

Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins

Knut Wolfgang Nörr

Inhaltsübersicht

1. Zur Interaktion zwischen Leben und Recht. – 2. Bedeutungsfelder des „Sozialen“. – 3. Zivilprozessreform: Neuordnung der Aufgaben und Befugnisse von Richter und Parteien. – 4. Gesellschaftsrecht: Ausbalancierung der Interessengegensätze innerhalb der Aktiengesellschaft. – 5. Kartellwesen: Eindämmung von Missständen. – 6. Organisationen: Instrumente der Aktion in einer künftigen Wirtschaftsordnung.

1. Zur Interaktion zwischen Leben und Recht

Der Titel unseres Vortrags wurde, wie unschwer zu sehen ist, von zwei Publikationen Franz Kleins angeregt: von der Monographie „Das Organisationswesen der Gegenwart“ aus dem Jahr 1913, die Klein vermutlich als zusammenfassend-übergreifende Diagnose eines zeittypischen Phänomens verstanden haben wollte, und von der Abhandlung „Pro futuro“ von 1891, die bekanntlich die entscheidende Weiche im Leben und Berufsweg Kleins gestellt und ihn von der Wissenschaft weg zur Reform und Gesetzgebung hin geführt hat. In den zahlreichen Publikationen Kleins verbanden sich regelmäßig das analytisch-diagnostische mit dem reformerisch-legislativen Element; aber auch dort, wo die Ausführungen keine Reformvorschläge erörterten oder in solche mündeten, lässt sich das Selbstverständnis Kleins als Gesetzgeber – dieser Ausdruck natürlich nicht im verfassungsrechtlichen Sinn verstanden –, lässt sich der gesetzgeberische Impetus, einem Hintergrundrauschen gleich, in seinen Gedankengängen nirgends überhören.

Den Titel des Vortrags hätten wir noch um „Vergangenheit“ ergänzen können. In der Tat zeigen die Schriften Kleins ein ausgeprägtes Bewusstsein von der Tragweite geschichtlicher Entwicklungen. Geschichte, Evolution freilich nicht als Legitimationsgrößen, nicht als Gesetzhelmen, nicht in Gestalt von Teleologien oder Entelechien: dem Geschichtsphilosophischen irgend-

welcher Art wollte sich Klein nicht nähern¹. Geschichte jedoch als Erklärung der Gegenwart, Geschichte ferner als eine Art gestapelte Erfahrung, gestapeltes Wissen, das den Weg zur Lösung von Regelungsproblemen öffnet oder, vordringlicher noch, einen solchen Weg versperrt. In dieser Funktion stand, wie nicht anders zu erwarten, die Geschichte nicht allein; Klein hat sich hierfür ausgiebig auch der Rechtsvergleichung bedient.

Ob nun Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft: stets hat Klein die Entstehung von Rechtsnormen und ihre Durchsetzung nicht in einer Isolation, nicht nur in und für sich, sondern im engsten Zusammenhang mit den Verhältnissen des Ganzen, mit den Entwicklungen in Politik, Wirtschaft, Gesellschaft, und mit den geistigen Strömungen der Zeit betrachtet. Das konnte zu so allgemein gehaltenen Feststellungen führen wie die vom „Leben als einer mit der Rechtsordnung interkommunizierenden Wirklichkeit, das die Rechtsordnung beständig benagt, zersetzt, abschleift und ihr neue Gedanken unterschiebt“². Oder an anderer Stelle in derselben Abhandlung³:

„Es verhält sich sonach in der Gegenwart Recht und Leben nicht anders als in der Geschichte. Beide lagern nicht wie zwei ruhende Massen nebeneinander, sondern zwischen ihnen ist unaufhörlich Bewegung und Austausch. Hier Leben und Wirtschaft mit ihren tausendfachen Tätigkeiten, Anregungen und Wünschen, dem ewigen Planen und Denken, Umformen, Neuern und Besserhabenwollen, dort das Recht, das mit seinen mächtigen Imperativen das gärende Leben richten und ordnen will, in letzter Linie aber doch mehr defensiv ist und der urwüchsigen Vitalität des gesellschaftlichen Getriebes nichts ähnlich Überwältigendes entgegenzustellen hat. Daraus entstehen Gegensätze über Gegensätze.“

Dem Leben entspringen die „geistigen, wirtschaftlichen und sozialen Bildungskräfte, die uns beherrschen und die beherrschen zu lernen wir wieder trachten müssen“⁴. Man kann solche und ähnliche Betrachtungen der Kategorie des Soziologischen zuordnen – zitieren wir noch den Satz: „Wie die Politik, so löst sich selbstverständlich auch die Wirtschaft als ein lebendig Wirkendes in Soziologisches auf“⁵ –, Betrachtungen also, die dann als Er-

¹ Siehe die Vorlesung über „Die treibenden Kräfte der neueren Rechtsentwicklung“, 1911, in: Franz Klein. Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe, hrsg. von J. und O. Friedlaender, 1927, I, S. 405; s. ferner seine Arbeit über „Das Organisationswesen der Gegenwart“, 1913, S. 246.

² Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechtes der Erwerbsgesellschaften, 1914, S. 7.

³ Grundlagen (Fn. 2), S. 58.

⁴ Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, 1904, S. 53.

⁵ Grundlagen (Fn. 2), S. 49.

gänzung zur Abhandlung Josef Essers über Franz Klein als Rechtssoziologe⁶ hinzugezogen werden können.

War daher Klein der Soziologie gegenüber aufgeschlossen – auch in der zu Anfang erwähnten Monographie über das Organisationswesen der Gegenwart hatte er sich die Erkenntnis des soziologischen Charakters des Organisationsphänomens zum Ziel gesetzt⁷ –, stellte Klein also das Recht in eine enge Beziehung zur Soziologie, so war doch sein Blick nicht hierauf beschränkt, sondern nahm er Anregungen auch von anderer Seite auf. Manche seiner Äußerungen bewegten sich in den Spuren eines noch nachklingenden Idealismus; so hat er bei Erörterung der Entwicklungsgeschichte der Aktiengesellschaft Friedrich Schiller mit den Worten (aus dem „Abfall der Niederlande“) zitiert: „Die Geschichte der Welt ist sich selbst gleich wie die Gesetze der Natur und einfach wie die Seele des Menschen“, um daran den eigenen Satz hinzuzufügen: „Soweit das Menschliche reicht, liegt in der Tat fast immer in unserer Seele der letzte Grund von Sieg und Niederlage.“⁸ Oder wenn bei Klein ethische Betrachtungen ins Spiel kommen, stützte er sich nicht selten auf das „System der Ethik“ des zu seiner Zeit vielgelesenen Philosophen und Pädagogen Friedrich Paulsen; auch hierzu sei eine Bemerkung, mit der sich Klein identifizierte, wiedergegeben, die die Feststellung enthielt, dass Sitte und Sittlichkeit ebenso wie das Recht Erzeugnis und Funktion der den sozialen Bildungen des geschichtlichen Lebens immanenten Vernunft sind⁹.

Den stärksten Eindruck auf Klein scheinen jedoch die Lehren der Sozialpsychologie ausgeübt zu haben. So hebt er die moderne Auffassung von den Aufgaben der Geschichtswissenschaft hervor, wonach der „Wechsel im Bereiche des gesellschaftlichen Fühlens aufzusuchen und aufzudecken“ sei, im Bereich der „Zeitseele“, im „Gesellschaftsseeelischen“¹⁰. In der Geschichte des Rechtsgehorsams erkenne man als „sozialpsychischen Grundzug des Menschen“ eine starke Assimilationsfähigkeit und ein meist geringes Freiheitsbedürfnis¹¹. Und wenn auch der Außenwelt angehörende Vorgänge und Ereignisse die Ursache für die Fortbildung des Rechts darstellten, so doch nicht auf unmittelbare Weise, weil sich die äußeren Geschehnisse erst im inneren seelischen Bereich zur Reflexion und zum Entschluss umsetzen müssten. Dieser Vorgang, zunächst individueller Natur, überträgt sich auf die Ge-

⁶ J. Esser, Franz Klein als Rechtssoziologe. Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozeßwerk Franz Kleins, in: Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898–1948, 1948, S. 35.

⁷ Organisationswesen (Fn. 1), S. III.

⁸ Entwicklungen (Fn. 4), S. 10.

⁹ Grundlagen (Fn. 2), S. 8.

¹⁰ Entwicklungen (Fn. 4), S. 14.

¹¹ Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, 1912, S. 63.

sellschaft als Ganzes, spielt sich in deren Seele oder Psyche ab. Alle äußeren Tatsachen, so fasste Klein zusammen, wirken auf die Rechtsbildung einzig mittels ihrer geistigen Projektion¹². In solchen und ähnlichen Überlegungen machten sich die Lehren der Sozialpsychologie bemerkbar, einer Gedankenrichtung, die in dieser Form auf Johann Friedrich Herbart (1820er und 30er Jahre) und sein Theorem von der Analogie gesellschaftlichen Verhaltens zu den Seelenvorgängen des Individuums zurückgeht¹³; Klein hatte diesen Soziopsychologismus vermutlich bei Albert Schäffle und Wilhelm Wundt¹⁴, unter den Historikern bei Karl Lamprecht¹⁵ kennengelernt¹⁶.

Wenn nun auch alle diese und mannigfaltig andere Bezüge zu den geistigen Strömungen der Zeit ein hohes Maß an Aufmerksamkeit und Aufgeschlossenheit Franz Kleins bekunden, so lag es ihm doch fern, eine irgendwie gearbete Synthese, ein System, und sei es nur eklektischer Natur, zu erarbeiten. Es blieb bei punktuell eingesetzten Argumentationen, bei Impressionismen sozusagen und einer im bruchstückhaft-unvollständigen Zustand verharrenden Grundierung seiner Betrachtungen und seiner Folgerungen. Ein Mehr hiervon wäre für einen Gesetzgeber aber auch vielleicht nicht angebracht und nicht nötig gewesen.

2. Bedeutungsfelder des „Sozialen“

Was wir bisher ausgeführt haben, kann als eine Art Allgemeiner Teil – natürlich fragmentarisch – der Werke Franz Kleins angesehen werden. In diesem Sinne bestätigen sich die treffenden Beobachtungen, die Peter Böhm über die rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Kleins angestellt hat¹⁷. Zu einem Allgemeinen Teil gehört dann auch ein kurzer Blick auf jenes Attribut, das – sollte das Werk Kleins so knapp wie möglich charakterisiert werden – mit dem Wort „sozial“ gegeben ist, wie wohl von niemandem bezweifelt wird. Was aber ist unter dem Wort zu verstehen? Klein hat sich, wenn ich nichts übersehen habe, ausdrücklich hierüber nicht geäußert, son-

¹² Grundlagen (Fn. 2), S. 22.

¹³ Vgl. *U. Laucken*, s. v. Sozialpsychologie, Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 9, 1995, Sp. 1236.

¹⁴ Eine Anspielung auf Wundts „Völkerpsychologie“ in: Reden (Fn. 1), S. 405.

¹⁵ Ausdrücklich genannt in: Reden (Fn. 1), S. 403.

¹⁶ *Nörr*, Ein Gegenstand der Reflexion: Die Aktiengesellschaft in den Schriften Franz Kleins, Rudolf Hilferdings, Walther Rathenaus, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 172 (2008), 136.

¹⁷ *P. Böhm*, Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins, in: Forschungsband Franz Klein (1854–1926). Leben und Wirken, hrsg. von H. Hofmeister, 1988, S. 191.

dern alles seinem Leser überlassen. Bei näherer Betrachtung des Kontexts, in welchem jeweils das Wort gebraucht wird, lassen sich nun vier Bedeutungen unterscheiden, hiervon waren zwei beschreibend-diagnostischer, zwei aber wertender Natur:

– Sozial ist zum einen gleichbedeutend mit gesellschaftlich oder gemeinschaftlich im allgemeinsten Sinn des Wortes, das heißt nicht im Sinne irgendeiner Theorie, sondern als Tatsache, als Bezeichnung des menschlichen Zusammenlebens, als die Summe der zwischenmenschlichen Beziehungen. So wird von Klein die tatsächliche, geistige und Gefühlsgemeinschaft zwischen den Menschen als „das Soziale“ bezeichnet¹⁸, oder spricht er als Gegensatz zur individualistischen von sozialer oder kollektiver Geschichte¹⁹; hierher gehört auch die nicht im wertenden Sinn verstandene soziale Funktion des Prozesses.

– Sozial werden, zweitens, die Manifestationen des menschlichen Assoziationstriebes genannt, welchen Ursprungs und welcher Form auch immer; es handelt sich gewissermaßen um Verdichtungen des Sozialen in der erstgenannten Bedeutung. Dieser Erscheinung hat Klein mit dem „Organisationswesen der Gegenwart“ ein ganzes Buch gewidmet.

– Als sozial wird, drittens, die Rücksichtnahme auf die benachteiligt-schwächeren Teile der Gesellschaft oder des Volkes bezeichnet, worin das Zurückbleiben hinter den anderen Teilen auch immer seinen Grund haben mag. Im Prozessrecht zog Klein hier auch die Mittelschichten, die nicht mehr das Armenrecht beanspruchen konnten, in Betracht²⁰. Wenn Klein der deutschen Aktienrechtsreform von 1884 bescheinigte, dass sie „den richtigen Ton getroffen“ und „eine Sehnsucht des sozialen Gewissens“ erfüllt zu haben scheint²¹, dann hatte er vermutlich die Gruppe der machtlosen Klein- und Minderheitsaktionäre im Auge. In diesem Zusammenhang sei auch an die anthropologisch gefärbte Rede von den Menschenrechten des Aktionärs, nämlich seinen Sonder-²² und Minderheitsrechten erinnert²³.

– Sozial steht schließlich für alles, was dem Gemeinwesen zugutekommt, was im Dienste des Gemeinwohls steht und zu stehen hat. Hierher gehört

¹⁸ Organisationswesen (Fn. 1), S. 283.

¹⁹ Reden (Fn. 1), S. 402.

²⁰ Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1901, S. 25; s. auch S. 20.

²¹ Entwicklungen (Fn. 4), S. 19 (ob aus diesen Worten Ironie sprach – so *J. N. Druey*, in: Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts, hrsg. von P. Doralt und S. Kalss, 2004, S. 146, Fn. 23 – kann dahin gestellt bleiben); s. auch S. 12 und Grundlagen (Fn. 2), S. 43 f.

²² Im Sinne der unentziehbaren Aktionärsrechte.

²³ Entwicklungen (Fn. 4), S. 55.

Kleins bekanntes Stichwort vom Rechtsstreit als einem Fall sozialer Not²⁴, von ihm als einem Riss im Gemeinwesen, als Verletzung des Gemeinwohls. Hierher gehört dann auch die soziale Funktion des Prozesses in ihrer politisch-wertenden Bedeutung, gehört das Postulat des Prozesses als staatlicher Wohlfahrtseinrichtung. Der Prozess wechselt sozusagen seinen Dienstherrn, an die Stelle der *iustitia commutativa* tritt die *iustitia distributiva*. Und wenn Klein von den sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften handelt, dann analysierte er unter anderem die kredit-, finanz- und steuerpolitischen Interessen des Staats am Wohlergehen besonders der Kapitalgesellschaften²⁵. Das Soziale in diesem vierten Sinne ist dann aber nicht auf bestimmte Bereiche beschränkt, sondern erfasst die ganze Rechtsordnung; dem Recht wird heute ein sozialer Zweck unterlegt, führte Klein aus²⁶, es soll „zweckmäßiger werden, das Seinige zu Wohlfahrt und Glück, zur Erfüllung des sozialen Ideales unserer Zeit beitragen“. Neben dem dritten ist es dieses vierte Bedeutungsfeld, dem im Übrigen die Wortverbindungen sozial-politisch und sozial-ethisch angehören.

3. Zivilprozessreform: Neuordnung der Aufgaben und Befugnisse von Richter und Parteien

Wenn wir im Folgenden versuchen, einzelne Rechtsgebiete ins Auge zu fassen, und mit dem Zivilprozess beginnen, dann hatte sich Franz Klein, um das selbstgewählte Ziel eines sozialen Prozesses zu erreichen, als das hauptsächliche Mittel hierfür die Neuverteilung der Aufgaben und Befugnisse zwischen dem Richter und den Parteien vorgenommen. Die Neuverteilung galt zwar nicht der Festlegung des Streitprogramms, die nach wie vor den Parteien vorbehalten blieb, wohl aber der Ausgestaltung des Verfahrens, der Instruktion des Prozesses, wie man damals üblicherweise formulierte. Das ist oft und eingehend geschildert worden und braucht nicht wiederholt zu werden. Auf ein Stück der Argumentation Kleins in der Begründung der Neukonzeption des Verfahrens sei aber kurz eingegangen. Klein hatte den französischen Prozess als vorbildlich für seine Reformvorstellungen hingestellt. Während die deutsche ZPO von 1877 die Mitwirkung des Richters am Prozessgeschehen besonders proklamierte, die Mittel ihrer Ausübung auf ängstliche Weise erschöpfend („taxativ“) aufzähle und zugleich dem Richter die Achtung vor der Parteiendisposition durchgängig anbefehle, sei von alledem im französischen Recht wenig zu spüren. Vielmehr sei hier, und zwar

²⁴ Zeit- und Geistesströmungen (Fn. 20), S. 17.

²⁵ Grundlagen (Fn. 2), S. 39f.

²⁶ Reden (Fn. 1), S. 413.

besonders auch im ordentlichen Verfahren (vor den *tribunaux de droit commun*), die freie Instruktionstätigkeit des Richters – auch ohne ausdrückliche Normierung – vorgesehen und gesichert gewesen²⁷. Diese Feststellung muss aber in ihrer Allgemeinheit auf Zweifel stoßen. Zunächst sei daran erinnert, dass die *instruction* des Prozesses, das heißt die Summe der Prozesshandlungen vor Erlass des Endurteils, ihrem Grundrhythmus gemäß aus zwei gleichgewichtigen Stadien bestand, nämlich dem Stadium des Schriftwechsels zwischen den *avoués* der Parteien ohne jede Kenntnis hiervon, geschweige denn Mitwirkung des Richters, und dem Stadium der *audience*, der mündlichen Verhandlung. Mit der ausgeprägten Schriftlichkeit des ersten Stadiums des Verfahrens steht die Beobachtung im Einklang, dass sich die Lehre von den Prozesshandlungen (*actes de procédure*) im Wesentlichen in einer Lehre von der Einhaltung der der Nichtigkeitssanktion ausgesetzten Förmlichkeiten bei Vollzug der *actes* erschöpfte. Aber auch im zweiten Stadium, dem der *audience*, war nicht viel von einer umfassend freien richterlichen Verfahrensleitung zu bemerken, die Beweiserhebung eingeschlossen. Im *Code de procédure civile* (C. pr. civ.) fanden sich die entsprechenden Befugnisse des Richters im Einzelnen aufgezählt²⁸: eine Vorgehensweise, die Klein der deutschen ZPO von 1877 gerade vorgeworfen hatte. Und wenn prozessuale Nebengesetze wie die Dekrete vom 30. März 1808 und 2. Juli 1812 den Bewegungsraum des Richters erweitert hatten, so wurden doch die Möglichkeiten in der Praxis nicht häufig wahrgenommen²⁹. Als zum hundertjährigen Bestehen des C. pr. civ. die bekannte Kritik A. Tissier's am französischen Zivilverfahrensrecht erschien, wurde der Richter als eine Person bezeichnet, die am Verfahren teilnimmt, es aber gerade nicht leitet:

„Dans notre système français“, so führte Tissier aus, „le juge a un rôle presque toujours passif, soit pour la marche de la procédure, soit pour la réunion des moyens de preuve. Il laisse les plaideurs prendre l'initiative: il assiste impassible à leur lutte jusque'au moment où il prononce sa sentence.“³⁰

So überrascht es dann nicht, dass – sozusagen umgekehrt – Franz Kleins österreichische ZPO als Vorbild für eine Reform des französischen Prozesses hingestellt wurde. Noch Jahrzehnte später, als französische Prozessualisten begannen, sich in Form von *principes directeurs*³¹ mit Prozessmaximen zu

²⁷ Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilproceßreform in Oesterreich, 1891, S. 24–27.

²⁸ Art. 119, 254, 295, 302 *Code de procédure civile*, Art. 1366 *Code civil*.

²⁹ Siehe statt aller R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, 1932, n° 425 (2. Aufl. 1949, S. 344 f.).

³⁰ A. Tissier, *Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme*, *Revue trimestrielle de droit civil* 5 (1906), 625 (647).

³¹ Zuerst wohl Morel (Fn. 29), vor n° 424.

befassen, und neben dem *principe du contradictoire* das *principe dispositiv* entwickelten³², wurde hierzu die Regel gerechnet, dass es den Parteien anheimgestellt bleibt, das Verfahren nicht nur in Gang zu setzen, sondern auch in Gang zu halten, also regelmäßig für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen (Parteibetrieb im verfahrensrechtlichen Sinn), ferner dass der Richter seine Entscheidung in der Regel auf die *allegata et probata partium* zu stützen hat³³.

Noch ein zweiter Punkt sei im Zusammenhang mit der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Richter und Parteien angesprochen. In seinem bekannten Vortrag mit dem sprechenden Titel „Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse“ hatte sich Klein zu manchen emphatischen Sätzen hinreißen lassen; die Beurteilung der Wahrheit im Prozess würde zu jeder Zeit den „Abglanz der höchsten Stufe des Geisteslebens eines Volkes“ darstellen, und zu beobachten seien nahe Beziehungen des Prozesses „mit dem Sublimsten und Edelsten jeder Periode“³⁴. Mit den Strömungen der eigenen Zeit verknüpfte Klein nun auch die anvisierte Neuverteilung der prozessualen Aufgaben. Parallelen wurden gezogen³⁵ zu den wachsenden legislativen Einschränkungen der Vertrags- und Eigentumsfreiheit und zum zunehmenden wirtschafts- und sozialpolitischen Interventionismus des Staats; hierin bekunde sich eine neue Staatsauffassung, der sich auch der Prozess nicht entziehen könne, sodass der in ihm gewährte Rechtsschutz als staatliche Hilfe aufzufassen und auszugestalten sei. Die Parallelen führte Klein offensichtlich als Rechtfertigung seiner Konzeption der Neuverteilung an; dadurch erhob er die Entwicklungen von Staat, Wirtschaft, Recht, erhob er die Geschichte nun doch zum Legitimationsfaktor. Wie dem immer sei, es ist in den Vorstellungen Kleins eine Spannung, ein latenter Widerspruch zu spüren. Denn wenn der Prozess, wie wiederholt betont wurde, nichts anderes als eine Zweckeinrichtung darstellt – im Dienste der Wahrheitsfindung mit dem Ziel des richtigen Urteils auf effiziente Weise gehandhabt, das heißt die Trias von einfach, rasch und billig erfüllend –, wenn also auf einen Zweck gerichtet, dann wäre dieser Zweck in jeder Umgebung zu verfolgen und zu erreichen, welche Gestalt auch immer ein Gesellschafts-, Wirtschafts-, Staatssystem annehmen würde; um es am Wirtschaftssystem zu exemplifizieren, würde die Zweckgerichtetheit des Prozesses die Dinge bestimmen, unabhängig davon, ob es sich um eine freie Marktwirtschaft oder eine organisiert-korporatistische Wirtschaft

³² Siehe *H. Vizios*, *Etudes de procédure*, 1956, n° 230, 233 (S. 441 ff.).

³³ Zweifel an der Einschätzung Kleins des französischen Zivilprozesses äußert auch *C. H. van Rhee*, in: *European Traditions in Civil Procedure*, hrsg. von demselben, 2005, S. 191.

³⁴ *Zeit- und Geistesströmungen* (Fn. 20), S. 16 bzw. 34.

³⁵ *Zeit- und Geistesströmungen* (Fn. 20), S. 35 f.

oder eine staatlich gelenkte Wirtschaft handelt (immer natürlich vorausgesetzt, dass die Maßstäbe der Rechtsstaatlichkeit oder *rule of law* eingehalten werden). Zweckgerichtetes Recht, so kann man sagen, abstrahiert von seiner Umgebung oder es fällt mit ihr eins zu eins zusammen.

4. Gesellschaftsrecht: Ausbalancierung der Interessengegensätze innerhalb der Aktiengesellschaft

Auch im Gesellschaftsrecht und hier besonders zur Aktiengesellschaft betreten wir kein Neuland, wenn wir uns den Überlegungen Franz Kleins zuwenden. Um mit den bildenden Kräften des Rechts der AG zu beginnen, so hat Klein eine Unterscheidung, wie er es nannte, zwischen der „unteren“ und der „oberen“ Schicht der Rechtsbildung getroffen³⁶. Zur ersteren würden als wirtschaftliche Grundlagen das Kapital, die Leitung des Unternehmens sowie die Stellung des Unternehmens im geschäftlichen Verkehr gehören. Die obere Schicht würden nicht so sehr Wirtschaftsgedanken als vielmehr Gedanken über die Wirtschaft bilden, also wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Doktrinen und Theorien bis hin zur Wirtschaftsphilosophie im eigentlichen Sinn – der aber Klein nichts abgewinnen konnte³⁷ – ; hiermit verflochten wären dann sozialpolitische, sozialetische usw. Vorstellungen, und Einflüsse würden von Klasseninteressen, Lebenserfahrungen und anderem mehr ausgehen. Hier machten sich Kleins Betrachtungen über den Zusammenhang der Rechtsbildung mit dem Umfeld und den Verhältnissen des Ganzen bemerkbar, von denen wir oben gesprochen haben.

Es ist unschwer zu sehen, dass im Lichte von gestaltenden Kräften solcher Art und solcher Vielfalt das Aktienrecht im Laufe der Jahrhunderte und bei den einzelnen Nationen unterschiedliche Gestaltungen erfahren hat und sich im ständigen Fluss befindet. Trotzdem lassen sich Konstanten beobachten, unentrinnbare Eigenheiten, die mehr oder weniger betont in jeder Phase der Entwicklung des Aktienrechts auftreten. So spricht Klein³⁸ von dem „ewigen Gegensatz“ im Inneren der AG zwischen dem Leiter des Unternehmens und den Geldgebern, also zwischen Persönlichkeit und Kapital; innerhalb des Kapitals zwischen dem unternehmerisch eingesetzten Groß- und dem rentnerisch disponierenden Kleinkapital; dann – von außen herangetragen – der Gegensatz zwischen der gesamtwirtschaftlich begrüßten ungehinderten Entfaltung des Unternehmungsgeistes und der gleichheitsgedanklich oder sozialetisch motivierten Beschränkung desselben durch Maßnahmen zu-

³⁶ Grundlagen (Fn. 2), S. 26 f., 55 f., 59, 83.

³⁷ Grundlagen (Fn. 2), S. 38.

³⁸ Entwicklungen (Fn. 4), S. 11, 54–56.

gunsten der Minderheits- und Kleinaktionäre (der Arbeitnehmer oder andere *stakeholders* waren hier noch nicht in den Blick geraten). Die Gegensätze spiegeln sich zudem in der Interessenlage des der AG gegenüberstehenden Staates³⁹: als Rechtsstaat schützt und wacht er über das Vermögen des Aktionärs, als Volkswirtschafts- und Finanzstaat liegt ihm an der höchstmöglichen Ausschöpfung des in der AG liegenden Potentials. Die Gegensätze können auch aus dem Zwiespalt von Macht und Recht verstanden werden; mit einem wachen, aber auch pessimistischen Blick hat Klein das Machtproblem in der AG für normativ unlösbar erklärt⁴⁰. Das Phänomen des Auseinanderklaffens von Norm und Wirklichkeit hat er dann auch in die Wendung des unaufhörlichen Kampfes um die Wahrheit der Form gekleidet, des Kampfes zwischen Schein und Wirklichkeit, in welchem „der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft eine so undankbare und aussichtslose Rolle zufällt“⁴¹.

Wenn wir soeben vom Gegenüber von AG und Staat gesprochen haben, dann ist dies auch noch in einem anderen Sinn zu verstehen. Klein hat politische und staatsverfassungsrechtliche Begriffe ohne weiteres auf die AG übertragen. Hierbei handelte es sich nicht um bloßes Sprachspiel in Bildern (Metaphern pflegt man bekanntlich höchstens ein- oder zweimal einzusetzen), vielmehr waren die Parallelen substantiell gemeint, sie geraten dadurch aber bei näherem Hinsehen bisweilen ins schiefe Licht. Wir bringen einige Beispiele. Die großen Handelsgesellschaften des 17. und 18. Jahrhunderts, Vorformen der modernen AG, waren von Ungleichheit in der Verteilung der Mitgliederrechte geprägt; der politische Gleichheitsgedanke sei dann wie in die Verfassungen des Staats so auch in die der AG eingedrungen, sodass deren Mitgliederrechte heute dem Grundsatz nach gleichbemessen und gleichgerichtet sind⁴². Der Staat habe wirtschaftliche Vereinigungen wie die AG seit eh und je unter seiner Obhut gehalten, zunächst vermittels des Privilegs, dann der Konzession, schließlich des Gesellschaftsrechts; die staatliche Obhut zu wahren und zu sichern, sei heute die Mission des Gesellschaftsrechts, wie sich Klein ausdrückte, „gegenüber den zu Staatsbürgern gewordenen Untertanen“⁴³. An anderer Stelle wird die Entwicklung der AG über die Jahrhunderte hinweg mit Blick auf den modernen Aktionärsschutz in den Satz gekleidet, die AG sei sozusagen „aus der absolutistischen Tonart in die des sozialen Verfassungsstaates transponiert worden“⁴⁴. Der Gesetzgeber habe vielerorts seine Aufgabe erfüllt, eine den modernen politischen An-

³⁹ Entwicklungen (Fn. 4), S. 59.

⁴⁰ Beispielsweise in Entwicklungen (Fn. 4), S. 55 f., und in Grundlagen (Fn. 2), S. 21.

⁴¹ Entwicklungen (Fn. 4), S. 55 f. bzw. S. 3 f.; s. auch Grundlagen (Fn. 2), S. 87 f.

⁴² Entwicklungen (Fn. 4), S. 7 f.

⁴³ Grundlagen (Fn. 2), S. 54.

⁴⁴ Grundlagen (Fn. 2), S. 20.

schauungen entsprechende Gesellschaftsverfassung zu schaffen (selbst wenn wirtschaftlich alles beim Alten blieb)⁴⁵. Dann aber wäre es Sache des Kleinkapitals und der Minderheit, gegenüber dem Großaktionär die Rolle der parlamentarischen Opposition zu übernehmen: was jedoch nicht erfolgt und nicht gelingt; Enttäuschung hätte sich breit gemacht in der AG wie in den konstitutionellen Einrichtungen der Staatsverfassung, und Klein erblickte hierin nicht nur Parallelen, sondern vermutete sogar ursächliche Zusammenhänge⁴⁶. Wenn er aber auf diese Weise das dem Staat und seiner Verfassung Eigene in die AG hineinträgt, dann stehen sich beide Figuren oder Organisationen auf Augenhöhe gegenüber; das Private und das Staatlich-Öffentliche beginnen sich zu vermengen und – den Topos von der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft aufgreifend – die Linien werden unscharf und die Fundamente sind nur noch schwer zu erkennen.

Unser Autor wäre sich nicht treu geblieben, hätte er es unterlassen, über die Zukunft der AG nachzudenken. Viel versprach er sich von einer Ausdifferenzierung des bisher einheitlichen Aktienrechts nach Maßgabe der Stellung im Marktgeschehen oder gemäß der Kapitalstruktur der Gesellschaft⁴⁷. Erwogen wird dann für die „große“ AG die Ersetzung der Generalversammlung durch ein Komitee von Delegierten, also die Einführung (wieder eine Anleihe aus dem Staatsrecht) des Repräsentativsystems, doch wird der Gedanke alsbald verworfen, würde doch das organisierte Kapital die freien Kapitalien wiederum majorisieren⁴⁸. So bleibt nur ein radikaler Schnitt – man könnte auch sagen: Resignation – in Form der der Realität entsprechenden Anerkennung der Funktion des außenstehend-freien Aktionärs als Kreditgeber an das organisiert-herrschende Kapital⁴⁹; in der Sprache der Zeit tritt der Obligationär an die Stelle des Aktionärs, in heutiger Sprache *exit* an die Stelle von *vote*. Und um nochmals Begriffe aus der Sphäre des Staats, diesmal der Staatsformenlehre zu bemühen: Im Dilemma von Aktionärsschutz und gesamtwirtschaftlich unverzichtbarem unternehmerischen Handeln ist letzterem das Feld zu überlassen; nicht die Demokratie, sondern Aristokratie oder sogar Monarchie sollten daher, wie Klein betont, die Verfassung der AG formen und gestalten⁵⁰.

⁴⁵ Grundlagen (Fn. 2), S. 49.

⁴⁶ Entwicklungen (Fn. 4), S. 55.

⁴⁷ Entwicklungen (Fn. 4), S. 60 f., Grundlagen (Fn. 2), S. 84 f.

⁴⁸ Grundlagen (Fn. 2), S. 86 f.

⁴⁹ Grundlagen (Fn. 2), S. 85; hiermit verknüpft strenge Verantwortlichkeit der Organe der Gesellschaft und – zu erwägen – Mithaftung der herrschenden Kapitalgruppe [s. auch Entwicklungen (Fn. 4), S. 46].

⁵⁰ Entwicklungen (Fn. 4), S. 64; Grundlagen (Fn. 2), S. 85.