnütziger Zielsetzung mitwirken kann."
(344)

Hier werden also individuelles Freiheitsrecht und objektive Gewährleistung jeweils funktional gegeneinander abgehoben; der Ausgleich findet aber nicht etwa dezentral und autonom in entsprechenden Prozessen statt, sondern es ist Funktion der ausgestaltenden Gesetze, zwischen den verschiedenen schutzwürdigen Belangen Ausgleichsregelungen herbeizuführen. Eine derartige Sachlage erfordert sogar vielfältige Regelungen zwingenden Rechts (359). Die letztgenannte Aussage findet sich im Zusammenhang mit der intensiven Regelungsbedürftigkeit der internen Organisation von Vereinigungen im allgemeinen und Kapitalgesellschaften im besonderen. Wieder ist es nicht eine s p o n t a n e O r d n u n g , die gegebenenfalls zu transaktionskostengünstigen Arrangements führt; sondern es ist der Gesetzgeber, der Institutionen - übrigens in genügend großer Vielfalt, damit ein faktisches Wahlrecht garantiert bleibe - bereitzustellen hat. Hier

wird das Prinzip der Funktionsfähigkeit zu einem Maßstab der verfassungsgerichtlichen **R e g u l i e r u n g** des Gesetzgebers in seiner Eigenschaft als Produzent von Rechtsformen:

"Der Gesetzgeber hat daher eine hinreichende Vielfalt von Rechtsformen zur Verfügung zu stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl deshalb zumutbar ist. Er hat die Grundlagen für das Leben in diesen Rechtsformen so zu gestalten, das eine Regelung die Funktionsfähigkeit der Vereinigungen, im besonderen ihrer Organe gewährleistet. Was darüber hinaus ausgestaltender gesetzlicher Regelung zugänglich und bedürftig ist, läßt sich nicht abschließend und generell festlegen. (...) (I)n jedem Fall muß jedoch das Prinzip freier Assoziation und Selbstbestimmung grundsätzlich gewahrt bleiben." (355)

Der dem Prinzip der Funktionsfähigkeit zugrundeliegende Ansatz ist also regulativ. Die Autonomie der individuellen Akteure ist nicht prozessuale Voraussetzung für die Erreichung optimaler Endzustände, vielmehr Nebenbedingung.

Wie oben ausgeführt, legt das Kriterium der Funktionsfähigkeit nur einen Minimalstandard fest. Dabei bleibt das Gericht in seinen Ausführungen etwa zur Funktionsfähigkeit der Unternehmen (307, 314, 332, 334, 335, 352) vage, wann etwa dieser Minimalstandard nicht erreicht würde; der einzige beispielhafte Hinweis auf eine denkbare Funktionsunfähigkeit der Unternehmen (als Beispiel der Nichterfüllung des Standards) betrifft die faktische Nichtexistenz der Institution:

"...Wenn die erweiterte Mitbestimmung zur Funktionsunfähigkeit der Unternehmen führen würde oder wenn sie der Funktionsunfähigkeit nahekommende Zustände zur Folge hätte, etwa deswegen, weil die Willensbildung in den Unternehmen so kompliziert würde, daß Entscheidungen nicht oder kaum mehr getroffen werden können." (352)

Dieses Zitat wirft auch ein Licht auf die Schwäche eines Kriteriums, das die Mindesterreicherung von Zielvorgaben verlangt, ohne diese präzise zu nennen. Die Entscheidungsfindung in Unternehmen wird man nicht als Funktion der Unternehmen bestimmen wollen, sondern als Voraussetzung dafür, daß Unternehmen gesamtwirtschaftlicher Bedürfnisbefriedigung dienen können; eine Funktion, die ihrerseits nur prozessual für den Einzelfall bestimmbar ist.

Für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie respektive des Tarifsystems (370, 373, 374, 376 ff.) wird von Verfassungswegen der Standard wiederum erstaunlich niedrig angesetzt: Nämlich bei der Funktionsunfähigkeit, die eine Antastung des Kernbereiches zur Folge habe (377).

Die Schlüsse im Hinblick auf Perspektiven der Wirtschaftsreform, die aus dieser Interpretation zu ziehen sind, sind zwiespältig. Einerseits sind die Anforderungen, die das Verfassungsgericht formuliert, denkbar niedrig angesetzt. Solange der Gesetzgeber nicht funktionsunfähige Institutionen bereithält, verletzt er die Verfassung kaum, stets vorausgesetzt, daß die individuellen Freiheitsrechte nicht mehr als im öffentlichen Interesse geboten fallweise beeinträchtigt werden. Dies scheint zunächst eine breite Vielfalt von Chancen und Möglichkeiten der Wirtschaftsreform auf dem Gebiete der Unternehmensverfassung zu eröffnen. Es ist aber zu bedenken, daß der weite Ermessensspielraum dem Gesetzgeber, das heißt einem monopolistischen Produzenten rechtlicher Institutionen eingeräumt wurde, das heißt also, daß die Qualitätsstandards zugunsten des politischen Ermessens sehr weit zurückgenommen sind.

Der Gesetzgeber hat damit die Möglichkeit, den vorgegebenen Bestand an Institutionen, zum Beispiel Gesellschaftsformen, ausführlich zu regulieren, ohne daß ihn gleichzeitig die Verpflichtung träfe, neue Institutionen zu schaffen oder

zu honorieren. Es ist aber zum Beispiel bekannt, daß etwa "freiwillige Formen der Vergesellschaftung" ²⁷⁾, zum Beispiel arbeitsteilnehmende Unternehmungen, im vorgegebenen Rahmen des Gesellschaftsrechts nicht leicht praktikierbar sind. Der Bereich des dispositiven Rechts ist begrenzt. So muß nicht als Einwand gegen bestimmte unternehmensrechtliche Formen akzeptiert werden, daß sie vom Gesetzgeber erlassen statt spontan entstanden sind. Eine andere Frage aber kann nicht ohne weiteres als unbedeutend von der Hand gewiesen werden: Gibt es noch eine Chance, daß spontane Ordnungen überhaupt entstehen können?

IV

Diese Abhandlung diene dem Versuch, das Mitbestimmungs-urteil des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf Möglichkeiten der Wirtschaftsreform, insbesondere der Unternehmensverfassung bei der Fortentwicklung der Institutionen der Mitbestimmung zu untersuchen und vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Theorie zu interpretieren. Das Gericht hat, neben drei allgemeinen politischen Anforderungen keine strengen Restriktionen für die Fortentwicklung der Unternehmensverfassung formuliert, vielmehr insbesondere mit Hinweis auf die Tradition der Wirtschaftsreform die Offenheit der Wirtschaftsverfassung nachdrücklich betont und dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum eingeräumt. Die im einzelnen gegen das Urteil vorgebrachten Bedenken, insbesondere im Hinblick auf eine im Grundgesetz verwirklichte Wirtschaftsordnung, die paritätische Mitbestimmung und die Funktionsfähigkeit verschiedener Institutionen des Wirtschaftsrechts hat das Gericht nicht geteilt. Das umfangreiche Urteil macht aber deutlich, daß das Gericht bei seiner Entscheidung von interagierenden Parteien und Gutachtern weitgehend im unklaren über die volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Mit-

bestimmung gelassen wurde. Eine institutionalistische Analyse einiger Grundcharakteristika dieser Institutionen im Lichte der Argumentationen, die im Verfassungsstreit eine Rolle spielten, zeigt nämlich, daß diese Argumentationen zum Teil auf einem schematischen und unscharfen Verständnis von den Institutionen der Mitbestimmung beruhten; daß andererseits das Gericht aber diesen Argumentationen wesentlich nur den Wortlaut des Gesetzes und den Ermessensspielraum des Gesetzgebers (ergänzt durch ein an bestimmte Bedingungen geknüpftes Korrekturgebot) entgegenhalten konnte. Die Aussagen des Gerichtes aber zu den Funktionen des Gesetzgebers bei der Fortentwicklung der Unternehmensverfassung stießen auf volkswirtschaftlich-theoretische Bedenken; wenn auch das Gericht nicht in der Lage ist, die volkswirtschaftlichen Kosten der Wirtschaftsreform in Grenzen zu halten, so hätte es ihm doch offengestanden, nicht nur dem Gesetzgeber, sondern auch der spontanen Rechtsentwicklung die Chance der Erprobung effizienter Institutionen zu eröffnen.

LITERATURVERZEICHNIS

Jürgen Backhaus, "Wirtschaftspolitische Analyse der Entwicklungsmöglichkeiten mitbestimmter Wirtschaftssysteme: Wirtschaftsordnung und Parität". FS Fritz Hodelge Ekkehard Kappler (Hrsg.) Freiburg: Rombach 1980 (Rombach Hochschul-paperback Nr. 100)

Jürgen Backhaus, "Empirically Refutable Hypotheses on Co-Determination in Germany: A Compilation". Symposium: "Probleme der empirischen Mitbestimmungsforschung" Kassel 9.-11.5.1980

Jürgen Backhaus, "Alienation, Humanization of the Work Place, and Technology". Diskussionsbeiträge der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften und Statistik der Universität Konstanz Nr. 134, 1979

Jürgen Backhaus, "Ökonomik der Partizipativen Unternehmung I.". Tübingen: Mohr/Siebeck 1979

Jürgen Backhaus, *Thomas Eger*, *Hans G. Nutzinger* (eds.), "Partizipation in Betrieb und Gesellschaft". Frankfurt: Campus 1978

Jürgen Backhaus, "Constitutional Guarantees and the Distribution of Power and Wealth Public Choice" 33.3, 1978, 45-63

Jürgen Backhaus, "Politikwissenschaftliche Analyse interpretatorischer Veränderungen von Verfassungsnormen". Dargestellt anhand von Art. 41 HLV und Art. 15 i.V.m. Art. 14 III GG. PVS 17.4, 1976, 520-576

Peter Badura, *Fritz Rittner*, *Bernd Rütters*, "Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz: Gemeinschaftsgutachten ("Kölner Gutachten")". München: Beck 1977

Lord Bullock (Chairman), "Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy". London: HMSO 1977, Cmnd 6706

Nikolaus Blattner, "Volkswirtschaftliche Theorie der Firma: Firmenverhalten, Organisationsstruktur, Kapitalmarktkontrolle". Berlin, Heidelberg, New York: Springer 1977

Ronald Coase, "The Nature of the Firm". *Economica* 4, 1937, 387-405

Eirik G. Furubotn, "The Economic Consequences of Co-Determination on the Rate and Sources of Private Investment". Pejovich (ed.) 1978, pp.131-167

Eirik G. Furubotn, "Decision Making under Labor Management: The Commitment Mechanism Reconsidered". *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1979, 135.2, 207-215

Lowell Gallaway, "The Economic Consequences of Co-Determination on Employment and Income Distribution". Pejovich (ed.) 1978 pp. 169-189

Friedrich August von Hayek, "Law, Legislation, and Liberty: New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy III: The Political Order of a Free People". London: Routledge 1979

Friedrich August von Hayek, "Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Political Economy II: The Mirage of Social Justice". Chicago: University of Chicago Press 1976

Friedrich August von Hayek, "Law, Legislation, and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy I: Rules and Order". Chicago: The University of Chicago Press 1973

Helmut Kohl, "Die 'freiwillige Sozialisierung' von Unternehmen: Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Hindernisse und Schranken". Gerd Winter (Hrsg.), Sozialisierung von Unternehmen: Bedingungen und Begründungen. Vier rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Studien. Frankfurt: EVA 1976, 217-244

Herbert Kubicek, "Dimensionen der Humanisierung des Arbeitslebens: Sammelrezension". DBW 1979, 39.4, 663-680

Michael Jensen, William Meckling, "Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure". Journal of Financial Economics 1976, III.4, pp. 305-360

Michael Jensen, William Meckling, "On the Labor-Managed Firm and the Co-Determination Movement". Paper presented at the Interlaken Conference on Analysis and Ideology, June 1977

Michael Jensen, William Meckling, "Rights and Production Functions: An Application to Labor Managed Firms and Co-Determination". Journal of Business

Ludwig M. Lachmann, "The Flow of Legislation and the Permanence of the Legal Order". Festgabe für Friedrich August von Hayek zur Vollendung seines 80. Lebensjahres, ORDO 30, 1979, pp. 69-78

Fritz Machlup, "Theories of the Firm: Marginalist, Behavioral, Managerial". American Economic Review Papers and Proceedings 1967, 57, 1-33

Hans Joachim Mertens, "Über politische Argumente in der verfassungsrechtlichen Diskussion der paritätischen Mitbestimmung". Recht der Arbeit 1975, 28.2, 89-99

Hans G. Monissen, "The Current Status of Labor Participation in the Management of Business Firms in Germany". Pejovich (ed.) 1978, pp. 57-84

Carl Menger, "Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie insbesondere". Leipzig: Duncker & Humblot 1883 = Band II der Gesammelten Werke Friedrich August von Hayek (Hrsg.), Tübingen: Mohr/Siebeck 1969

Svetozar Pejovich (ed.), "The Co-Determination Movement in the West". Lexington: Heath 1978

Svetozar Pejovich, "Co-Determination: Labor Participation in Management". *Modern Age* 22, Winter 1978, pp. 28-35

Svetozar Pejovich, "Co-Determination: A New Perspective for the West". Pejovich (ed.) 1978, pp. 3-21

Svetozar Pejovich, "Co-Determination: Labor Management and Contracting Process". The University of Dallas, Graduate School of Management 1979

Richard A. Posner, "Economic Analysis of Law". Boston: Little Brown 1977 (2)

Gerhard Prosi, "Volkswirtschaftliche Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes 1976". Köln (Band 4 der "Grundlagen: Eigentum und Politik" Otto A. Friedrich Kuratorium (Hrsg.)) 1978

Todd Sandler, Jon Cauley, "Hierarchical Theory of the Firm". *Scottish Journal of Political Economy* 1980, 27.1, 17-29

Ekkehard Schlicht, Carl Christian von Weizsäcker, "Labor Management and the Commitment Problem: Reply to Rurubotn". *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1980, 136.1, 169-171

Peter Schwerdner, "Trade Unions in the German Economic and Social Order". *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1979, 135.3, 454-473

Horst Steinmann, Michael Heinrich, Helmut Müller, "Anspruch und Wirklichkeit des Porst Modells: Probleme der Demokratisierung von Betriebsstrukturen". *DBW* 39, 1979, 289-302

Eberhard Witte, "Das Einflußpotential der Arbeitnehmer als Grundlage der Mitbestimmung: Eine empirische Untersuchung". *DBW* 40.1, 1980, 1-26