UNIVERSITÄT AUGSBURG
Universitätsbibliothek

OPEN ACCESS
OPUS AUGSBURG

Rezension: Georg Wannagat und Wolfgang Gitter (Hrsg.), Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973

Herbert Buchner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Buchner, Herbert. 1976. "Rezension: Georg Wannagat und Wolfgang Gitter (Hrsg.), Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1973." *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR).* Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:
Deutsches Urheberrecht
Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:
https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/

Georg Wannagat und Wolfgang Gitter (Hrsg.), Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1973. 251 S. 63,— DM.

Van der Ven gibt mit der einleitenden Abhandlung „Die Rechtswissenschaft und ihre methodologische Problematik" unbewußt ein Stichwort, das sich als roter Faden durch die gesamte Festschrift zieht. Es geht ihm um die Darstellung des Rechts „in seiner Funktion in der gesellschaftlichen Wirklichkeit", nicht nur um die juristische Norm oder nur um das gesellschaftliche Geschehen, sondern um das Recht in seiner Funktion als Regulativ der zwischenmenschlichen Beziehungen. Dem hat der Jubilar eine lebenslange wissenschaftliche Arbeit gewidmet, der die Beiträge in der Festschrift Rechnung tragen möchten.

In prononciert formulierten Thesen gibt *Ernst von Hippel* „Die philosophischen Grundlagen der Demokratie in Deutschland" eine Analyse der dem deutschen Verfassungsrecht in der Bundesrepublik und in der Deutschen Demokratischen Republik zugrundeliegenden Wertvorstellungen. Seine Sorge gilt insb. den transzendenten Grundlagen der bundesrepublikanischen Verfassung, die er durch einen zu beobachtenden Wertnihilismus gefährdet sieht. In gewissem Umfang sei eine Gefährdung des Freiheitsideals im Grundgesetz allerdings selbst schon angelegt, nämlich durch das im Gleichheitssatz angelegte Quantitätsprinzip.

Grundlegende Fragen der politischen Willensbildung im Staat werden in einem Beitrag von *Peter Schneider* „Die politische Funktion und Aufgaben der Verbände" angesprochen. Er verdeutlicht, daß die politische Willensbildung nicht nur über die politischen Parteien läuft, sondern auch die Verbände daran mitwirken, und daß dies nicht nur (etwa gar beklagenswerte) Faktizität ist und Forderungen nach politikfreier Verbandspolitik utopisch sind, sondern daß die Verbände an der — genossenschaftlich zu sehenden — Willensbildung im Staate legitimerweise teilnehmen. Es bedarf keiner Erwähnung, daß diese Erkenntnis mißverstanden würde, wollten die Verbände darin eine Aufforderung sehen, unabhängig von dieser Zielsetzung und ohne Rücksicht auf Minderheitsmeinungen in ihren Reihen repräsentativ zu jeder politischen Frage Forderungen zu erheben oder gar im parteipolitischen Bereich Stellung zu nehmen.

Mit der für Staat und Öffentlichkeit bedeutsamen Tätigkeit nicht-staatlicher Institutionen befaßt sich — wenngleich mit etwas anderer Zielrichtung — auch *Herschel* im Aufsatz „Staatsentlastung und Entpolitisierung". Er zeigt das breite Spektrum privater und privatrechtlich organisierter Aktivitäten auf, mittels derer Aufgaben auf privatrechtlicher Ebene erfüllt werden, deren Erledigung bei Mangel entsprechender privater Initiative letztlich — subsidiär — vom Staat sichergestellt und übernommen werden müßten. Neben der viel diskutierten Tätigkeit der Tarifvertragsparteien und dem bekannten Beispiel des Technischen Überwachungsvereins weiß Herschel auf eine Reihe anderer Erscheinungen (z. B. den Entwicklungsdienst, die Normenausschüsse, die Filmselbstkontrolle) hinzuweisen, wobei allerdings die Nennung der Verwertungsgesellschaften in diesem Zusammenhang nicht unproblematisch erscheint. Zutreffend fällt das Stichwort der Subsidiarität staatlichen Handelns im Verhältnis zu privater Initiative. Den Hauptwert der staatsentlastenden Tätigkeit sieht Herschel nicht primär in sparsamer Erledigung der öffentlichen Aufgaben, was angesichts der bestehenden Situation der öffentlichen Haushalte heute vielleicht der erste Gedanke ist, sondern in der funktionellen Hilfe, die so dem Staat zuteil wird, und in dem demokratischen Akzent, den sie verleiht. Eine Entpolitisierung ist durch die solchermaßen erzielte Entlastung des Staates von den genannten Aufgaben allerdings — so die abschließende Feststellung Herschels — nicht zu erwarten. Der Hinweis auf die Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Tarifvertragsparteien vermag dies zur Genüge zu verdeutlichen.

Das Spannungsverhältnis von Individuum und Staat, von Bürger und Gemeinschaft wird in der Festschrift sodann noch unter einem ganz anderen Blickwinkel, nämlich der im Laufe der Jahrzehnte zu beobachtenden Entwicklung der Sozialversicherung in Rich-

tung auf eine Volksversicherung erörtert. *Wannagat* beschreibt unter dem Titel „Auf dem Wege zur Volksversicherung" die einzelnen Stationen der Ausdehnung der Sozialversicherung auf nunmehr alle sozialen Gruppen, zeigt aber auch den Freiheitsgehalt, den sie aufgrund ihrer noch genossenschaftlichen Grundstruktur im Gegensatz zu einer Staatsbürgerversicherung aufweist. Eine Grundproblematik des Sozialrechts ist damit deutlich gemacht. Es handelt sich — im Sinne der Umschreibung Fechners — darum, das richtige und notwendige Verhältnis der Glieder einer Gemeinschaft zum Ganzen zu gewinnen. Dies nimmt *Gitter* zum Ausgangspunkt seiner anschließenden Abhandlung „Probleme bei der Kodifizierung des deutschen Sozialrechts", in der die Schwierigkeiten schwerpunktmäßig umrissen werden, denen sich die Sachverständigenkommission bei Vorbereitung des allgemeinen Teils eines Sozialgesetzbuchs gegenübergestellt sah.

Anregende Thesen enthält der Aufsatz von *Gamillscheg* „Die Solidarität als Rechtsbegriff". Gamillscheg vermißt in der bisherigen arbeitsrechtlichen Diskussion die Aufmerksamkeit für die gegenseitige Beeinflussung der Arbeitsverhältnisse; man sehe in rechtlicher Hinsicht nur die Verbindungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und die der Kollektivvertragsparteien, beachte jedoch zu wenig die „dritte Dimension", daß nämlich die meisten Fälle, in denen die Rechtsprechung Arbeitnehmern einen Verzicht oder Rechtsverlust zugemutet hat, dies letztlich im Interesse der Belegschaft oder der Arbeitnehmerschaft als Gesamtheit geschehen sei, z. B. beim Verzicht auf Gratifikationen oder Ruhegeldern bei sonst drohendem Konkurs des Unternehmens. Nicht die von der Rechtsprechung angeführte Treuepflicht der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, sondern der Solidaritätsgesichtspunkt unter den Arbeitnehmern sei das tragende Prinzip dieser und anderer Entscheidungen (etwa zur Kurzarbeit) gewesen. Daß die Thesen im einzelnen noch diskussionsbedürftig sind, hat Gamillscheg selbst hervorgehoben. Das Wesentliche an ihnen liegt in der nachdrücklichen Darlegung, daß Belastungen, die Arbeitnehmer in besonderen Fällen hinnehmen müssen, nicht mehr länger unter dem Gesichtspunkt nur des Unternehmerinteresses, sondern auch des gemeinschaftlichen Interesses der Arbeitnehmerseite gesehen werden müssen und darin ihre Legitimation zu finden vermögen. Zwischenzeitlich hat sich die zugrundeliegende Erkenntnis, daß „insoweit die Interessen von Unternehmer und Arbeitnehmer parallel laufen" (Gamillscheg, S. 140), schon etwas weiter verbreitet und damit werden hoffentlich die Gedankengänge Gamillschegs auch entsprechende Bereitschaft zur Berücksichtigung finden.

Der Aufforderung Gamillschegs an die Arbeitsrechtswissenschaft, der Beziehung der Arbeitnehmer untereinander mehr Aufmerksamkeit zu widmen, wird bereits im nächsten Beitrag der Festschrift, der Abhandlung *Zöllners* über „Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis" Rechnung getragen. Zöllner diskutiert verschiedene Zusammenhänge der Mitbestimmung, nämlich ihre Auswirkung auf die Weisungsunterworfenheit und Abhängigkeit der Arbeitnehmer durch das Angewiesensein auf den Arbeitsplatz. Was die Einordnung der Arbeitnehmer in das Unternehmen betrifft, wird zu Recht hervorgehoben, daß sich allein im Hinblick auf die Rolle des Arbeitnehmers als Mitarbeiter im Unternehmen noch keine rechtliche Einbeziehung in eine Unternehmensverfassung ergeben kann. Die dafür erforderliche Rechtsentscheidung ist noch nicht gefällt, — anders in der Betriebsverfassung, wo die Betriebsgemeinschaft bereits rechtlich erfaßt ist (ohne daß allerdings schon alle Konsequenzen daraus erarbeitet wären!).

Im Gegensatz zu Zöllner sieht *Fabricius* „Arbeitsverhältnis, Tarifautonomie, Betriebsverfassung und Mitbestimmung im Spannungsfeld von Recht und Politik — Gedanken zur Fortentwicklung des Arbeitsverhältnisses" die Mitbestimmung als besonders geeignetes Mittel, die Objekteigenschaft des Arbeitnehmers zu entschärfen. Speziell geht es Fabricius — von einem deutlich anderen Ansatz her als ihn von Hippel in dem obengenannten Beitrag vertreten hatte — darum, den Gleichheitssatz im Interesse eines freiheitlichen Rechtsstaats materiell zu verwirklichen. Den Gleichheitssatz sieht er schon dadurch in Frage gestellt, daß der überwiegende Teil der Bevölkerung im Arbeitsverhältnis der bestehenden Struktur tätig sein muß; daß er bereits durch § 613 BGB (so Fabricius S. 197) verletzt sein soll, läßt sich allerdings nicht mehr recht nachvollziehen. Als Modell

der Unternehmensverfassung dürfte Fabricius Vorstellung einer gesamthänderischen Beteiligung der Arbeitnehmer an der Produktion im Grundsatz nicht ohne Interesse sein, bedürfte jedoch einer konkreteren Darstellung.

Im wirtschaftsrechtlichen Teil der Festschrift verdeutlicht *Ludwig Raiser* mit der Abhandlung „Antinomien im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen", daß für die Auslegung der gesetzlichen Regelung des Wettbewerbsrechts in §§ 1 ff. GWB nicht allein rein wettbewerbspolitische Zielsetzungen richtungsweisend sind, sondern daß auch strukturpolitische Interessen Berücksichtigung verlangen. Die ursprünglich im Vordergrund stehenden Fragen des Wettbewerbsverständnisses im Sinne eines Individual- oder eines Institutionenschutzes wird überlagert durch die Erkenntnis, daß es in der Wettbewerbspolitik, wie sie heute aufgrund des GWB zu praktizieren ist, nicht nur um die Sicherung der Leistungsfähigkeit durch Auslese leistungsschwächerer Marktteilnehmer geht, sondern auch — wie Unlauterkeitsrecht, Kooperationserleichterungen, Bagatellkartelle usw. zeigen — um gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ziele, die unter dem Gesichtspunkt des Sozialstaatsprinzips in eine sinnvoll betriebene Wettbewerbspolitik einzubauen sind. Da dies zwar aus den verschiedenartigen Vorschriften des GWB dem Grundsatz nach ohne weiteres zu belegen, in der gegenläufigen Gewichtung jedoch nur schwer zu erkennen ist, bedarf es verstärkter Bemühungen, die Orientierungsgesichtspunkte zu erarbeiten, um die Unsicherheiten bei der Anwendung des GWB zu überwinden. Dazu möchte Raiser mit seinem Beitrag Anstoß und erste Hinweise geben.

In enger Anlehnung an die Rechtsnormen-Konzeption Meyer-Cordings und auch unter vielfacher Berufung auf diese versucht *Heinze* in seinem Beitrag „Zur Rechtsnatur wettbewerbsbeschränkender Verträge" neue Deutungen und befriedigendere Lösungen zu gewinnen. Die Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Verträge auf die Position am Vertrag nicht beteiligter Dritter werden seiner Meinung nach in Rechtsprechung und Literatur nicht hinreichend gesehen oder jedenfalls nicht in ihrer rechtlichen Bedeutung gewürdigt. Daß Dritte als Folge eines Kartellvertrags Kaufpreis oder sonstige Konditionen mit ihren (kartellgebundenen) Vertragspartnern nicht mehr wirklich frei aushandeln können, daß Außenseiter sich wettbewerbswidrig verhalten, wenn sie den Verstoß eines durch Vertriebs- oder Preisbindungssystem Gebundenen gegen seine Pflichten zu ihrem Vorteil ausnutzen, sei entgegen der h. L. nicht nur faktisches Betroffensein Außenstehender durch die Vertragsschlüsse anderer, sondern es liege darin Drittwirkung im Rechtssinne. Auf dem Boden der Privatautonomie könne jedoch diese Regelungskompetenz der Abschlußparteien wettbewerbsbeschränkender Verträge zu Lasten unbeteiligter Dritter nicht erklärt werden. Dazu sei vielmehr auf Überlegungen zum Normenvertrag und insb. auf das von Meyer-Cording entwickelte System der Wahlnormen und des Statusvertrags zurückzugreifen. Nun weist sicherlich der aufgegriffene kartellrechtliche Komplex noch in erheblichem Umfang ungelöste Probleme auf und sind die bisher gewonnenen Lösungen nicht in jeder Hinsicht befriedigend, etwa die weitgehende Anwendung des § 1 UWG bei Ausnutzung von Verstößen gegen wettbewerbsbeschränkende Vertragssysteme. Dann ist es verdienstvoll, Lösungen einmal von einem anderen Ansatz her zu suchen, wie Heinze es unternimmt. Nur muß man sich am Ende natürlich die Frage stellen lassen, was es bringt. Vom Ergebnis her kommt Heinze dazu, daß der Außenseiter eines Kartells die Folge der Kartellvereinbarung hinnehmen muß — dazu bedarf es aber nicht einer aufwendigen Konstruktion, vielmehr kommt auch die h. L. zu diesem Ergebnis, wenn sie die faktisch verstandene Beeinträchtigung der Interessen hinnimmt, soweit wettbewerbsbeschränkende Verträge nach dem GWB zugelassen sind (soweit sie rechtspolitisch untragbar erscheinen, hat der Gesetzgeber sie durch das GWB unterbunden!). Dagegen sollen weitergehende Wirkungen von Preis- und Vertriebsbindungssystemen zu Lasten von Außenseitern, wie sie die Rechtsprechung mittels § 1 UWG zu Lasten etwa der Außenseiter, die den Vertragsbruch der Mitglieder solcher Systeme ausnutzen, entwickelte, nicht mehr innerhalb der Legitimität der Wahlnormsetzung liegen und damit unwirksam sein. Das gleiche Ergebnis ließe sich, wenn man der rechtspolitischen Zielvorstellung Heinzes folgt, ganz einfach dadurch erreichen, daß man der extensiven Anwendung des § 1 UWG in

diesem Bereich nicht folgt, wofür einiges spricht. Der häufige Rückgriff der Rechtsprechung auf das Verdikt der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG ist in der Tat hier wie in manch anderem Bereich nicht ohne Problematik. Der von Heinze vertretenen Konzeption kann noch nicht bestätigt werden, daß sie etwa schon in der Lage wäre, die von ihm als untauglich verworfene Teilung von Gesetz und Rechtsgeschäft abzulösen. Bezugnahmen auf Rechtswirklichkeit, auf Erkenntnisse der Sozial- und Wirtschaftswissenschaften können darüber nicht hinweghelfen. Wenn er etwa die Tarifverträge als paralleles Problemfeld nennt, wäre darauf zu verweisen, daß auch ohne gesetzliche Festlegung der Verbindlichkeit der Tarifnormen die bestehende faktische Auswirkung der Tarifverträge auf die Arbeitsverhältnisse nicht als Problem gesehen werden könnte und auch vor der gesetzlichen Regelung des Tarifrechts durch die Tarifvertragsverordnung nicht gesehen wurde. Das Problem war vielmehr gerade, die rechtliche Verbindlichkeit der Tarifverträge zu gewinnen, die sich eben nicht nur aus der faktischen Beeinflussung (unter Zuhilfenahme der schuldrechtlichen Durchführungs- und Einwirkungspflichten) der Arbeitsverhältnisse ergab. Letztlich müßte Heinze konsequenterweise jeden Vertrag wegen der ihm innewohnenden Drittwirkung problematisieren. Wenn ein Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer ein Wettbewerbsverbot abschließt, werden andere Unternehmer dadurch betroffen, daß der Arbeitnehmer nicht zu ihnen wechseln kann. Im Grunde gilt dies auch bei Abschluß eines Arbeitsvertrags aufgrund der Arbeitspflicht gegenüber dem Arbeitgeber; sie hindert, eine andere Arbeitsverpflichtung gegenüber einem anderen Arbeitgeber einzugehen. Soll auch hierin eine unmittelbare rechtliche Drittwirkung gesehen werden? Die vielfältige Problematik der von Heinze vertretenen Konzeption würde sich im übrigen überhaupt erst bei ihrer allgemeinen Anwendung in der Wettbewerbspraxis ergeben.

Um Recht und gesellschaftliche Wirklichkeit geht es schließlich auch in dem einzigen gesellschaftsrechtlichen Beitrag der Festschrift „Politische Diskussion in der Hauptversammlung" von *Walter Günther*. Wie in anderen Rechtsverhältnissen, in denen der Wunsch einzelner nach politischer Diskussion und sachliche Erfordernisse an der Durchführung des Rechtsverhältnisses in Konflikt geraten (etwa im Arbeitsverhältnis, bei der Durchführung der Betriebsratsarbeit, in der Betriebsversammlung, im Studentenparlament usw.), ist auch hier Unsicherheit in der Beurteilung festzustellen. Günther versucht, dem Anliegen nach Erörterung politischer Bezüge der Tätigkeit der Aktiengesellschaft möglichst Rechnung zu tragen, erkennt aber die aus der Satzung zu entnehmende Zweckbestimmung der Aktiengesellschaft als Grenze des Diskussionsbedürfnisses an. Damit ist das richtige Abgrenzungskriterium genannt, das auch in allen anderen Rechtsverhältnissen im Prinzip zugrundegelegt werden muß. Die Berufung auf verfassungsrechtlich verbürgte politische Meinungs- und Redefreiheit oder auf Forderungen des Gewissens (bedenklich insoweit die Formulierung Günthers auf Seite 128) können es niemals rechtfertigen, die Tätigkeit von Organen, die kraft Gesetzes bestimmte Aufgaben zu erledigen haben, im Sinne eines allgemeinen politischen Mandats „umzufunktionieren".

Wie es die Namen der Autoren und der wissenschaftliche Aktionsradius des mit der Festschrift zu Ehrenden erwarten ließen, wird mit der Festschrift eine breite Palette von Themenstellungen behandelt, die in vielfältiger Weise Anregungen für die weitere wissenschaftliche Diskussion zu geben vermögen. Es ist zu wünschen, daß sie, wenn auch in einer Festschrift versteckt, doch breitere Beachtung finden. Dem sollte auch diese etwas ausführlichere Übersicht dienen.

Augsburg Professor Dr. Herbert Buchner