

AKTIENRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN ZUR MITBESTIMMUNG DER ARBEITNEHMER IM UNTERNEHMEN

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Festgabe für Professor Dr. Josef Schwarzfischer, Freiburg (Schweiz) 1972, S. 103-121. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, *Privatrecht und Staat*, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 299 ff.

1. [103] Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen¹ wird in der öffentlichen Diskussion aus verständlichen Gründen vorab auf große Aktiengesellschaften bezogen, so daß sie als aktienrechtliches Problem erscheint. Sie ist aber ein *Problem der Unternehmensverfassung*, gehört also dem Unternehmensrecht an. Darauf ist gerade vom Aktienrecht her hinzuweisen. Mitbestimmung ist nämlich allgemein zu verstehen als Recht von Angehörigen eines menschlichen Verbandes, an den Entscheidungen des Verbandes irgendwie mitzuwirken. Wer also von Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen spricht, setzt zweierlei voraus: daß das Unternehmen überhaupt ein Verband von Menschen ist und daß die Arbeitnehmer ihm angehören. Die folgenden Ausführungen nehmen diese Voraussetzungen als gegeben hin, im Sinne einer Arbeitshypothese, und suchen sie zu klären.

Dementsprechend ist zunächst der *Begriff des Unternehmens* zu fassen: als eine Vereinigung von Menschen zu einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck durch Einsatz von Arbeitskräften und Kapital. Unternehmen in diesem Sinn ist ein in der Zeit sich abspielender, ständig Entscheidungen erfordernder Sachverhalt, ein Inbegriff von Tätigkeiten. "Unternehmung" wäre hiefür das treffendere (aber auch schwerfälligere) Wort². Denn "Unternehmen" bezeichnet im juristischen Sprachgebrauch meist nur einen (querschnittmäßig ermittelten) Zustand und meint außerdem nicht die daran beteiligten Menschen, sondern nur die für den Unternehmenszweck eingesetzten [104] dauerhaften Vermögenswerte, insoweit sie als Ganzes Gegenstand des Rechtsverkehrs bilden.

Das Unternehmen als Verband ist vom *Betrieb* abzugrenzen, soweit auch dieser als Verband aufgefaßt wird. Die beiden Verbände durchdringen einander. Doch unterscheiden sie sich durch ihren Zweck, und die Abgrenzung erlaubt es, den Zweck des Unternehmens zu präzisieren: Der Betrieb vereinigt Menschen zur gemeinsamen Arbeit, das Unternehmen vereinigt sie zu einer wirtschaftlichen Einheit, die als Wirtschaftssubjekt mit Dritten in Beziehung steht, besonders

¹ Vgl. zum Thema im allgemeinen: *Walter R. Schlupe*, Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichen Interessen, in: *Lebendiges Aktienrecht*, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, S. 311 ff. (mit weitem Literaturhinweisen); *Jean Pailusseau*, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Paris 1967; *Thomas Raiser*, *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin 1969; "*Mitbestimmung im Unternehmen*", Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (Mitbestimmungskommission), Bochum, Januar 1970 (Drucksache VI/334 des deutschen Bundestages, 6. Wahlperiode), sog. *Biedenkopf-Bericht*.

² Die Mitbestimmungs-Initiative der schweizerischen Gewerkschaften verwendet das Wort "Unternehmung", der Biedenkopf-Bericht (Anm. 1) ausschließlich das Wort "Unternehmen".

dadurch, daß es am Markt Leistungen anbietet.

2. Für die unternehmensrechtliche Betrachtung steht ein sicherer Ausgangspunkt zur Verfügung: Es gibt den Sachverhalt der *Unternehmens-Entscheidung*; und er läßt sich vom benachbarten Sachverhalt der *Betriebs-Entscheidung* abgrenzen. Wird etwa ein Arbeitsplatz einem Arbeiter zugewiesen oder die gleitende Arbeitszeit eingeführt, so liegt eine *Betriebs-Entscheidung* vor; eine *Unternehmens-Entscheidung* dagegen, wenn etwa bestimmt wird: über die Werbung für ein Erzeugnis des Unternehmens; über den Preis, zu dem das Erzeugnis auf dem Markt angeboten werden soll; über die Aufnahme von Beziehungen zu einem Rohstofflieferanten; über das Fabrikationsprogramm der nächsten Jahre; über den Abschluß einer Interessengemeinschaft mit einem bisherigen Konkurrenten. Diese Beispiele betreffen laufende Entscheidungen. Sie setzen einen bestimmten Zweck und den Bestand des Unternehmens voraus. Daneben gibt es die *Grundentscheidungen*: daß ein Unternehmen entstehen, enden oder seinen Zweck ändern soll.

Das *Gesetz* befaßt sich nirgends mit der *Unternehmens-Entscheidung* als solcher, und zwar aus einem Grund, der mitten in unser Problem führt: Es begreift das Unternehmen gar nicht als menschlichen Verband. Das zeigt sich dann klar, wenn man sich eine natürliche Person als einzigen Träger eines (vielleicht bedeutenden) Unternehmens vorstellt. Die Frage etwa, ob dieser Einzelunternehmer Entscheidungen, die "sein" Unternehmen gestalten, allein treffen darf oder muß, liegt dem Gesetz völlig fern.

Nicht grundsätzlich anders verhält es sich bei den Handelsgesellschaften. Mit ihnen befaßt sich zwar das Gesetz eingehend, aber, wie die Bezeichnung "Gesellschaftsrecht" andeutet, mit der Gesellschaft [105] als solcher, nicht mit dem von ihr geführten Unternehmen. So beschäftigt sich auch das Aktienrecht einzig mit der gesellschaftsrechtlichen Grundtatsache, daß ein bestimmter (Unternehmens-) Zweck nicht von einem Einzelnen erstrebt wird, sondern von einer Mehrzahl. Unter diesem Gesichtspunkt handelt es freilich auch von Entscheidungen, und diese können, falls die Aktiengesellschaft ein Unternehmen betreibt, *Unternehmens-Entscheidungen* sein oder darin bestehen, daß verbandsinterne Regeln darüber erlassen werden, wie solche Entscheidungen zu treffen sind (Art. 712 Abs. 2 und Art. 717 OR). Doch wird alsdann das Problem der *Unternehmens-Entscheidung* nur aus einer bestimmten Blickrichtung angeschnitten, nicht um seiner selbst willen geregelt. Das Gesetz will nicht das Unternehmen organisieren, sondern die Aktiengesellschaft. Folglich bestimmt es einzig, von wem die "Geschäfte der Gesellschaft" (Art. 722) zu besorgen sind und inwiefern trotz des Grundsatzes, daß die Verwaltung die Geschäfte zu führen hat, Personen, "die nicht Aktionäre zu sein brauchen", mit der Geschäftsführung beauftragt werden dürfen (Art. 717 Abs. 2). Kurzum: Das Aktienrecht enthält eine Gesellschafts-, nicht eine Unternehmensverfassung.

3. Mit dieser Feststellung wäre unsere Arbeitshypothese – das Unternehmen ist ein Verband – bereits erledigt, dürfte sich die rechtliche Betrachtung (wie es der reine Rechtspositivismus fordert) einzig auf das Gesetz stützen. Dem steht aber zweierlei entgegen:

Auch ein vom Gesetz nicht geregelter Tatbestand kann unter dem Gesichtspunkt des Gerechten beurteilt werden, so auch die *Unternehmens-Entscheidung*: Haben die richtigen Personen mitgewirkt, im richtigen Verfahren, und ist die Entscheidung für alle Beteiligten gerecht? Diese Fragen führen unweigerlich zur weitem Frage, ob das Unternehmen trotz des Fehlens einer gesetzlichen Regelung nicht doch einen Verband darstellt.

Sodann kann es in der Tat gesellschaftliche Wirklichkeit, insbesondere Verbände geben, ohne daß sich das Gesetz damit befaßt. Ein unwiderlegliches Beispiel hierfür bietet die Familie. Sie hat vor jeder Regelung durch das Gesetz bestanden und sie würde weiter bestehen, wenn es eines Tages keine solche Regelung mehr gäbe.

Auch ein durch das Gesetz nicht geregelter Verband hat seine Verfassung. Zum mindesten in den Grundzügen steht fest, wer ihm [106] angehört und wie der Verbandswille gebildet wird. Die Verfassung ist entweder in generellen Regeln festgehalten, die ein Verbandsorgan bewußt erlassen hat; alsdann ist sie verbandsintern positiviert. Oder sie beruht auf mehr oder weniger bewußt

befolgten Gewohnheiten, die ihrerseits durch die Natur der Sache und die Umstände bestimmt werden; alsdann ist die Verfassung rechtlich ungeformt. Gleichwohl stellt der Verband eine gesellschaftliche Realität dar, ein soziales Gefüge, das im Bewußtsein der Beteiligten verankert ist und mit Bezug auf welches sich bei den Beteiligten Anschauungen darüber bilden, was Recht und Unrecht ist. Diese Anschauungen sind es dann, die unter bestimmten Verhältnissen – etwa bei internen Auseinandersetzungen – zur Bildung positiver Regeln durch den Verband selber oder durch den Gesetzgeber Anlaß geben.

Das Unternehmen stellt, zusammen mit dem Betrieb, ein solches soziales Gefüge dar. Es gehört zu den wichtigsten gesellschaftlichen Realitäten des Industriezeitalters, ist aber zur Hauptsache rechtlich ungeformt, höchstens in Bruchstücken verbandsintern geregelt. Positivrechtlich gesehen ist es ein Wildwuchs, welcher gesetzgeberisches Niemandland überwuchert hat. Wie aber die Diskussion um die Mitbestimmung zeigt, gibt es starke Kräfte, die nach einer Positivierung der Unternehmensverfassung drängen. Dem Juristen stellt sich daher die für ihn ungewohnte, rechtspolitisch aber unausweichliche Frage, worin die bis jetzt *ungeformte Verfassung des Unternehmens* besteht.

4. Zu antworten ist zunächst anhand eines einfachen, von gesellschaftsrechtlichen Komplikationen freien Grundtatbestandes, nämlich des schon erwähnten Falles des Einzelunternehmens (Ziff. 2). Dem Einzelunternehmer als Hauptbeteiligten stehen zwei weitere Gruppen von Beteiligten gegenüber: die Arbeitnehmer einerseits, der oder die Kapitalgeber andererseits. Allerdings liegt es nahe, sich den Einzelunternehmer zugleich als Kapitalgeber vorzustellen. Aber das ist bereits eine Komplikation, die sich vermeiden läßt. Man kann sich sehr wohl einen Unternehmer denken, der sich auf die ihm eigentümliche Tätigkeit beschränkt: auf die Organisation des Einsatzes von (fremden) Arbeitskräften und von (fremdem) Kapital. Alsdann tritt *die dem Unternehmen eigentümliche Interessenlage* klar hervor: Der (Nur-)Unternehmer ist die "Seele" des Unternehmens; er ist [107] ausgerichtet auf das Gesamtinteresse des Unternehmens, das sich mit seinem Eigeninteresse deckt. Demgegenüber sind Arbeitnehmer und Kapitalgeber zwar auch am Unternehmen interessiert; aber ihre persönlichen Interessen stehen unter sich und mit dem Gesamtinteresse in einem mehr oder weniger starken Gegensatz, den der Unternehmer auszugleichen hat.

Freilich: Diese Grundsituation wird auch bei unserem einfachen Tatbestand sehr leicht durch einen weiteren Interessengegensatz überlagert: Zum mindesten immer dann, wenn das Unternehmen dauernd Reinerträge abwirft, streben das Eigeninteresse auch des Nur-Unternehmers und das Gesamtinteresse des Unternehmens auseinander. Denn alsdann frägt es sich, welchen Anteil am Reinertrag der Unternehmer dem Unternehmen für sich entziehen darf und inwieweit das im Unternehmen sich ansammelnde Vermögen, falls es darin verbleibt, dem Unternehmer gehört. Daran knüpft sich weiter die fundamentale Frage nach der Gewinnberechtigung von Arbeitnehmern und Kapitalgebern (über die Entlohnung und die normale Verzinsung hinaus) und nach dem Eigentum am Unternehmen als Vermögenswert. Ist der Unternehmer zugleich (Haupt-)Kapitalgeber, so führt dieser zweite Interessengegensatz zu einem Spannungsverhältnis zwischen Unternehmer/Kapitalgeber und Arbeitnehmern. Die umschriebene Frage kann Gegenstand von Unternehmens-Entscheidungen sein. Insoweit hängt sie mit der Unternehmens-Verfassung zusammen. Doch ist sie eine Sachfrage, die von der formellen Frage nach der Unternehmensverfassung zu unterscheiden und daher im folgenden nicht mehr zu berühren ist³.

5. Die *Verfassung des Einzelunternehmens* ist durch drei Hauptmerkmale gekennzeichnet:

a) Einmal durch die *Alleinregierung* (Monokratie) des Unternehmers. Dieser entscheidet selbständig. Arbeitnehmer und Kapitalgeber wirken nicht mit. Zwar beeinflussen sie häufig die Unternehmer-Entscheidungen, vielleicht sogar durch die Drohung, daß sie ein Arbeits- oder Darlehensverhältnis kündigen werden, falls eine bestimmte Entscheidung getroffen oder nicht

³ Siehe hierzu: *Krelle/Schunck/Siebke*, Überbetriebliche Ertragsbeteiligung der Arbeitnehmer (Forschungsauftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung), 2 Bde., Tübingen 1968.

getroffen wird. Aber das sind für den Unternehmer äußere Gegebenheiten, Sachzwänge, welche die Bildung seines Willens bestimmen, jedoch nichts daran ändern, daß nur sein Wille entscheidet.

[108] Sobald aber das Unternehmen eine gewisse *Größe* erreicht, wird es für den Einzelunternehmer unmöglich, alles persönlich zu entscheiden. Die Verhältnisse zwingen ihn, andere Personen beizuziehen, welche weniger wichtige Entscheidungen an seiner Stelle treffen und wichtige Entscheidungen für ihn wenigstens vorbereiten. Sind diese Personen Arbeitnehmer (z. B. Direktoren), nicht wirtschaftlich Selbständige (z. B. Betriebsberater), so bilden sie innerhalb der Arbeitnehmerschaft ein Kader. Mit Bezug auf diese *Mitregierung des Kaderns* ist festzuhalten:

- Sie ist einzig durch die Größe des Unternehmens bedingt, nicht etwa durch dessen Rechtsform.
- Sie beruht, abgesehen von ganz kleinen Verhältnissen, auf bewußt erlassenen Regeln (die z. B. in einem Organisationsschema niedergelegt sind). Insoweit zwingt die Größe zur Positivierung einer vormals ungeformten Rechtslage.
- Diese Regeln werden einzig vom Unternehmer erlassen, sind also verbandsintern und bestätigen die monokratische Verfassung. Der Unternehmer ist es, der die für Entscheidungen zuständigen Angehörigen des Kaderns ernannt, und deren Entscheidungen sind, verbandsrechtlich gesehen, solche des Unternehmers.
- Zugleich stellt aber die Tätigkeit des Kaderns die Alleinregierung in Frage. Je größer das Unternehmen wird, je mehr sich der ursprüngliche persönliche Impuls des Unternehmers abschwächt, je mehr das Entscheidende vom Sachverstand des Kaderns abhängt und je weniger echte Alternativen das Kader dem Unternehmer zur Entscheidung vorlegt, um so mehr wird die (rechtlich zwar intakte) Alleinregierung faktisch ausgehöhlt, so daß "in Wirklichkeit" das Kader entscheidet, während die Entscheidungen des Unternehmers Gefahr laufen, zu "pro-forma"-Akten zusammenschrumpfen; (Verbands-) "Recht" und "Wirklichkeit", rechtliche Zuständigkeit und tatsächliche Macht fallen alsdann auseinander.
- Die Mitregierung des Kaderns ist, in einem weiteren Sinn, Mitbestimmung von Arbeitnehmern. Aber sie ist gerade nicht gemeint, wenn von Mitbestimmung die Rede ist. Denn bei ihr wirkt nur eine Minderheit von Arbeitnehmern mit, und jeder von diesen nur kraft seiner Funktion, die ihm der Unternehmer zugewiesen hat, nicht kraft seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer oder gar als Vertreter der Arbeitnehmerschaft; zudem liegt das Schwergewicht **[109]** dieser Mitregierung auf den untergeordneten (oder nur auf der Vorbereitung wichtiger) Entscheidungen. Demgegenüber zielt die Mitbestimmung im eigentlichen Sinne darauf ab, daß sämtliche Unternehmens-Entscheidungen, besonders die wichtigsten, von allen Arbeitnehmern kraft ihrer Stellung als Arbeitnehmer, ohne Rücksicht auf ihre Funktion, irgendwie mitgetragen werden, wenn auch vielleicht nur auf eine ganz mittelbare Weise (Ziff. 7 b).

b) Die Alleinregierung des Unternehmers ist *personengebunden*. Einmal beruht sie auf *Selbst-Ernennung*. Aus einem einfachen Grunde: Der Unternehmer ist es, der die erste Grundentscheidung trifft, nämlich daß das Unternehmen entstehen soll; und er ist es, der diese Entscheidung ausführt, indem er Arbeitskräfte und Kapital anwirbt. Allerdings läßt sich die Bereitschaft der Arbeitnehmer und Kapitalgeber, sich am Unternehmen zu beteiligen, als mittelbare Bestätigung der Selbsternennung verstehen, als ein plebiszitartiger Vertrauensbeweis. Zutreffender ist es aber anzuerkennen, daß das Unternehmen als Verband erst dann entsteht, nachdem der Unternehmer sein primäres Ziel, die Gründung eines Unternehmens mit Aussicht auf dauerhaften Bestand, bereits erreicht hat. Daraus folgt, daß alle Fragen der Unternehmensverfassung *Sekundärprobleme* sind, welche die Entstehung und den Fortbestand des Unternehmens voraussetzen.

Sodann nimmt die Alleinregierung des Unternehmers ein *natürliches Ende*, durch Tod oder Eintritt des Alters. Da aber praktisch jedes größere Unternehmen den Unternehmer zu überleben vermag, stellt sich meistens die Frage der Nachfolge. Sie kann nur durch Veräußerung des Unternehmens,

Umwandlung in eine Gesellschaft oder durch Erbteilung geregelt werden⁴. Das sind alles Notbehelfe, die zeigen, daß es für das Einzelunternehmen gar keine adäquate Nachfolge-Ordnung geben kann. Während somit die Größe des Unternehmens die Alleinregierung abschwächt (lit. a), hebt dessen Dauer sie eines Tages ganz auf. Größe und Dauer entpersönlichen also das Unternehmen und schaffen damit eine der psychologischen Voraussetzungen für den Erlaß einer positiv-rationalen, von einer Einzelperson unabhängigen Unternehmensverfassung.

c) Die Verfassung des Einzelunternehmens ist insoweit *rechtlich ganz ungeformt*, als die *Verbandszugehörigkeit* der Arbeitnehmer und der Kapitalgeber in Frage steht.

[110] Bei den (*Fremd-*)*Kapitalgebern* (vgl. Ziff. 4) liegt dies auf der Hand. Rechtlich sind sie mit dem Unternehmer persönlich verbunden, als Darlehensgeber. Ihre Bindung an das Unternehmen ist rein interessenmäßig und mittelbar, wenn vielleicht auch sehr intensiv. Ist eine Mehrzahl von Kapitalgebern beteiligt, so fehlt es auch an einer rechtlichen Beziehung dieser Mehreren unter sich, es sei denn, der Ausnahmefall einer Gläubigergemeinschaft im Sinne von Art. 1157 ff. OR trete ein.

Auch die *Arbeitnehmer* sind rechtlich nur mit dem Unternehmer verbunden, je durch Einzelarbeitsverträge (woran auch der Bestand allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge nichts ändert). Diese Verträge können über ihren unmittelbaren Inhalt hinaus – der sich auf das bilaterale Verhältnis bezieht – auch noch als Rechtsgrundlage für die Einordnung in den Betrieb gelten (Art. 321d OR), gegebenenfalls auch für die Kaderfunktion innerhalb des Unternehmens (was immerhin die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zum Unternehmen wenigstens als Tatsache voraussetzt). Kaum in einem Vertrag kommt dagegen der Gedanke zum Ausdruck, daß der Arbeitnehmer mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages die Mitgliedschaft im Unternehmensverband erwirbt und damit eine Bindung (des Unternehmers und seiner selbst) begründet, die über die dem Arbeitsvertrag eigenen Lohnzahlungs- und Dienstleistungspflichten hinausgeht und gemeinschaftsbezogen ist. Auch nach dem Gesetz hat der Arbeitnehmer nur die "Interessen des Arbeitgebers" zu wahren (Art. 321a OR), also nicht etwa die des Unternehmens, dem er selbst angehört und die insofern auch seine eigenen sind.

Ungeachtet dieses Fehlens verbandsinterner oder gesetzlicher Rechtsgrundlagen besteht aber die Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zum Unternehmen (nicht nur zum Betrieb) als Tatsache, und sie ist den Beteiligten auch bewußt, wenn auch verschieden stark und auf verschiedene Weise. Beim Unternehmer kommt dieses Bewußtsein schon dann zum Ausdruck, wenn er die Arbeitnehmer als "Mitarbeiter" bezeichnet und sich damit terminologisch mit ihnen auf die gleiche Stufe stellt; schon viel deutlicher dann, wenn er sie nach langjähriger Dienstleistung für ihre "Treue zum Unternehmen" (nicht zum Betrieb!) belohnt; vor allem aber dann, wenn seine Entscheidungen getragen sind vom Gefühl der Verantwortung für die von ihnen mitbetroffenen Arbeitnehmer und deren Familien. Bei [111] den Arbeitnehmern prägt sich das Bewußtsein der Zugehörigkeit zum Unternehmen in der Weise aus, daß sie sich in ihrer wirtschaftlichen Existenz vom Bestand und vom Erfolg des Unternehmens abhängig wissen. Noch stärker ist das Bewußtsein bei denjenigen Arbeitnehmern, die ihre Arbeitsstelle als "Lebensstellung" betrachten, dies obwohl das Arbeitsverhältnis, positivrechtlich gesehen, kurzfristig von jedem Teil einseitig und ohne besondern Grund aufgelöst werden kann. Aus einem so oder anders motivierten Gefühl einer rechtlich nicht ausgeformten Zugehörigkeit zum Unternehmen erhält wohl das Streben nach Mitbestimmung seinen stärksten Antrieb.

Rechtlich ungeformt sind ferner die Beziehungen der Arbeitnehmer *unter sich* im Hinblick auf ihre Zugehörigkeit zum Unternehmen. Zwar gibt es mannigfache korporative Verbindungen unter Arbeitnehmern. Einzelne sind durch den Unternehmer veranlaßt (wie z. B. die Pensionskassen), andere durch die Arbeitnehmer selber (wie namentlich die Gewerkschaften). Aber sie verfolgen nur

⁴ Vgl. *Heinz Hausheer*, Die Unternehmensnachfolge als erbrechtliches Problem, insbesondere bei der Einzelunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang (Berner Tage für die Juristische Praxis 1970), Bern 1972, S. 33 ff.

Teilzwecke und erfassen meistens nur einen Teil der Arbeitnehmer (z. B. nicht das Kader). Auf keinen Fall begründen sie eine jeden Arbeitnehmer einbeziehende rechtliche Unternehmensmitgliedschaft oder die Mitgliedschaft bei einer "Arbeitnehmerschaft" als Teilverband des Unternehmens. Was insbesondere die Gewerkschaften anbetrifft, so stehen sie zum Unternehmen in einer eigentümlichen Doppelstellung, welche sogar die eben bejahte Zugehörigkeit wieder fragwürdig erscheinen läßt. Oberflächlich gesehen stellen sich die in ihnen vereinigten Arbeitnehmer außerhalb des Unternehmens. Für sie ist der Unternehmer (einzig) der Arbeitgeber, somit ihr Widerpart, dem sie als kartellähnlich organisierte Gruppe marktmäßig wie Außenstehende gegenüber treten, zudem wenn möglich in einer viel breiteren Front, um ihre Marktposition zu verbessern, nämlich in Verein mit den Arbeitnehmern aller Unternehmen der gleichen Branche gegenüber allen Unternehmern. Aber diese Frontstellung setzt gleichwohl das Unternehmen als ein auch die Arbeitnehmerschaft umschließendes Ganzes voraus, gerade durch den Kampf kommt eine mehr oder weniger widerwillige Bejahung dieses Ganzen und der eigenen Zugehörigkeit zum Ausdruck (etwa im Widerstand gegen eine Aussperrung), ähnlich wie im staatlichen Bereich eine Interessengruppe, die gegenüber einer das Gesamtinteresse wahrnehmenden Behörde zum Kampf antritt, im Grunde genommen den Staat, von dessen Behörden sie [112] etwas fordert, voraussetzt und bejaht, mit Einschluß der eigenen Zugehörigkeit zu ihm.

6. Wenden wir uns nun dem *Unternehmen der Aktiengesellschaft* zu. Man ist versucht, seine Verfassung aus der Rechtsform abzuleiten. In dieser Sicht scheinen sich die folgenden Unterschiede gegenüber dem Grundfall des Einzelunternehmens (Ziff. 5) zu ergeben: An die Stelle einer einzigen natürlichen Person tritt eine Gesellschaft von Aktionären als Unternehmerin. Diese Unternehmer-Aktionäre sind zugleich Kapitalgeber, so daß die Zugehörigkeit der Kapitalgeber zum Unternehmen rechtlich festgelegt ist und die Kapitalgeber als Gruppe organisiert sind. Bezüglich der Arbeitnehmer ist alles gleich wie beim Einzelunternehmen: Nichts ist rechtlich geformt, weder die Zugehörigkeit zum Unternehmen noch die Verbindung der Arbeitnehmer unter sich.

Diese Betrachtungsweise ist aber unrichtig, da sie die Unternehmens- mit der Gesellschaftsverfassung verwechselt. In Wirklichkeit gibt es gar keine durch die Rechtsform der Aktiengesellschaft bedingte Unternehmensverfassung. Vielmehr ist es dieser Rechtsform eigen, daß sie Unternehmensverfassungen von ganz verschiedener Art erlaubt. So ist es möglich, daß ein Einzelunternehmen im dargestellten Sinn rechtlich als Aktiengesellschaft gekleidet ist: Die Gesellschaft besteht dann (praktisch) aus einem einzigen Aktionär, und dieser hat sich das Grundkapital durch ein Darlehen beschafft. Möglich ist aber auch, daß eine Aktiengesellschaft von Anfang an die Mitbestimmung der Arbeitnehmer verwirklicht: Der Unternehmer-Hauptaktionär stellt jedem Arbeitnehmer Mittel zur Verfügung, damit er seine Aktie zeichnen und liberieren kann, so daß ihm formell als (fiduziarischem) Aktionär, materiell als Arbeitnehmer Mitwirkungsrechte zukommen.

Von einer dem Aktienrecht eigentümlichen Unternehmensverfassung kann sinnvoll nur im Hinblick auf einen bestimmten Typ von Aktiengesellschaft gesprochen werden. Als solcher Typ fällt im vorliegenden Zusammenhang nur die *Publikumsgesellschaft* in Betracht: Sie ist eine Gesellschaft mit bedeutendem Grundkapital und mit breiter Streuung des Aktienbesitzes; sie bezweckt einzig die Erzielung eines Reingewinnes, will also nicht dem Gemeinwohl dienen wie ein öffentliches Unternehmen und nicht einem bestimmten Eigeninteresse [113] der Mitglieder wie eine Genossenschaft oder eine zur Selbsthilfe gegründete Aktiengesellschaft⁵; die Aktionäre sind zum größten Teil nur durch ihre Kapitalbeteiligung mit dem Unternehmen verbunden, nicht auch als Unternehmer oder Arbeitnehmer; sie haben sich nicht aus eigener Initiative zur Gesellschaft zusammengeschlossen, sondern sind als (unter sich zusammenhangloses) "Publikum" für die Gesellschaft angeworben worden. Auf diesen Gesellschaftstyp ist das Aktienrecht in erster Linie zugeschnitten, und Gesellschaften dieses Typs betreiben gewöhnlich große Unternehmen, so daß sich die Frage der Mitbestimmung bei ihnen am ehesten stellt.

⁵ Vgl. *François Gilliard*, Tendances coopératives dans la société anonyme, in: Festgabe Bürgi (zitiert Anm. 1), S. 149 ff.

Das Unternehmen der Publikumsgesellschaft ist durch die folgenden Merkmale gekennzeichnet:

– Was die *Arbeitnehmer* betrifft, ist seine Verfassung rechtlich gleich ungeformt wie die des Einzelunternehmens; und die Arbeitnehmer sind – in dieser Eigenschaft – von jeder Mitbestimmung ausgeschlossen, es sei denn, daß ihnen das Recht eingeräumt wird, Aktien zu Vorzugsbedingungen zu beziehen⁶.

– Dagegen sind die *Kapitalgeber* als Aktionäre durch positive Regelung an das Unternehmen dauernd gebunden und unter sich organisiert. Dank dieser Regelung wirken sie bei Unternehmens-Entscheidungen mit, entweder mittelbar, indem sie den Verwaltungsrat wählen oder abberufen, oder unmittelbar, insofern bestimmte Entscheidungen nur durch die Generalversammlung getroffen werden können (wie die Verteilung des Reingewinns und die Erhöhung des Grundkapitals). Doch ist zu präzisieren: Neben den Aktionären gibt es (Fremd-)Kapitalgeber, deren Zugehörigkeit zum Unternehmen so wenig wie beim Einzelunternehmen durch positive Regelung festgehalten ist. Sodann ist streng genommen nicht der Aktionär persönlich an das Unternehmen gebunden, sondern sein Kapitalteil; er selber kann seine Beteiligung insofern lösen, als seine Aktien übertragbar sind.

– Wer in der Publikumsgesellschaft *Unternehmer* ist, ergibt sich keineswegs aus ihrer aktienrechtlichen Organisation. Vielmehr ist dem schweizerischen Aktienrecht eigentümlich, daß die Person des Unternehmers vom Gesetz gar nicht beachtet wird; dies im Gegensatz sowohl zur Kommanditaktiengesellschaft, wo die unbeschränkt haftenden Gesellschafter als Unternehmer angesehen werden können (Art. 764 ff. [114] OR), als auch zur Aktiengesellschaft des deutschen Rechts, wo der Vorstand – und zwar der gesamte Vorstand und nur er – der Unternehmer-Gruppe gleichgesetzt werden darf (§ 76 AktG). Bei schweizerischen Gesellschaften gilt es daher herauszufinden, wer innerhalb der rechtlichen Struktur der Gesellschaft die Unternehmerfunktion ausübt. Meistens ist es eine Unternehmer-Gruppe, nicht ein Einzelner. Im Gesetz erscheint eine solche Gruppe immerhin bei der (Sukzessiv-)Gründung. Die "Gründer" im Sinne der Art. 629 ff. OR sind als Unternehmer anzusprechen – sie ernennen sich übrigens selber, wie der Einzelunternehmer (Ziff. 5 b) – und sie erbringen schon im Gründungsstadium eine unternehmerische Hauptleistung, indem sie (Publikums-)Aktionäre gewinnen und so das Grundkapital beschaffen, ganz abgesehen von ihrer übrigen Gründertätigkeit (Art. 645). Unternehmensrechtlich heißt dies: Nicht die Gesellschaft gründet das Unternehmen, sondern die Gründer-Unternehmer gründen es, und die Gesellschaftsgründung ist (nur) Mittel zu diesem Zweck. Sodann sind die Publikums-Aktionäre nur Kapitalgeber, keineswegs (Mit-)Unternehmer. Vom Unternehmen aus und unter dem Gesichtspunkt der Kapitalbeschaffung gesehen sind die Aktionäre (nur) Fremdkapitalgeber, mit der Besonderheit, daß sie sich mit ihrem Kapitalteil dauernd binden und mit ihm den übrigen Kapitalgebern haften. Dieser Vorteil für das Unternehmen wird durch einen Vorteil für die Aktionäre ausgeglichen, indem das Unternehmen als Vermögenswert den zur Gesellschaft vereinigten Aktionären zugerechnet wird, also nicht der Unternehmergruppe und nicht den Arbeitnehmern; nur in dieser (allerdings wichtigen) Hinsicht können die Aktionäre als Mit-Unternehmer (besser: Unternehmenseigner) bezeichnet werden. – Von der Gesellschaftsgründung weg wird die Unternehmer-Gruppe im Verwaltungsrat zu suchen sein, zumal am Anfang, falls die (von den Gründern ausgearbeiteten) Statuten die ersten Mitglieder bezeichnen (Art. 708 Abs. 2). Weder am Anfang noch später darf aber der Verwaltungsrat der Unternehmer-Gruppe gleichgesetzt werden. Denn einerseits erfüllen vielleicht nur einzelne seiner Mitglieder eine Unternehmer-Funktion (z. B. der Präsident, ein Delegierter oder ein Ausschuß), während sich die übrigen Mitglieder als Vertrauensleute von Aktionären oder von (eentlichen) Fremdkapitalgebern auf eine Aufsichtsfunktion beschränken oder geradezu unternehmensfremd sind und ihre Mitgliedschaft dem [115] Umstand verdanken, daß sie dem Unternehmen aus einem besondern Grunde (z. B. als gehobene Sachverständige oder bedeutende Kunden) Dienste leisten. Andererseits verschiebt vielleicht die verbandsinterne Regelung (Art. 717 OR) die Zuständigkeit zu Unternehmens-Entscheidungen so sehr auf das Kader, daß die Unternehmer-Gruppe ganz oder

⁶ Vgl. Max Wehrli, Mitbeteiligung der Arbeitnehmer durch Belegschaftsaktien, Problematik und Erfahrungen, Diss. Zürich 1969; Max Boemle, Mitarbeiteraktien, in Festgabe Bürgi (zitiert Anm. 1), S. 1 ff.

teilweise diesem angehört, ja daß eine eigentliche Kader-Regierung besteht und der Verwaltungsrat im wesentlichen nur ein beaufsichtigendes, nicht ein gestaltendes Organ ist.

Obwohl somit die Unternehmensverfassung auch bei einer Publikumsgesellschaft zur Hauptsache rechtlich ungeformt ist, so ist doch die (rechtlich geformte) Gesellschaftsverfassung für sie nicht gleichgültig. Denn einmal bietet diese, wie schon erwähnt (Ziff. 2), die Rechtsgrundlage dafür, daß die Zuständigkeit zu Unternehmens-Entscheidungen verbandsintern geregelt werden kann. Sodann wird im gesellschaftsrechtlichen Kleid von Wahlen, welche die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat vornimmt, dafür gesorgt, daß die Unternehmer-Gruppe sich immer wieder erneuert. Bei der Aktiengesellschaft ist somit bezüglich der Unternehmer eine systemimmanente Lösung des Nachfolge-Problems möglich (vgl. Ziff. 5 b)⁷. Umgekehrt durchwirkt aber die ungeformte Unternehmensverfassung die Gesellschaftsverfassung und bestimmt deren praktische Tragweite: Unternehmensrechtlich ausgedrückt liegt die Macht bei der Unternehmer-Gruppe – was oft ungenau als "Macht der Verwaltung" bezeichnet wird –; nach deren Willen richten sich meistens, wenn auch nicht notwendigerweise, die Beschlüsse des Verwaltungsrates und der Generalversammlung (z. B. auf Verteilung des Reingewinns, auf Erhöhung des Grundkapitals); und die Unternehmer-Nachfolge läuft häufig auf eine Selbsterneuerung der Unternehmer-Gruppe hinaus, da die von Generalversammlung oder Verwaltungsrat vorgenommenen Wahlen in der Regel die Vorschläge der Gruppe bestätigen und nicht auf echten Alternativen beruhen. Immerhin sind der Verwaltungsrat (soweit er nicht aus der Unternehmer-Gruppe besteht) und die Generalversammlung auch unternehmensrechtlich nicht bedeutungslos. Zum mindesten erschweren sie Willkür-Entscheidungen der Unternehmer-Gruppe, überhaupt bieten ihre Mitbestimmungs-Kompetenzen auch dann, wenn sie mehr "pro-forma"-Charakter haben, doch jene Vorteile, die mit jeder Gewaltenteilung oder Gewaltenkontrolle verbunden sind.

[116] 7. Die vorstehenden Ausführungen erlauben keine Stellungnahme zum Problem der Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Wohl aber können sie dazu beitragen, die *gesetzgebungspolitische Ausgangslage* und die *Problemstellung* zu klären, allerdings nur insoweit es sich um die Mitbestimmung bei Publikumsgesellschaften handelt.

a) Die Arbeitshypothese – das Unternehmen ist ein Verband – erweist sich als haltbare Grundlage, so daß es einen Sinn hat, die Unternehmensverfassung positivrechtlich zu regeln. Doch handelt es sich um ein Sekundärproblem, das den Bestand des Unternehmens (wie auch dessen Aussicht, fortzubestehen) voraussetzt (vgl. Ziff. 5 b).

Demgemäß ist jeder positiven Regelung auch die *Grundstruktur* des Unternehmens *vorgegeben*, die Aufgliederung in drei Gruppen von Personen mit einer je verschiedenen Art der Beteiligung: Unternehmer, Arbeitnehmer, Kapitalgeber. In diesem Rahmen stellen sich bezüglich der Mitbestimmung drei (miteinander zusammenhängende) Hauptprobleme. Sie betreffen das Verhältnis der Arbeitnehmer zum Unternehmen (b), zu den Kapitalgebern (c) und unter sich (d).

Rein aktienrechtlich gesehen geht es nicht darum, neben der positivrechtlichen Gesellschaftsverfassung eine zweite positive Ordnung, die Unternehmensverfassung, aufzubauen, noch weniger darf die Unternehmensverfassung die Gesellschaftsverfassung verdrängen; sondern die Gesellschaftsverfassung ist so "umzubauen", daß sie zugleich Unternehmens- und Gesellschaftsverfassung ist.

b) Im *Verhältnis der Arbeitnehmer zum Unternehmen* kann die Mitbestimmung nicht darin bestehen, den Arbeitnehmern einen aktiven Status in dem Sinne zuzuweisen, daß sie an allen Unternehmens-Entscheidungen mittelbar (durch "Vertreter") oder gar unmittelbar (durch Urabstimmung) mitwirken. Der Arbeitnehmer-Mitunternehmer ist ebenso illusionär wie der Aktionär-Mitunternehmer. Ein solcher Status würde die selbständige Funktion des Unternehmers verkennen wie auch den Umstand, daß es sich bei der Mitbestimmung nur um ein Sekundärproblem handelt, das eine Unternehmerleistung voraussetzt (lit. a). Vielmehr besteht die

⁷ Vgl. *Max Kummer*, Die Eignung der Aktiengesellschaft für die Erhaltung der Familienunternehmung, in: Die Erhaltung der Unternehmung im Erbgang (zitiert Anm. 4), S. 109 ff.

Mitbestimmung zunächst darin, daß überhaupt die Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zum Unternehmen durch positive Regel festgelegt wird, daß somit der Arbeitnehmer als Mit-Gesellschafter anerkannt wird (wenn auch nicht als [117] Mit-Unternehmer); weiter darin, daß den Arbeitnehmern (oder ihren Vertrauensleuten) als Mit-Gesellschaftern gegenüber der Unternehmer-Gruppe dieselben oder ähnliche (beschränkte) Mitwirkungs- und Kontrollrechte zuerkannt werden wie den Aktionär-Gesellschaftern.

Die Abgrenzung gegenüber der Unternehmer-Gruppe und die eben erwähnte korporative Gleichstellung mit den Aktionären werden fast zwangsläufig dazu führen, daß die ambivalente Institution des Verwaltungsrates ungefähr nach deutschem Vorbild in zwei Organe mit je verschiedenen Aufgaben zerteilt wird: Die Unternehmer-Gruppe muß als solche in der Unternehmensverfassung erscheinen, als Spitze des Kaders, die das Unternehmen (nicht die Gesellschaft!) "in eigener Verantwortung" (§ 76 AktG) leitet. Neben ihr braucht es ein Aufsichtsorgan, bestehend aus Vertrauensleuten der Arbeitnehmer und der Aktionäre. Diesem Organ könnte eine Delegiertenversammlung beigegeben werden (oder es könnte selber eine solche sein), so daß die (ohnehin problematische) Generalversammlung der Aktionäre entbehrlich würde und eine Generalversammlung der Arbeitnehmer nicht geschaffen werden müßte⁸.

c) Für die Gestaltung des *Verhältnisses der Arbeitnehmer zu den Kapitalgebern* bietet sich das Schlagwort der "Gleichstellung von Kapital und Arbeit" an. Doch ist es viel zu wenig differenziert.

Denn einmal stehen die Arbeitnehmer in der Aktiengesellschaft zum vorneherein nur einer bestimmten Gruppe von Kapitalgebern gegenüber, den Aktionären. Neben diesen sind möglicherweise weitere (Fremd-)Kapitalgeber vorhanden, die dem Unternehmens-Verband nicht angehören und deren Wille von außen als Sachzwang auf das Unternehmen einwirkt (vgl. Ziff. 5 a). Daran vermag die Mitbestimmung nichts zu ändern.

Für das Verhältnis der Arbeitnehmer zu den Aktionären ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die Unternehmensverfassung auch insofern ein Sekundärproblem (lit. a) darstellt, als sie den Willen von Arbeitnehmern und Aktionären, sich am Unternehmen zu beteiligen, voraussetzt. Für jedes Unternehmen stellt sich daher primär die Lebensfrage, ob es überhaupt gelingt, Arbeitnehmer und Aktionäre zu gewinnen und soweit zu binden, als es das Unternehmensinteresse erfordert. Nun kommt gerade der aktienrechtlichen Organisation der Publikumsgesellschaft, unternehmensrechtlich gesehen, die [118] Funktion zu, durch die Rechtsstellung, die sie den Aktionären einräumt, einen Kreis von Kapitalgebern dauernd zu binden und auch die künftige Kapitalversorgung des Unternehmens zu erleichtern (während für die Gewinnung und Sicherung von Arbeitskräften ganz andere Faktoren maßgebend sind: Lohn, Arbeitsbedingungen, Sozialleistungen). Diese besondere Funktion darf im Unternehmensinteresse (und damit auch im Arbeitnehmerinteresse) durch keine so oder anders gestaltete Gleichstellung gefährdet werden.

Sodann ist "Gleichstellung" mehrdeutig. Erhalten die Arbeitnehmer, wie erwähnt (lit. b), Mitwirkungsrechte von gleichem Inhalt wie die Aktionäre, so besteht Gleichheit (nur) mit Bezug auf die Qualität der Mitverwaltungsrechte. Offen bleiben zwei weitere Grundfragen: Zum einen, ob sich bezüglich der Mitverwaltungsrechte auch eine quantitative Gleichstellung rechtfertigt: Ist jeder der beiden Gruppen insgesamt die gleiche Stimmkraft zuzumessen, in allen oder nur in einzelnen Angelegenheiten, und bei allen Unternehmen oder nur bei bestimmten (z. B. bei arbeitsintensiven, nicht aber bei kapitalintensiven)? Hat insbesondere das Gesellschaftsorgan, das die Unternehmer-Gruppe beaufsichtigt, einen einheitlichen, aus Arbeitnehmern und Aktionären bestehenden Stimm- und Wahlkörper zu bilden oder ist es in zwei Kammern aufzuteilen, etwa in der Weise, daß die Angehörigen jeder Gruppe unter sich abstimmen und ein Beschluß nur dann zustandekommt, wenn ihm die Mehrheit jeder Gruppe zustimmt? Zum andern bleibt die Frage offen, wie die vermögensrechtliche Stellung der Arbeitnehmer zu gestalten ist; es handelt sich um die schon erwähnte Fundamentalfrage (Ziff. 4), ob und inwieweit es der Gedanke der Gleichstellung verlangt,

⁸ Was für Organe außerdem unter dem Gesichtspunkt der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb erfordert wären, kann hier offen gelassen werden.

daß die im Unternehmen erarbeiteten Vermögenswerte nicht einzig den Aktionären zugerechnet werden, sondern auch den Arbeitnehmern.

Bei der Beantwortung beider Fragen fällt die ganz verschiedene Art der Beteiligung von Aktionären und Arbeitnehmern ins Gewicht: Die Aktionäre sind nur mit einem Kapitalteil engagiert, mit diesem aber unlösbar, und sie erhalten dafür nur dann ein Entgelt, wenn ein verteilter Reingewinn erzielt wurde. Demgegenüber sind die Arbeitnehmer mit ihrer Person engagiert und stützen ihre ganze wirtschaftliche Existenz auf das Unternehmen; aber sie können nach Belieben aus dem Unternehmen ausscheiden, und ihr Lohn ist unabhängig vom Geschäftsergebnis geschuldet⁹.

[119] d) Das *Verhältnis der Arbeitnehmer unter sich* läßt sich in zwei Grundformen verwirklichen: Entweder wird der einzelne Arbeitnehmer in der Weise als Mit-Gesellschafter behandelt, daß er sich persönlich in den Unternehmens-Organen betätigen und, gleich wie heute jeder Aktionär, seinen Willen ausdrücken kann; alsdann sind die Arbeitnehmer unternehmensrechtlich unter sich nicht verbunden; sie gehen im Ganzen des Unternehmens-Verbandes auf. Oder es werden zunächst alle Arbeitnehmer in einer Gruppe oder in einem Bündel von Gruppen (Arbeiter, technische und kaufmännische Angestellte) vereinigt, so daß der Einzelne nur innerhalb einer Gruppe zum Worte kommt und in den (Aufsichts-)Organen des Unternehmens nur ein einheitlicher, innerhalb der Gruppe(n) gebildeter Wille der Arbeitnehmerschaft ausgedrückt wird.

Bei jeder Grundform stellt sich überdies die Frage, ob alle Arbeitnehmer unter sich gleichberechtigt sein sollen oder ob ihre Rechtsstellung nach irgendwelchen sachlichen Kriterien abzustufen ist, z. B. nach der Dauer der Zugehörigkeit zum Unternehmen.

e) Die Mitbestimmung kann, wie die Unternehmensverfassung überhaupt, auf zwei Arten *positiviert* werden: durch verbandsinterne Regelung oder durch den Gesetzgeber. Für den Gesetzgeber ergeben sich die folgenden (miteinander kombinierbaren) Möglichkeiten:

Er kann

- sich darauf beschränken, gesetzliche Hindernisse, die einer verbandsinternen Regelung entgegenstehen, zu beseitigen, indem er z. B. den Aktiengesellschaften in Abänderung von Art. 707 OR gestattet, daß auch Arbeitnehmer (nicht nur Aktionäre) in die Verwaltung wählbar sind oder – weitergehend –, daß Arbeitnehmer zu Vorzugsbedingungen Aktien beziehen dürfen, ja daß eine Aktiengesellschaft in ihren Statuten zwei Arten von Gesellschaftern – Aktionäre und Arbeitnehmer – vorsehen kann.
- bestimmten Aktiengesellschaften den Erlaß einer Unternehmensverfassung vorschreiben, die auch die Arbeitnehmer einbezieht, ähnlich wie er für industrielle Betriebe den Erlaß einer Betriebsordnung vorgeschrieben hat (Art. 37 ff. des Arbeitsgesetzes). Möglich ist auch, daß er den Erlaß von Unternehmensverfassungen auf dem Wege von Gesamtarbeitsverträgen fördert¹⁰.
- [120] über die Verfassung von Aktiengesellschaften bestimmter Art Regeln dispositiver Natur erlassen, die immer dann anwendbar sind, wenn eine Gesellschaft dieser Art in ihren Statuten nichts Abweichendes bestimmt.
- für Aktiengesellschaften bestimmter Art zwingende Regeln über die Unternehmensverfassung aufstellen und darin insbesondere die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in irgendeiner Gestalt vorschreiben.

Nach dem Subsidiaritätsprinzip sind verbandsinterne Regelungen vorzuziehen. Sie können den individuellen Verhältnissen jedes Unternehmens angepaßt werden, und ihr Erlaß wird von den Beteiligten innerlich weit stärker miterlebt als der Erlaß eines von außen an sie herangetragenen Gesetzes. Immerhin hat eine zwingende gesetzliche Regelung den Vorteil der Klarheit und Einheitlichkeit. Da aber bis jetzt verbandsinterne Regelungen und entsprechende Erfahrungen

⁹ Vgl. *Biedenkopf-Bericht* (zitiert Anm. 1), S. 101.

¹⁰ Vgl. *Schluemp* (zitiert Anm. 1), S. 351 f.

fehlen, muten alle Denkmodelle für eine allgemein verbindlich zu erklärende Unternehmensverfassung¹¹ als künstlich an, so sehr sie sachlich berechtigt sein mögen. Auch das sachgerechte Gesetz verwirklicht nur dann die Gerechtigkeit, wenn es sich in der Rechtswirklichkeit durchsetzt, also die Rechtsanschauungen und die gesellschaftlichen Verhältnisse tatsächlich zu gestalten vermag.

¹¹ Vgl. *Raiser* (zitiert Anm. 1), S. 157 ff., und *Oswald v. Nell-Breuning*, Unternehmensverfassung, in: Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 47 ff.