I. Einleitung

Zwischen »unternehmerischer Entscheidungsfreiheit« und »Betriebsverfassung« besteht in der Literatur eine eher unfriedliche Koexistenz. Wenn etwa ein Aufsatz mit den Worten betitelt wird: »Die Unternehmensautonomie im Zugriff des Arbeitsrechts«,¹ so lässt sich unschwer erraten, wohin wohl die Reise gehen wird. Auch bei den Vorarbeiten zum BetrVG 1972 wurde die Gefährdung der unternehmerischen Freiheit nachhaltig beschworen. So sah sie etwa Obermayer² dadurch verletzt, dass die Einigungsstelle ohne nähere inhaltliche Vorgaben Personalfragebögen nach § 94 BetrVG und Personalrichtlinien nach § 95 BetrVG festlegen kann. Galperin³ beklagte nicht nur die »überstürzte Kodifikation« und die Stärkung des Gewerkschaftseinflusses, die den Betriebsrat an eine Betriebsgewerkschaftsleitung annähern würde. Vielmehr sah er in der damals noch geplanten Regelung auch die Gefahr, die unternehmerische Freiheit könne beseitigt werden.⁴ Der 1985 von der SPD-Opposition eingebrachte Entwurf eines neuen BetrVG,⁵ der u. a. die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erweitern wollte, fand den engagierten Widerspruch von Eich, der insbesondere einen Verstoß gegen Art. 14 und Art. 12 GG behauptete.⁶ Auch in der aktuellen Auseinandersetzung wird bisweilen mit einem »Gang nach Karlsruhe« gedroht,⁷ was nur dann Sinn

¹ Beuthien, ZfA 1988, 1ff.

² DB 1971, 1715, 1724.

³ BB 1971, 137.

⁴ Galperin, BB 1971, 141; eingehender ders., Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes. Eine kritische Analyse, Düsseldorf 1971.

⁵ BT-Drucksache 10/3666.

⁶ Eich, DB 1985, 1993, 1998.

⁷ So eine Aussage von Hans-Peter Stühl, Handelsblatt vom 6.12.2000, S.1 (bezogen auf den Referentenentwurf).

macht, wenn man in halbwegs plausibler Weise einen Verfassungsverstoß geltend machen kann.

Die »Betriebsverfassung«, ihr Schutz und ihr Ausbau haben sehr viel weniger verfassungsrechtliche Unterfütterung erfahren. Das (potenzielle) Recht des Individuums auf Erlass eines bestimmten Anforderungen genügenden Betriebsverfassungsgesetzes ist – soweit ersichtlich – nur einmal erörtert worden.⁸ In der Regel begnügt man sich mit der These, ein Abbau von Beteiligungsrechten verstoße gegen das Verbot des sozialen Rückschritts, das im Sozialstaatsprinzip enthalten sei. Die Konzeption eines »Grundrechts auf Mitbestimmung« war von vorneherein nicht darauf gerichtet, der Verfassung konkrete Aussagen über die Gestalt der Mitbestimmung zu entnehmen.⁹ Vielmehr ging es um ein »Ermöglichungsrecht«, d. h. um die rechtlich abgesicherte Chance, die Objektstellung der abhängig Beschäftigten aufzuheben oder zu mildern, was mangels anderer Entscheidungen des Gesetzgebers nur im Wege von Kollektivverträgen möglich ist, die sich auf den Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstrecken können.¹⁰ Landesrechtliche Garantien wie etwa Art. 37 der hessischen Verfassung¹¹ oder der (auf den öffentlichen Dienst beschränkte) Art. 26 der sächsischen Landesverfassung¹² haben die Entwicklung nicht wesentlich beeinflusst.¹³

Im Folgenden soll die heutige Rechtslage auf der Ebene des Grundgesetzes wie auf der des einfachen Gesetzes dargestellt werden. Es folgen einige Bezugnahmen auf die aktuelle Diskussion.

8 Kempfen, AuR 1986, 129ff.

9 Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 1973, S. 129ff.

10 Verengende Interpretation bei Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., 1998, § 7 IV 1.

11 Dazu Breunig, AuR 1987, 20ff.

12 Dazu Rinken, Das Grundrecht auf Mitbestimmung in der Verfassung des Freistaates Sachsen als Handlungs- und Kontrollnorm, 1999.

13 Bemerkenswert jedoch VerfGH Sachsen, AuR 2001, 144, der verschiedene Bestimmungen des LPersVG am Grundrecht auf Mitbestimmung des Art. 26 Verf. scheitern lässt.

II. Die verfassungsrechtliche Ebene

1. Der Arbeitgeber als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundgesetz kennt keine spezifische Garantie der Unternehmerfreiheit. Es unterscheidet sich insoweit beispielsweise von der spanischen Verfassung, die in Art. 38 Satz 1 bestimmt: »Die Unternehmensfreiheit im Rahmen der Marktwirtschaft wird anerkannt.«¹⁴ Ähnlich bestimmt Art. 41 Abs. 1 der italienischen Verfassung, dass »die privatwirtschaftliche Initiative frei« sei, und eine vergleichbare Formulierung findet sich in Art. 61 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung.¹⁵ Diese Garantien hängen damit zusammen, dass die genannten Verfassungen in weitem Umfang soziale Grundrechte gewähren und damit Direktiven für das Wirtschaftsleben enthalten, die eines »Gegengewichts« bedurften.¹⁶ Im Parlamentarischen Rat hatte man demgegenüber die »Lebensordnungen« grundsätzlich ausgeklammert und nur für die Kirchen, das Berufsbeamtentum und die Familie eine Ausnahme gemacht. Es ist daher völlig konsequent, wenn das Recht, ein Unternehmen zu gründen und zu betreiben, (nur) als eine Erscheinungsform der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert wird.¹⁷ Der Terminus »unternehmerische Freiheit« umschreibt daher lediglich eine Ausübungsform des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG; eigenständiger materieller Gehalt kommt ihm nicht zu.¹⁸

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hatte sich zunächst praktisch nur mit der Abwehrfunktion des Art. 12 Abs. 1 GG zu befassen. Sie entwickelte im sog. Apothekenurteil eine eigenständige Schrankensystematik,¹⁹ die im Laufe der Jahrzehnte weiter ausdifferenziert wurde. Der heutige Rechtszustand lässt sich in etwa mit der Formel umschreiben, je stärker die

14 Zitiert nach dtv-Textausgabe, Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, 2. Aufl., 1990.

15 Dtv-Textausgabe a.a.O.

16 Überblick über Vorhandensein und Praxis sozialer Grundrechte in den Mitgliedstaaten der EG bei Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union Européenne, 2000 (deutsche Übersetzung in Vorbereitung).

17 Besonders deutlich BVerfGE 50, 290, 363: »Sofern es sich um Tätigkeiten handelt, die den dargelegten Voraussetzungen eines Berufs entsprechen, ist grundsätzlich auch die »Unternehmerfreiheit« im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.« Vgl. auch BVerfGE 97, 169, 176, wo es als Ausübung der Berufsfreiheit qualifiziert wird, wenn der Arbeitgeber über Zahl und Auswahl seiner Mitarbeiter entscheidet.

18 Manssen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Rn. 65.

19 BVerfGE 7, 377ff.

rechtlichen und faktischen Wirkungen eines Eingriffs seien, umso gewichtiger müssten die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke sein.²⁰

Die den Grundrechtsträgern zugemuteten Einschränkungen können außerordentlich weit reichen. So liegt eine bloße Berufsausübungsregelung, die auf vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gestützt werden kann, auch dann noch vor, wenn in Folge einer vom Staat auferlegten Verpflichtung (im konkreten Fall: zur Mineralölbevorratung) einzelne Unternehmer aus wirtschaftlichen Gründen zur Aufgabe ihres Berufs gezwungen sind; erst wenn dies zum Regelfall würde, wäre die Freiheit der Berufswahl betroffen und nach einem entsprechend gravierenden Gemeinschaftsinteresse zu fragen.²¹ Auch im Zusammenhang mit der Erhöhung der Beförderungssteuer für Werkfernverkehr auf das Fünffache wurde es als rechtlich unerheblich angesehen, wenn einzelne Betroffene deshalb ihren Betrieb einstellen müssen.²² Dass eine Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip besteht und dass der Gesetzgeber darauf zu achten hat, dass nicht einzelnen Gruppen wesentlich stärkere Belastungen auferlegt werden,²³ wird solche Konsequenzen häufig vermeiden, kann sie jedoch nicht definitiv ausschließen.

Soweit das BVerfG die in arbeitsrechtlichen Normen liegende Beschränkung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit zu beurteilen hatte, stand derart Dramatisches nie zur Debatte. Gesetzliche Beschränkungen der Ladenöffnungszeiten wurden ebenso gebilligt²⁴ wie das mittlerweile aufgehobene Nachtbackverbot.²⁵ Auch die Pflichtquote zugunsten von Schwerbehinderten und die ersatzweise eingreifende Ausgleichsabgabe fanden die Zustimmung des Gerichts.²⁶ Weiter hätten gegen eine Ausbildungsplatzabgabe für nicht ausbildende Betriebe keine Bedenken bestanden.²⁷

Wenig Erfolg war auch den Bemühungen beschieden, das BetrVG 1972 für (ganz oder teilweise) verfassungswidrig erklären zu lassen. Die Verfassungs-

20 ErfK-Dieterich, 2. Aufl., 2001, Art. 12 Rn. 27: Das Abwägungsprogramm des BVerfG arbeitet nicht mit drei Stufen, sondern mit einer ansteigenden Rampe.

21 BVerfGE 30, 292, 314.

22 BVerfGE 16, 147, 165.

23 S. BVerfGE 30, 292, 327; 68, 155, 173.

24 BVerfGE 13, 237, 240ff.

25 BVerfGE 23, 50, 59f.; 87, 363, 382.

26 BVerfGE 57, 139, 159ff.

27 BVerfGE 55, 274ff.; das entsprechende Gesetz scheiterte jedoch daran, dass die erforderliche Zustimmung des Bundesrats nicht vorlag.

beschwerde eines Unternehmers scheiterte im Vorprüfungsausschuss, weil er seine individuelle Betroffenheit nur im Hinblick auf das gewerkschaftliche Zugangsrecht nach § 2 Abs. 2 BetrVG dargetan habe; insoweit würde es jedoch angesichts der Rechtsprechung zum Zugangsrecht der Gewerbeaufsicht an einer hinreichenden Erfolgsaussicht fehlen.²⁸ Nicht besser erging es einem Arbeitgeber, der in der Auferlegung von Schulungskosten nach § 40 BetrVG eine unerlaubte Gegnerfinanzierung und daneben noch weitere Verfassungsverstöße erblickte.²⁹ Bemerkenswert war dabei, dass die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände die erbetene Stellungnahme im Verfahren nicht abgab – offensichtlich betrachtete man das Vorgehen von vorneherein als wenig aussichtsreich.

2. Der Arbeitnehmer als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Schon in der Apotheken-Entscheidung hatte das BVerfG den Grundsatz ausgesprochen, dass Art. 12 Abs. 1 GG über die traditionelle Gewerbefreiheit hinausgeht und gleichermaßen die selbstständige wie die unselbstständige Tätigkeit schützt.³⁰ Dies war angesichts der Formulierung des Verfassungstextes, der die freie Wahl des Arbeitsplatzes mit umfasst, im Grunde evident; auch in der Literatur erhob sich kein Widerspruch.³¹

Diese Aussage hatte allerdings bis Anfang der 90er Jahre eher platonische Bedeutung.³² Dies hing einmal damit zusammen, dass nur ein kleiner Teil der auf Art. 12 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerden Arbeitnehmerinteressen betraf und diese in der Regel nur als Legitimation für Eingriffe in die Berufsfreiheit selbstständig Tätiger eine Rolle spielten.³³ Dazu kam, dass die Schutzpflichtlehre jedenfalls im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG noch relativ wenig entwickelt war und von daher keine Basis für eigenständige Aktivitäten abhängig Beschäftigter abgeben konnte.³⁴

Seit der Mitbestimmungsentscheidung vom 1. März 1979³⁵ begann sich die Situation allmählich zu ändern. Diese selbst begnügte sich noch mit der

28 BVerfG AP Nr. 3 zu § 2 BetrVG 1972.

29 BVerfG AP Nr. 13 zu § 40 BetrVG 1972.

30 BVerfGE 7, 377, 397.

31 S. statt aller Papier, RdA 1989, 137, 138; Söllner AuR 1991, 46.

32 So Häberle, JZ 1984, 345, 350.

33 Bryde, NJW 1984, 2178.

34 Vgl. Kühling, FS Dieterich, 1999, S. 325f.

Aussage, die Arbeitnehmergrundrechte würden die durch den Gesetzgeber zu konkretisierende soziale Bindung des Anteilseigentums »verdeutlichen und verstärken«: Mitbestimmung im Unternehmen beeinflusse zu einem nicht unwesentlichen Teil die Bedingungen, unter denen die Arbeitnehmer namentlich ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit wahrnehmen, das für alle sozialen Schichten von Bedeutung sei.³⁶ Der Gedanke, dass sich im Betrieb zwei ebenbürtige Grundrechtsträger gegenüber stehen, deren Entfaltungsmöglichkeiten u. a. durch das BetrVG bestimmt werden, findet sich nach entsprechenden Vorüberlegungen in der Literatur³⁷ erstmals in einer Entscheidung des Vorprüfungsausschusses vom 18. Dezember 1985:³⁸ Die betriebliche Mitbestimmung baue auf der Tatsache auf, dass der Arbeitgeber seine Berufsfreiheit nur mit Hilfe der Arbeitnehmer wahrnehmen könne, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG seien. Art. 12 Abs. 1 gebiete nicht, Berufsausübungsregelungen so zu gestalten und auszulegen, dass sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unberührt lassen; vielmehr könne durch Einschaltung einer Einigungsstelle eine »Konkordanz« der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer herbeigeführt werden. Inzwischen ist dies durch den Ersten Senat im Fall der Montanmitbestimmung bestätigt worden.³⁹

Die Eingriffsdimension der Arbeitnehmer-Berufsfreiheit wurde erst in der sog. Warteschleifen-Entscheidung vom 24. April 1991 entwickelt.⁴⁰ Bei der Berufswahl gehe es um die Frage des Einzelnen, auf »welchem Feld« er sich beruflich betätigen wolle, die Arbeitsplatzwahl betreffe die Entscheidung, an »welcher Stelle« der Einzelne dem gewählten Beruf nachgehen möchte. Dort findet dann die Berufsausübung statt. Staatliche Eingriffe unterliegen denselben Schranken wie im Verhältnis zu selbstständiger Erwerbstätigkeit. Dabei umfasst die »freie Wahl des Arbeitsplatzes auch das Recht, diesen beizubehalten oder aufzugeben«.⁴¹

35 BVerfGE 50, 290ff.

36 BVerfGE 50, 290, 349.

37 Insbesondere Hoffmann-Riem, FS Ipsen, 1977, S. 385ff. Vgl. auch Häberle, JZ 1984, 345, 351: Rückbindung an Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.

38 BVerfG AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zustimmend Manssen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 12 GG Rn. 207; ähnlich auch Söllner, AuR 1991, 52; kritisch R. Scholz, NJW 1986, 1587ff.

39 BVerfGE 99, 367, 392.

40 BVerfGE 84, 133ff.

41 BVerfGE 84, 133, 146.

Aus Art. 12 Abs. 1 folgt eine staatliche Schutzpflicht, deren Tragweite noch nicht abschließend geklärt ist. Ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, einen bestimmten Beruf wie den des Seemannes auch entgegen internationalen Marktwängen zu erhalten, blieb in der Entscheidung zum sog. Zweiten Schiffsregister letztlich dahingestellt.⁴² Immerhin kann (wohl auch heute noch) der Schutz eines Berufsstandes Lenkungsmaßnahmen rechtfertigen, wenn eine soziale Krise akut droht und die Interessen anderer Gruppen dabei nicht willkürlich vernachlässigt werden – so entschieden für den Berufsstand der Winzer im Jahre 1958.⁴³ Wichtiger ist im vorliegenden Zusammenhang die Schutzfunktion innerhalb bestehender Arbeitsverhältnisse. Insoweit ist auf die Entscheidung zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG zu verweisen, wo aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Minimum an Bestandsschutz abgeleitet wurde.⁴⁴

3. Der Spielraum des Gesetzgebers

Geht man von der schwer bestreitbaren These aus, dass im Betrieb sowohl der Arbeitgeber wie auch die Arbeitnehmer ihre Berufsfreiheit realisieren (wollen), so ist es ersichtlich Sache des Gesetzgebers, die notwendige Grenzziehung festzulegen; notfalls müssen die Gerichte in die Bresche springen.⁴⁵ In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass beiden Rechten zu möglichst weitgehender Wirksamkeit verholfen werden muss.⁴⁶ So schön dies klingt – die Formel hilft nicht weiter, wenn das eine Recht nur auf Kosten des anderen geschützt und gefördert werden kann. Für diesen Fall wird ein »angemessener« Ausgleich verlangt,⁴⁷ der bisweilen auch mit dem Prädikat »ausgewogen« versehen wird.⁴⁸ Was dies konkret bedeutet, bleibt

42 BVerfG NZA 1995, 272, 275.

43 BVerfGE 8, 71, 80.

44 BVerfGE 89, 214, 232ff.; dazu Däubler, FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271ff.; Hanau, FS Dieterich, 1999, S. 201ff.; Kittner, NZA 1998, 731ff.; Wank, FS Hanau, 1999, S. 295ff. Zum arbeitsrechtlichen Grundrechtsschutz s. weiter Plander, FS Gnade, 1992, S. 79ff.

45 Zum Parallelproblem der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerkoalitionsfreiheit s. BVerfGE 84, 212, 228; BVerfGE 94, 268, 284.

46 S. statt aller BVerfGE 89, 214, 232.

47 BVerfGE 97, 169, 176.

48 BVerfG NZA 1992, 270, 273; Papier, RdA 1989, 137, 138; Wieland in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 1996, Art. 12 Rn. 149.

unklar – den Arbeitsrechtlern ist die »ausgewogene Personalstruktur« noch in unangenehmer Erinnerung, die nach der zwischen 1996 und 1998 geltenden Fassung des § 1 Abs. 3 KSchG der sozialen Auswahl entgegen stand.⁴⁹ Betrachtet man die bisherige Rechtsprechung des BVerfG, so besitzt der Gesetzgeber ein sehr weites Beurteilungsermessen. So ist es beispielsweise verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der von Art. 12 Abs. 1 GG mitumfasste Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses auf einen hinter dem KSchG zurückbleibenden »Kündigungsschutz zweiter Klasse« reduziert wird.⁵⁰ Die Schutzpflicht ist erst verletzt, wenn eines der kollidierenden Rechtsgüter in völlig unangemessener Weise dem anderen untergeordnet wird.⁵¹

Überträgt man dies auf den hier interessierenden Zusammenhang, so wäre es dem Gesetzgeber unter dem Aspekt des Art. 12 Abs. 1 GG lediglich verboten, die Mitbestimmung auf völlig sekundäre Fragen abzurängen. Auf der anderen Seite wäre die Berufsfreiheit der Arbeitgeberseite nicht verletzt, würde man erheblich über den Status quo hinausgehen und beispielsweise die ordentliche Kündigung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterwerfen.⁵²

Inwieweit es für derartige Regelungen eine »Obergrenze« gibt, ist auf der Grundlage von Rechtsprechung und Lehre nur schwer zu entscheiden. Ob wirklich zentrale Funktionen der Planung, Organisation und Leitung des Unternehmens »unentziehbar« sind,⁵³ wage ich zu bezweifeln. Letztlich würde dies bedeuten, dass man einem bestimmten Typus von Berufen einem von Verfassungen wegen zwingenden (Mindest-) Inhalt gibt, wofür weder Wortlaut noch bisherige Handhabung des Art. 12 Abs. 1 GG, der ja auch atypische Berufe erfasst, einen Anhaltspunkt geben. Auch hätte man das Problem, den unantastbaren vom verzichtbaren Bereich unternehmerischer

49 Zur Vorschrift des § 125 Abs. 1 InsO, die weiter mit diesem Begriff arbeitet, s. Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, Kommentar, 5. Aufl., 2001, § 125 InsO Rn. 21.

50 BVerfGE 97, 169, 176ff.

51 So Kühling, FS Dieterich, S. 332. Anders vor der neuesten Rechtsprechung Löwisch, in: Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, 1998, S. 46ff., der den Kündigungsschutz ausschließlich als Eingriff in die unternehmerische Freiheit sieht.

52 Ebenso BAG DB 2001, 389 für eine entsprechende tarifliche Regelung, die sogar entgegen neuern Tendenzen in Rechtsprechung und Literatur unmittelbar an Art. 12 (und Art. 14 Abs. 1 GG) gemessen wurde.

53 Papier, NJW 1987, 994; ähnlich Erk-Dieterich, Art. 12 GG Rn. 43.

Selbstbestimmung trennscharf abgrenzen zu müssen. Darauf wird im Rahmen der Auslegung des einfachen Rechts nochmals zurückzukommen sein. Plausibler erscheint es demgegenüber, eine Grenze in der Funktionsfähigkeit des Unternehmens zu sehen,⁵⁴ doch sagt dies nicht notwendig etwas über die Verteilung der Einflussphären aus.

In der Gegenwart würden Überlegungen zur Mitbestimmung über die Personalplanung oder gar über Investitionspolitik und Preise ein wenig an Sandkastenspiele erinnern. Schlimmer noch: Die Diskussion würde sich an solchen Modellvorstellungen festmachen und sie als Anschauungsmaterial für die Perhorreszierung der betrieblichen Mitbestimmung nutzbar machen. Stattdessen empfehle ich einen pragmatischen Ansatz, wonach man in erster Linie Vorstellungen aufgreift, die im einen oder anderen Bereich bereits durch Tarifvertrag oder durch betriebliche Praxis abgesichert sind.⁵⁵ So hat beispielsweise das BAG einen Tarifvertrag für rechtmäßig erklärt, der dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Kündigungen einräumte, dem Arbeitgeber im Falle einer Ablehnung aber nur den Weg zum Arbeitsgericht eröffnete.⁵⁶ Dies läuft inhaltlich auf eine Regelung hinaus, die vor 15 Jahren unter dem Stichwort der Auflösungsklage erörtert wurde. Bemerkenswert ist weiter ein gleichfalls vom BAG akzeptierter Tarifvertrag, der aus dem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen (§ 99 Abs. 2 BetrVG) ein volles Mitbestimmungsrecht machte, und dies sogar dann akzeptierte, als es um einen Tendenzträger in einem Tendenzbetrieb ging.⁵⁷ Im Bereich der Weiterbildung existieren neben einer Reihe von Tarifverträgen zahlreiche Betriebsvereinbarungen, die Gegenstände jenseits des Mitbestimmungsrechts nach § 98 BetrVG betreffen.⁵⁸ Ein anderes Beispiel ist die Fremdvergabe von Aufträgen, die in einigen Fällen der Einflussnahme des Betriebsrats geöffnet und von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wurde.⁵⁹ Wollte man diese Punkte in ein neues BetrVG einfügen, würde man immer noch auf dem Boden der Tatsachen bleiben, auch wenn

54 BVerfGE 50, 290, 352 (aus Art. 14 Abs. 1 abgeleitet).

55 Ähnlich (wenn auch mit weitergehenden gesellschaftspolitischen Vorstellungen) bereits Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 61ff.

56 BAG DB 2001, 389.

57 BAG DB 1995, 1670.

58 Heidemann, Betriebliche Mitbestimmung. Analyse und Handlungsempfehlungen, 1999, S. 13.

59 Dazu Däubler, GMH 2001, 220 mit rechtsvergleichenden Hinweisen.

man sicherlich von einigen als Traumtänzer, Radikaler oder ewig Gestriger abqualifiziert würde.

Noch eine Leitlinie für den Gesetzgeber sei nachgetragen. Das Grundrecht der Berufsfreiheit hat personalen Charakter;⁶⁰ für den einzelnen Menschen ist es mehr als Broterwerb, weil die eigene Identität wie auch der Status in der Gesellschaft weitgehend durch die berufliche Tätigkeit bestimmt wird.⁶¹ Dies schließt es zwar nicht aus, dass Art. 12 Abs. 1 GG auch auf juristische Personen aller Größenordnungen, auch solche ohne personalen Bezug erstreckt wird, obwohl dies der Wesensformel des Art. 19 Abs. 3 GG entsprechend eigentlich ausscheiden müsste,⁶² doch ist ein »Zurückstehen« hinter der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in solchen Fällen eher möglich.⁶³

4. Rückgriff auf Art. 14 Abs. 1 GG?

a. Arbeitgeberseite

Ob betriebliche Mitbestimmung auch den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts betreffen kann, lässt sich auf der Basis der vorhandenen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nur schwer entscheiden. Ausgangspunkt ist, dass die Berufsfreiheit die erwerbsbezogene Betätigung schützt, während sich die Eigentumsgarantie auf das Erworbene bezieht und deshalb Chancen und Verdienstmöglichkeiten von ihr nicht erfasst werden.⁶⁴ Bei Eingriffsgesetzen soll danach unterschieden werden, ob »eher« der erste oder »eher« der zweite Bereich betroffen ist.⁶⁵ Dieser Ansatz wirft dann Probleme auf, wenn Erwerbsmöglichkeiten mit einem Gegenstand unmittelbar verknüpft und alternative Verwendungsmöglichkeiten nicht oder nur unter unverhältnismäßig hohen Kosten möglich sind.⁶⁶ In solchen Fällen dürfte eine kumulative Grundrechtsbetroffenheit vorliegen.⁶⁷ Dabei ist allerdings zu beachten, dass Voraussetzungen und Schranken von Eingriffen mit den im

60 BVerfGE 30, 292, 334; 50, 290, 362.

61 Bryde, NJW 1984, 2182.

62 BVerfGE 50, 290, 363 verweist denn auch lediglich auf seine eigene ständige Rechtsprechung.

63 In ähnliche Richtung tendieren BVerfGE 50, 290, 363ff.

64 So etwa BVerfGE 30, 292, 335.

65 BVerfGE 30, 292, 335; 84, 133, 157.

66 S. etwa zum Vermietereigentum BVerfGE 37, 132ff.

67 Ebenso Papier, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, Rn. 59, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994.

Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG geltenden weithin identisch sind;⁶⁸ insofern kann grundsätzlich auf die eben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Im Bereich der Unternehmensmitbestimmung ist die Situation insofern eine andere, als das Anteilseigentum durch die Beteiligung der Arbeitnehmerseite am Aufsichtsrat unmittelbar betroffen ist, so dass insoweit Art. 14 Abs. 1 GG unstreitig eingreift. Dabei hat das BVerfG auf der einen Seite dem Gesetzgeber erweiterte Gestaltungs- und Eingriffsmöglichkeiten eröffnet, da das unternehmerisch genutzte Eigentum notwendig »Drittbezug« in dem Sinne hat, dass seine Nutzung nur mit Hilfe von Nichteigentümern, d. h. der Arbeitnehmer, möglich ist.⁶⁹ Auf der anderen Seite sind zwei Grenzen zu beachten: Das Zuordnungsverhältnis zum Eigentümer und die Substanz des Gegenstands müssen erhalten bleiben; außerdem darf die gesetzlich verordnete Binnenorganisation das Unternehmen nicht funktionsunfähig machen.⁷⁰ Beides steht in der aktuellen Auseinandersetzung um die betriebliche Mitbestimmung nicht ernsthaft zur Debatte.

b. Arbeitnehmerseite

Im Verfahren über die sog. Warteschleife war von den Beschwerdeführern auch geltend gemacht worden, der gesetzliche Eingriff in ihre Arbeitsverhältnisse verstoße gegen Art. 14 Abs. 1 GG.⁷¹ Das BVerfG hat dieses Abstellen auf das »Haben« eines Arbeitsplatzes nicht akzeptiert; die Betroffenen würden um die Freiheit der individuellen Erwerbsfähigkeit kämpfen, so dass Art. 14 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab nicht in Betracht komme.⁷² Als externer Beobachter kann man vermuten, dass wichtiger als diese schriftlich niedergelegten Erwägungen die Befürchtung war, in zahlreiche Folgeprobleme verstrickt zu werden. Wie hätte man beispielsweise begründen können, dass bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes ein entschädigungsloser Entzug des Arbeitsplatzes möglich ist? Im Mietrecht schienen keine vergleichbaren

68 BVerfGE 21, 150, 155; Gubelt in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Kommentar zum GG, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rn. 98; Papier, a.a.O.

69 BVerfGE 50, 290, 341, auch zum Folgenden.

70 BVerfGE 50, 290, 352. BVerfGE 99, 367, 390 konstatiert für die Montanmitbestimmung keine nachhaltige Erschwerung der unternehmerischen Entscheidungsabläufe.

71 Dokumentiert bei Wulf-Mathies (Hrsg.), »Warteschleife« und Einigungsvertrag, 1992, S. 91ff.

72 BVerfGE 84, 133, 157, bestätigt durch BVerfGE 85, 360, 383.

Schwierigkeiten zu bestehen, da sich die Auflösung des Mietverhältnisses aufgrund Eigenbedarfs des Vermieters sehr viel leichter grundrechtlich fundieren lässt als die Entscheidung eines Großunternehmens, sein Personal um 5 % zu reduzieren.⁷³ Auch der BGH hatte keine Bedenken gehabt, ein Pachtverhältnis trotz seiner Kündbarkeit dem Art. 14 GG zu unterstellen.⁷⁴

Die (mögliche) eigentumsrechtliche Imparität könnte Anlass sein, der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers zusätzliche Grenzen in dem Sinne zu ziehen, dass bestimmte Eigentümerbefugnisse nicht angetastet werden dürfen. Dies erschiene vom Ansatz her einleuchtender als eine Verortung in Art. 12 Abs. 1 GG. Gleichzeitig ist aber zu bedenken, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG⁷⁵ eine Aktionärsminderheit gegen Entschädigung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, ohne dass deshalb Art. 14 Abs. 1 verletzt wäre: Die Reduzierung auf einen rein vermögensrechtlichen Anspruch und der Entzug aller potenziellen Mitverwaltungsrechte wurde als zulässig angesehen.

5. Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 und das Sozialstaatsprinzip?

Soweit eine berufliche Tätigkeit als solche in Rede steht, geht Art. 12 Abs. 1 GG dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG als *lex specialis* vor.⁷⁶ Auch der Rückgriff auf das Sozialstaatsgebot scheidet aus; Art. 12 Abs. 1 GG enthält insoweit den konkreteren Maßstab.⁷⁷

III. Die gesetzliche und richterrechtliche Ebene

Nach dem Gesagten steht es dem Gesetzgeber frei, welches Maß an unternehmerischer Autonomie er anerkennen will. Geht man die getroffenen Ent-

73 Für die Erstreckung der Eigentumsgarantie auf die Rechtsstellung des Mieters BVerfG NJW 1993, 2035.

74 BGHZ 26, 248, 255.

75 BVerfGE 14, 263, bestätigt durch BVerfGE 100, 289, 302ff.

76 BVerfGE 30, 292, 334; ebenso ErfK-Dieterich, Art. 12 GG Rn. 15; Gubelt in: von Münch/Kunig Art. 12 Rn. 93; Wiese, Zur Zulässigkeit von Beschäftigungsverboten im Arbeitsschutzrecht, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 5.

77 BVerfGE 97, 169, 185.

scheidungen durch, werden einige erklärungsbedürftige Unterschiede deutlich.

1. Unternehmerische Autonomie im Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht

Die durch das GWB verfassten Gütermärkte gehen im Grundsatz davon aus, dass das einzelne Wirtschaftssubjekt sich selbst steuert und eigene Verhaltensprioritäten setzen kann. Das Recht tritt insoweit grundsätzlich nur auf den Plan, wenn es darum geht, vertragliche Selbstbeschränkungen dieser Freiheit auszuschließen. Vom »Entdeckungsverfahren Wettbewerb« erwartet man sich wirtschaftliche, technische und organisatorische Innovationen, die sich sehr viel leichter als in bürokratischen Strukturen entwickeln lassen.⁷⁸

Das Binnenorganisationsrecht der AG legt in § 76 Abs. 1 AktG die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands fest und will auf diese Weise dafür sorgen, dass sich dieser nicht in Abhängigkeit von anderen Organen oder Dritten begibt.⁷⁹ Auf der anderen Seite ist die Unabhängigkeit im Konzernrecht wieder aufgehoben; die abhängige juristische Person⁸⁰ besitzt nur noch einen Anschein von Autonomie. Die Zeiten, in denen das Reichsgericht Derartiges als sittenwidrig gebrandmarkt hat,⁸¹ sind längst vergangen. Es gibt eben in der modernen Wirtschaft »Personen höherer und niederer Ordnung«.⁸²

Auch autonom agierende Unternehmen müssen sich im Falle der Marktbeherrschung ein erhebliches Maß an staatlicher Kontrolle gefallen lassen. Ein durch § 19 Abs. 1 und 4 GWB verbotenes missbräuchliches Verhalten kann auch in der Preisgestaltung liegen.⁸³ Die verlangten Preise müssen sich u. a. auch im Hinblick auf die unternehmensinterne Kostenstruktur eine Überprüfung durch die Kartellbehörden gefallen lassen.⁸⁴ Zwar ist es in der

78 Eine Vertiefung muss an dieser Stelle unterbleiben. Die oben formulierte These setzt sich insoweit Zweifeln aus, als die wohl wichtigsten technischen Innovationen der letzten 60 Jahre (Atomkraft, Computer, Internet) im militärischen Sektor und damit doch wohl in bürokratischen Strukturen entwickelt wurden.

79 Dies schließt selbstredend Verträge der AG als solcher nicht aus, die diese z. B. einer Bank gegenüber zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.

80 So das noch immer aktuelle gleichnamige Buch von Kronstein (1931).

81 RGZ 81, 308.

82 Kronstein, a.a.O., S. 1.

83 Schultz in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl., 2000, § 19 Rn. 92; Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 208ff.

Praxis höchst schwierig, einen Missbrauch zu belegen, da der sich in einem wettbewerblichen Markt ergebende Preis oft ungewiss ist und da eine Abweichung nur dann beanstandet wird, wenn kein »sachlicher Grund« besteht⁸⁵ – bemerkenswert bleibt der Grundsatz als solcher, dass das Vorliegen ungerechtfertigter Extra-Gewinne zu staatlichen Sanktionen führen kann. Auch »autonome« Entscheidungen bedürfen insoweit der Rechtfertigung und müssen sich eine Überprüfung gefallen lassen.

2. Unternehmerische Autonomie im Arbeitsrecht

Aufgrund der Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung⁸⁶ dominiert die Vorstellung, die freie unternehmerische Sphäre sei den arbeitsrechtlichen Normen mehr oder weniger vorgegeben. Eine nähere Betrachtung erweist, dass eine solche Annahme nicht zutrifft. Beginnen wir mit zwei Fragen, die normalerweise nicht im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses stehen.

a. Feiertags- und Arbeitsschutz

Nach dem früheren § 105c Abs. 1 Nr. 4 GewO (heute: § 10 Abs. 1 Nr. 15 ArbZG) ist Sonntagsarbeit dann zulässig, wenn bei einer Unterbrechung des Arbeitsprozesses Rohstoffe verderben oder Arbeitsergebnisse misslingen würden. Da Sonntagsarbeit aufgrund der von der Verfassung vorgesehenen grundsätzlichen Sonntagsruhe⁸⁷ die Ausnahme bleiben soll, stellt sich das Problem, ob die Sonntagsarbeit auch dann zulässig ist, wenn der Arbeitgeber eine entsprechend »empfindliche« Technologie von sich aus einführt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1963 nahm das BayObLG⁸⁸ einen differenzierenden Standpunkt ein: Die die Sonntagsarbeit notwendig machende Arbeitsmethode sei dann zu unterlassen, wenn die mit ihr erzielbaren Vorteile »bei einer billigen Abwägung gegenüber den sozialen Nachteilen der Sonntagsarbeit nicht erheblich sind«. Wegen geringer wirtschaftlicher oder technischer Verbesserungen soll also die Sonntagsruhe nicht aufs Spiel gesetzt

84 S. BGH NJW 2000, 76 – Flugpreisspaltung; aus der früheren Rechtsprechung insbesondere BGH NJW 1976, 2259 – Vitamin B; BGH NJW 1977, 675 – Valium/Librium.

85 Zur Praxis im Einzelnen s. Schultz in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rn. 114ff.

86 S. etwa BAG EzA § 2 KSchG Nr. 26 mit Anm. Henssler; BAG NZA 1999, 471, 472.

87 Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV.

88 AP Nr. 1 zu § 105 c GewO.

werden. Entsprechendes wäre auch im Bereich des Gesundheitsschutzes denkbar, da das Arbeitsschutzgesetz anders als die GewO die »Natur des Betriebes« nicht mehr als vorgegebene Größe nennt.

b. Kürzung betrieblicher Altersrenten

Eine sehr viel weitergehende inhaltliche Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung wird dann praktiziert, wenn eine Unternehmenssanierung in der Weise erfolgen soll, dass auch den Betriebsrentnern Opfer zugemutet werden. Nach der Rechtsprechung des BAG⁸⁹ muss der Arbeitgeber seine wirtschaftliche Notlage und ihre Ursachen durch ein unparteiisches betriebswirtschaftliches Gutachten belegen. Außerdem muss er einen Sanierungsplan vorlegen, aus dem sich nach dem Urteil einer sachkundigen Stelle ergibt, dass er Aussicht auf Erfolg hat und dass auch die Stundung von Ansprüchen oder der Verzicht auf sie durch die Betriebsrentner einen notwendigen Beitrag darstellt. Weiter muss sichergestellt sein, dass auch der Arbeitgeber bzw. der Mehrheitsgesellschafter⁹⁰ sowie die aktiven Arbeitnehmer »einschl. der Spitzenkräfte« das Ihre beitragen.⁹¹ Nur wenn die Sanierungsentscheidung diesen Vorgaben entspricht, sind Eingriffe in die Rechte der Rentner möglich. Die gerichtliche Kontrolle ist insoweit von beträchtlicher Dichte.

c. Tarifrecht

Im Tarifvertragsrecht streitet man sich darüber, in welchem Umfang unternehmerische Entscheidungen tariflich regelbar sind. Die Positionen reichen von einer Beschränkung auf bloße »Daten« für unternehmerisches Verhalten⁹² bis zur generellen Einbeziehung aller Entscheidungen, die die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum Gegenstand haben und deshalb Rückwirkungen auf die Stellung der abhängigen Arbeit entfalten können.⁹³ Das BAG vertritt eine vermittelnde Position;⁹⁴ Tarifautonomie im Sinne des Art. 9

89 Grundlegend BAG AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt; aus jüngerer Zeit BAG DB 1993, 1927.

90 So im Fall BAG DB 1993, 1927.

91 BAG AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

92 Biedenkopf, 46. DJT, S. 161ff.

93 Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 339ff.

94 BAG AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = PersR 1990, 239 mit Anm. Däubler.

Abs. 3 GG und »die Unternehmensautonomie als Teil der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG« müssten zu einem Ausgleich gebracht werden. Dies bedeutet, dass auf der einen Seite die Geschäftsleitung beispielsweise allein über Investitionen, Produktion und Vertrieb entscheidet, während eine tarifliche Regelung dort möglich ist, wo eine unternehmerische Entscheidung die rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Belange der Arbeitnehmer berührt. In den Worten des BAG ausgedrückt: Wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen, ist die tarifliche Regelbarkeit gegeben. Bejaht wurde diese Voraussetzung bei einem Personalbemessungssystem, doch wird man auch in sehr vielen anderen Zusammenhängen die Frage stellen müssen, ob nicht die nötige »Untrennbarkeit« oder »Nähe« zu den Arbeitnehmerbelangen besteht. Die Umgestaltung des Vertriebs mag als solche rein wirtschaftlichen Charakter haben, wenn es beispielsweise darum geht, ein anderes Logo zu verwenden oder die Entscheidungsspielräume der Repräsentanten zu erweitern. Doch wie verhält es sich mit der tariflichen Regelbarkeit, wenn zugleich Einsatzzeiten verändert oder gar Arbeitsplätze abgebaut oder der Einsatz von freien Mitarbeitern beschlossen wird? Das BVerfG hat im Übrigen diese Position bislang nicht übernommen, sondern die Gegenstände tariflicher Regelung als offen bezeichnet, sofern nur ein Bezug auf das Arbeitsverhältnis erhalten bleibt.⁹⁵ Wo auch immer man im Einzelnen die Grenze verlaufen lässt – fest steht, dass zumindest ein Teil der unternehmerischen Entscheidungen tariflicher Regelung offen steht. Dabei ist noch gar nicht berücksichtigt, dass sich der Abschluss von Kollektivverträgen auf Arbeitgeberseite als Ausübungsform der Berufsfreiheit qualifizieren lässt,⁹⁶ so dass der vom BAG angenommene Gegensatz zwischen Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 GG gar nicht mehr existiert. Ginge es um den Abschluss normaler zivilrechtlicher Verträge, würde vermutlich niemand die Frage einer Kollision zwischen der in Art. 2 Abs. 1 GG mitgarantierten Privatautonomie⁹⁷ und der unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG stellen.

95 BVerfGE 94, 268, 283.

96 So auch ErfK-Dieterich, Art. 12 GG Rn. 42.

97 BVerfGE 89, 214, 231.

d. Betriebsverfassungsrecht

Am eingehendsten hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage zu befassen, ob die Ausübung von Mitbestimmungsrechten nach § 87 BetrVG auch dann rechtlich unbedenklich ist, wenn auf diese Weise unternehmerische Dispositionen wesentlich beeinflusst oder gar unmöglich gemacht werden. Ausgangsfall war das Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, das im Einzelfall dazu führen kann, dass die vom Ladenschlussgesetz ermöglichten Öffnungszeiten nicht ausgeschöpft werden. Das BAG entschied, die Entscheidung über die Ladenschlusszeiten sei zwar unternehmerischer Natur, doch habe der Gesetzgeber durch die Zuerkennung von Mitbestimmungsrechten insoweit bewusst einen Eingriff vorgenommen; ein stillschweigender Vorbehalt zugunsten der unternehmerischen Autonomie sei § 87 Abs. 1 BetrVG nicht zu entnehmen.⁹⁸ Die Vorinstanz⁹⁹ war zwar zu demselben Ergebnis gekommen, hatte aber nur eine (wenn auch sehr starke) mittelbare Beeinflussung unternehmerischer Entscheidungen über das Mitbestimmungsverfahren erlaubt: Der »Kernbereich unternehmerischer Entscheidungen« dürfe über § 87 BetrVG nicht tangiert werden. Dem hielt das BAG entgegen, eine verlässliche Abgrenzung des Kernbereichs sei nicht möglich, da es zur unternehmerischen Freiheit gehöre, das Gewicht und den Konkretisierungsgrad einer Entscheidung zu bestimmen: Im Ergebnis stünden dann die Mitbestimmungsrechte entgegen dem Willen des Gesetzgebers doch zur Disposition des Arbeitgebers.¹⁰⁰ Das BVerfG hat diese Rechtsprechung bestätigt und dabei auf die gesetzgeberische Aufgabe abgestellt, zwischen der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der des Arbeitnehmers einen Ausgleich zu schaffen,¹⁰¹ ein Gesichtspunkt, der in der Folgezeit vom BAG ausdrücklich übernommen wurde.¹⁰² Auch bei der Entscheidung zum Initiativrecht bei Kurzarbeit¹⁰³ wurde in gleicher Weise argumentiert. Schließlich wurden im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11

98 BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit, bestätigt durch BAG AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

99 LAG Baden-Württemberg EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 4.

100 BAG AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Bl. 4 R.

101 BVerfG AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

102 BAG AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Bl. 7.

103 BAG AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.

BetrVG etwaige Beschränkungen der unternehmerischen Sphäre ausdrücklich gebilligt.¹⁰⁴

e. *Recht der betriebsbedingten Kündigung*

Andere Maßstäbe werden lediglich im Kündigungsschutzrecht praktiziert. Der Ausgangspunkt der aktuellen Rechtsprechung ist allerdings derselbe wie der zu § 87 BetrVG entwickelte: Auch die Kündigung sei eine Unternehmerentscheidung, doch müsse sie sich an den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes messen lassen.¹⁰⁵ Ein gravierender Unterschied besteht jedoch insoweit, als die Entscheidungen, die der Kündigung »vorgelagert« sind, grundsätzlich nur einer Willkürkontrolle unterliegen. Dies gilt nicht nur für Entscheidungen über Investitionen und Preise, sondern auch für die Festlegung der Belegschaftsstärke.¹⁰⁶ Während die Ergebnisse der Mitbestimmung die unternehmerischen Entscheidungsalternativen effektiv einengen (können), ist dies im Bereich des Kündigungsschutzes gerade umgekehrt: Aus § 1 Abs. 2 KSchG ergeben sich selbst für personalbezogene Entscheidungen keine inhaltlichen Grenzen.¹⁰⁷ Die neueste Rechtsprechung legt lediglich Wert darauf, dass sich der Arbeitgeber nicht mit Pauschalvorgaben begnügt, sondern seine Unternehmerentscheidung hinsichtlich organisatorischer Durchführbarkeit und Dauercharakter im Einzelnen darlegt.¹⁰⁸

Die Rechtsprechung zum Kündigungsschutz stellt eine doppelte Systemwidrigkeit dar. Sie legt die »dringenden betrieblichen Erfordernisse« nicht mehr als Tatbestandsmerkmal einer arbeitnehmerschützenden Norm aus, sondern macht sie zu einem vom Arbeitgeber bis zur Willkürgrenze hin beliebig einsetzbaren Mittel.¹⁰⁹ Der zweite Systembruch ist ein kündigungs-schutzimmanenter: Anders als bei der verhaltens- und der personenbedingten Kündigung wird auf eine Interessenabwägung verzichtet.¹¹⁰ Gerade der

104 BAG AP Nr. 8 § 87 BetrVG 1972 Prämie.

105 BAG DB 1999, 1909.

106 BAG DB 1999, 1910.

107 S. etwa BAG NZA 1996, 1145: Umstellung des Vertriebs auf freie Mitarbeiter. Weitere Nachweise bei Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, a.a.O., § 1 KSchG Rn. 254 a.

108 So BAG DB 1999, 1909; BAG DB 1999, 1910. Zur lebhaften Debatte, die diese Entscheidungen ausgelöst haben, s. – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Bitter, DB 2000, 1760; B. Preis, DB 2000, 1122; Quecke, DB 2000, 2429; Zepter, DB 2000, 474.

109 Ähnlich B. Preis, DB 2000, 1124: Das BAG hat das positive Tatbestandsmerkmal »dringende betriebliche Erfordernisse« durch das negative »nicht willkürlich« ersetzt.

letzte Punkt führt dazu, dass nicht einmal mehr der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Minimalschutz gewahrt ist.¹¹¹ Unterstellt man, dass im Unternehmen kein anderer Arbeitsplatz frei ist und die soziale Auswahl nicht zum Tragen kommt, weil keine vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden oder weil sie für den Fortbestand des Unternehmens unentbehrlich sind, so reduziert sich der Kündigungsschutz auf Null: Der Arbeitnehmer kann nicht mit Erfolg geltend machen, auch ihm stehe das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu, selbst wenn er schon lange Zeit im Unternehmen beschäftigt ist und es auf Arbeitgeberseite ausschließlich um eine Kostensenkung geht, die ein hohes Gewinnpolster noch ein Stückchen dicker machen soll. Gerade an einem solchen Extremfall wird deutlich, dass der verfassungsgebote Kündigungsschutz am besten dadurch herstellbar ist, dass man zur Interessenabwägung zurückkehrt.¹¹² Ob und inwieweit man über dieses Minimum hinausgeht, ist eine Frage, die der Gesetzgeber bzw. die an seiner Stelle handelnde Rechtsprechung zu entscheiden hat. Für die gesellschafts- und wirtschaftspolitische Diskussion könnten die Erfahrungen von Nutzen sein, die mit der Verwaltungsmodernisierung gemacht wurden: Auch unter den Bedingungen rechtlicher und faktischer Unkündbarkeit lässt sich der Personaleinsatz rationalisieren und der Aufgabenzuschnitt ändern.¹¹³ Einer Übertragung eins zu eins soll hier nicht das Wort geredet werden, doch könnte der Vorrat der bislang praktizierten Handlungsstrategien bei Umstrukturierungen durchaus eine Anreicherung vertragen.

IV. Einzelfragen der Reform des BetrVG

Der vorgelegte Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des BetrVG¹¹⁴ enthält nur geringe Erweiterungen von Mitbestimmungstatbeständen,¹¹⁵ die

110 Nachweise bei KR-Etzel, 5. Aufl., 1998, § 1 KSchG Rn. 566.

111 Zu diesem s. oben Fn.

112 So die ursprüngliche Rechtsprechung: BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG NJW 1978, 2525; anders BAG DB 1987, 2207 und die folgende Rechtsprechung. Wie hier im Ergebnis Colneric in: Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, 1998, S. 33.

113 S. die bei Blanke (Verwaltungsmodernisierung, Baden-Baden 1998, S. 97ff.) dokumentierten Vereinbarungen zur Verwaltungsmodernisierung.

114 BR-Drucksache 140/01.

keinerlei neue Kollisionsprobleme im Verhältnis zur unternehmerischen Autonomie aufwerfen. Insoweit ist ihre praktische Ausgestaltung sehr viel eher im Streit als ihre Verfassungsmäßigkeit. Wenn das Beratungsrecht über Beschäftigungssicherung nach dem geplanten § 92 a BetrVG bereits mit dem Argument bekämpft wird, es betreffe außerhalb der Betriebsverfassung liegende Gegenstände der Unternehmensführung,¹¹⁶ so dokumentiert dies den Umfang, den eine nicht grundrechtsdogmatisch eingeordnete, sondern absolut gesetzte Unternehmerfreiheit annehmen kann.

Insbesondere Rieble¹¹⁷ hat darüber hinaus eine Reihe ordnungspolitischer Bedenken geäußert, auf die der Aktualität wegen kurz einzugehen ist.

Der neu gefasste § 3 BetrVG eröffnet auch die Möglichkeit, durch Tarifvertrag unternehmensübergreifende Vertretungsstrukturen zu schaffen, was beispielsweise für ein Einkaufszentrum von Interesse sein könnte. Bedenken werden hier in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht erhoben; ein »Branchenrat« könne wettbewerbsbeschränkende Abreden herbeiführen.¹¹⁸ Dem ist entgegenzuhalten, dass Tarifverträge aus dem Anwendungsbereich des GWB¹¹⁹ wie aus dem europäischen Kartellrecht¹²⁰ herausfallen; der Arbeitsmarkt unterliegt nicht dem Wettbewerbsrecht. Dies wird von der Rechtsprechung auch auf die Fälle erstreckt, in denen eine tarifliche Regelung Auswirkungen auf den Gütermarkt hat: Wenn aufgrund des § 5 Nr. 6 BRTV-Bau generell der Baustellenlohn bezahlt werden muss, benachteiligt dies zwar Anbieter aus Regionen mit niedrigeren Tarifen, doch ist dies mit Rücksicht auf den Schutz der Tarifautonomie unbedenklich.¹²¹ Selbst die Tatsache, dass ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag über eine zusätzliche Altersversorgung mit Hilfe einer bestimmten Versorgungskasse einzelne Unternehmen daran hindert, Verträge mit anderen Versicherungsunternehmen zu schließen, ist nicht zu beanstanden.¹²² Dies hindert niemanden daran, dass gegen Abreden, deren Hauptzweck in der Regulierung der Gütermärkte liegt, vor-

115 Annuß, NZA 2001, 367ff.; Däubler, AuR 2001, 1ff.

116 Bauer, NZA 2001, 378.

117 ZIP 2001, 135ff.

118 Vgl. Rieble, ZIP 2001, 138.

119 BAG AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

120 EuGH ZIP 2000, 34 mit Anm. Büdenbender.

121 BAG AP Nr. 169 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau Bl. 4 R.

122 BAG AP Nr. 25 zu § 5 TVG Bl. 6 R; ebenso EuGH ZIP 2000, 34 zu einem ganz ähnlich liegenden Fall aus den Niederlanden.

gegangen werden könnte – von der absehbaren Realität sind solche Vorstellungen allerdings ein recht groß bemessenes Stück entfernt.

Ein weiterer Einwand stützt sich auf die Fremdbestimmung, die darin liege, dass auch gegen den Willen der Mehrheit ein Betriebsrat installiert werden könne.¹²³ Nun ist diese Situation keineswegs eine neue. Schon nach geltendem Recht können drei Beschäftigte oder eine durch ein Mitglied im Betrieb vertretene Gewerkschaft die gerichtliche Bestellung eines Wahlvorstands erreichen; finden sich genügend Kandidaten, kommt ein Betriebsrat auch dann zustande, wenn die Wahlbeteiligung verschwindend gering ist. Darin liegt eine Konsequenz der Übernahme staatsverfassungsrechtlicher Elemente in das Betriebsverfassungsrecht; ein Gemeinderat muss auch dann gewählt werden, wenn sich die Mehrheit der Einwohner uninteressiert zeigt und deshalb auch der Wahlurne fernbleibt.¹²⁴ Dass sich das Arbeitsrecht hier anders als im Bereich der Koalitionsfreiheit nicht am zivilistischen Vertragsmodell orientiert, ist eine Besonderheit, die seine Eigenständigkeit unterstreicht. Diese hat nicht zuletzt auch in Art. 74 Nr. 12 GG ihren Niederschlag gefunden, wo die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf das Arbeitsrecht »einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung« erstreckt wird. Die besondere Erwähnung der Betriebsverfassung, deren Zugehörigkeit zum Arbeitsrecht ersichtlich nicht in Streit war, erklärt sich genau wie bei den beiden anderen ausdrücklich genannten Gebieten zwanglos mit der Vorstellung, dass es um Bereiche mit eigenständiger, dem öffentlichen Recht zugehöriger oder entlehnter Struktur geht. Ergänzend sei noch ein Hinweis auf die Unternehmensmitbestimmung erlaubt, wo Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ggf. sogar gerichtlich bestellt werden (§ 104 AktG), ohne dass man insoweit Probleme des Schutzes Uninteressierter sieht.

Schließlich wird dem Gesetzentwurf entgegengehalten, dass er den Betriebsrat auf verschiedenen Gebieten zum Sachwalter von Allgemeininteressen mache. Dies gelte etwa für die Beschäftigungsförderung,¹²⁵ insbesondere aber für den Umweltschutz und die Frauenförderung.¹²⁶ In diesem Zusammenhang ist von einem »Reichswirtschaftsrat im Kleinen« die Rede.¹²⁷

123 Rieble, ZIP 2001, 135.

124 Gegen diese Parallele ohne nähere Begründung Schiefer/Korte, NZA 2001, 352.

125 Bauer, NZA 2001, 378.

126 Rieble, ZIP 2001, 140f.

127 Rieble, ZIP 2001, 142f.

Im Grundsatz entscheidet der Staat selbst, wen er mit der Wahrung öffentlicher Belange betrauen will. Seit Jahrzehnten wird das traditionelle hierarchische Modell einer Aufsichtsbehörde (»Gewerbepolizei«) durch dezentrale Kontrollinstanzen ergänzt. Nicht nur wird der Arbeitgeber für öffentliche Aufgaben wie den Gesundheits- und den Datenschutz (sowie die Erhebung der Lohnsteuer) in Dienst genommen. Vielmehr wird er auch verpflichtet, »Betriebsbeauftragte« mit einem unterschiedlich ausgeprägten Maß an Unabhängigkeit zu bestellen.¹²⁸ Von dieser »Selbstkontrolle« durch einen Insider erwartet man sich eine bessere Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele. Geht man nun einen Schritt weiter und betraut auch den Betriebsrat mit der Aufgabe, z. B. für Umweltschutz zu sorgen, so schafft man damit lediglich eine weitere dezentrale Umsetzungsinstanz, deren Befugnisse und Verantwortlichkeiten allerdings weit hinter denen des Arbeitgebers zurückbleibt. Was diesem und seinen Beauftragten als Privatrechtssubjekten »zugemutet« wird, wird in gewissem Umfang auf den Betriebsrat erstreckt. Dies sollte man als ein Stück Ebenbürtigkeit interpretieren, die nicht nur Rechte, sondern ggf. auch Pflichten impliziert.

128 Überblick bei Däubler in: Kittner/Däubler/Zwanziger, a.a.O., Vorbem BImSchG Rn. 1ff. m. w. N.

I. Einführung

Die Veranstalter des diesjährigen »Arbeitsrechtlichen Gesprächs« der Otto-Brenner-Stiftung haben mit der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit den zentralen Punkt aufgegriffen, an dem sich die Diskussion um die Reform der Betriebsverfassung entzündet. Jede Einführung neuer oder zusätzlicher Formen der Mitarbeitervertretung und jede über § 87 Abs. 1 BetrVG hinausgehende Erweiterung der Mitbestimmung stehen in einem zwangsläufigen Spannungsverhältnis zur Unternehmerfreiheit. Bereits einleitend möchte ich mich ebenso eindeutig zu einer Modernisierung des BetrVG bekennen wie ich zugleich den Schutz der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit als absolut essentiell für jedes konkurrenzfähige, die Beschäftigung sichernde Wirtschaftssystem ansehe. Arbeitsplätze sind, wie die Statistiken der Bundesanstalt für Arbeit nachweisen, in den letzten Jahren vor allem von klein- und mittelständischen Unternehmen, und zwar zu einem beachtlichen Teil von Existenzgründern geschaffen worden. Jeder neue Selbstständige in der Informationsbranche sorgt, so die Faustformel, für fünf neue Arbeitsplätze. Ohne unternehmerische Entscheidungsfreiheit gibt es aber keine hinreichenden Anreize für die Übernahme unternehmerischer Risiken. Die elementare arbeitsmarktpolitische Bedeutung der Stimulierung risikofreudiger Verhaltensweisen und die Fragwürdigkeit einer Entwicklung hin zu reinen Arbeitnehmergesellschaften ist von den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften seit langem anerkannt.¹ Arbeitnehmergesellschaften, in denen sich der ganz überwiegende Teil der Bevölkerung gegen die Übernahme primärer Marktrisiken als Selbstständiger und für die Absicherung gegen diese Risiken durch Abschluss eines Arbeitsvertrages entscheidet, müssen in einem marktwirtschaftlichen System nahezu zwangsläufig zu hohen Arbeitslosenquoten füh-

1 Dazu Watrin in: Holzheu/Kaufmann/Hoyos, Gesellschaft und Unsicherheit, S. 96ff.