

Neue verfassungsrechtliche Aspekte der Mitbestimmung?

I. Einführung

In den Schweizer Monatsheften des vergangenen Jahres ist zu lesen, dass der soziale Friede in Deutschland zum Todschlachargument gegen jegliche Veränderung geworden und einer seiner faulsten Früchte die Mitbestimmung sei, ein Modell, das im Ausland keine Nachahmer gefunden habe.¹ Das ist ein außergewöhnlich hartes Urteil, vielleicht auch ein Affekt gegen deutsche Sonderwege.²

Das Thema Mitbestimmung scheint somit ein sehr deutsches. Aber gibt es so etwas eigentlich noch in einer dynamischen Welt? Am Thema Mitbestimmung lassen sich zwei Dinge zugleich demonstrieren: zum einen die Entfaltungslogik einer Internationalisierung der Wirtschafts- und Rechtsordnung und zum anderen die Beharrungskräfte staatlicher Sozialkompromisse, die historisch und kulturell verankert sind. Jeder europäische Staat, der die Eigentumsordnung von Unternehmen gestaltet, gerät heute in das Kraftfeld europäischer Harmonisierung und weltweiter Liberalisierung der Bedingungen des Kapital- und Anlagevermögens. Für die einen sind die deutschen Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung nichts anderes als ein lästiger Stolperstein auf dem Weg zu einer gemeinsamen europäischen Gesellschaftsform,³ während andere die Mitbestimmungsregelungen geradezu als segensreichen Schutzmechanismus gegenüber den Übernahme- und Ausschlichtungsstrategien internationaler Anlagfonds betrachten. Die politischen Standortstrategen sehen auch noch etwas anderes: die Gefahr einer Flucht aus der deutschen Mitbestimmungsidylle und ihren quasi-korporatistischen Zwängen hinein in andere Rechtsordnungen, die derartiges nicht kennen.⁴ Das deutsche Mitbestimmungsmodell, einst hoch gepriesen, steht unter dem Druck der internationalisierten Wirtschaft.

Das Verfassungsrecht kann solche Standortfragen nicht beantworten. Es liefert auch keine Rezepte für die immer dringlicher werdende richtige politische Strategie eines

¹ Schwarz, Die Koalition der grossen Ohnmacht, in: Schweizer Monatshefte Okt./Nov. 2005, S. 5 (6); Eine rechtsvergleichende Übersicht zur Unternehmensmitbestimmung gibt: Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht, 1996, S. 137 ff.

² „Gegen die ganze Welt kann man nicht recht haben“ wird ein belgischer Unternehmer von der Welt vom 17.10.2003 zitiert; siehe auch Klosterkemper, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, in: Festschrift Wißmann, 2005, S. 456 (472).

³ Kienast, in: Janott/Fordermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, S. 377.

⁴ Das deutsche Modell geht zumindest am weitesten, das räumen auch die Gewerkschaften ein, siehe Hans-Böckler-Stiftung, Zur aktuellen Kritik an der Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Februar 2004, S. 12.

Staates, der sich fest in Europa mit anderen verbunden hat und für Liberalisierung des Welthandels streitet, aber offenbar nicht genau weiß, wie er seine wirtschaftlichen und sozialpolitischen Grundlagen noch sinnvoll und effektiv zu gestalten oder wenigstens zu beeinflussen vermag. Das Verfassungsrecht leistet aber etwas anderes: Es erinnert an grundlegende Zusammenhänge unserer Gesellschaftsordnung, die als Rechtspositionen fixiert sind. Es beschäftigt sich mit der Frage, welchen Platz das Betriebs- oder Unternehmenseigentum in einer demokratisch verfassten Gesellschaft und in dem System ihrer Freiheitsrechte einnimmt.

II. Idee der Mitbestimmung

Das deutsche Recht unterscheidet zwischen betrieblicher Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung. Die betriebliche Mitbestimmung bezieht sich auf die Mitwirkung und Mitentscheidung von Arbeitnehmervertretungen auf die Arbeits- und Sozialverhältnisse der Arbeitnehmer durch den Betriebsrat. Dieses betriebliche Mitwirkungsmodell geht nach Ursprüngen in der Paulskirchenverfassung auf die erstmalige Regelung von Arbeitnehmermitbestimmung im Rahmen der Novelle der Gewerbeordnung 1890 in betrieblicher Form durch die Errichtung von Arbeitnehmerausschüssen zurück.⁵ Sie ist keine deutsche Singularität.⁶ Die grundrechtliche Interpretation der betrieblichen Mitbestimmung geht mitunter dahin, dass die Eigentümer und die Arbeitnehmer im Betrieb mit ihren Rechten aus Art. 12 GG einander begegnen und vom Gesetzgeber im Grunde lediglich ein Interessenausgleich und eine gemeinsame berufsrechtliche Regelung getroffen wurden.

Dagegen setzt die Unternehmensmitbestimmung personell bei der Vertretung im Aufsichtsrat an und ist thematisch nicht begrenzt. Auch ihre ideellen und rechtlichen Wurzeln finden sich vor allem in der Phase des Übergangs zur Weimarer Republik und der sich daran anschließenden Sozial- und Arbeitsrechtspolitik.⁷ Art. 165 Abs. 1 Satz 1 WRV lautet: „Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmen an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken.“ Die Vorschrift erkannte die beiderseitigen Organisationen und ihre Verträge – Tarifverträge – an, und machte es zur Pflicht, gesetzliche Vertretungen in Gestalt von Betriebsarbeiterräten bis hinauf zu einem Reichsarbeitsrat zu schaffen, dazu bestimmt, die sozialen und wirtschaftlichen Interessen der Arbeiter und Angestellten wahrzunehmen. Darin lag ein kennzeichnender Kompromiss zwischen dem

⁵ *Rehberg*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, S. 176, Rdnr. 3.

⁶ Österreichische, niederländische, dänische und schwedische Vertretungen sind mit vergleichbaren Mitwirkungsrechten ausgestattet wie der deutsche Betriebsrat; Belgien, Finnland, Frankreich, Norwegen und Griechenland kennen betriebliche Mitbestimmung auf mittlerem Niveau, während in der englischsprachigen Ländergruppe und Schweiz, Italien und Spanien nur eher schwache Einflussrechte bestehen, *Höpner*, *Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss*, 2004, S. 7.

⁷ *Stolleis*, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, 2003, S. 166 ff.

Beharren auf bürgerlich-liberaler Gewerbe- und Eigentumsfreiheit und dem radikal-sozialistischen Ziel, aus den Arbeiterräten heraus die wirtschaftlich und politisch ausschlaggebende Macht in Staat und Gesellschaft auszuüben: Gewerkschaften und Räte wurden im Wirtschaftsleben anerkannt und institutionalisiert, zugleich aber auf die Wahrnehmung von Arbeitnehmerrechten vor allem im Betrieb reduziert. Der eher spontane Räteimpuls aus den Betrieben heraus und hinein in die politische Sphäre wurde so zum Schutz der parlamentarischen Demokratie um seine allgemeinpolitische Dynamik gebracht, während zugleich die korporative Macht der verhandelnden Tarifparteien und ihrer überbetrieblichen Organisationen für die Gestaltung des Arbeits- und Wirtschaftslebens wuchs, dies wurde zum Kennzeichen der späteren deutschen Sozialpartnerschaft. Die deutsche Mitbestimmung ist demnach ein Versuch, außerhalb der allgemeinverbindlichen Eigentumsordnung Produktivkräfte teilweise in die Hand der abhängig Beschäftigten und ihrer Interessenvertretung zu bringen mit dem Ziel des sozialen Ausgleichs, mit dem Ziel bestimmte als negativ empfundene Konsequenzen der Eigentumsordnung für die Existenz- und Freiheitsansprüche von Nichteigentümern zu mildern. Um die Integration von Arbeitern und Angestellten in die geltende bürgerliche Gesellschaftsordnung zu erreichen, wurde damit eine eigentumsfremde Rechtsposition geschaffen. Der andere Weg, die Arbeitnehmer mit einer eigentumsinhärenten Position selbst zu Eigentümern am Unternehmen zu machen, wird in Deutschland bis heute wie eine Mogelpackung abgelehnt, weil ein Unternehmen schließlich auch Verluste machen könne und im Insolvenzfall nicht nur der Arbeitsplatz verloren ginge, sondern auch der Anteil des Arbeitnehmers als Vermögensrecht entwertet würde.

III. Sozial gebundenes Unternehmenseigentum

Hinter der historischen Pragmatik der organisatorischen und verfahrensmäßigen Integration unruhiger Kräfte stand aber auch eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung, die unter der Geltung des Grundgesetzes zur Entfaltung gelangte. Der fünfte Abschnitt der Weimarer Reichsverfassung wurde mit dem Satz eröffnet, dass die Ordnung des Wirtschaftslebens den Grundsätzen der Gerechtigkeit und dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen müsse (Art. 151 Abs. 1 Satz 1 WRV). Dieser Leitsatz war von der Weimarer Reichsverfassung als verfassungsunmittelbare Schranke den Wirtschaftsgrundrechten vorgeordnet: Von dieser prädominanten Grundrechtsbegrenzung hat sich das Grundgesetz zwar gelöst, aber dem Gesetzgeber gleichwohl erlaubt, mit denselben Zielen des Schutzes der Menschenwürde und der Wahrung sozialer Gerechtigkeit Grundrechtseingriffe in Wirtschaftsfreiheit und Eigentum zu rechtfertigen, dies wurde von der Investitionshilfeentscheidung bis zum Mitbestimmungsurteil vom 1. März 1979 klar entwickelt.⁸

Damit wurde die Rechtskontrolle insbesondere des Mitbestimmungsgesetzes zuerst eine Frage der Auslegung der Eigentumsgarantie und sodann der Gewichtung der

⁸ BVerfGE 4, 7 (17 f.); 50, 290 (337 f.).

Eingriffsrechtfertigung im Verhältnis zur Beschränkung der Eigentumsfreiheit. Bei der Auslegung der Eigentumsgarantie hat das Mitbestimmungsurteil die Sozialbindung dort für intensiver gehalten, wo der Unternehmenseigentümer von der unmittelbaren Direktionsbefugnis einer Personengesellschaft oder von ihm allein beherrschten Kapitalgesellschaft zurücktritt und er zu einem Bruchteilseigentümer einer Kapitalgesellschaft gleichsam mediatisiert wird. „Die tatsächliche Tragweite der Befugnisse der Anteilseigner kann nach den einzelnen Gesellschaftsformen und wegen des das Gesellschaftsrecht beherrschenden Mehrheitsprinzips erheblich variieren; sie reicht von der alleinigen Entscheidung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Ein-Mann-GmbH über den bestimmenden Einfluss großer Anteilseigner, vor allem in konzernbeherrschten Gesellschaften, bis hin zu der praktischen Bedeutungslosigkeit der Verfügungsbefugnis des Anteilseigners einer unselbständigen Konzerntochter, die nur noch das Vermögensrecht vermittelt.“⁹ Der im Aktienrecht zwingende Grundsatz der Fremdorganschaft erfordere zudem ein Vertretungs- und Leitungsorgan, das nicht nur die Interessen der Anteilseigner zu vertreten habe.¹⁰ Der geringe personale Bezug des Anteilseigentums war für das Mitbestimmungsurteil ein entscheidendes Argument, um den gesetzlich erzwungenen Einfluss von Nichteigentümern auf strategische Unternehmensentscheidungen wie die Bestellung des Vertretungsorgans in der Verhältnismäßigkeitsabwägung zu rechtfertigen.¹¹ Auf der anderen Seite stand das Gewicht einer Sozialbindung desjenigen Eigentums, das in Ausübung der Verfügungsbefugnis zugleich die Daseinsgrundlage der Arbeitnehmer bestimmt und deren Bedingungen der Berufsfreiheit maßgeblich mitgestaltet.¹²

Das Eigentum an Produktivkräften war bereits mit der Montanmitbestimmung aus dem Jahr 1951 auf diese Weise sozial ausgestaltet worden, vermutlich auch um die Besatzungsmächte milde zu stimmen.¹³ Die Gewerkschaften haben jedenfalls die Montanmitbestimmung zu ihrer Sache gemacht und frühzeitig versucht, dieses Modell auf die Gesamtwirtschaft zu übertragen.¹⁴ Für die Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie ab einer bestimmten Größenordnung wurde die paritätische Besetzung des Aufsichtsrates von Anteilseignern und Arbeitnehmern durch das Montan-Mitbestimmungsgesetz vorgeschrieben, dieses Modell wurde 1976 für bestimmte Unternehmenstypen knapp unterhalb der Parität – also quasi-paritätisch – verallgemeinert und verdrängte bei Großunternehmen die schwächere Mitbestimmung der Drittelbeteiligung durch das Betriebsverfassungsgesetz aus dem Jahr 1952, seit 2004 als Drittelbeteiligungsgesetz praktisch neu gefasst.¹⁵ Alle diese Ausgestaltungen gehen konzeptbedingt deutlich über das hinaus, was etwa die Richtlinie

⁹ BVerfGE 50, 290 (342).

¹⁰ BVerfGE 50, 290 (342 f.).

¹¹ BVerfGE 50, 290 (348).

¹² Das Gesetz hat diese Sozialbindung nach Auffassung des Gerichts lediglich konkretisiert, BVerfGE 50, 290 (349).

¹³ Abgewehrt werden sollten mit dieser Art der „Demokratisierung“ die drohende Demontage und infrastrukturelle Zerschlagung der deutschen Eisen- und Stahlindustrie, siehe *Weiss*, Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsurteils (BVerfGE 50, 290 ff.), in: *Kritische Vierteljahresschrift* 2000, 405.

¹⁴ *Potthoff*, Der Kampf um die Montanmitbestimmung, 1957, S. 40 ff.

¹⁵ BGBl. I 2004, 974 ff v. 27.5.2004.

94/45/EG über die Einsetzung des Europäischen Betriebsrates¹⁶ verlangt, die sich auf Anhörungs- und Unterrichtsrechte beschränkt (§§ 32, 33 EBRG).

IV. Verfassungsrechtliche Kontrollmaßstäbe

Unternehmensmitbestimmung dünnt im Wesentlichen die Verfügungsrechte der Eigentümer im Aufsichtsrat aus, dafür wird ihnen ökonomisch ein Effizienzgewinn versprochen¹⁷ und rechtlich die besondere Sozialbindung von Produktivvermögen entgegengehalten. Als verfassungsrechtlicher Kontrollmaßstab kommt aber nicht nur Art. 14 GG in Betracht, sondern auch die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG. Denn wer eine Aktie erwirbt, tritt in eine Eigentümergesellschaft ein, deren Ausgestaltung prinzipiell nur denjenigen obliegt, die auch Eigentümer sind. Werden in ihre selbstbestimmten Organe durch staatliche Anordnung Nichteigentümer gesetzt, ist dies ein Eingriff in das Recht von Personen, sich mit anderen Personen in einer bestimmten, in einer selbstbestimmten Weise zu vereinigen oder genau davon Abstand zu nehmen. Mitbestimmung ist insofern immer auch, wenn nicht Gegenbegriff so doch Komplementärbegriff zur Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Mitbestimmungsentscheidung auch hier dem typisch deutschen Integrationsweg verfassungsrechtliches Gewicht eingeräumt, indem die Vereinigungsfreiheit auf einen Ausgleich hin angelegt gesehen wird, wo Selbstbestimmung der Vereinigung und schutzbedürftige sonstige Belange zusammenfließen. Aber das Gericht hat auch erkannt, dass sonstige Belange, wie Arbeitnehmerinteressen nicht ohne weiteres zu einer fremdbestimmten Vereinigung führen dürfen und sich deshalb darauf zurückgezogen, dass auch hier das personale Element der Eigentümer in größeren Kapitalgesellschaften so weit zurückträte, das Art. 9 Abs. 1 GG praktisch keine Schutzwirkung entfalte,¹⁸ sondern nur die Peripherie betreffe.¹⁹

Auch wer diese Rechtsprechung nach wie vor für richtig hält, sollte an diesem Punkt innehalten, weil hier erkennbar wird, warum etwa ein us-amerikanischer Anleger wohl doch manchmal mit Verwirrung reagiert, wenn ein Eigentümerorgan von Gesetzes wegen zur Hälfte mit Nichteigentümern besetzt wird. Dem deutschen Rechtsdenken wäre es aber umgekehrt auch nicht völlig fremd, den Betrieb oder das Unternehmen als eine asymmetrische Vereinigung eigener Art zu betrachten: als vertraglich begründeter Zusammenschluss von Anteilseignern, Geschäftsführung oder Vorstand und Arbeitnehmern. Mit den warnend gesprochenen Worten *Josef Isensees*: „Die unternehmerische Mitbestimmung überführt das im Wesentlichen auf Privatautonomie gegründete System in das heteronome System einer Art Körperschaft mit

¹⁶ ABLEG 94, Nr. L 244/64.

¹⁷ *Junkes/Sadowski*, Mitbestimmung im Aufsichtsrat: Steigerung der Effizienz oder Ausdünnung von Verfügungsrechten?, in: *Frick u. a.* (Hrsg.), Die wirtschaftlichen Folgen der Mitbestimmung, 1999, S. 53 ff.

¹⁸ BVerfGE 50, 290 (355).

¹⁹ BVerfGE 50, 290 (359).

gesetzlich schematisierter, gruppenparitätischer Selbstverwaltung.“²⁰ Dann nämlich erschiene die Mitbestimmung lediglich als notwendige Ordnung eines organischen grundrechtlichen Freiheitsraumes, während das allein in Eigentümerkategorien denkende Privatrechtsmodell in ihr einen Fremdkörper, einen bloßen, sozialstaatlich motivierten Grundrechtseingriff sieht.

Es liegt auf der Hand, dass hier eine kulturelle Wasserscheide verläuft, die erklärt, warum aus der einen Sicht Heuschrecken organisch gewachsene Unternehmen verzehren und aus der Sicht von internationalen Fonds man einerseits verwundert über sozialistische Restbestände, aber andererseits auch erstaunt über den deutschen Verzicht ist, beispielsweise mit eigenen Pensionsfonds die globalen Eigentumsverhältnisse kräftiger mitzugestalten.

Es bleibt eine Frage der maßgeblichen Referenz: Betrachtet man das Wohl und die Selbstbestimmung der Eigentümer als ausschlaggebend? Oder rückt man eine reale Einheit wie den Betrieb oder ein Unternehmen in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit und hält diese organisch gewachsene Einheit für einen schützenswerten Freiheitsraum? Wer die Frage so stellt, den beschleicht eine Ahnung davon, was in einer dynamischen Weltwirtschaft international wohl anschlussfähig sein mag und auch was gemessen an der Vereinigungsfreiheit in klarer Abgrenzbarkeit praktikabel zu handhaben ist, und was nicht. Zugleich besitzt diese an die von *Ferdinand Tönnies* zwischen Gemeinschaft und Gesellschaft²¹ erinnernde Unterscheidung von gesellschaftlicher Eigentümerversammlung und territorial radizierter Unternehmensgemeinschaft einen eigenen Erklärungswert, wenn man daran denkt, dass Mitbestimmung dann eigentlich konsequent betrieblich gedacht werden und auch andere Gestaltungskräfte des Wirtschaftslebens wie ein starres Flächentarifsystem kritisch hinterfragt werden müssten. Das in internationale Bezüge integrierte Unternehmen mit Betrieben und Töchtern im In- und Ausland ist letztlich nur noch mit einem erneuerten Privatrechtsmodell, das auf spezifische Verhandlungslösungen mit einer öffentlich-rechtlichen Reserveordnung setzt, wirksam zu gestalten.

Wenn es insoweit für die Mitbestimmung etwas verfassungsrechtlich Neues zu berichten gibt, dann ist es eine Tendenz zum allmählichen Abschied von der korporativen und organischen Verfassungsinterpretation und deutlicheren Hinwendung zu einem klassisch individualrechtlichen Verständnis. Dies betrifft nicht diejenigen Gemeinschaften, die wie Religionsgemeinschaften, Ehe und Familie oder auch die Koalitionen ausdrücklich von der Verfassung als gemeinsame Freiheitsräume anerkannt sind – hier ist vielleicht sogar ein Bedeutungsgewinn der Gemeinschaftsdimension zu verzeichnen. Aber für Individualgrundrechte ohne konzeptionellen Gemeinschaftsbezug ist man inzwischen auch in Deutschland wesentlich zurückhaltender, gemeinschafts- oder sozialbezogene Vorprägungen anzunehmen. Die deutsche Auffassung, das Eigen-

²⁰ *Isensee*, Wirtschaftsdemokratie – Wirtschaftsgrundrechte – soziale Gewaltenteilung, in: *Der Staat* 17 (1978), 161 (167).

²¹ *Tönnies*, Gemeinschaft und Gesellschaft, Neudruck der 8. Auflage von 1935, 1979.

tum sei ein besonders sozialbezogenes Grundrecht, hatte jedenfalls bei der Fassung der europäischen Grundrechte-Charta keinen Erfolg.²²

So wie inzwischen die Rechtsprechung auch unter europäischem Einfluss das ständisch inspirierte Berufsrecht erheblich liberalisiert hat, so redet man heute deutlich weniger von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, sondern auch von abgrenzbaren Rechten des Unternehmers bis hin zu einem entweder in Art. 12 oder in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Grundrecht auf Unternehmerfreiheit, wie es auch die europäische Grundrechte-Charta kennt (Art. II-16 des Verfassungsvertrages). Das insofern etwas deutlicher akzentuierte und die besondere, aus Eigentum herrührende Direktions- und Verfügungsbefugnis berücksichtigende Unternehmergrundrecht kann jedenfalls eine deutlichere Grenze für Mitbestimmungsansprüche in denjenigen Fragen ziehen, die für die Unternehmerverantwortung von maßgeblicher Bedeutung sind. Das eigentliche Management, die Geschäftsführung des Unternehmens, ist insofern ein eigentumsrechtlich verdichteter Freiheitsraum, der für die Mitbestimmung nach Ansicht vieler entweder grundsätzlich verschlossen ist oder für Mitbestimmungsansprüche höhere Rechtfertigungshürden verlangt.

V. Europarechtliche Entwicklung

Es kann nicht darum gehen, die verfassungsrechtlichen Streitfragen von gestern neu aufzuwärmen.²³ Es gibt inzwischen ganz andere Gründe, verfassungsrechtlich neu zu gewichten. Solche Gründe liegen eben in der Internationalisierung und Europäisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechts. Die sozialpolitische Rechtfertigung für die Ausgestaltung und Begrenzung von Grundrechten war 1979 noch ganz und gar binnenorientiert. Heute stellen sich folgende Fragen: Ist eine gesetzliche Regelung, die im Ergebnis dazu führt, dass deutsche Unternehmen oder deutsche Arbeitnehmer im internationalen Wettbewerb messbare Nachteile erleiden, immer noch ein geeignetes Mittel, um die ursprünglichen Ziele – Sicherung der Bedingungen der Berufsfreiheit von Arbeitnehmern, sozialer Ausgleich im Unternehmen – überhaupt zu erreichen? Welchen Rang kann das deutsche Modell der Mitbestimmung für sich beanspruchen und damit den Umsetzungsgesetzgeber und den deutschen Anteil an der Integrationsgewalt verfassungsrechtlich binden? Wie ist verfassungsrechtlich eine Rechtfertigung für Grundrechtseingriffe zu bewerten, die möglicherweise nicht im Einklang mit europäischen Vorgaben und Vertragszielen steht?

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften beinhaltet Art. 43 EGV nicht nur ein reines

²² Es fehlt jedenfalls ein so weitgehender Fremdnützigkeitsbezug, wie er in Art. 14 Abs. 2 GG erblickt wird, vgl. Meyer (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 14, Rdnr. 7.

²³ Die Diskussion ist eher abgeklärt, vgl. Raiser, Bewährung des Mitbestimmungsgesetzes nach zwanzig Jahren, in: Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe Kübler, 1997, S. 477 ff.; Weiss, Zur aktuellen Bedeutung des Mitbestimmungsurteils (BVerfGE 50, 290 ff.), in: Kritische Vierteljahresschrift 2000, 405 ff.

„Diskriminierungsverbot“, sondern auch ein „Behinderungsverbot“. Der Gerichtshof hat demnach auch hier und seiner allgemeinen Rechtsprechungslinie folgend sein Verständnis der Niederlassungsfreiheit Schritt für Schritt integrationsfördernd ausgedehnt, und zwar von einem Diskriminierungsverbot hin zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot.²⁴ Dabei hat der EuGH zunächst das altbewährte Gemeinschaftsprinzip der gegenseitigen Anerkennung auch den gesellschaftsrechtlichen Fragen zugrunde gelegt. In der „Daily Mail“-Entscheidung ist festgehalten, dass der Mitgliedsstaat einer nach seiner Rechtsordnung gegründeten Gesellschaft bei Verlegung ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes aus seinem Hoheitsgebiet Beschränkungen auferlegen darf, damit sie die nach dem Recht dieses Staates zuerkannte Rechtspersönlichkeit beibehalten kann.²⁵ Entsprechend hat er mit der Centros-Entscheidung die korrespondierende Pflicht des Aufnahmestaates angenommen, eine wirksam in einem anderen Mitgliedsstaat gegründete Gesellschaft zu dulden, die dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, ohne dort eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben und nunmehr in seinem Hoheitsgebiet eine weitere Niederlassung eintragen lässt (Zweigniederlassung), von der aus sie ihre gesamte Tätigkeit entfalten kann.²⁶ Der Aufnahmemitgliedsstaat kann danach einer wirksam in einem anderen Mitgliedsstaat gegründeten Gesellschaft nicht sein eigenes materielles Gesellschaftsrecht, insbesondere Vorschriften über das Gesellschaftskapital, entgegenhalten. Mit dem Urteil „Überseering“ hat sich der EuGH sehr in die Nähe der gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen der deutschen Mitbestimmung begeben, wenn er bestimmt, dass auch bei tatsächlicher Verlegung (nur) des Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat, der Zuzugsstaat der Gesellschaft nicht diejenige Rechts- und Parteifähigkeit absprechen darf, die ihr nach dem Recht des Gründungsstaates zukommt.²⁷ Aus der Unvereinbarkeit der deutschen Kollisionsregel (dem IPR) mit der Niederlassungsfreiheit scheint auch die Unvereinbarkeit der deutschen Sitztheorie zu folgen, so dass stattdessen die Gründungstheorie anzuwenden sei.²⁸ Grundsätzlich bleibt es aber möglich, den sich hieraus ergebenden Eingriff in die Niederlassungsfreiheit mit „zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses“ zu rechtfertigen. Ein solches stellt grundsätzlich auch der Schutz von Arbeitnehmerinteressen dar, wenn die Mitbestimmungsregelungen diskriminierungsfrei und bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Mit der „Inspire Art“-Entscheidung hat der EuGH Unternehmensgründern die Wahlmöglichkeit unter allen Gesellschaftsformen der Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft zugestanden,²⁹ wenn zunächst

²⁴ Schanze/Jüttner, Die Entscheidung für Pluralität, in: Die Aktiengesellschaft 2003, 661 (666).

²⁵ EuGH Rs. C-81/87, Slg. 1988, 5483 (5511 f.).

²⁶ EuGH Rs. C-212/97, Slg. I 1999, 1459 (1491 f.).

²⁷ EuGH Rs. C-208/00, Slg. I 2002, 9919 (9974).

²⁸ Vgl. Kamp, Die unternehmerische Mitbestimmung nach „Überseering“ und „Inspire Art“, in: Betriebsberater 2004, 1496 (1498); Kindler, Auf dem Weg zur Europäischen Briefkastengesellschaft?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2003, 1073 ff.

²⁹ Es liegt danach ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) vor, wenn ein Mitgliedsstaat einer in einem anderen Mitgliedsstaat gegründeten Gesellschaft, die auf seinem Territorium ihre tatsächliche Hauptverwaltung installieren will, die Verpflichtung auferlegt, sich als „formal ausländische Gesellschaft“ zu bezeichnen. Ebenso unvereinbar: die Anordnung besonderer, inhaltlich über das Gründungsrecht hinausgehende Kapitalisierungs- und Haftungsregeln, EuGH Rs. C-167/01, Slg. I 2003, 10155 (10226).

eine Auslandsgründung und anschließend Errichtung einer inländischen „Zweigniederlassung“ vorliegt. Dies führt im Ergebnis zu einer weitreichenden gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit. Die Gründer sind nicht mehr auf Gesellschaftsformen beschränkt, die diejenige Rechtsordnung bereithält, innerhalb derer ihre geschäftlichen Aktivitäten aufgenommen werden sollen.³⁰ Damit treten die Probleme für die deutsche Mitbestimmung klar hervor. Ein Unternehmen, das in Deutschland eine Hauptverwaltung hat, kann die Anwendung der deutschen Unternehmensmitbestimmung dadurch ausschließen, dass es sich einer Gesellschaftsform aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU oder einem Mitgliedsstaat des EWR bedient und dann seinen Sitz nach Deutschland verlegt.³¹

Mit der EG-Verordnung Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft und der SE-Beteiligungsrichtlinie 2001/86/EG ist eine Harmonisierungsoption hinzugetreten, die den Mitgliedsstaaten in gewissem Umfang die Beibehaltung von Regeln der Unternehmensmitbestimmung erlaubt. Mit dem SE-Ausführungsgesetz³² und dem SE-Beteiligungsgesetz³³ hat der deutsche Gesetzgeber eigene SE-spezifische Regelungen erlassen. Das hier vorgesehene nicht ganz einfach angelegte Mixtum compositum aus Mindeststandard und Kontinuitätssicherung einerseits sowie Verhandlungsoption und Vertragsfreiheit andererseits wird wohl die Umwandlung oder Verschmelzung von mitbestimmten Unternehmensgesellschaften in eine SE³⁴ zu einem attraktiven Beratungsfeld einschlägig spezialisierter Anwaltskanzleien werden lassen. Für manche ist denn auch das deutsche SE-Beteiligungsgesetz nichts anderes als der Versuch, so gut es geht, das Mitbestimmungsregime zu zementieren, auch um den Preis einer geringen Attraktivität der Europäischen Gesellschaft im deutschen Rechtsraum.³⁵

VI. Europäisierung und Internationalisierung: Gründe für eine verfassungsrechtliche Neubewertung?

Sofern man die Mitbestimmung für von der Verfassung gefordert hielte, könnte man hier jedenfalls – anders als beim ersten Anlauf zum Europäischen Haftbefehlsgesetz³⁶ – dem Gesetzgeber nicht vorwerfen, er habe seinen Umsetzungsspielraum nicht in einer verfassungsrechtlich gebotenen Weise ausgeübt. Allerdings entstünden aus einer gegenläufigen Perspektive Bedenken, wenn man die Mitbestimmung nicht etwa

³⁰ Siehe näher *Schanze/Jüttner*, Die Entscheidung für Pluralität, in: Die Aktiengesellschaft 2003, 661 ff.

³¹ Bericht Kommission Mitbestimmung 2004, S. 15.

³² BGBl. I 2004, 3675 v. 22.12.2004.

³³ BGBl. I 2004, 3675, 3686 v. 22.12.2004.

³⁴ *Calle Lambach*, Das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE Beteiligungsgesetz – SEBG), in: Recht der Internationalen Wirtschaft 2005, 161 ff.

³⁵ *Klosterkemper*, Über die Mitbestimmung und die Über-Mitbestimmung, in: Festschrift Wißmann, 2005, S. 456 (472).

³⁶ BVerfG vom 18.7.2005, 2 BvR 2236/04, BGBl. I 2005, 2300.

als Teil des deutschen *ordre public* im Sinne verfassungsrechtlicher Anforderungen versteht,³⁷ sondern sie nach wie vor als rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff betrachtet. Denn dann wäre zu fragen, ob der europarechtlich eröffnete Freiraum, der durch die Ausgestaltung der Niederlassungsfreiheit konkretisiert wird, nicht in Deutschland wiederum grundrechtskonform ausgeübt werden muss. Das würde im Ergebnis zu einem nur auf den ersten Blick überraschenden Gleichklang von europarechtskonformer und verfassungskonformer Auslegung führen, denn wenn der Umsetzungsgesetzgeber die Attraktivität der Europäischen Gesellschaft allzu sehr schmälert, verstößt er nicht nur gegen den Sinn und Zweck der einschlägigen EG-Rechtsakte, sondern womöglich auch gegen die vom Grundgesetz gewährleisteten Wirtschaftsfreiheiten aus Art. 14, 12 und 2 Abs. 1. Dann entstünde eine bemerkenswerte Schnittstelle zwischen Europarecht und Verfassungsrecht. Europarechtlich geht die Frage dahin, ob die deutschen Mitbestimmungsregelungen eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit sind und ob sie – sofern es sich um unterschiedslose Beeinträchtigungen handelt – durch zwingende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden könnten.

Was europarechtlich als insofern richtiges Prüfungsprogramm zu gelten hat und was europarechtlich als zwingendes Allgemeininteresse Anerkennung findet, entzieht sich naturgemäß der verfassungsrechtlichen Beurteilung. Aber wenn nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die deutsche Verfassungsrechtsprechung die Mitbestimmung zu einer Identitätsfrage machen und mit Verfassungsrang ausgestattet verstehen, würde das Gewicht deutscher Argumente erhöht, während es dem Europäischen Gerichtshof leichter gemacht wäre, etwa ein zwingendes Allgemeininteresse zu verneinen, wenn im deutschen Verfassungsrecht die Mitbestimmung als zwar verfassungsrechtlich zulässig, aber eben nicht von Verfassungs wegen gefordert wäre.

Damit stehen wir vor zwei neu gestellten verfassungsrechtlichen Fragen: Erstens ob die Mitbestimmung inzwischen in Deutschland als verfassungsrechtlich geboten verstanden werden muss und wenn nicht, ob sie dann unter geänderten Rahmenbedingungen überhaupt noch geeignet ist, die rechtfertigenden Ziele, etwa des Schutzes der Arbeitnehmer, zu erreichen. Das Europarecht, aber auch die tatsächlichen Verhältnisse der Öffnung von Unternehmensstandorten weltweit führen also zur Notwendigkeit einer klar polarisierenden Antwort: Verteidigung eines Stückes deutscher Verfassungsidentität oder notwendige Wiederherstellung grundrechtlicher Freiheiten in einem international liberalisierten Umfeld?

Im Folgenden soll der Diskussion eine Grundorientierung gegeben, vergleichsweise unumstrittene Positionen formuliert werden. Zu hoch greifen wohl diejenigen, die in der Mitbestimmung eine Wertentscheidung aus dem Gedanken der Menschenwürde

³⁷ So *Thüsing* im Sinne des europarechtlich relevanten zwingenden Allgemeininteresses: Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2004, 381 (386 f.) m.w.N.; kritisch *Sandrock*, Gehören die deutschen Regelungen über die Mitbestimmung auf Unternehmensebene wirklich zum deutschen *ordre public*?, in: *Die Aktiengesellschaft* 2004, 57 ff.; *Rehberg*, in: *Eidenmüller* (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2004, S. 203, Rdnr. 106 ff.; vgl. auch BGH ZIP 1982, 172 ff.

heraus sehen. So ist zu lesen: „Mitbestimmung ist Ausdruck und Eckpunkt unserer realen und realisierbaren Vorstellung einer Wirtschaft, in der der Mensch nicht abhängiger, sich unterordnender und weisungsgebundener Kostenfaktor, sondern Träger und Gestalter der wirtschaftlichen Ordnung ist.“³⁸ Damit klingt die bekannte Objektformel von *Günter Dürig* an, aber man wird hier nicht fündig. Abgesehen davon, dass die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG nicht als selbständiges Grundrecht gedacht war, mit dem man schwierige Verfassungsfragen entscheiden sollte oder einmal getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers in Stein meißeln könnte, würde man hier einem Missverständnis zwischen dem legitimen Ziel des Gesetzes und einem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz aufsitzen. Natürlich hat jede gute politische Reglementierung den Zweck, die Bedingungen des menschlichen Daseins und damit die Aussichten für ein Leben in Würde zu verbessern, aber man wird nicht vertreten können, dass ohne die Unternehmensmitbestimmung etwa nach dem MitbestG die Menschenwürde der Arbeitnehmer verletzt wäre.

Ebenso wenig fruchtbar wäre eine staatsrechtliche Anleihe beim Demokratieprinzip, wonach ein so „vermachteter“ Raum wie das Großunternehmen zwingend einer Demokratisierung bedürfe,³⁹ hier wäre schon die Grenzlinie zwischen Staat und Gesellschaft klar missachtet. Ein wesentlich aussichtsreicherer Kandidat für die Begründung eines Verfassungsgebots auf Mitbestimmung ist das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.⁴⁰ Immerhin geht es bei diesem Prinzip inhaltlich gerade auch um den Ausgleich der praktischen Folgen, die das vorrangige Freiheitsprinzip des Grundgesetzes in Kauf nimmt. Das Sozialstaatsprinzip gibt den Auftrag, den wirtschaftlichen Freiheitsgebrauch in einer schonenden Weise so zu begrenzen, dass der Zusammenhalt der Gesellschaft und ihre ethischen Grundlagen der sozialen Verbundenheit gefördert oder jedenfalls nicht gravierend beschädigt werden. Insofern kann der Schutz von Arbeitnehmern in Betrieb und Unternehmen bis hin zur Beteiligung an strategischen Unternehmensentscheidungen mit dem Sozialstaatsprinzip gerechtfertigt werden.

Ob allerdings ein solcher Schutz auch aus diesem Prinzip *zwingend* folgt, steht auf einem anderen Blatt – und wer auch nur flüchtig hinschaut, wird sehen: Dieses andere Blatt ist leer. Es ist jedenfalls ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass es Sache des Gesetzgebers sei, wie er den Sozialstaatsauftrag erfülle, weil es an der näheren verfassungsrechtlichen Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips fehle.⁴¹ Es bedürfte nach diesem kursorischen Befund deshalb einer weiterreichenden Fantasie, stichhaltige Gründe anzuführen, warum ohne das gegenwärtige Modell der Mitbestimmung gegen Verfassungsrecht verstoßen würde.

³⁸ *Schmoldt*, Mitbestimmung und Reformbedarf aus gewerkschaftlicher Sicht, in: *Rieble*, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 145.

³⁹ *Werder*, Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, in: Die Aktiengesellschaft 2004, 166 (168); vgl. *Höpner*, Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss, 2004, S. 9.

⁴⁰ *Rehberg*, in: *Eidenmüller*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, S. 177, Rdnr. 10.

⁴¹ BVerfGE 100, 271 (284) unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 1, 97 (105).

VII. Die elastische Verteidigung eines deutschen Modells

Die deutsche Mitbestimmung kann gleichwohl überzeugend europarechtlich verteidigt werden, aber eben mit den üblichen politischen Gründen und rechtlichen Rechtfertigungen, und das auch nur, wenn der Gesetzgeber sich als lernend und anpassungsbereit versteht. Die Mitbestimmung ist in ihrer korporativ und kooperativ gefassten Diktion immerhin ein Stück gewachsener Nationalkultur. Es ist nicht ohne weiteres erkennbar, warum die Anwendung der Grundfreiheit auf Niederlassung in jedem Mitgliedsstaat nicht auch Rücksicht auf solche identitätsstiftenden Merkmale der Staaten zu nehmen hätte.⁴²

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob heute eine Verhältnismäßigkeitskontrolle aller Mitbestimmungsregelungen noch genauso ausfallen würde wie etwa im Jahr 1979. Hier scheinen mir aber zwei Dinge gleichwohl gewiss:

– Dass die Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz oder den Vorgaben zur Unternehmensmitbestimmung in einer offensichtlichen Weise ungeeignet wären, die sozialpolitischen Ziele des Gesetzgebers zu erreichen, wird man schon angesichts der höchst widersprüchlichen Einschätzungen nicht ernstlich vertreten wollen.

– Der gemeinschaftsrechtliche Kompromiss zur Mitbestimmung in der europäischen Gesellschaft hat den Mitgliedsstaaten ihre sozialpolitische Handlungsfähigkeit auf diesem Feld nicht genommen und den Unternehmen mit der vorrangigen Verhandlungslösung ein Stück kooperativer Selbstbestimmung gegeben. Der deutsche Gesetzgeber wird die praktische Entwicklung der sich anbahnenden neuen Vielfalt zu beobachten und gegebenenfalls zu prüfen haben, welches Mitbestimmungsniveau als vernünftiger Ausgleich zwischen Wirtschaftsgrundrechten von Unternehmen und dem sozialpolitische Schutz der Arbeitnehmer und ihrer Grundrechte zu gelten hat.

Die Rolle des Gesetzgebers zwischen europäischer Gestaltungsdynamik und den eigenen verfassungsrechtlichen Bindungen ist nicht einfach auszufüllen. Die Mitbestimmungsdiskussion ist aber ein instruktives Beispiel dafür, wie sich einerseits deutsches sozialpolitisches Denken unter dem Einfluss der Öffnung und Integration ändert, aber andererseits dieser deutsche Ansatz in einer modifizierten Form – wenn genügend Selbstbewusstsein im Spiel ist – sich auch europäisch ausbreitet. Das deutsche Verfassungsrecht ist in einer entsprechenden Situation: Es wird tagtäglich zu Anpassungen genötigt, aber auch zur Klarstellung seiner inneren Systematik, damit es gestaltungskräftig mit Ausstrahlungswirkung nach Europa bleibt.

⁴² Vgl. insoweit Art. 6 Abs. 3 EU.