

Mitbestimmung zwischen Legitimationslast und Modernisierungsdruck

I. Zweck und Rechtfertigung der Mitbestimmung	1
1. Mitbestimmungsfrage – neu gestellt.....	1
2. Verständnisswandel im kollektiven Arbeitsrecht	4
3. Zweckfindung der Mitbestimmung über die Partizipation hinaus?.....	6
a. Unternehmensmitbestimmung und Demokratisierung	6
b. Ablösung der Privatautonomie durch Sozialautonomie?	9
c. Keine Gemeinwohlfunktion	11
d. Keine Unternehmensnützigkeit	12
e. Zwischenergebnis	12
II. Folgerungen aus der Beschränkung auf Partizipation	13
1. Unterschiedliche Partizipationsformen	13
a. Weiter und enger Teilhabebegriff	13
b. Vertragsrechtliche Teilhabe	13
c. „kollektive“ Teilhabe und Ausgleichsfunktion	14
d. Mitbestimmung und „kollektives“ Vertragsprinzip.....	14
2. Verhältnis zur betrieblichen Mitbestimmung	15
3. Generalklausel oder enumerative Einzelzuständigkeit.....	16
4. Mitbestimmung und Interessenkollision	16
5. Funktionsfähigkeit der Arbeitgeberseite	17
a. Aufsichtsfunktion des Aufsichtsrates	17
b. Mitbestimmung und Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite.....	18
6. Mitbestimmung und materielle Partizipation	19
III. Regelungsoptionen	19
1. Modifizierender Erhalt des MitbestG	19
a. Drittelbeteiligung für alle?	19
b. Funktionale Beschränkung der Zuständigkeit?	19
c. Unternehmensbezogene Arbeitnehmerrepräsentation	20
d. Urabstimmung.....	21
e. „Ausgliederung“ der Arbeitnehmerbank in einen Konsultationsrat	21
f. Professionalisierung.....	21
2. Überführung der Unternehmensmitbestimmung in die betriebliche	22
3. Notwendig: Abschied von der Territorialität und der Rechtsformenabhängigkeit.....	22
4. Evolution und Differenzierung durch Vereinbarungslösungen	23
5. Ausblick: Wettbewerb statt Besitzstandswahrung	24

I. Zweck und Rechtfertigung der Mitbestimmung

1. Mitbestimmungsfrage – neu gestellt

Mitbestimmung in Deutschland ist Teil eines tradierten Systems der konfliktbewältigenden Entscheidungsfindung – und „nebenbei“ der Organisation kollektiver Arbeitnehmermacht. Die Konfliktparteien sind aneinander gewöhnt und bescheinigen sich wechselseitig, daß die Mitbestimmung funktioniert und dies gut: Produktivitäts- und Innovationsförderer, Wahrer des sozialen Friedens, Frühwarnsystem, demokratische Ordnung, gar „ökonomische Ressource“ lauten die Attribute. Das hat Tradition: von Anfang an wurde versucht, der Mitbestimmung durch das Attribut „demokratisch“ ideologische Kritikimmunität zu verschaffen und sie über die stets behauptete und nicht belegte Integrations- und Stabilisierungswirkung der Mitbestimmung auch faktisch unangreifbar zu machen.¹

¹ Dazu eindrucksvoll *Scheuch*, Der „Demokratieprozeß“ als gesamtgesellschaftliches Phänomen, in: *Utz/Streithofen* (Hg), Demokratie und Mitbestimmung (1970) S. 75 ff, 76 f, 91.

Das klingt heute noch an, wenn Angriffe auf die Unternehmensmitbestimmung damit pariert werden, daß deren Abschaffung den sozialen Frieden gefährde.²

In Deutschland ist wissenschaftliche Kritik an der Mitbestimmung seit der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 1979 weithin verstummt. Der Druck auf die Mitbestimmung kommt von außen – ausgelöst durch den internationalen Wettbewerb auch der Rechtsordnungen: Deutsche Unternehmen könnten ins Ausland abwandern oder gar durch „Scheinauslandsgesellschaften“ mit Verwaltungssitz im Inland mitbestimmungsfrei unterlaufen werden. Gewerkschaftskritik gibt es daran, daß die Mitbestimmung nicht ausgeweitet wird, etwa auf unternehmerische Entscheidungen über Standorte.³

Tradition, soziales Arrangement und Selbstzufriedenheit kraft Autosuggestion (wie in einer alten unglücklichen Ehe) sind keine ausreichende Grundlage einer Systembildung für die Mitbestimmung. Die Verantwortung für das System der Mitbestimmung liegt beim Staat, der die Mitbestimmung als zwingendes System vorschreibt: Er muß sich vergewissern, ob die Mitbestimmung in ihrer derzeitigen Form (noch) zeitgemäß ist. Er muß dabei auch den kritischen Zustand des Arbeitsmarktes berücksichtigen. Der Wissenschaftler muß radikaler fragen: Ist die Mitbestimmung noch zu retten oder ist schöpferische Zerstörung im Schumpeterschen Sinn angebracht.

Die **Verfassungsfrage** ist geklärt: Mitbestimmung ist verfassungsrechtlich nicht geboten; weil es kein Grundrecht auf Mitbestimmung gibt.⁴

Sie ist aber auch nicht verboten. Eine Exegese mit Blick auf die im Mitbestimmungsurteil geforderte Prognoseüberprüfung lohnt nicht: Verfassungswidrig ist, was das BVerfG dafür hält. Das zeigte sich an der Mannesmann-Entscheidung, die nur den Mitbestimmungs-Besitzstand kontrolliert hat, nicht aber die Montanmitbestimmung selbst.⁵

² Dazu *Badura*, Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976, 275, 281 ff; *Rüthers*, Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, 546, 547; *Schupp*, Mitbestimmungsbeibehaltung bei Veränderung der Unternehmensstruktur (2001) S. 92 f.

³ Über die Frage, weshalb Kritik an der Mitbestimmung in Deutschland selten geworden ist, läßt sich trefflich raisonnieren: Ein Grund liegt darin, daß die Befürworter der Mitbestimmung die Diskussion an sich gezogen haben – insbesondere durch das „Forum Mitbestimmung“ als Gemeinschaftsveranstaltung von Böckler- und Bertelsmannstiftung. Zudem habe ich den persönlichen Eindruck, daß Mitbestimmungskritik durch Entscheidungsträger in Unternehmen gelegentlich durch Sanktion qua Mitbestimmung „abgestraft“ wird. Bei Veranstaltungen äußern sich Unternehmensverantwortliche kritisch erst, wenn kein Betriebsratsmitglied mehr in Sicht ist. Schließlich: Gegenüber Arbeitsmarktkollektiven hat es der nichtorganisierte Individualist schwer.

⁴ *Kisker*, Ein Grundrecht auf Teilhabe an Herrschaft?, in: FS Geiger (1989), S. 243, 245 ff. Der Bundesverfassungsrichter *Simon*, der an der Mitbestimmungsentscheidung beteiligt gewesen ist, spricht feinsinnig davon, daß die Mitbestimmung nicht abgeschafft werden dürfe, weil das unvereinbar mit der gesellschafts- und verfassungspolitischen Bedeutung sei: Vor 25 Jahren - Bundesverfassungsgericht stärkt Mitbestimmung, Mitbestimmung 2004, Heft 4, 55, 57.

⁵ BVerfG vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367 = EzA § 3 MitbestErgG Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 3 MitbestimmungsErgänzungsG = NZA 1999, 435 ff.

Globalisierung und Wettbewerb bedeuten verfassungsrechtlich kein zusätzliches Fragezeichen, sondern mindern die mit der Mitbestimmung verbundene Belastung der Unternehmerfreiheit, gerade weil der Unternehmer der Mitbestimmung leichter ausweichen kann. Allenfalls kann sich die Gleichbehandlungsfrage mit Blick auf Rechtsformabhängigkeit und Territorialität hinsichtlich der Ausgestaltung der Mitbestimmung stellen. In der jüngsten – mitbestimmungsrechtlich bislang nicht rezipierten – Entscheidung des BVerfG vom 5.12.2002 (BVerfGE 107, 59) hat das Gericht ausdrücklich die Arbeitnehmermitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungsverbänden gebilligt – solange nur der Selbstverwaltungsträger den maßgeblichen Einfluß behält:⁶

„Die Mitbestimmung von Arbeitnehmern in der Selbstverwaltung ist grundsätzlich vereinbar mit dem im demokratischen Prinzip wurzelnden Grundgedanken der Beteiligung Betroffener bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Die in der Selbstverwaltungseinrichtung tätigen Arbeitnehmer sind zwar nicht unmittelbar verantwortlich für die Erfüllung der Aufgaben Aber sie wirken kraft ihres Beschäftigungsverhältnisses an der Aufgabenerfüllung der funktionalen Selbstverwaltung mittelbar mit. Gerechtfertigt ist deshalb jedenfalls die eingeschränkte Beteiligung der Arbeitnehmer zur Wahrung ihrer Belange und zur Mitgestaltung ihrer Arbeitsbedingungen (vgl. BVerfGE 93, 37 <69>). Es kann aber im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung zulässig sein, zur Steigerung ihrer Wirksamkeit Arbeitnehmervertreter in Leitungsorgane der jeweiligen Körperschaft zu berufen und ihnen sowie auch externen Vertretern die Beteiligung an der allgemeinen Aufgabenerfüllung zu eröffnen. Eine Beteiligung Nichtbetroffener kann durch eine angestrebte Steigerung der Wirksamkeit der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung gerechtfertigt sein.“

Davon abgesehen weicht die Verlagerung der Diskussion ins Verfassungsrecht der entscheidenden Frage aus: Ist deutsche Mitbestimmung systemgerecht – insbesondere in ordnungspolitischer Sicht?

Die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Voraussetzungen, **5** unter denen die Unternehmensmitbestimmung 1976 normiert worden ist, haben sich verändert. Das Mitbestimmungskonzept ist ein spezifisch deutsches Modell, ausgerichtet an deutschen Unternehmen auf einem deutschen und abgeschotteten Markt. Diese Mitbestimmung folgt einem bürokratischen Unternehmensführungsmodell, das den Arbeitnehmer zwar als mitdenkenden Mitarbeiter sieht, ihn aber in streng geordnete Hierarchien mit weithin starren Regeln qua Delegation einbindet. Deutsche Mitbestimmung ist so modern wie das Harzburger Modell.⁷

Während Unternehmen ihre Organisation ständig wandeln, den **6** Anforderungen des Marktes und der Unternehmensführung anpassen, ist die Mitbestimmung nach wie vor auf eine starre Organisationsform ausgerichtet. Flexibilisierungswünsche sind zuerst in der betrieblichen Mitbestimmung angekommen: Vor allem für den Europäischen Betriebsrat mit seinen Vereinbarungslösungen und für den deutschen Betriebsrat mit den Betriebsstrukturtarifverträgen nach § 3 BetrVG. Die

⁶ BVerfG vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 – BVerfGE 107, 59, 98 = DVBl 2003, 923 = JZ 2003, 1057.

⁷ *Oechsler*, Globales Management und lokale Mitbestimmung – Hat das deutsche Regelungssystem eine Zukunft im internationalen Wettbewerb?, in: FS Wächter (1999), S. 29 ff.

Unternehmensmitbestimmung ereilt solches bislang nur mit Blick auf die besitzstandsorientierte Vereinbarungslösung in der europäischen Aktiengesellschaft und nach der Fusionsrichtlinie.

Hauptkritikpunkte sind die starre Anbindung an bestimmte Rechtsformen (deutsche Kapitalgesellschaften), an den Sitz in Deutschland und vor allem die Beschränkung auf die Arbeitnehmer, die in Deutschland beschäftigt sind. Rechtsform- und Sitzlandabhängigkeit sind entscheidend von der europäischen Rechtsentwicklung betroffen. Die **Territorialität der Mitbestimmung** führt auf Unternehmens- und Konzernebene dazu, daß die Mitbestimmung auf die Belegschaft in Deutschland beschränkt ist, daß aber Arbeitnehmer in unselbständigen Niederlassungen und in Tochterunternehmen außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs der Mitbestimmungsordnungen ausgeschlossen sind.⁸

Hier wird Mitbestimmung von Rechts wegen zur legitimationslosen Fremdbestimmung. Deutlich sichtbar wird das, wenn nurmehr 20% einer Unternehmensbelegschaft in Deutschland sitzen. Mit welchem Recht lenkt diese Teilbelegschaft die Unternehmensentscheidungen, die alle Arbeitnehmer des Unternehmens betreffen? Ist das „demokratisch“? Werden dann nicht Arbeitnehmer im Ausland von denen in Deutschland „ausgebeutet“, weil Quersubventionen zugunsten des Hochlohnstandortes durchgesetzt werden? Abhilfe schafft weder die derzeitige Gnadenwahl fremder Gewerkschaftsvertreter, noch ein passives Wahlrecht ausländischer Unternehmensangehöriger. Abhilfe schüfe allein ein grenzüberschreitendes unternehmensweites passives und aktives Wahlrecht aller Beschäftigten. Eine deutsche Mitbestimmungsordnung unter dem Territorialitätsprinzip verfehlt sowohl den Teilhabezweck, als auch das demokratische Ideal. Die Unternehmensmitbestimmung ist von ihrer Zielsetzung her notwendig unternehmensweit zu verstehen. Eine Repräsentation nationaler Teilbelegschaften verfehlt diesen Zweck.

2. Verständniswandel im kollektiven Arbeitsrecht

Geändert hat sich aber auch der **normative Rahmen des kollektiven Arbeitsrechtes**: Im Tarifvertragsrecht hat eine – entscheidende – Kehrtwende zur Einbettung in die Privatautonomie stattgefunden: Die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag erfolgt nicht im Staatsauftrag „von oben“, sondern kraft privatautonomes Mandates „von unten“ (*Picker, Richardi*). Sie hat nichts mit quasi-demokratischer sozialer Selbstverwaltung der Berufsstände zu tun. Der Tarifvertrag hat keine Ordnungsfunktion mehr.⁹

⁸ *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Auflage (1975) S. 80 f; *Raiser*, Mitbestimmungsgesetz, 4. Auflage (2002), § 1 Rn 13; *Bellstedt*, Der territoriale Geltungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, BB 1977, 1326 ff; *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (1996) S. 144 ff; *Lutter*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 1977, S. 195, 200, 205 ff.

⁹ *Richardi*, Welche Folgen hätte eine Aufhebung des Tarifvorbehalts (§ 77 III BetrVG)?, NZA 2000, 617, 617 f; *Picker*, Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie, NZA 2002, 761, 768 f.

Im Betriebsverfassungsrecht sind dem Umschwung vom öffentlichen zum Privatrecht eine ganze Reihe von Untersuchungen gefolgt, die eine Konzentration auf den arbeitnehmernützigen und -schützenden Teilhabegedanken zur Folge hatte.¹⁰

Die konstitutionelle Fabrik als Analogon zur Staatsverfassung hat ausgedient. Eine arbeitsvertragsorientierte Sichtweise gewinnt an Boden: Die Mitbestimmung zielt auf die Ausfüllung und Umgestaltung der vom Arbeitsvertrag geprägten Arbeitsbedingungen. Mitbestimmung ist also vertragsrechtsakzessorisch. Das neue daran: Auch die betriebliche Mitbestimmung wird jetzt „von unten“, also aus Sicht des einzelnen Arbeitnehmers gesehen. Dementsprechend fehlt auch der betrieblichen Mitbestimmung die Ordnungsfunktion, weil sie auch hier ein Aspekt unzulässiger Herrschaft von oben wäre. Das Betriebsratsamt ist kein Herrschaftsamt.¹¹

Also: Weder die betriebliche noch die Unternehmensmitbestimmung sind eine vom Staat organisierte „funktionale Selbstverwaltung“ in einer Zwangskörperschaft Betrieb oder Unternehmen. Vielmehr **wirkt die Mitbestimmung auf die vertraglichen und wirtschaftlichen Entscheidungsrechte des Arbeitgebers ein und aktualisiert dort ein privatrechtliches Rücksichtnahmegebot.**¹²

Zugleich ist aber erkannt, daß die betrieblich-kollektive Mitbestimmung **keine individuelle Freiheitsgewährleistung** sein kann: Die Teilhabe des Einzelnen beschränkt sich auf seinen aktiven Wahlakt. Der Arbeitnehmer ist dem freiheitsbeschränkenden Zugriff der Mitbestimmung auf seinen Arbeitsvertrag ausgeliefert. Individualautonomie kann durch die betriebliche Sozialautonomie nicht funktionsgleich ersetzt werden. Das ist besonders deutlich geworden an der Ablehnung der Vorschläge von *Reuter*, der die „praktisch vertragsunfähigen Arbeitnehmer“ durch **Zwangsaggregation ihrer Vertragskompetenzen** der Obhut des Betriebsrats überlassen und damit als „Marktbürger“ entmündigen wollte. Mitbestimmung

¹⁰ *Wiese*, Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: FS Kissel (1994), S. 1269, 1278 ff; *derselbe*, Schutz und Teilhabe als Zwecke notwendiger Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten und deren Rangverhältnis, ZfA 2000, 117. Ferner Hans *Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (1994) S. 75, 77, 102 ff.

¹¹ *Beuthien*, Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts, ZfA 1988, 1, 14; *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 436 ff; *derselbe*, Betriebsverfassung ohne „Betrieb“? Zur Strukturreform des Betriebsverfassungsgesetzes aus privatrechtsdogmatischer Sicht, NZA 1999, 561, 562 f; kritisch *Hänlein*, Die Legitimation betrieblicher Rechtssetzung, RdA 2003, 26, 30 ff. Speziell zur „demokratischen“ Mitbestimmung als Instrument zur Vermachtung: *Scheuch* (Fn 1), S. 92 ff.

¹² Gegenbeispiel für solche funktionale Selbstverwaltung ist der Heimarbeitsausschuß mit seiner hoheitlichen Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen unter tarifsimplifizierender Beteiligung der Verbände, dazu BVerfG vom 27.2.1973 -, 2 BvL 27/69 - BVerfGE 34, 307 ff = AP Nr. 7 zu § 19 HAG = NJW 1973, 1320 ff. Dessen Freiheitsfeindlichkeit zeigt sich am Ausschluß des autonomen Konfliktlösungsmittels des Arbeitskamps – statt dessen greift die Zwangsschlichtung.

kann also die Selbstbestimmung als Ziel der Teilhabe in ihr Gegenteil – die soziale Vormundschaft – verkehren.¹³

Das gilt für Mitbestimmung in unternehmerischen Fragen nicht minder, wenn man etwa an die existenzbedrohende Frage der Standortschließung denkt.

Kollektive Mitbestimmung kann den individuellen Freiheitsgrad **11** grundsätzlich nicht erhöhen. Denn das Individuum ist in die Entscheidung nicht einbezogen. Der Freiheitsgrad erhöht sich nur für das Kollektiv. Das Individuum kann durch die Mitbestimmung bestenfalls (und immerhin) Schutz und Geborgenheit vor belastenden Arbeitgeberentscheidungen erlangen. Daneben kann die Mitbestimmung einen – ihrerseits fremdbestimmten – Ausgleich unterschiedlicher Individualinteressen besorgen, mehr nicht.

Der Arbeitsvertrag seinerseits wurde entkollektiviert und auf die individuelle Vertragsautonomie zurückgeführt¹⁴: Der Arbeitsvertrag und nicht die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation konstituiert das Arbeitsverhältnis; dieses ist ein Austausch- und kein Gemeinschaftsverhältnis, das auf Zugehörigkeit zum Betrieb oder Unternehmen als Verband zielt.¹⁵ **12**

3. Zweckfindung der Mitbestimmung über die Partizipation hinaus?

a. Unternehmensmitbestimmung und Demokratisierung

Nur im Recht der Unternehmensmitbestimmung sind die **alten Ideologien** **13** noch unangetastet: Von Anfang an steht neben dem – richtigen und unbestrittenen – am einzelnen Arbeitnehmer orientierten Teilhabegedanken eine spezifische Gemeinwohlfunktion der Mitbestimmung mit drei Elementen:¹⁶

- Überwindung der Legitimationsdefizite des Kapitals, dessen Machtausübung überhaupt nur durch die Mitbestimmung als sozialer Legitimation erträglich wird.
- Demokratisierung der Wirtschaft, also Indienstnahme der „kapitalistischen Unternehmensorganisation“ zu Gemeinwohlzwecken – und: Umwidmung des Unternehmenszweckes von der Gewinnerzielung zur partiellen Gemeinnützigkeit.

¹³ Eingehend *Picker*, Richardi-Symposion (2003), S. 70 f; *Däubler*, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, NZA 1988, 857, 864; *Kissel*, Die aktuelle Situation im Arbeitsrecht, NZA 1994, 586, 589; *Reuter*, Das Verhältnis von Individualautonomie, Betriebsautonomie und Tarifautonomie, RdA 1991, 193, 195 ff; *derselbe*, Betriebsverfassung und Tarifvertrag, RdA 1994, 152, 157 ff.

¹⁴ Dazu jüngst *Annuß*, der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2004, 283; auch *Richardi*, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, 221.

¹⁵ Zu diesem Gedanken *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis (1966); *von Stebut*, Der arbeitsrechtliche Eingliederungsvertrag, in: FS Kissel (1994), S. 1135 ff; *Staudinger/Richardi* (1999) § 611 Rn 136 ff; *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd 1, 2. Auflage (1955) S. 140 ff; auch dazu GK-BetrVG Bd I/*Wiese*, 7. Auflage (2002), Einl Rn 70 ff; *derselbe*, ZfA 2000, 117 ff (Fn 10).

¹⁶ Hierzu *Junker*, Sechsuundsiebzig verweht - Die deutsche Mitbestimmung endet in Europa, NJW 2004, 728; *Badura* (Fn 2), RdA 1976, 275, 276 f.

- Rechtlich bedeutet das: Überlagerung und Überwindung der Privatautonomie durch eine spezifische Sozialautonomie, bei der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zur „funktionalen Selbstverwaltung“ berufen sind.

Diese zweite Linie wird so offensiv heute nur noch im gewerkschaftlichen Schrifttum vertreten; in der Rechtswissenschaft sind Forderungen nach einem Systemwechsel in Richtung Sozialautonomie zuletzt Anfang der 80er Jahre laut geworden. Auch das Forum Mitbestimmung spricht nunmehr vom Unternehmen als „sozialer Organisation“ und begreift die Mitbestimmung als ein diesem System entsprechendes Entscheidungsverfahren.

Mitbestimmung kann dem „Kapital“ keine Legitimation zur Unternehmensleitung geben – dessen Organisationsmacht fußt weniger auf Eigentum, als vielmehr auf Vertrag: auf dem Arbeitsvertrag, mit dem sich der einzelne Arbeitnehmer dem Arbeitgeber und seinem Direktionsrecht unterwirft. Wer soziale Legitimation wirtschaftlicher Macht fordert, dürfte schlechthin keine mitbestimmungsfreien Räume zulassen. Damit aber spräche er dem Arbeitnehmer das Individualrecht ab, ohne den Schutz durch Mitbestimmung zu arbeiten. Die Entmündigung der Arbeitgeberseite bedeutet also zugleich die Entmündigung der Arbeitnehmer.

Wirtschaftliche Macht wird durch andere Rechtskonzepte als die Mitbestimmung gebändigt:

- durch den entmachtenden Wettbewerb auf den Gütermärkten und die staatliche Kontrolle durch Kartellbehörden dort, wo der Wettbewerb versagt;
- durch das Gegenmachtprinzip des Art. 9 Abs. 3 GG, der die Verantwortung zur Gegenmachtbildung den Gewerkschaften zuweist – und im Falle des Gewerkschaftsversagens dem Staat nach dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen.

Mitbestimmung darf also gerade keine Gegenmacht erzeugen.

Böckenförde deckt die **Maßlosigkeit des demokratischen Anspruches** auf: Für die Verbände – und damit gerade auch für die Gewerkschaften, die sich selbst als demokratische Organisationen begreifen – zeigt er, daß ihnen die Legitimation für die Allgemeinheit und das Gemeinwohl gerade fehlt. Gruppeninterne Binnendemokratisierung kann unter diesem Blickwinkel stets nur eine „Schein-Legitimation“ erzeugen, weil diese Beteiligung gruppenintern, funktions- und interessenbezogen – kurz: gruppenegoistisch – bleibt. Binnendemokratie stärkt mithin sinnvoll die Individualrechte „von unten“, schafft aber niemals ein demokratisch legitimes Herrschaftsrecht gegenüber Dritten oder gar ein allgemeinpolitisches Mandat. Sowenig Gewerkschaften also eine demokratische Legitimation gegenüber der Allgemeinheit

zukommt, so wenig ist die Entscheidungsorganisation der Mitbestimmung demokratisch legitimiert.¹⁷

Mitbestimmung kann demokratische Dignität auch nicht als **„funktionale Selbstverwaltung“** beanspruchen. Was für Kammern, Sozialversicherungsträger und Hochschulen gilt, gilt auch hier: Die Belegschaft eines Unternehmens oder Betriebes ist kein Teilvolk des Staatsvolkes, sondern eine interessenbestimmte Gruppe. Die staatliche Ermächtigung sorgt zwar für Legitimation, doch bleibt diese unter demokratischem Blickwinkel defizitär.¹⁸

Deutlich wird die Inkompatibilität von Mitbestimmung und Demokratieprinzip dort, wo die Mitbestimmung die staatlich-demokratische Autorität in Frage stellt: im öffentlichen Dienst. Den Versuchen, die staatlich-demokratische Verantwortung des Staates als Arbeitgeber durch die quasi-demokratische Mitbestimmung zu überwinden, hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein eine so eindeutige wie richtige Absage erteilt. Denn auch hier sind die Beschäftigten kein demokratisch legitimiertes „Teilvolk“, dem über die Mitbestimmung ein Sondereinfluß auf die Funktion der öffentlichen Verwaltung als Staatsgewalt eingeräumt werden könnte.¹⁹

Richtig ist zwar, daß die rechtliche Fundierung der Mitbestimmung im Räteartikel 165 der Weimarer Reichsverfassung einen staatsverfassungsrechtlichen Aspekt enthielt. Doch das Recht einer Partikulargruppe (etwa in einem Reichswirtschaftsrat oder einem Stabilitätsrat) qua Sonderrecht auf die staatliche Willensbildung einzuwirken, ist mit heutigem Demokratieverständnis nicht vereinbar.²⁰

Betriebsrat und Aufsichtsrat haben keine Herrschaftsrechte als „letzter Sowjet“.

Richtig ist nur, daß **Mitbestimmung und staatsverfassungsrechtliches Demokratieprinzip gemeinsam auf dem Teilhabegedanken beruhen** und sich insofern (!) nicht widersprechen. Das hat das BVerfG 2002 für die öffentlich-rechtliche funktionale Selbstverwaltung in wasserwirtschaftlichen Zwangsverbänden und die dortige Arbeitnehmermitbestimmung ausgesprochen:²¹

„Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt insofern das demokratische Prinzip. Sie kann als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden, soweit sie der Verwirklichung des übergeordneten Ziels der freien Selbstbestimmung aller (vgl. BVerfGE 44, 125 <142>; *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 356 f.)

¹⁷ *Böckenförde*, Demokratieprinzip als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage (2004) § 24 Rn 29 ff.

¹⁸ *Böckenförde* (Fn 17), Handbuch des Staatsrechts, § 24 Rn 33 f; weiter *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung (1993) insbesondere S. 425 ff.

¹⁹ BVerfG vom 24.5.1995 – 2 BvF 1/92 – BVerfGE 93, 37 = EzA Art. 28 GG Nr. 1 = DVBl 1995, 1291 = ZTR 1995, 566 = PersV 1995, 553.

²⁰ Dazu *Rupp*, Konzertierte Aktion und freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie, in: *Hopmann* (Hg), Konzertierte Aktion (1971), S. 1 ff; *Watrin*, Die Demokratisierung der Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Utz/Streithofen* (Hg), Demokratie und Mitbestimmung (1970) S. 124 ff zur Verstaatlichung der Gesellschaft.

²¹ BVerfG vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 – BVerfGE 107, 59, 92, (Fn 6).

dient. Demokratisches Prinzip und Selbstverwaltung stehen unter dem Grundgesetz nicht im Gegensatz zueinander. Sowohl das Demokratieprinzip in seiner traditionellen Ausprägung einer ununterbrochen auf das Volk zurückzuführenden Legitimationskette für alle Amtsträger als auch die funktionale Selbstverwaltung als organisierte Beteiligung der sachnahen Betroffenen an den sie berührenden Entscheidungen verwirklichen die sie verbindende Idee des sich selbst bestimmenden Menschen in einer freiheitlichen Ordnung (Art. 1 Abs. 1 GG; dazu auch *Maihofer*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, S. 490 ff.).“

Daraus folgert das Gericht, daß das Demokratieprinzip es erlaubt, **21** durch Gesetz – also durch einen Akt des vom Volk gewählten und daher klassisch demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers – **für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen** und daß hierbei ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen geschaffen werden darf. Gleichwohl bleibt sich das BVerfG bewußt, daß eine Arbeitnehmerbeteiligung stets **nur Partikularinteressen vertritt**, weswegen die umfassende Gemeinwohlverpflichtung des demokratisch legitimierten Staates nicht in Frage gestellt werden darf. Weder hat das BVerfG also die Mitbestimmung in den Rang des Demokratieprinzips erhoben, noch hat es die Mitbestimmung als solche der funktionalen Selbstverwaltung zugeordnet, weil diese öffentliche Aufgaben betrifft.²²

b. Ablösung der Privatautonomie durch Sozialautonomie?

Demokratisierung der Wirtschaft mündet in die Forderung nach Ablösung der Privatautonomie durch „**Sozialautonomie**“, wie sie Anfang der 80er Jahre diskutiert worden ist:²³

Betriebe und Unternehmen mutieren nach dieser Lehre zu Zwangsverbänden, denen der Staatsauftrag zur gesellschaftlichen Selbstverwaltung erteilt wird. An die Stelle der Legitimation durch selbstbestimmte private Bindung tritt die Legitimation durch staatlich vorgeschriebenes Verfahren. Anstelle der privatautonom-freiwilligen Selbstbindung tritt die demokratische Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit.²⁴

Bezeichnenderweise stützen sich Kritiker der Entscheidung zum **22** Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein auf die „Demokratie“ als Organisationsprinzip der verfaßten Gesellschaft – die sie dann gegen das staatsverfassungsrechtliche Demokratieprinzip ausspielen.²⁵

Dieser Ansatz zielt auf eine „**berufsständische Ordnung**“, wie **23** sie *von Nell-Breuning* nach dem Krieg vorgeschlagen hat und wie

²² BVerfG vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98 – BVerfGE 107, 59, 100 f. (Fn 6).

²³ *Brüggemeier*, „Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung“ – „Mischverfassungen des demokratischen Interventionskapitalismus“ – „Verfassungstheorie des Sozialstaats“. Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? – Eine Problemskizze, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Band 8 (1982), S. 60 ff.; *Eike Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, *JZ* 1980, 153 ff, insbesondere S. 159 ff.

²⁴ Mit Recht kritisch *Rittner*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, *AcP* 188 (1988), 101, 130 f.

²⁵ Vor allem *Rinken*, Demokratie und Hierarchie, *KritV* 1996, 282 ff, 294 ff.

sie das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil und in der Arbeiterkammer-Entscheidung verworfen hat.²⁶

Gerade *von Nell-Breuning* forderte die qua Mitbestimmung verfaßte Unternehmung, weil das Unternehmen ein „interessenpluralistisches Gebilde“ sei. Das aber ist eine Nachwehe seiner Urvorstellung von der verfaßten Gesellschaft – in der zum Behufe des Gemeinwohls die „menschliche Gesellschaft im Ganzen“ in Berufsständen und Leistungsgemeinschaften organisiert wird – mit der Folge, daß die Freiheit endet, weil auch in der Gesellschaft die Mehrheit über die Minderheit herrschen will. Demgegenüber bevorzugt die offene Bürgergesellschaft dasjenige „wilde Durcheinander“, in dem der Einzelne seine Angelegenheiten kraft Privatautonomie für sich selbst und nicht als Mitglied der Berufsgemeinschaft im Dienst des „Volksganzen“ regelt, und das *von Nell-Breuning* verschmähte.²⁷

Von Nell-Breuning hat gesehen, daß dieses Konzept sich mit einem von Koalitionen geprägten Arbeitsmarkt nicht verträgt und wollte die „gesellschaftlichen Großgruppen“ beseitigen, um sie durch eine vom Staat (!) organisierte Gliederung „der Gesellschaft“ in körperschaftlich verfaßte Selbstverwaltungseinheiten zu ersetzen.²⁸

Sozialautonomie heißt am Ende also Gleichschaltung der Verbände. So wird mit Hilfe sozialeuphorischer Allmachtphantasien die Koalitionsfreiheit beseitigt.

Das ist auch nur Konsequent: Wer soziale Probleme in der Gesellschaft durch eine mitbestimmte Kooperation aller Mitglieder und Gruppen in einem zentralen Entscheidungsprozeß lösen will, der muß die Freiheit der Einzelnen beschneiden und autonome Gruppenbildung verbieten.²⁹

Daß dieses Sozialautoniekonzept die Gewerkschaften nicht nur **24** in ihrer Existenz bedroht, zeigt das Gedankenspiel der **mitbestimmten Gewerkschaft**. Vergleichbar dem Rundfunkrat könnte eine Institution die Gewerkschaften interessenpluralistisch daraufhin kontrollieren, ob die „Geschäftspolitik“ der Gewerkschaft Rücksicht auf Gemeinwohlbelange, insbesondere die Arbeitslosigkeit nimmt. Am Ende dominiert der Reichswirtschaftsrat autonome Gewerkschaften. Daß die Mitbestimmung zum Feind der Gewerkschaften werden kann, wird an der Diskussion um betriebliche Bündnisse für Arbeit deutlich: Wer der Mitbestimmung das Wort redet, kann nichts gegen Betriebsräte haben, die Tarifverträge zum betrieblichen Nutzen

²⁶ *Von Nell-Breuning*, *Wirtschaft und Gesellschaft* Band I (1956) S. 219 ff; auch *Huber*, *Selbstverwaltung der Wirtschaft* (1958). BVerfGE vom 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66 – BVerfGE 38, 281, 303 f = NJW 1975, 1265 ff = RdA 1975, 260 ff.

²⁷ *Von Nell-Breuning*, *Streit um Mitbestimmung* (1968) S. 26 ff; *derselbe* (Fn 26), *Wirtschaft und Gesellschaft* Bd I, S. 219 ff, 227 ff.

²⁸ Insbesondere *Wirtschaft und Gesellschaft* Bd I (Fn 26), S. 254 f, 256. Ähnlich *Brüggemeier* (Fn 23), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd 8, dessen Konzept gleichfalls die Ausschaltung der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie bedeutet, wie sich aus dem Schaubild S. 61 ergibt.

²⁹ Auch hierzu *Watrin* (Fn 20), *Demokratie und Mitbestimmung*, S. 146.

oder zum Gemeinwohl außer Kraft setzen. Die demokratische Dignität siegt dann über die kollektive Privatautonomie.

c. Keine Gemeinwohlfunktion

Mitbestimmung kann keine Gemeinwohlbindung des Unternehmens erzeugen oder durchsetzen. Welchen Zweck ein Unternehmen verfolgt, bestimmt der Unternehmensträger, bei mitbestimmten juristischen Personen die Anteilseigner in der Hauptversammlung – und dies mitbestimmungsfrei. Unternehmen unterliegen keiner staatlich verordneten generalklauselartigen Gemeinwohlverpflichtung etwa auf „mehr Beschäftigung“ oder „mehr Umweltschutz“ – wie sie einst § 70 Abs. 1 AktG 1937 und § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 postulierten. Solche Gemeinwohlbindungskonzepte sind wenig plausibel, weil sie weder ansatzweise sagen was Gemeinwohl ist, noch die alles entscheidende Kompetenzfrage beantworten: Wer bestimmt, was der Allgemeinheit wohl tut? Vor allem: wenn die Unternehmen kraft ihrer Macht gemeinwohlgebunden sind, dann sind es die Tarifverträge auch.³⁰

Wenn es eine solche abstrakte Gemeinwohlverantwortlichkeit von Unternehmen gäbe, dann wären nicht Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat berufen, das Allgemeininteresse an Umweltschutz, Ausbildung von Jugendlichen, Wahrung der Menschenrechte auf der Welt, Steuer- und Beitragsaufkommen zu verfolgen. Gemeinwohlforderungen dürfen nur vom demokratisch hierzu allein legitimierten Staat durchgesetzt werden. Eine derartige Staatsaufsicht über Unternehmen darf nicht auf Gewerkschaften oder Mitbestimmungsorgane delegiert werden, weil erstens gruppenegoistische Interessenvertreter das plurale Allgemeinwohl nicht repräsentieren können und weil der Staat deren Verhalten nicht beaufsichtigt. Arbeitnehmervertreter können im Rahmen der Mitbestimmung immer nur ihre partikularen Interessen verfolgen. Das unterscheidet den Aufsichtsrat vom Rundfunkrat, in dem die Vielfalt der Interessenvertreter auf eine Repräsentation gerade der Allgemeinheit hinausläuft. Die Idee der „Corporate Social Responsibility“ begründet einen ethischen und keinen rechtlichen Anspruch an die Unternehmen. Der Aufsichtsrat ist kein „Ethikrat“ des Unternehmens.

Auch in diesem Zusammenhang taugt das Argument nicht, Mitbestimmung Sorge für sozialen Frieden. Erstens ist ein ursächlicher Zusammenhang gerade der Unternehmensmitbestimmung mit der Streikzurückhaltung in Deutschland nicht belegt; die romanische Streikfreude (politischer Streik!) ist auch

³⁰ Zu § 70 Abs. 1 AktG 1937 grundlegend *Rittner*, Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in: FS Geßler (1971), S. 139 ff. 145 ff.; zur Folgediskussion *Wolf U. Schilling*, Shareholder Value und Aktiengesetz, BB 1997, 373, 378 f; *Mülbart*, Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129, 147 ff. Zu § 49 Abs. 1 BetrVG 1952 *Bulla*, „Vertrauensvolle Zusammenarbeit“ von Arbeitgeber und Betriebsrat als Generalklausel des Betriebsverfassungsrechts, RdA 1965, 121, 124 f; *Galperin/Siebert* BetrVG 1952, 4. Auflage (1963), § 49 Anm. 13. Zur Gemeinwohlfrage: Weiter *Engel*, Rechtstheorie 32 (2001) S. 23 ff. Zur Gemeinwohlbindung des Tarifvertrags: insbesondere *Zöllner*, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen (1977) S. 46 ff; *Thüsing*, Tarifautonomie und Gemeinwohl, in: 2. BAG-FS (2004), S. 889, 900 ff.

Ausdruck einer anderen gesellschaftlichen Konfliktbereitschaft. Vor allem aber läuft das Argument auf eine Erpressung hinaus: Wenn die Gesellschaft keine Mitbestimmung gewährt, dann droht der soziale Unfrieden. Auf solche Geiselnahmen darf sich eine Gesellschaft nicht einlassen.

d. Keine Unternehmensnützigkeit

Die wahre oder vermeintliche Innovations- und Produktivitätssteigerung der Mitbestimmung im Arbeitgeberinteresse kann weder eigenständiger Zweck der Mitbestimmung nach dem MitbestG sein, noch die mit ihr verbundenen Belastungen rechtfertigen. Denn es kommt dem Staat nicht zu, Managementhandbücher über die zweckmäßige Unternehmensführung als zwingende Norm vorzugeben. Das wäre **Zwangsbeglückung**: Schutz der Unternehmen vor eigener unternehmerischer Fehlentscheidung. Diese Idee wird besonders deutlich, wenn die Mitbestimmung dafür gerühmt wird, daß sie Anteilseigner vor räuberischen Managern schütze. Dafür haben die Anteilseigner ihre eigenen Vertreter im Aufsichtsrat. Der Arbeitnehmerinteressenvertretung kommt weder auf betrieblicher noch auf Unternehmensebene eine eigenständige Co-Management- oder Unternehmensberatungsfunktion zu, die den Partizipationsgedanken übersteigt. 28

Die vor allem vom Forum Mitbestimmung (der Stiftungen Böckler und Bertelsmann) vorgetragene positive Wirkung von Mitbestimmung kann für sich genommen nur ein Regelungsangebot des Staates für eine freiwillig vereinbarte Mitbestimmung rechtfertigen.

e. Zwischenergebnis

Daraus folgt als summa für unsere Zwecke: Mitbestimmung ist nicht nur auf der betrieblichen Ebene, sondern auch auf der Unternehmensebene auf Schutz durch Teilhabe im Arbeitnehmerinteresse gerichtet. Andere als Arbeitnehmerinteressen haben hier keinen Platz. Ihre materiale Rechtfertigung erfährt die Unternehmensmitbestimmung aus der Fernwirkung unternehmerischer Entscheidungen auf den Arbeitsvertrag, seinen Bestand und seine Weiterentwicklung. Davor, daß solche Unternehmerentscheidungen das Arbeitsverhältnis gefährden, will die Teilhabe schützen. 29

Materiell also ist Mitbestimmung ein **Verfahren** um die vertragsrechtliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten zu sichern – auch soweit es um den Ausgleich konfligierender Individualinteressen geht.

Die formale Legitimation der Mitbestimmung als Fremdbestimmung folgt aus dem staatlichen Geltungsbefehl. Mitbestimmung ist Staatsintervention – aber in Form einer privatrechtsausgestaltenden Umsetzung der privatrechtlichen Rücksichtnahmepflicht. Die Beteiligung an Wahlen zur Arbeitnehmervertretung ist für sich genommen keine hinreichende Legitimationsbasis (*Kreutz*). Denn die Belegschaft eines Betriebes oder eines Unternehmens ist kein autonomer

körperschaftlicher Personenverband mit legitimierender Mitgliedschaft.³¹

Mitbestimmung muß sein – aber gerechtfertigt nur durch den auf den einzelnen Arbeitnehmer zielenden und ihn schützenden Partizipationszweck. Mitbestimmung muß „von unten“ aus Sicht der Arbeitnehmer und des Arbeitsvertrages und nicht von oben aus Sicht der herrschsüchtigen Kollektive (methodologischer Individualismus) gesehen und gerechtfertigt werden. Zu streiten ist über den richtigen Weg dieser Partizipation.

II. Folgerungen aus der Beschränkung auf Partizipation

1. Unterschiedliche Partizipationsformen

a. Weiter und enger Teilhabebegriff

Teilhabe meint in unserem Zusammenhang zunächst nichts **30** weiter, als eine Möglichkeit, auf Entscheidungen des Arbeitgebers deswegen Einfluß nehmen zu können, weil sie den Arbeitnehmer in ihren Wirkungen unmittelbar oder mittelbar betreffen. Durch diese Teilhabe soll der Arbeitnehmer davor bewahrt werden, Objekt fremder Herrschaft zu sein. Merkwürdigerweise sieht die Rechtsordnung die Herrschaft des Arbeitgebers kritisch, diejenige des Belegschaftskollektivs hingegen nicht. Jede kollektive Mitbestimmung birgt die Gefahr, daß der Arbeitnehmer vom Regen in die Traufe gerät. Mehr Freiheit kann die Mitbestimmung dem einzelnen Arbeitnehmer nicht versprechen, allenfalls mehr Sicherheit. Deswegen ist der Minderheitenschutz im Rahmen der Mitbestimmung so wichtig: Sonst kann Mitbestimmung von der Partizipation an der Arbeitgeberentscheidung schnell zur Herrschaft über die Minderheit in der Belegschaft gerinnen.

b. Vertragsrechtliche Teilhabe

Teilhabe des Arbeitnehmers ist nicht von vornherein auf kollektive **31** Organisation und deren „Mitbestimmungsverfahren“ ausgerichtet: **Teilhabe** kann gerade auch **durch den einzelnen und im Rahmen privatautonomer Regelungsverfahren** erfolgen: Der Vertrag ist das zentrale Regelungsinstrument der Privatautonomie, der die umfassende Selbstbestimmung durch ein eigenes Zustimmungsrecht des Betroffenen verwirklicht. Wer also Mitbestimmung zur Sicherung von Freiheit will, muß dem Arbeitnehmer Vertragsrechte einräumen.

Auch wenn der Vertrag im Arbeitsleben nicht das vollkommene **32** Richtigkeitsvertrauen genießt, heißt das nicht, daß die Vertragsfreiheit funktionslos wäre. Der Arbeitnehmer entscheidet selbst über seinen Vertragspartner, seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit. Soweit die Rechtsordnung dem Arbeitnehmer

³¹ Vor allem *Kreutz*, Grundsätzliches zum persönlichen Geltungsbereich der Betriebsvereinbarung, ZfA 2003, 361, 363 ff; *derselbe*: Grenzen der Betriebsautonomie (1979) S. 68 ff; *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie (1996) S. 89 f, 140 ff; weiter *Hänlein* (Fn 11), RdA 2003, 26, 30 f; auch schon *Rittner*, Öffentlichrechtliche Elemente der Unternehmensverfassung, in *Coing/J.H.Kaiser* (Hg), Planung V (1971) S. 59 ff, 68 ff mwNw. Anders auch *Friese*, Tarifverträge nach § 3 I BetrVG im System des geltenden Tarif- und Arbeitskampfrechts, ZfA 2003, 237, 248 ff mit Blick auf § 3 BetrVG; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002) S. 460.

einseitige Vertragsänderungsrechte zuspricht (Anspruch auf Teilzeit, auf Entgeltumwandlung), greift sie zwar in das Autonomierecht des Arbeitgebers ein, verschafft dem Arbeitnehmer aber Selbstbestimmungsrechte. So wäre es widersinnig, Fragen der individuellen Qualifizierung des Arbeitnehmers in die Mitbestimmung zu verlagern, weil der Arbeitnehmer als Person über seine höchstpersönliche Weiterentwicklung entscheiden muß.

Individuelle Mitwirkung und Mitbestimmung durch den einzelnen läßt sich auf der Vertragsebene insbesondere durch Beteiligungs-, Anhörungs- und Beschwerderechte sichern. Das BGB hält mit der Kontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsentscheidungen nach § 315 Abs. 3 BGB ein repressives und effektives Partizipationsinstrument bereit. Hinzu kommen auf den Arbeitnehmer als Individuum bezogene Informationspflichten. Der erforderliche Schutz wird weithin durch eine Vertragskontrolle der vorformulierten und einseitig durchgesetzten Vertrags-, also Arbeitsbedingungen gewährt. 33

c. „kollektive“ Teilhabe und Ausgleichsfunktion

Eine ausschließlich individualnützige Teilhabe geht daran vorbei, daß die Arbeitnehmer innerhalb der Belegschaften konfligierende Einzelinteressen haben. Mitbestimmung bedeutet immer auch: Ausgleich dieser Einzelinteressen. Diese Ausgleichsfunktion kann im Rahmen der Mitbestimmung nur von einer kollektiven Instanz wahrgenommen werden – sei es der Betriebsrat, die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat oder die Gewerkschaft. Diese Ausgleichsfunktion kann die Mitbestimmung in besonderem Maße rechtfertigen.³² 34

Für die Organisation der Mitbestimmung folgt daraus: jedes dualistische Organisationsmodell (im arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch: Trennung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite in zwei „Organen“) ist dem monistischen überlegen, weil die Bündelung und der Ausgleich der Arbeitnehmerinteressen in einem eigenständigen und gegnerfreien Organ erfolgt. So können insbesondere Minderheitenpositionen in der Belegschaft – vom Fraueninteresse bis zu Sonderinteressen kleiner Standorte – noch zu Gehör gebracht werden. 35

d. Mitbestimmung und „kollektives“ Vertragsprinzip

Gleichberechtigte Mitregelung durch Tarifvertrag ist die **vornehmste, weil privatautonome Form der Partizipation**: Der Arbeitnehmer erteilt ein Verhandlungsmandat qua Mitgliedschaft, die Gewerkschaft verhandelt mit dem Instrument des Vertrages unter möglichst machtgleichen Bedingungen. Der Vertrag ist das Regelungsverfahren mit der „besten“ Partizipationschance, weil beide Seiten durch die „wechselseitige“ 36

³² *Wiese* (Fn 10), ZfA 2000, 117, 122 ff; *Gutzeit*, Die Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, AR-Blattei 530.14.2, Rn 56 ff; Hans *Hanau*, Individualautonomie und Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten (Fn 10), S. 77, 105 ff.

Einwirkung zum Richtigen hin“ ihre Interessen in das Regelungsergebnis transportieren können.³³

Demgegenüber ist die Mitbestimmung im Betrieb defizitär: ihr fehlt die privatautonome Legitimation. Freilich kann nur ein auf Zwang und Fremdbestimmung fußendes System die – notwendige – Ausgleichsfunktion der Mitbestimmung wahrnehmen, weil es auf den Zugriff auf Individualrechte auch gegen den Willen des Einzelnen angewiesen ist. Der Raucher kann sich dem betrieblichen Rauchverbot nicht durch Mandatsentzug verweigern. Immerhin bedient sich auch die betriebliche Mitbestimmung des Vertrages als Regelungsinstrument – auch wenn es mit der Autonomie nicht weit her ist und im Konfliktfall die Einigungsstelle einseitig durch Beschluß entscheidet. 37

Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat zielt hingegen auf Konsens durch Beschluß: Im Aufsichtsrat stehen sich die „Bänke“ nicht als getrennte Vertragsparteien gegenüber, die förmliche Verhandlungen über einzelne mitbestimmte Entscheidungen führen. Vielmehr finden die Vorverhandlungen außerhalb der Gremien statt, sind dementsprechend **intransparent**. Was wofür gegeben wird, ist nicht erkennbar. Das Vertrags- oder Verhandlungsprinzip ist demgegenüber die überlegene Partizipationsmethode – auch dort, wo das Gesetz wie in wirtschaftlichen Angelegenheiten keine volle Parität gewähren kann. 38

2. Verhältnis zur betrieblichen Mitbestimmung

Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung dürfen nicht getrennt gesehen werden: beide sind rechtlich und phänomenologisch Subsysteme eines einheitlichen Systems Mitbestimmung: Das gilt nicht nur historisch – vom Räteartikel 165 WRV über das BRG 1920 bis zum BetrVG 1952. Daß das MitbestG 1976 und das Drittelbeteiligungsgesetz 2004 die Unternehmensmitbestimmung aus diesem regulatorischen Zusammenhängen gerissen haben, bedeutet nichts. 39

Mitbestimmung ist eine Einheit: Gleich ob sie über den Betriebsrat, den Personalrat oder ein anderes spezifisches Repräsentationsgremium läuft oder ob Arbeitnehmervertreter mit den Arbeitgebern in einem Organ vereinigt sind – wie im Aufsichtsrat. Rechtfertigung und Grundidee sind dieselbe. **Betriebsrat oder Aufsichtsrat sind nur Durchführungswege ein und derselben Mitbestimmungsidee**. Und diese sind in der Wirklichkeit kaum getrennt. Personenidentität – fast schon institutionalisierte Personalunion – zwischen Gesamtbetriebsrat, Wirtschaftsausschuß und Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat werfen zwangsläufig die Frage auf, wozu wir zwei solche Subsysteme benötigen. 40

Hält man sich vor Augen, daß der die Mitbestimmung rechtfertigende Grund ausschließlich im Schutz der Arbeitnehmer durch Teilhabe besteht, so **kann die Unternehmens-** 41

³³ *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130, 152 f.

mitbestimmung nicht mit externen Erwägungen (Gemeinwohlbindung, Demokratisierung) begründet werden. Daß aber Teilhabe durch Verdoppelung sinnvoller wird, liegt nicht auf der Hand. Die Personenidentität lenkt den Blick darauf daß die Mitbestimmung im Aufsichtsrat gegenständlich ein Unterfall der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist. Es geht um die Unternehmenspolitik. Eben dieselbe wird bereits vom Wirtschaftsausschuß und im Gesamtbetriebsrat behandelt. Diese Verdoppelung der Mitbestimmung ist rechtfertigungsbedürftig: Einmal hinsichtlich des Aufwandes an Kosten und Wahlakt, Information sowie Sitzungen, andererseits aber auch mit Blick auf die Mitbestimmungsintensität: Häufig erlebt es die Praxis, daß ein auf betrieblicher Ebene gescheitertes Anliegen des Betriebsrats im Aufsichtsrat „nebenbei“ positiv erledigt wird, meist durch ein Koppelungsgeschäft.

Je stärker der Betriebsrat an unternehmerischen Entscheidungen mitwirkt – Stichwort: „Co-Management“ –, desto weniger kann der Betriebsrat im Aufsichtsrat sein eigenes Management kontrollieren.

3. Generalklausel oder enumerative Einzelzuständigkeit

Partizipation durch staatlich angeordnete Beteiligungsbefugnisse ist von vornherein auf die Verfolgung spezifischer Arbeitnehmerinteressen im Rahmen des Teilhabezwecks beschränkt. Wie gesehen kann ein Mitbestimmungsorgan keine quasi-demokratische Allgemeinzuständigkeit für alle Entscheidungen des Arbeitgebers/Unternehmens beanspruchen. 42

Dem entspricht das BetrVG mit seinem Katalog enumerativ aufgezählter Entscheidungsrechte (auch wenn dort neuerdings systemwidrig Allgemeininteressen wie Umweltschutz auftauchen). 43 Demgegenüber teilt die Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat sämtliche Befugnisse des Gremiums, undifferenziert danach, ob Arbeitnehmerinteressen betroffen sind oder nicht. Selbst Entscheidungen, die allein das Ausland betreffen oder Fragen der Vermögensverwaltung ohne Bezug zu Arbeitsverhältnissen, unterfallen der Kompetenz von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.

Bislang gibt es noch nicht einmal eine negative Kompetenzklausel, die Fragen von Tarifabschluß und Arbeitskampf, in denen die Arbeitnehmerbank nicht weniger als der Betriebsrat neutral sein muß, aus der Zuständigkeit ausnimmt. 44³⁴

4. Mitbestimmung und Interessenkollision

Daß ein Aufsichtsratsmitglied einer Interessenkollision zum Opfer fallen kann, und daß dies insbesondere bei den Gewerkschaftsvertretern „programmiert“ ist, gibt keinen Einwand gegen die Mitbestimmung als solche ab. Erstens kommen Interessenkollisionen überall dort vor, wo Menschen in Organisationen für Dritte handeln. Ob der Richter oder das Gemeinderatsmitglied befangen ist, ob das Betriebsratsmitglied 45

³⁴ Eine solche Klausel nach schwedischem Vorbild fordern jetzt *Hanau/Wackerbarth*, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit (2004) S. 86.

persönliche oder gewerkschaftliche Interessen verfolgt, ob der ver.di-Vorsitzende bei der Lufthansa Gewerkschaftsinteressen zu Lasten des Unternehmens verfolgt, das macht keinen Unterschied. Auch Vertreter der Anteilseigner können Interessenkonflikte in sich tragen.

5. Funktionsfähigkeit der Arbeitgeberseite

a. Aufsichtsfunktion des Aufsichtsrates

Mitbestimmung und Aufsichtsfunktion entsprechen sich nicht: 46
Mitbestimmung zielt auf präventive Einbindung durch Beteiligung an der Entscheidung. Aufsicht zielt vor allem auf repressive Kontrolle der Unternehmensführung vorgegebenen Regelwerkes. Doch kann Aufsicht auch präventiv durch Teilhabe an der Leitungsaufgabe des Vorstands in Abstimmungen erfolgen – insbesondere im Rahmen der Zustimmungsvorbehalte.³⁵

Wer an der Entscheidung selbst beteiligt ist, kann nicht deren 47
Kontrollleur sein. Im Gegenteil: Der Aufsichtsrat hat die Ordnungsgemäßheit der Leitung durch den Vorstand auch gerade dahin zu überwachen, ob er sich vom Betriebsrat zu Lasten des Unternehmens in Fragen der betrieblichen Mitbestimmung hat „über den Tisch ziehen lassen“ – oder ob er etwa Investitionsentscheidungen kaufmännisch fehlerhaft am Standorterhaltungsinteresse eines starken Betriebsratsmitgliedes ausgerichtet und so Kapital vernichtet hat. Deutlicher noch wird das, wenn der Vorstand womöglich wegen eines unsachgemäßen Entgegenkommens gegenüber dem Betriebsrat in die Haftung genommen werden könnte – vom mitbestimmten Aufsichtsrat!

Unternehmensmitbestimmung behindert diese Kontrolle. Der 48
Gesamtbetriebsratsvorsitzende sitzt mit am Tisch. Die Konsensorientierung der Mitbestimmung kann dazu führen, daß persönliche Verantwortung verdeckt wird; nimmt man dies mit Blick auf die betriebliche Mitbestimmung auf der Ebene der Unternehmensleitung hin, darf doch das verantwortungsbehindernde Konsensprinzip nicht im Aufsichtsorgan gelten.

Eine Kontrolle gar der Arbeitnehmervertreter, die ihren Einfluß auf 49
wirtschaftliche Entscheidungen sachwidrig und zum Nachteil der Belegschaft nutzen, findet nicht statt. Mitbestimmung kann hier dazu führen, daß entgegen der Aufsichtspflicht persönliche Verantwortungen hinter einer kollektiven Gemengelage („Filz“) zurücktritt. So gesehen ist die Unternehmensmitbestimmung ein System zur Verhinderung von Verantwortung.

Die corporate-governance-Ansätze zielen auf transparente und 50
deshalb kontrollierte Entscheidungsfindung. Deswegen ist in Übereinstimmung mit *von Werder* eine Trennung von Aufsichtsfunktion und Mitbestimmung zu fordern. Der Einwand, diese Trennung fördere gerade die „Frontenbildung“ ist kein Gegenargument, sondern Argument: Nur durch Trennung dessen, was Auseinandergehört, kann die erforderliche Transparenz und Verantwortlichkeit gewährleistet werden. Mit der Trennung wird

³⁵ Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage (2004), § 111 Rn 5.

dann auch eine saubere Regelung der Mitbestimmungszuständigkeiten erforderlich.³⁶

b. Mitbestimmung und Unabhängigkeit der Arbeitgeberseite

Mitbestimmt ist stets nur der Aufsichtsrat, nie aber die Hauptversammlung. Alle Hauptversammlungsentscheidungen bis hin zur Liquidation oder der Zweckänderung oder der Sitzverlegung ins Ausland bleiben also mitbestimmungsfrei.³⁷ **51**

Besonders scharf erweist sich dieser Freiraum von Mitbestimmung bei der mitbestimmten GmbH, bei der die Gesellschafterversammlung am Aufsichtsrat vorbei dem Geschäftsführer Weisungen geben kann.³⁸

Das ist widersprüchlich nur für den, der den Kapitalismus zähmen will. Ansonsten zeigt sich darin ein Mindestmaß an Gegnerunabhängigkeit des Arbeitgebers, der in seinen Grundlagen nicht mitbestimmt wird. Diese Gegnerunabhängigkeit ist unerläßliche Voraussetzung für das von der Verfassung garantierte Tarifsysteem. Denn nur ein in seinen wesentlichen Entscheidungen freier Arbeitgeber taugt noch als Gegenspieler der Gewerkschaften. Das belegt nicht nur das Schicksal der Gewerkschaften in der Planwirtschaft der DDR, das zeigen auch die Sozialautonomiephantasien, die auf Verdrängung von Gewerkschaften und Tarifautonomie hinauslaufen – sei es, indem auch die Tarifautonomie „sozialisiert“ wird, sei es, indem die autonomen Gewerkschaften durch beitragsfreie Ersatzgewerkschaften verdrängt werden.³⁹ **52**

Mit Blick auf diese Gegnerunabhängigkeit ist die Zuständigkeit des ganzen Aufsichtsrats für die Vorstandsbestellung und -vergütung zu überprüfen. Zwar gibt es durchaus ein Arbeitnehmerinteresse, etwa einen „harten Sanierer“ als Vorstandsmitglied zu verhindern. Doch ist es mit Blick auf die bipolare Auseinandersetzung systemwidrig, wenn die Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat darüber mitbestimmen will, wer die Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Das gilt insbesondere mit Blick auf die betriebliche Ebene. Es ist mithin unerträglich, wenn ein Betriebsrat als stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender sich rühmt, ein Vorstandsmitglied verhindert zu haben. Man stelle sich nur vor, die Arbeitgeberseite hätte ein Mitwirkungsrecht bei der Bestellung von Arbeitnehmervertretern. Hier hülfe eine Zuständigkeitsbegrenzung. **53**

³⁶ Von Werder, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, AG 2004, 166 ff.

³⁷ Zu diesen Grundlagenentscheidungen BVerfG vom 1.3.1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - BVerfGE 50, 290, 323 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG = RdA 1979, 380 = EzA § 7 MitbestG Nr. 1.

³⁸ Redlich, Die Kompetenzen von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH (2003) S. 40 ff, 90; Roth/Altmeyden, GmbHG, 4. Auflage (2003), § 37 Rn 32; Oetker, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, ZGR 2000, 19, 56.

³⁹ Dazu MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Auflage (2000), § 247 Rn 4. Zur Verfassungsaueinandersetzung um Art. 165 WRV näher Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn 1137.

Welche Fehlsteuerung so ausgelöst wird, zeigen Abfindungen von Vorständen: Vorstandsmitglieder können den Preis in die Höhe treiben, weil ihre mitbestimmte Abberufung ein kompliziertes Verfahren bedeutet, das man vermeiden will.

Das Gegenargument lautet: Die Arbeitgeberseite könne sich ohnehin stets durchsetzen. Dann aber kann die Vorstandsbestellung unproblematisch der Alleinentscheidung der Anteilseigner überantwortet werden.

6. Mitbestimmung und materielle Partizipation

Unternehmensmitbestimmung verhindert substantielle Kapitalbeteiligung der Arbeitnehmer – die dann die privatautonome Partizipation kraft Anteilseignerschaft der Arbeitnehmer nach sich ziehen könnte. Kein Arbeitgeber wird unter Geltung des MitbestG Arbeitnehmern solche Beteiligung zusagen, weil er befürchten muß, daß die gesetzlich garantierten Sitze auf der Arbeitnehmerbank zusammen mit einem oder zwei Sitzen auf der Anteilseignerbank ein Übergewicht der Arbeitnehmer schaffen. Insofern bleiben reine Vermögensbeteiligungen ohne Stimmrecht übrig. Die Mitbestimmung verfestigt so jene einseitige Eigentumsverteilung, die sie zur kritischen Grundlage nimmt. Das ist ein Systemwiderspruch. 54

III. Regelungsoptionen

Streitet man über den richtigen Durchführungsweg der Mitbestimmung, sind viele Wege zu erwägen. Im Folgenden will ich – ohne eine eigene Präferenz – die Optionen darstellen:

1. Modifizierender Erhalt des MitbestG

a. Drittelbeteiligung für alle?

Ein Vorschlag will einfach nur den Einfluß der Arbeitnehmerbank reduzieren, indem die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 1976 auf die Drittelbeteiligung reduziert wird. Das verhindert den aufwendigen Wechsel des Mitbestimmungsstatus bei Größenänderung und schließt Gewerkschaftsvertreter aus. 55

Ansonsten wird die Kritik an der Mitbestimmung nicht ausgeräumt, vielmehr das Übergewicht der Arbeitgeberseite so erhöht, daß man meint, mit dem Rest an Problemen leben zu können.

b. Funktionale Beschränkung der Zuständigkeit?

Richtig und sinnvoll ist es, der beschränkten Mitbestimmungsfunktion einen Katalog von Mitbestimmungsangelegenheiten zuzuordnen und im übrigen die Anteilseignervertreter allein entscheiden zu lassen. Das sieht das Gesetz bislang nur in § 32 MitbestG vor, wenn in mitbestimmten Töchtern Verwaltungsträger bestellt werden, damit nicht der Mitbestimmungseinfluß die Paritätsgrenze übersteigt oder soweit es um Grundlagengeschäfte geht. Diese Reduktion auf den mitbestimmungsrelevanten Kern ist durch Überprüfung jeder einzelnen Aufsichtsratszuständigkeit auszubauen: 56

- Worin liegt etwa die Mitbestimmungsdimension der Feststellung des Jahresabschlusses und der Auswahl der Abschlußprüfer?
- Weswegen darf die Arbeitnehmerbank insbesondere Vorstandsangelegenheiten mitentscheiden? An deren Vergütung, Ruhegeld und Schadensersatzansprüchen besteht kein nachvollziehbares Arbeitnehmerinteresse. Auch die Vorstandsbestellung sollte mit Blick auf die Gegnerfreiheit ausgenommen werden.

Die Verlagerung in Ausschüsse des Aufsichtsrats ist dabei eine mögliche Konstruktion, wenn der Ausschuß nur von der Anteilseignerseite besetzt ist.

c. Unternehmensbezogene Arbeitnehmerrepräsentation

Bislang reserviert das MitBestG den Gewerkschaften zwei oder drei Sitze im Aufsichtsrat – in dem ihnen das Vorschlagsmonopol zugesprochen ist. 57

Das ist in zweierlei Weise „bemerkenswert“: Erstens wird der Belegschaft das Recht abgesprochen, selbst zu entscheiden, wer sie vertreten darf. „Demokratisch“ ist eine solche **Reservierung von Wahlmandaten** nicht. Mit Wahlrechtsgrundsätzen vereinbar ist sie auch nicht. Beschränkt man die Mitbestimmung auf Partizipation, so bedeutet dies: **Zwangsrepräsentation durch Externe**. Dafür gibt es keinen Sachgrund. Im Gegenteil entspricht eine Interessenrepräsentation aus dem Kreis der belegschaftsangehörigen Arbeitnehmer – wie nach dem Drittelbeteiligungsgesetz – dem Partizipationsgedanken besser.

Gewerkschaftskompetenz läßt sich auch so als „externer Sachverstand“ für die Mitbestimmung nutzen: Das kann wie in der Betriebsverfassung **aktualitätsbezogen durch Einladung** geschehen. Dort kann sowohl der Wirtschaftsausschuß, als auch eine qualifizierte Minderheit im Betriebsrat Gewerkschaftsvertreter zur Sitzung einladen.⁴⁰ 58

Als mittlere Lösung läßt sich vorstellen, die Belegschaft über die Vertretung durch Externe entscheiden zu lassen, also Sitzreservierung mit Vorschlagsmonopol entfallen zu lassen. Gewerkschaftsvertreter würden nur dann gewählt, wenn sie im Wahlwettbewerb mit den Belegschaftsangehörigen erfolgreich sind. Allerdings müßte dann die Zahl der externen Arbeitnehmervertreter begrenzt werden, um die unternehmensbezogene Interessenvertretung zu gewährleisten. 59

In gleicher Weise abzulehnen ist die Mandatsreservierung für einen leitenden Angestellten. Die Leitenden bedürfen zu ihrem individuellen Schutz keiner Repräsentanz im Aufsichtsrat. Der Leitende im Aufsichtsrat soll auch eher den Einfluß der „normalen“ Arbeitnehmer etwas abschwächen, weswegen er bei der Drittelbeteiligung auch fehlt. Das aber ist kein taugliches Partizipationsmodell. 60

⁴⁰ § 31 BetrVG und für den Wirtschaftsausschuß BAG vom 25.6.1987 – 6 ABR 45/85 – EZA § 108 BetrVG Nr. 7 = AP Nr. 6 zu § 108 BetrVG 1972 = NZA 1988, 167.

Abzuschaffen ist schließlich die den Wählerwillen verfälschende Delegiertenwahl: Daß Wahlen in Großorganisationen nur mit Wahlmännern möglich seien, wird durch die Kommunalwahl in Großstädten trefflich widerlegt. Ein Grund, von dem Prinzip der unmittelbaren Wahl abzugehen besteht nicht. Im Gegenteil ließe sich die Aufsichtsratswahl durch Kumulieren und Panaschieren verbessern: Das steigert die individuelle Teilhabe des Arbeitnehmerwählers. 61

d. Urabstimmung

Erkennt man, daß Teilhabe durch Mitbestimmung keinen Freiheitsgewinn der Arbeitnehmer bringt, sondern grundsätzlich einen Freiheitsverlust durch Fremdbestimmung, so bietet es sich an, die Legitimation des Mitbestimmungsorgans durch eine Urabstimmung der Belegschaft über das Mitbestimmungsstatut zu verbessern – sei es durch das Erfordernis einer mindestens 50prozentigen Wahlbeteiligung, sei es durch eine gesonderte Urabstimmung. Mitbestimmung gegen den Willen der Mehrheit der Belegschaft widerspricht dem Partizipationsgedanken. Mit der Urabstimmung ließe sich wenigstens eine Freiheitswahrung auf kollektiver Ebene sicherstellen. Das kann nur derjenige verweigern, der nach seinem Menschenbild, den Arbeitnehmer für nicht hinreichend entscheidungsfähig hält. Der Schutz der mitbestimmungswilligen Minderheit gibt kein Gegenargument ab – weil „soziale“ Mitbestimmung gerade auf Herrschaft der Mehrheit hinausläuft. 62

Insofern macht es keinen Unterschied, ob die Mehrheit eine „willfähige“ Arbeitnehmerbank wählt oder ob sie meint, die Arbeitnehmerinteressen würden ohne Unternehmensmitbestimmung hinreichend berücksichtigt (insbesondere durch Betriebsräte und den Wirtschaftsausschuß). 63

e. „Ausgliederung“ der Arbeitnehmerbank in einen Konsultationsrat

Die vom Berliner Netzwerk Corporate Governance geforderte Auslagerung der Unternehmensmitbestimmung auf einen Konsultationsrat sorgt zwar für Interessentrennung durch Dualität von Repräsentationsorgan und Arbeitgeberseite. Sie ermöglicht auch einen Verhandlungs- und Vertragsmodus. Sie hat aber einen entscheidenden Nachteil: noch ein Gremium mit besonderer Mitbestimmungsordnung. 64

Dagegen läßt sich hierfür der Gesamt- oder Konzernbetriebsrat fruchtbar machen oder der Wirtschaftsausschuß – für die Konzernebene müßte freilich ein solcher Konzernwirtschaftsausschuß erst geschaffen werden. Ansprechpartner eines solchen Gremiums wäre nicht mehr der Aufsichtsrat, sondern der Vorstand, weil Partizipation auf die Leitung und damit auf das Leitungsorgan zielt. 65

f. Professionalisierung

Ebenfalls zu bedenken sind die modernen Anforderungen an wirtschaftliche Gremienarbeit. Neben einer Verkleinerung des Gremiums ist insbesondere daran zu denken, die 66

Zwangsabführung der Aufsichtsratsvergütung an Dritte, insbesondere die Hans-Böckler-Stiftung zu untersagen – also jede Verpflichtung für unwirksam zu erklären und jede Druckausübung als rechtswidrig zu ahnden. Durch und durch freiwillige Spenden lassen sich allerdings nicht unterbinden. Durch diese Tributpflicht wird die Gleichbehandlung der Arbeitgeber und Arbeitnehmervertreter unterlaufen; zudem wird so mittelbar das Ehrenamtsprinzip eingeführt, das der Professionalität zuwiderläuft.

2. Überführung der Unternehmensmitbestimmung in die betriebliche

Wer erkennt, daß Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung nur Durchführungswege sind, wird einen solchen Konsultationsrat in der Betriebsverfassung aufgehen lassen, auch um die Doppelung der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu vermeiden. Als „Konsultationsrat“ kann also der Gesamtbetriebsrat oder der Wirtschaftsausschuß dienen, der dann rechtsformunabhängig Mitberatungsrechte in solchen wirtschaftlichen Angelegenheiten wahrnehmen kann, die die Arbeitnehmerinteressen hinreichend stark berühren. 67

3. Notwenig: Abschied von der Territorialität und der Rechtsformenabhängigkeit

Wer Partizipation statt Demokratie sagt, darf zwar persönlich haftende Unternehmer anders behandeln als Kapitalgesellschaften. Er darf aber nicht die Mitbestimmung auf Kapitalgesellschaften bestimmter Rechtsform beschränken. Kommt es zur Freizügigkeit der Unternehmen, so ist eine Differenzierung der Unternehmen nach ihrer Gründungsherkunft nicht sachgerecht. Ebenso wenig sachgerecht ist die Beschränkung der Mitbestimmung auf nationale Teilbelegschaften im Sitzstaat. Partizipation ist nicht teilbar. Arbeitnehmer erster und zweiter Klasse darf es nicht geben. Man kann sogar fragen, ob diese Differenzierung innerhalb der EU nicht diskriminierend wirkt. 68

Eine solche rechtsformen- und grenzüberschreitende Modernisierung der Mitbestimmung läßt sich entweder durch eine transnationale Regelung erreichen – wie durch das EBRG, das für wirtschaftliche Angelegenheiten mit einer Konsultationspflicht sogar genügt. Die grenzüberschreitende Mitbestimmung ist aber zugleich ein Problem der Betriebsverfassung. Multinationale Unternehmen agieren freilich europaübersteigend. Auf die „Weltmitbestimmungsordnung“ zu warten, lohnt nicht. Insofern gilt es zu erwägen, ob eine Lösung vom Territorialitätsprinzip nicht durch einen strengeren Vertragsbezug der Mitbestimmung möglich ist. Begreift man die Mitbestimmung nicht mehr als staatlich vorgeschriebene Unternehmensorganisationsform, sondern als am Arbeitsvertrag „angedocktes“ individuelles Partizipationsrecht, dann läßt sich Mitbestimmung vertragsrechtlich auch für Arbeitsverhältnisse im Ausland vorsehen. Grenze ist dann nur diejenige fremde Rechtsordnung, die solche Mitbestimmung wegen ihres „gelben Charakters“ (also des Arbeitgebereinflusses) für eine „unfair labor practice“ hält und 69

nach dem eigenen ordre public diesen Teilhabevollzug untersagt.⁴¹

4. Evolution und Differenzierung durch Vereinbarungslösungen

Daß eine Mitbestimmungsordnung für alle Unternehmen – ab einer bestimmten Größe oder in einer bestimmten Rechtsform – in gleicher Weise angemessen ist, ganz gleich, welcher Branche sie angehören, unter welchen Beteiligungsverhältnissen sie stehen oder mit welchem Auslandsanteil die Belegschaft vertreten ist, läßt sich nicht mehr ernstlich behaupten. Daß deswegen der Staat ein **Mitbestimmungszwangskorsett mit Einheitsgröße ohne Anpassungsmöglichkeit** vorsehen darf, leuchtet schon mit Blick auf die Disponibilitäten in der Betriebsverfassung nicht mehr ein. Eine moderne Mitbestimmung muß deshalb Vereinbarungslösungen vorsehen, die zu gewillkürten Organisationsformen finden. Vereinbarungslösungen sollten auch den Einbezug ausländischer Belegschaften ermöglichen, weil nicht jeder mitbestimmte Arbeitgeber die Europäische Aktiengesellschaft wählen wird.

Für solche Verhandlungslösungen stellen sich drei Fragen: 71

- Wer ist auf Arbeitnehmerseite verhandlungsbefugt?
- Welche materiellen Grenzen werden der Mitbestimmungsvereinbarung gezogen?
- Was geschieht im Nichteinigungsfall?

Für sämtliche Fragen lohnt sich ein Blick auf die europäische Ebene. In Abkehr von § 3 BetrVG alter und neuer Fassung und in Hinwendung zu den europäischen Flexibilisierungsformen ist die Abänderung der Mitbestimmungsorganisation **nicht dem Tarifvertrag** zu überantworten, weil die Gewerkschaften die nichtorganisierten Arbeitnehmer nicht vertreten. Das Legitimationsdefizit ist schon dogmatisch nicht hinnehmbar. Der schwindende Organisationsgrad von weniger als 20% zeigt überdeutlich, daß eine verblässende Minderheit hier auch faktisch jedes Recht auf Herrschaft verloren hat. Zugleich werden so die Bedenken gegen die Verfassungswidrigkeit des § 3 BetrVG nach derzeitiger Fassung überwunden. Zuständig sollte also, wie nach dem EBRG, ein von allen Arbeitnehmern legitimiertes Verhandlungsgremium sein. Alternativ möglich ist es, den Gewerkschaften die Verhandlungsführung über die Mitbestimmungsorganisation anzuvertrauen, dann aber das Verhandlungsergebnis von einer ratifizierenden Urabstimmung in der Belegschaft abhängig zu machen. 72

Das Gesetz müßte für Verhandlungslösungen Richtlinien vorhalten und damit das materiell-rechtliche Defizit des § 3 BetrVG in der Betriebsverfassung kompensieren: Dort ist nämlich nicht gesagt, welche Grundprinzipien der Betriebsverfassung die gewillkürte 73

⁴¹ Das Territorialitätsprinzip ist keineswegs zwingend: *Zimmer*, Internationales Gesellschaftsrecht (Fn 8), S. 144 ff, 156 ff; ähnlich *Staudinger/Großfeld*, IntGesR (1998) Rn 524 ff; zur „unfairen“ Mitbestimmung *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997) S. 416 f.

Organisation zu beachten hat. Hier gibt es einige Kerngedanken – Lückenlosigkeit der Zuständigkeit, keine konkurrierenden Zuständigkeiten, „demokratische“ Legitimation etc., die zur Vermeidung von Streit zu regeln sind. Möglich sollte auch eine vereinbarte Verlagerung der wirtschaftlichen Mitbestimmung in den Betrieb sein.

Zur Konfliktlösung darf es keinen Arbeitskampf und auch keine Zwangsschlichtung geben, weil die Unternehmensmitbestimmung als Teil der wirtschaftlichen Mitbestimmung nur unter Freiwilligkeitsvorbehalt vernünftig geregelt werden kann. Es bietet sich an, eine gesetzgeberische „Medianlösung“ zu finden, die dann gilt, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Sie muß aber auch in der Mitte der Vorstellungen liegen und funktionsfähig sein. Es ist nicht sachgerecht, wenn der Gesetzgeber mit einem „Schreckensmodell“ droht und so Verhandlungen erzwingen und inhaltlich beeinflussen will. Wenig hilfreich ist es auch, die Suche nach der für beide Seiten passenden Mitbestimmungslösung mit Besitzstandsvorgaben zu belasten.

5. Ausblick: Wettbewerb statt Besitzstandswahrung

Markt und Wettbewerb wirken entmachtend – auch gegenüber Mitbestimmungsordnungen. Wer heute dem mitbestimmungsrechtlichen Besitzstand fröhnt, kann morgen vom Wettbewerb hinweggetragen werden. Dementsprechend löst die Internationalisierung hinreichend starken Innovationsdruck auf die deutsche Mitbestimmung aus. Insofern kann der ordnungspolitisch Denkende abwarten. Die Hemmschwelle für deutsche Unternehmen, sich der Mitbestimmung zu entledigen, sinkt. Der deutsche Gesetzgeber mag versuchen, die Mitbestimmung gegen Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland zu erhalten. Das löst nur den Druck aus, den Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Je europäischer der Wirtschaftsraum wird, desto weniger brauchen deutsche Unternehmen diesen Weg zu scheuen.

Das weist den Weg zu einer Europäisierung der Mitbestimmung auf betrieblicher wie auf Unternehmensebene. Die Gefahr: daß überwiegend ausländische Belegschaften auf die Interessen der deutschen Standorte wenig geben. Dann beweist sich, ob Mitbestimmung als echtes Partizipationsinstrument auch einer multinationalen Belegschaft gemeint ist, oder ob nationale Interessengruppen sich – unter Patriotismusbvorbehalt – nur ängstlich an die Macht klammern.

Wer sich der Mühe einer sauberen Zwecksetzung nicht unterziehen mag, wählt die deutsche Lösung: Alles bleibt wie es ist. Hier gilt das malmot: Für den, der kein Ziel hat, ist jeder Schuß ein Treffer.