

DAS MITBESTIMMUNGSGESETZ AUF
DEM VERFASSUNGSRECHTLICHEN PRÜFSTAND

Bemerkungen zum Mitbestimmungsurteil
des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979
(BVerfGE 50, S. 290 ff.)*

Von Reiner Schmidt, Augsburg

I.

Erstmals nach zweieinhalb Jahren kam am 14. Januar 1980 wieder das institutionalisierte Gruppengespräch zwischen Bundesregierung, Unternehmensverbänden, Gewerkschaften und Gebietskörperschaften zustande, das eine der wichtigsten Stützen für den neuen Wirtschaftsstil der Globalsteuerung bilden sollte. Am runden Tisch der Vernunft sollten geräuschlos wirtschaftliche Globalgrößen zur Verfügung gestellt, diskutiert und wohl auch in Richtung gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht bewegt werden¹. Mit dem Boykott der konzertierten Aktion durch die Gewerkschaften wurde ein gesetzlich vorgesehenes (§ 3 StabG), auf ein verfassungsrechtlich vorgegebenes Ziel (Art. 109 Abs. 2 GG) ausgerichtetes und in mehr als vierzig Sitzungen erprobtes Instrument² zur Wirkungslosigkeit verurteilt. Die gewerkschaftliche Aktion war die Antwort auf die Verfassungsbeschwerde von neun Unternehmen und 29 Arbeitgebervereinigungen gegen einige Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes vom 4. Mai 1976³ — oder anders: die Inanspruchnahme von Rechtsschutz führte zur Lahmlegung einer wichtigen, wenn auch nicht unumstrittenen⁴ Institution.

* Zugleich Besprechung des Gutachtens von *Badura / Rittner / Rüthers*, Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz, München 1977. Das Gutachten, in der Literatur vielfach als „Gemeinschaftsgutachten“ bezeichnet, wird vom BVerfG ebenso wie im folgenden „*Kölner Gutachten*“ genannt.

Meinen Assistenten *Hartmut Bauer* und *Thomas Kraft* bin ich für Anregungen und Mitarbeit dankbar verpflichtet.

¹ Vgl. *Stern / Münch / Hansmeyer*, Kommentar zum Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 2. Aufl., 1972, § 3 StabG.

² Vgl. *Barbier*, Das Mißverständnis beginnt schon beim Namen, *Süddeutsche Zeitung* Nr. 13 v. 16. 1. 1980, S. 4.

³ BGBl. I S. 1153.

⁴ Vgl. *Hoppmann* (Hrsg.), *Konzertierte Aktion. Kritische Beiträge zu einem Experiment*, 1971.

Ist Häberles „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“⁵ tatsächlich „Aktivbeteiligter“ bei der Verfassungsauslegung, ist die Erweiterung des Kreises der Interpreten „nur die Konsequenz der allseits befürworteten Einbeziehung der Wirklichkeit in den Interpretationsvorgang“,⁶ dann wäre die Berücksichtigung der gewerkschaftlichen Haltung zur Mitbestimmungsfrage, die sogar den bloßen Einsatz der Verfassungsbeschwerde durch Arbeitgeberverbände und Unternehmen als legitimierend für die Lahmlegung staatlicher Institutionen ansieht, geradezu ein Gebot für die Verfassungsrechtsprechung. Allerdings — wie im einzelnen diese Berücksichtigung auszusehen hätte (Abwehr oder Anerkennung?)⁷, darüber kann nur die Verfassungstheorie Auskunft geben. Macht sich diese die Herstellung *politischer Einheit*⁸ zur Aufgabe, dann liegt die Vermutung nahe, daß gesellschaftliche Sprengkräfte durch eine entsprechende Verfassungsauslegung entschärft werden sollen⁹. Dem Vorwurf der Relativierung jeder Verfassungsinterpretation kann eine so verstandene wirklichkeitsnahe Verfassungstheorie nur dann entgehen, wenn der zur Letztentscheidung berufene Verfassungsinterpret, wenn die Verfassungsgerichte ihrer „Filterfunktion“¹⁰ gegenüber den vielfältigen gesellschaftlichen Kräften gerecht werden. Angesichts der ungesicherten Interpretationsmethoden¹¹ wird dies vor allem durch die Bindung an die selbstgewählten und erprobten Interpretationsregeln zu erreichen sein. Gewiß ist die Verpflichtung der Verfassungsgerichte auf die herkömmlichen Interpretationsregeln bei der Hinwendung zum konkreten Problem gelegentlich nicht durchzuhalten. Andererseits sollte die Topik im Rahmen der Verfassungsinterpretation nur eine begrenzte Rolle spielen¹²

⁵ Vgl. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297 ff.; jetzt in: Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 1978, S. 155 ff. (hiernach wird im folgenden zitiert).

⁶ So Häberle (FN 5), S. 165.

⁷ So betont Häberle (FN 5), S. 175, daß bei Dissens in wichtigen Fragen dem BVerfG die Aufgabe zukomme, das unverzichtbare Minimum an integrativer Funktion der Verfassung zu bewahren.

⁸ So Häberle (FN 5), S. 164.

⁹ Die gewerkschaftliche Strategie scheint hierauf zu zielen. So wurde z. B. im Februar 1980 die Kampagne gegen die Aussperrung (der hess. Vorsitzende der IG Druck und Papier kündigte an, die „Gewerkschaften würden den Schutz der Verfassung in ihre eigenen Hände nehmen“) angeheizt, um die in diesem Monat zu erwartenden Entscheidungen des BAG zur Aussperrung zu beeinflussen. Vgl. Diehl-Thiele, Der DGB verrennt sich, Süddeutsche Zeitung Nr. 29 vom 4. 2. 1980, S. 4.

¹⁰ Häberle (FN 5) selbst hält angesichts des von ihm festgestellten tatsächlichen Befunds eine Relativierung der juristischen Verfassungsinterpretation sogar für geboten (S. 172 ff.); der „normierenden Kraft“ der Öffentlichkeit setzt er die „Filterfunktion“ der Verfassungsgerichte entgegen (S. 174).

¹¹ Hierzu statt vieler Pestalozza, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 2 (1963), S. 425 ff., und Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff.

¹² Meessen, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1979, S. 833 ff., bezeichnet das Mitbestimmungsurteil zutreffend als „ein Beispiel für das Konkretisierungsdenken topischer Jurisprudenz“ (S. 833). Zu un-

— nämlich nur unter Beachtung des Primats von Text und unter Berücksichtigung der Priorität von Präjudizien. Verläßt das Gericht die von ihm entwickelten Konkretisierungskriterien, dann ist im Interesse eines rationalen und kontrollierbaren Verfahrens zumindest die Offenlegung der jeweiligen Abweichungen zu fordern. Das Mitbestimmungsurteil stößt gerade unter diesem Gesichtspunkt auf Kritik¹³. Wurde es zunächst selbst von den Gegnern des Mitbestimmungsgesetzes eher wohlwollend aufgenommen¹⁴, so mehren sich die Stimmen, die seine Schwächen aufdecken¹⁵, wie die Rechtsstreitigkeiten, die offensichtlich durch die Unklarheiten des Gesetzes begünstigt werden¹⁶. Auch scheinen sich die Befürch-

tersuchen bleibt aber, ob es sich um einen *geglückten* Umgang mit der Topik handelt, denn sicherlich ist der Richter bei Wahl der „topoi“ nicht frei. Vgl. hierzu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl. 1978, S. 31.

¹³ Allerdings wurde die Verfassungsrechtsprechung seit jeher wegen ihrer methodologischen Schwächen stark kritisiert. *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, 2. Aufl., 1976, S. 50, spricht von „richtungslosem Pragmatismus“. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1977, S. 106, kann einheitliche Rechtsfindungsgrundsätze „in der Entscheidungspraxis nicht ohne weiteres“ erkennen. Vgl. auch Hesse (FN 12), S. 24 f.

¹⁴ Vgl. z. B. *Rittner*, Die Wirkungen des Urteils der leisen Töne, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 143 v. 23. 6. 1979, S. 15. — Positiv ist insgesamt die Würdigung durch *Meessen*, NJW 1979, S. 833 ff., der das politische System der Bundesrepublik als den eigentlichen Gewinner des Mitbestimmungsprozesses ansieht (S. 837). *Gerhard Müller*, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. 3. 1979, DB Beilage Nr. 5/79, meint, das Mitbestimmungsgesetz löse die „streng ‚privatkapitalistische‘ Strukturform“ ab und könne bei gutem Willen aller Beteiligten segensreich wirken (S. 12). — Die Auffassung, der augenblickliche Wirtschaftsstil sei *streng* privatkapitalistisch, geht weit an der Wirklichkeit vorbei. Als Beleg mag ein Hinweis auf das beängstigend zunehmende Volumen der „Strukturpolitik“ genügen.

¹⁵ Vgl. *Heinze*, Grundrechtsschutz des Eigentums nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, BB 1979, S. 1796 ff.; *Papier*, Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts — Eine kritische Würdigung aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZGR 1979, S. 444 ff.; *Schachtschneider*, Anmerkung zum Mitbestimmungsurteil, JA 1979, S. 475 ff.; *Philipp*, Die Wirtschaftsordnung verändert, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 84 v. 9. 4. 1979, S. 13. Kritisch auch *Thomas Raiser*, Das Unternehmen in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1979, S. 489 ff., der dem Gericht vorwirft, „kein in sich folgerichtiges und den Ansprüchen der Verfassung genügendes Modell (des Unternehmens) gefunden“ zu haben (S. 496). Hiergegen *Rittner*, Begründungsdefizite im Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts?, JZ 1979, S. 743 ff., der dem Gericht bescheinigt, die Unternehmenskonzeption des geltenden Rechts zu Grunde gelegt und das Mitbestimmungsgesetz entsprechend ausgelegt zu haben (S. 747).

¹⁶ Streitig ist insbesondere der Umfang der Satzungsautonomie. So hatte z. B. das LG München I im Prozeß der IG Metall gegen die Siemens AG darüber zu befinden, ob das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden auch in den vom Aufsichtsrat gebildeten Ausschüssen gilt (vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 27 v. 1. 2. 1980, S. 11). Zu den gegensätzlichen Urteilen der LGE Mannheim und Hamburg vgl. *Thomas Raiser*, Satzungsvorschriften über Beschlußfähigkeit und Verlagerung eines mitbestimmten Aufsichtsrats, NJW 1980, S. 209 ff., und *Säcker*, Zur Beschlußfähigkeit des mitbestimmten Aufsichtsrates, JZ 1980, S. 82 ff. Aus den Anleitungsbüchern, die zuerst vom DGB, dann von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände heraus-

tungen zu bestätigen, wonach der gewerkschaftliche Landgewinn im Mitbestimmungsgesetz bloß als Etappe auf dem Wege zu weitergehender Durchdemokratisierung anzusehen ist¹⁷.

Das Mitbestimmungsurteil wird sich deshalb danach befragen lassen müssen, ob es sich auf der Linie der „jüngeren Praxis des Gerichts, in der sorgfältige und tief eindringende Sachverhaltsanalysen mit Recht eine entscheidende Rolle spielen“¹⁸, bewegt. Eine Stellungnahme zur verfassungsrechtlichen Legitimation der in den Unternehmen *tatsächlich* wirkenden Kräfte wird deshalb für das Gericht unausweichlich sein.

II.

1. *Zur Parität.* Eingang der Urteilsbegründung findet sich der Satz: „Diese Vorschriften (gemeint sind die zur Prüfung anstehenden Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes) begründen weder rechtlich noch in einer dem Gesetz zuzurechnenden Weise der Sache nach eine paritätische oder gar überparitätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Unternehmen“¹⁹. Das Gericht läßt offen, in welchem verfassungsrechtlichen Zusammenhang die Frage der Parität überhaupt relevant werden könnte, und gibt mit der die gesamte Urteilsbegründung grundierenden Eingangsfeststellung „keine Parität“ Spekulationen Raum. So ist nach Auffassung der Arbeitgeber im Urteil eine Absage an die volle Parität enthalten, während die Gewerkschaften unter Berufung auf die im Urteil betonte Offenheit des Grundgesetzes hinsichtlich der Wirtschaftsordnung die volle Parität fordern. *Friedrich Karl Fromme* entdeckt „feine, stählerne Fäden“²⁰ gegen eine Ausweitung der Mitbestimmung, die wiederum

gegeben wurden, um jeweils eine einheitliche Anwendung des Mitbestimmungsgesetzes zu erreichen, werden u. a. Divergenzen über die Vertraulichkeit von Aufsichtsratssitzungen und über die paritätische Besetzung von Ausschüssen deutlich. In Zukunft wird wohl der Schwerpunkt der Auseinandersetzung bei der Frage nach den Auswirkungen des Urteils auf das Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht liegen. Vgl. hierzu *Peter Ulmer*, Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts für die Auslegung von Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht, BB 1979, S. 398 ff.

¹⁷ Seit Erlaß des Mitbestimmungsurteils wurde der gewerkschaftliche Einfluß u. a. in folgenden betrieblich relevanten Bereichen verstärkt bzw. geltend gemacht: bei dem Förderungsprogramm „Humanisierung des Arbeitslebens“ (Fördermittel 1980: 140 Millionen DM; vgl. Bundesbericht Forschung IV BT-Drs. 8/3024, S. 60, 126 ff.) soll die Mittelvergabe von einer Stellungnahme des Betriebsrates abhängen; auf einem außerordentlichen Parteitag der Hamburger SPD wurde die Forderung des DGB auf Mitbestimmung an den Hamburger Museen übernommen; nach Aussage des Vorsitzenden der IG Metall, *Janzen*, hat das Forschungsministerium bereits zugestimmt, in Zukunft Entscheidungen über die Forschungsförderungen unter Beteiligung der Gewerkschaften zu fällen. Vgl. *Werner Hofmann*, Das Museum ist keine Marmeladenfabrik, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 300 v. 27. 12. 1979, S. 17, und *Hamm*, Mitbestimmung — nun auch in der Forschung, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 260 v. 7. 11. 1979, S. 13.

¹⁸ So *Hesse* (FN 12), S. 25.

¹⁹ a.a.O., S. 322.

Karl Matthias Meessen nicht sehen kann²¹. Hielte das Gericht die Frage der Parität allerdings verfassungsrechtlich für irrelevant, dann hätte es sich nicht nur die Mühe ersparen können — es hätte sie sich sicherlich auch erspart —, auf knapp neun Seiten²² über die Funktionsweise des neu zusammengesetzten Unternehmensorgans Aufsichtsrat (Bedeutung des Zweitstimmrechts des Vorsitzers, Abstimmungsverhalten, Einigungszwang), über die Wirkung der Konzernmitbestimmung (Kaskadeneffekt) und über das Zusammenspiel von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung (Kumulationsproblematik) nachzudenken. Man überinterpretiert das Urteil deshalb gewiß nicht mit der Feststellung, daß sich die verfassungsrechtliche Prüfung — womit über das Ergebnis noch nichts ausgesagt ist — bei festgestellter Parität anders ausgenommen hätte. Das Gericht kommt bei Behandlung der Einzelgrundrechte nämlich nicht auf seine einleitende Feststellung zurück, auf der alle anderen Schlußfolgerungen zumindest indirekt beruhen²³. Demgegenüber basiert das *Kölner Gutachten* auf der sorgfältig begründeten Behauptung, die unterparitätische Gesetzregelung führe faktisch zu einer paritätischen, teilweise sogar zu einer überparitätischen Arbeitnehmermitbestimmung. Der konträren Ausgangsposition geht eine unterschiedliche Methodenwahl voraus. Während sich das BVerfG damit begnügt, die Paritätsfrage formal aufzugreifen, wird im *Kölner Gutachten*²⁴ wie in der Literatur²⁵ eine quantitative Betrachtung unter Berücksichtigung entscheidungspsychologischer und organisationssoziologischer Erkenntnisse vorgezogen. Die formale Betrachtungsweise des Gerichts wird zwar scheinbar stellenweise aufgegeben, so wenn es ausführt, die zu prüfenden Vorschriften begründeten auch „der Sache nach“²⁶ keine Parität, oder wenn nicht ersichtlich sein soll, „daß der für die verfassungsrechtliche Prüfung grundsätzlich maßgebliche objektive Gehalt und die tatsächliche Wirkung der angegriffenen normativen Regelungen ... auseinanderfallen“²⁷. Aber geprüft bzw. kurz angesprochen²⁸ wird dies lediglich unter drei Gesichtspunkten: einmal biete die Stimmbotschaft (§ 108 Abs. 3 AktG) die Möglichkeit, eine Abwesenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden oder einzelner Mitglieder der Anteilseignerseite auszugleichen, zum an-

²⁰ Zurückhaltung mit Widerhaken, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 63 v. 15. 3. 1979, S. 10.

²¹ NJW 1979, S. 837.

²² a.a.O., S. 322 - 331.

²³ Ähnlich auch *Papier*, ZGR 1979, S. 444 ff. (S. 447 f.). Versteckt taucht allerdings in den Urteilsgründen die Frage der Parität unter dem Gesichtspunkt des Einflusses der Arbeitnehmer wieder auf. Vgl. z. B. S. 374.

²⁴ (FN *), S. 111 ff. und S. 116 ff. (Kumulation), S. 31 ff. (Einigungszwang), S. 229 f. (Stichtentscheid), S. 91 ff. (Kaskadeneffekt).

²⁵ Vgl. u. a. die Nachweise bei *Papier*, Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, VVDStRL 35 (1977), S. 96 FN 178. Zur Soziologie der bisherigen Mitbestimmungsregeln vgl. die Nachweise im *Kölner Gutachten*, S. 37 ff.

²⁶ a.a.O., S. 322.

²⁷ a.a.O., S. 328.

²⁸ a.a.O., S. 328 - 331.

deren fehle es an Anhaltspunkten dafür, daß die Arbeitnehmerseite, nicht aber die Anteilseignerseite geschlossen abstimmen werde, und schließlich werde auch das Zweitstimmrecht nicht wegen des im Gesetz angelegten Einigungszwangs praktisch wertlos, denn das Risiko der Konfrontation hänge nicht vom Gewicht der Anteilseignerseite ab. Mit diesen Ausführungen zur tatsächlichen Auswirkung des Mitbestimmungsgesetzes wird nicht das ganze Spektrum der Gegenargumente erfaßt; Kumulationsproblematik und Konzernmitbestimmung bleiben im Hinblick auf ihre tatsächlichen Auswirkungen unerörtert. Das Kölner Gutachten setzt bei ersterer einen Schwerpunkt, in dem es Elemente unternehmerischer Mitbestimmung im Betriebsverfassungsgesetz 1972 in folgenden Bereichen aufspürt: „Soziale Angelegenheiten“, „Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung“, „allgemeine personelle“ Angelegenheiten, betriebliche Bildungsmaßnahmen, „personelle Einzelmaßnahmen“, „wirtschaftliche“ Angelegenheiten, unternehmerische Mitbestimmung durch Betriebsvereinbarung und unternehmerische Mitentscheidungsfunktionen von Gesamt- und Konzernbetriebsrat²⁹. Das Gericht prüft demgegenüber nur das Zusammentreffen von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung im Fall der Betriebsänderung näher³⁰. Es ist ihm nicht erkennbar, daß das „Verfolgen derselben Belange im Aufsichtsrat und im Betriebsrat das Gewicht der Arbeitnehmerseite vermehren soll, wenn in einem eine leicht unterparitätische, im anderen eine paritätische Mitbestimmung besteht“³¹. Soweit der Einfluß nämlich ein paritätischer sei, beruhe er auf dem Betriebsverfassungsgesetz, „über das hier nicht zu entscheiden ist“³². Mit diesem letzten Satz zieht sich das Gericht zu formal auf den Prüfungsgegenstand „Mitbestimmungsgesetz“ zurück, der doch nur in dem Umfeld von Gesellschaftsrecht, Betriebsverfassungsgesetz und Tarifsystem erfaßbar ist! Ähnlich formal wird vom Gericht die Konzernproblematik behandelt. Im Kölner Gutachten war, gestützt auf Literatur³³ und auf eine fast einhellige Kritik an der vom Gesetz getroffenen Regelung des § 32³⁴, ausgeführt worden, daß die Mitbestimmung im Konzern bei der abhängigen Gesellschaft ihren Sinn verliere, weil das Mitbestimmungsregime nur dort ansetzen könne, wo die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen fallen³⁵.

Die „Verdoppelung der Mitbestimmung in Mutter- und Tochtergesellschaft“ (*Thomas Raiser*), die „Potenzierung der Mitbestimmung“ (*Duden*), den „Kaskadeneffekt“ (*Kölner Gutachten*) hält das Gericht mit der schlichten Behauptung „bereits deshalb nicht für tragfähig, weil sich die Anteilseigner sowohl im Aufsichtsrat der Konzernspitze als auch in dem

²⁹ (FN *), S. 116 - 136.

³⁰ a.a.O., S. 327.

³¹ a.a.O., S. 327 f.

³² a.a.O., S. 328.

³³ (FN *), S. 93.

³⁴ (FN *), S. 93 FN 185.

³⁵ (FN *), S. 92.

des abhängigen Unternehmens auf Grund ihres durch das Mitbestimmungsgesetz gewährten leichten Übergewichtes letztlich durchsetzen können³⁶. Die eigentliche Frage, ob die Konzernführung nicht mehr oder nur noch um den Preis von „Kompensationen gegenüber der Arbeitnehmerbank der einzelnen Aufsichtsräte durchsetzbar wäre“³⁷, wird nicht vertieft³⁸. Das eklektizistische Vorgehen des Gerichts wird aber leider nicht durch eine intensivere Behandlung der aufgegriffenen Gesichtspunkte kompensiert. Immerhin wurden im Kölner Gutachten Untersuchungen über die Soziologie der bisherigen Mitbestimmungsregelungen³⁹ aufgeführt, die die Annahme nahe legen, ein paritätisch oder leicht unterparitätisch besetzter Aufsichtsrat werde die Verhaltensweise des gesamten Vorstands beeinflussen. Wenn, wie *Dahrendorf* meint, von den verschiedenen „Formen der Regelung sozialer Konflikte“ die Verhandlung die schwächste ist⁴⁰, dann bleibt die beschwörende Formel des Gerichts, das Mitbestimmungsgesetz sei „auf Kooperation angelegt“⁴¹, angesichts der bestehenden Interessengegensätze und Machtkonstellationen wirkungslos. Das Urteil macht es sich mit der Behauptung, es fehle „an Anhaltspunkten dafür, daß sich die Anteilseinerseite in der Regel nicht einheitlich verhalten werde“⁴² zu leicht. Im Kölner Gutachten⁴³ war in diesem Zusammenhang u. a. darauf verwiesen worden, daß sich unter den Aktionärsvertretern Inhaber von Belegschaftsaktien, Repräsentanten der Bank für Gemeinwirtschaft oder anderer den Gewerkschaften nahestehender Unternehmen befinden können. Angesichts der wirtschaftlichen Potenz der Gewerkschaften ist letzteres kein unwahrscheinlicher Fall⁴⁴. Auch die einleuchtende Überlegung, daß eine Bedrohung des Betriebsfriedens nur bei Beschlüssen gegen die Vertreter

³⁶ a.a.O., S. 326.

³⁷ *Kölner Gutachten* (FN *), S. 93.

³⁸ Das Gutachten von *Kappler*, *Ökonomische Beurteilung der Mitbestimmung* (hektographiertes Manuskript), Wuppertal 1978, arbeitet hier mit einem Zauberkunststück: „Nach den Gesetzen der Logik“ könne der Gesetzgeber nicht verschiedenen Gremien die Möglichkeit eröffnen, „dasselbe Problem zwei verschiedenen handlungsrelevanten Lösungen zuzuführen“; eine Entscheidung über ein Problem ließe sich „eben nur einmal endgültig fällen“ (S. 53).

Selbst wenn das Letztentscheidungsrecht nur bei *einem* Organ liegt, kann dieses doch auch nach den Gesetzen der Logik durch andere Organe präjudiziert bzw. beeinflußt werden!

³⁹ S. 37 ff.

⁴⁰ *Dahrendorf*, *Gesellschaft und Freiheit*, 1961, S. 228 ff.

⁴¹ a.a.O., S. 329.

⁴² a.a.O., S. 329.

⁴³ (FN *), S. 52 f.

⁴⁴ Hierzu der DGB-Vorsitzende *Heinz Oskar Vetter*: „Die Gewerkschaften haben heute ohne Zweifel die Möglichkeit, die wirtschaftlichen Prozesse und ihre sozialen Konsequenzen sowohl durch gezielte autonome Handlungen als durch deren funktionale Auswirkungen zu beeinflussen“, in: *Die Bedeutung des DGB-Grundsatzprogramms für die Politik der Deutschen Gewerkschaftsbewegung, Gewerkschaftstheorie heute, Referate und Diskussionsbeiträge einer öffentlichen Tagung der DGB-Bundesschule Bad-Kreuznach vom 23. bis 25. 3. 1970*, Sonderdruck der gewerkschaftlichen Monatshefte, 21. Jg. H. 6 u. 7/1970, S. 15.

der Arbeitnehmer auftritt, wodurch sich Druck auf die Vertreter der Anteilseigner ausüben läßt, bleibt unerörtert⁴⁵. Selbst wenn man das vom Gericht festgestellte Ergebnis der (noch) nicht verwirklichten Parität für begründbar hält, enttäuscht, daß der die gesamte Urteilsbegründung tragende Ausgangspunkt von einer Unterparität nicht durch „eine tief eindringende Sachverhaltsanalyse“⁴⁶ abgestützt wird.

2. *Zum Prognosespielraum.* In engem räumlichen Zusammenhang mit der Ausgangsthese des Gerichts stehen die Ausführungen zum Prognosespielraum des Gesetzgebers⁴⁷. Ob und inwieweit damit auch eine inhaltliche Verbindung hergestellt werden soll, bleibt zunächst offen. Nach Auffassung des Gerichts sei ungewiß, „wie sich das Mitbestimmungsgesetz in der Zukunft auswirken werde“⁴⁸. Der systematische Standort⁴⁹ der Ausführungen spricht dafür, daß die Auswirkung des Gesetzes ganz allgemein im Hinblick auf die Parität, nicht jedoch in bezug auf mögliche Grundrechtsverletzungen behandelt werden soll. Hierin liegt ein entscheidender Mangel, weil der topos „Prognosespielraum“ nicht nur durch den jeweiligen Sachbereich, sondern vor allem durch die möglicherweise verletzten Grundrechte bestimmt werden muß. Zwar sieht dies das Gericht auch, wenn es die Abhängigkeit der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von verschiedenen Faktoren, insbesondere von der „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter“⁵⁰ erwähnt. Allerdings hält es sich im folgenden nicht an die von ihm selbst aufgestellten und in Bezug genommenen Regeln, die von einer Evidenzkontrolle über eine Vertretbarkeitsprüfung bis hin zu einer intensiven inhaltlichen Kontrolle reichen. Wie *Papier* nachgewiesen hat, wurde der Prognosespielraum dem Gesetzgeber bisher nur für die wirtschaftspolitische Zielbestimmung und die Zwecktauglichkeit eines Mittels, nicht jedoch für die Art und die Intensität eines gesetzgeberischen Grundrechtseingriffs⁵¹ zugebilligt. Vermutlich im Hinblick auf diese seitherige Rechtsprechung versucht deshalb das Gericht, das Mitbestimmungsgesetz als Wirtschaftslenkungsgesetz zu qualifizieren, obwohl es doch zweifelsohne als unternehmensrechtliche Rahmenordnung dem auf Konstanz angelegten Gesellschaftsrecht wesentlich näher steht als den auf den konjunkturpoli-

⁴⁵ So u. a. *Prosi*, Volkswirtschaftliche Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes 1976, 1978, S. 12 f.

⁴⁶ *Hesse* (FN 12), S. 25.

⁴⁷ a.a.O., S. 331 - 336.

⁴⁸ a.a.O., S. 331.

⁴⁹ Die Ausführungen zum Prognosespielraum finden sich eingangs der Urteilsgründe unter C I (Prüfungsgegenstand, Parität), während unter C II der Maßstab der verfassungsrechtlichen Prüfung behandelt wird.

⁵⁰ a.a.O., S. 333.

⁵¹ (FN 15), S. 449 ff. Er hält die Mitbestimmungsentscheidung „hinsichtlich der Prognosefrage nicht nur für einen gewichtigen aber nicht offen gelegten und nicht begründeten Bruch mit der bisherigen Verfassungsjudikatur ... sie ist auch inhaltlich nicht zu rechtfertigen“ (S. 455).

tischen Tagesbedarf ausgerichteten zitierten Regelungen (Absicherungsgesetz, Stabilisierungsfonds nach dem Weinwirtschaftsgesetz, Mühlenstrukturgesetz, Güterkraftverkehrsgesetz). Der Bruch in der Argumentation des Gerichts könnte nicht deutlicher sein: Zunächst wird nämlich festgestellt, daß das Mitbestimmungsgesetz „wesentliche Veränderungen auf dem Gebiet der Wirtschaftsordnung“⁵² bewirke, sogleich aber behauptet, daß es mit anderen wirtschaftslenkenden Gesetzen die Bezogenheit auf Tatbestände teile, die rascheren Wandlungen unterliegen als andere, „denen eine relativ größere Konstanz“⁵³ eigne. Dies gerade ist nicht der Fall. Das Mitbestimmungsgesetz ist zweifellos ein ordnungs-, nicht ein konjunkturpolitisches Gesetz. Es ist auf Beständigkeit, nicht auf Wandel angelegt. Soweit das Gericht zum Beleg seines mißglückten Einordnungsversuches auf Unsicherheitsfaktoren hinweist, die über den betrieblichen Rahmen hinausreichen, wirkt dies reichlich gezwungen. So werden die Unsicherheit der „gesamtwirtschaftlichen Zukunftsbedingungen, unter denen das Gesetz seine normierende Kraft entfalten“⁵⁴ soll, ebenso wie die „Faktoren einer nicht auf die Bundesrepublik beschränkten Entwicklung“⁵⁵ beschworen. Man fragt sich irritiert, ob etwa versehentlich das Außenwirtschaftsgesetz statt des Mitbestimmungsgesetzes auf den verfassungsrechtlichen Prüfstand geraten ist. Letzteres hat doch trotz der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung der Bundesrepublik sicher nicht mehr Außenbezug als jedes andere Wirtschaftsgesetz auch.

Die Ausweitung des topos „Prognosespielraum“ auf die Eingriffswirkung von prinzipiellen Ordnungsentscheidungen stellt den Gesetzgeber in verfassungsrechtlich unvertretbarer Weise von den Bindungen des Grundgesetzes frei. In diesem Zusammenhang darf sich das Gericht nicht auf eine vom Gesetzgeber vertretbare Prognose verlassen. Für diese werden vom Senat — in sich überzeugend und in dieser Akzentuierung neu — Verfahrensregeln aufgestellt: der Gesetzgeber müsse die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft und sich an einer vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert haben⁵⁶. Dies wird ihm wegen des Rückgriffs auf die Erfahrungen in der Montanindustrie und mit dem Betriebsverfassungsgesetz, die im Mitbestimmungsbericht mit großer Sorgfalt erhoben worden seien und wegen der Berücksichtigung der in den Anhörungen während des Gesetzgebungsverfahrens gesammelten Erkenntnisse, bescheinigt. Gerade die Fülle des vorhandenen, wenn auch vieldeutigen Materials, hätte es aber dem Gericht möglich gemacht, die gebotene verfassungsrechtliche Würdigung selbst vorzunehmen. Der Maßstab „praktischer Vernunft“⁵⁷, mit dem das Gericht hochkomplexe technische Probleme durchdringt, sollte auch im Bereich der Wirtschaft anwendbar sein!

⁵² a.a.O., S. 333.

⁵³ a.a.O., S. 333.

⁵⁴ a.a.O., S. 332.

⁵⁵ a.a.O., S. 333.

⁵⁶ a.a.O., S. 334.

⁵⁷ BVerfGE 39, S. 89 ff. (Leitsatz 6).

Mit der Verneinung der Parität und der Zubilligung eines Prognose-spielraums, der nur einer Vertretbarkeitskontrolle unterzogen wird, sind die entscheidenden Weichen gestellt — in bezug auf den Prognose-spielraum in einer für die Beschwerdeführer offensichtlich überraschen-den Richtung. Im Kölner Gutachten sucht man nämlich vergebens nach ausführlichen und zusammenhängenden Ausführungen zum Prognose-spielraum des Gesetzgebers. Ansätze sind nur verdeckt, vor allem im Abschnitt über „Sozialstaat und erweiterte Mitbestimmung“⁵⁸ enthalten, was sich vermutlich aus der unerwarteten Neuorientierung des BVerfG erklärt. „Die Bindung an die Grundrechte bedeutet, daß der Gesetz-geber auch sachgerecht gewählte Ziele nicht mit beliebigen Mitteln ver-folgen darf“⁵⁹, so formulieren die Gutachter, die im Grundrechtsbereich wohl kaum an einen Spielraum für eine prognostische Beurteilung ge-dacht hatten⁶⁰.

3. *Zum Prüfungsmaßstab.* Entgegen dem Plädoyer der Kölner Gut-achter, die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes auch an den über die Einzelgrundrechte hinausgehenden „Garantien der Wirt-schafts- und Arbeitsverfassung“, an dem „institutionellen Schutz- und Ordnungszusammenhang der wirtschafts- und arbeitsverfassungsrecht-lichen Freiheiten, Rechte und Garantien“⁶¹ zu messen⁶², entschied das BVerfG, daß „die Maßstäbe der verfassungsrechtlichen Prüfung . . . die-jenigen *Einzelgrundrechte*, welche die verfassungsrechtlichen Rahmen-bedingungen und Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Einführung einer erweiterten Mitbestimmung markieren“, seien⁶³. Zunächst scheint es, als ob hierin lediglich eine Bekräftigung und konse- quente Fortführung des im Investitionshilfeurteil⁶⁴ begründeten und seither immer wieder betonten⁶⁵ Verständnisses von der „wirtschafts-politischen Neutralität“ des Grundgesetzes liege. Bei genauerer Analyse läßt sich jedoch eine deutliche Akzentverschiebung zur bisherigen Recht-

⁵⁸ (FN *), S. 262 f. Vgl. auch in der Zusammenfassung auf S. 298 Ziff. 10.

⁵⁹ (FN *), S. 262.

⁶⁰ Schon von *Rupert Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1974, S. 133 (Thesen zu Ziff. 3 u. 5), wurde die „verfassungsrechtliche Grund-legitimation“ für die Mitbestimmung durch das Sozialstaatsprinzip mit einem entsprechenden Gestaltungsraum des Gesetzgebers bei gleichzeitiger Wirkung als Interventionsmaßnahme mit entsprechender Grundrechtsbindung (ohne ge-setzgeberischen Freiraum) als Problem angetönt.

⁶¹ (FN *), Abschn. 3 u. 4, insbes. S. 186 ff., S. 190 ff., S. 246 ff., S. 296 f.; dem *Kölner Gutachten* grundsätzlich folgend: *Doehring*, Verfassungsrechtliche As- pekte der Mitbestimmung, BB 1978, S. 265 ff.

⁶² Vgl. dazu auch *Papier*, Mitbestimmungsgesetz und Verfassungsrecht, ZHR 1978, S. 71 ff., 74, 77 f., sowie allgemein: *Badura*, Grundprobleme des Wirt- schaftsverfassungsrechts, JuS 1976, S. 205 ff.; *H. H. Rupp*, Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“, Walter Eucken Institut, Vorträge und Aufsätze, H. 47 (1974); *Papier*, VVDStRL 35, 1977, S. 55 ff., 71 ff., und *Reiner Schmidt*, Wirt- schaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 128 ff.

⁶³ a.a.O., S. 336 (Hervorhebung vom Verf.).

⁶⁴ BVerfGE 4, S. 7 ff.

⁶⁵ So etwa in BVerfGE 7, S. 377, 400; 12, S. 354, 363; 14, S. 263, 275; 18, S. 315, 327.

sprechung, die auch Deutungen zuließ, wonach dem GG eine, wenn auch nicht verfestigte Wirtschaftsordnung, so doch eine gewisse Gesamtkonzeption, eine „systematische Rahmenregelung der Wirtschaft“⁶⁶ entnehmbar sei, feststellen.

Vor allem unter Berufung auf den objektiven Gehalt der Grundrechte und deren wirtschaftspolitische Funktion⁶⁷, auf einen den Grundrechten entnommenen „verfassungsrechtlichen Systementwurf“⁶⁸, auf ein „grundrechtliches Steuerungsmuster“⁶⁹, auf die im GG gesicherte „Privatheit der Wirtschaft“⁷⁰ wurde und wird auf eine in wesentlichen Elementen festgeschriebene Wirtschaftsordnung⁷¹, auf einen von „Grundrechten, institutionellen Ordnungselementen und Staatszielbestimmungen“ ausgefüllten „Wirtschaftsbereich“⁷² oder sogar auf eine verfassungskräftig verankerte „soziale Marktwirtschaft“⁷³ geschlossen, die zusätzliche Schranken für wirtschaftspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers darstellen. Begünstigt wurde eine derartige Interpretation insofern, als das BVerfG selbst in einigen früheren Entscheidungen von einer „grundsätzlich marktwirtschaftlich geordneten Wirtschaft“⁷⁴, von einer mit dem Eigentum verbundenen „Wertentscheidung des Grundgesetzes“⁷⁵ sprach, beziehungsweise jede sachgemäß erscheinende wirtschaftspolitische Entscheidung zuließ, sofern der Gesetzgeber dabei „das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet“⁷⁶.

Auf ähnliche Zusammenhänge stellt das Kölner Gutachten ab, wenn es als einen der tragenden Gesichtspunkte für die Verfassungswidrigkeit des Mitbestimmungsgesetzes einen Verstoß gegen den „Schutz- und Ordnungszusammenhang der Grundrechte“⁷⁷, gegen die „objektiven, direktiven Inhalte der Grundrechtsbestimmungen“⁷⁸ gegen die „institutionellen Bedingungen“ der „betroffenen individuellen Rechte und Freiheiten“⁷⁹ ins Feld führt. Wenngleich von den Gutachtern die Individualrechte und eine „Zusammenschau der grundrechtlichen Sicherungen unternehmerischen Handelns“ als methodischer Ausgangspunkt für diesen Prüfungsmaßstab hervorgehoben werden⁸⁰, so ist doch die institutionelle Ausrichtung dieser Argumentation nicht zu übersehen⁸¹, weil die Grundrechte — in der Ummantelung des subjektiven Rechts — den Charakter objektiver Ordnungsprinzipien annehmen.

⁶⁶ Vgl. *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 186 ff., m. w. Nachw.; vgl. auch *Papier*, VVDStRL 35 (1977), S. 55 ff., Leitsatz II/3.

⁶⁷ Vgl. *Heinze*, BB 1979, S. 1796 ff.

⁶⁸ *Papier*, ZHR 1978, S. 77.

⁶⁹ *Papier*, ZGR 1979, S. 455 ff., 459.

⁷⁰ *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475 ff., 477.

⁷¹ *Heinze*, BB 1979, S. 1796 ff.

⁷² *Isensee*, Wirtschaftsdemokratie — Wirtschaftsgrundrechte — Soziale Gewaltenteilung, Der Staat 17 (1978), S. 161 ff., S. 165.

⁷³ *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475 ff., S. 477.

⁷⁴ So etwa BVerfGE 37, S. 1, 20; 30, S. 292, 312; ähnlich E 18, S. 315, 327.

⁷⁵ BVerfGE 14, S. 263, 277.

⁷⁶ BVerfGE 7, S. 377, 400 (Hervorhebung vom Verf.).

⁷⁷ (FN *), S. 196; ähnlich S. 22, 246, 258, 296.

⁷⁸ (FN *), S. 247, 187 f.

⁷⁹ (FN *), S. 188. Dieser Gesichtspunkt durchzieht als roter Faden in ähnlichen Formulierungen das gesamte Gutachten. Vgl. insbes. S. 22, 186 f., 192, 202, 217, 225 ff., 236, 246 ff.

⁸⁰ (FN *), S. 22, 186 ff.

Ein derartiges Verständnis der wirtschaftsrelevanten Verfassungsbestimmungen wird sich in Zukunft schwerlich auf das BVerfG berufen können, da das Gericht einen „institutionellen Zusammenhang der Wirtschaftsverfassung“ als Prüfungsmaßstab ausdrücklich ablehnte und anstelle dessen die Überschneidungen, Ergänzungen und Zusammenhänge der Grundrechte sowie die das GG tragenden Prinzipien nur bei der Auslegung der Einzelgrundrechte berücksichtigen wollte⁸².

Infolge dieser Beschränkung kamen wesentliche Argumente der Beschwerdeführer in Wegfall: so finden sich in dem Urteil keine oder nur andeutungsweise Ausführungen zur „Schwächung der wirtschaftspolitischen Aktionsfähigkeit durch wirtschaftsdemokratische Umgestaltung der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung“, zur Umgestaltung der Unternehmensverfassung und der damit einhergehenden Außerkraftsetzung der Privatrechtsordnung⁸³.

Andererseits hat das Gericht die Grundrechte als „Grundelemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens“⁸⁴ gleichwohl berücksichtigt, wenn auch nur als „prinzipielle Verstärkung“, also unter strenger Einbindung in die Grundrechte als subjektive Freiheitsrechte⁸⁵. Die Imputation der objektiven Funktion der Grundrechte in das subjektive Grundrechtsverständnis wurde an verschiedenen Stellen zum Anlaß genommen, Fragen der „objektiven (Wirtschafts-)Ordnung“ zu erörtern und damit die institutionelle Seite sowie das ordnungspolitische Element der Grundrechte stärker in den Vordergrund treten zu lassen und in die Entscheidung mit einzubeziehen⁸⁶.

⁸¹ Vgl. *Suhr*, Das Mitbestimmungsgesetz als Verwirklichung verfassungs- und privatrechtlicher Freiheit, NJW 1978, S. 2361 ff. (S. 2362: „quasi-institutionelle Argumente“); sehr kritisch gegenüber institutionellem Rechtsdenken! *Rüthers*, Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, 1970; vgl. dazu allgemein: *Hesse* (FN 12), S. 118 ff., sowie *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962. Zur beschränkten Leistungsfähigkeit des institutionellen Rechtsdenkens: *Reiner Schmidt* (FN 62), S. 240 ff.

⁸² a.a.O., S. 336 ff.; vgl. *Gerhard Müller*, DB-Beilage 5/79, S. 10; sehr krit. *Papier*, ZGR 1979, S. 444 ff., S. 455 ff.; *Heinze*, BB 1979, S. 1796 ff.; vgl. dazu auch *Meessen*, NJW 1979, S. 833 ff., 834.

⁸³ Vgl. zu diesen Angriffspunkten das *Kölner Gutachten* (FN *), S. 36, 250 ff., 281 ff., 296.

⁸⁴ *Hesse* (FN 12), S. 118.

⁸⁵ a.a.O., S. 337 — unter Berufung auf das Lüth-Urteil, BVerfGE 7, S. 198, 205. Vgl. dazu auch die Ausführungen des Senats zu den Einzelgrundrechten, wo zum einen auf deren objektive Bedeutung hingewiesen, zum anderen aber deren primär subjektive, individuelle Ausrichtung nachhaltig hervorgehoben wird; zu Art. 14: S. 339 ff.; zu Art. 9 Abs. 1: S. 353 ff. „personaler Grundzug“; zu Art. 12: S. 362 ff. „personaler Grundzug“; zu Art. 9 Abs. 3: S. 366 ff. „in erster Linie ein Freiheitsrecht“; vgl. auch *Meessen*, NJW 1979, S. 833 ff.

⁸⁶ a.a.O., S. 353; Art. 9 Abs. 1 GG als Ausdruck eines „konstituierenden Prinzip(s) der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes“; S. 367: „... dient die Koalitionsfreiheit einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“; S. 369: „... Ordnung und Befriedigung des Arbeitslebens ...“; S. 344: „Wirtschaftsordnung“. Zu weitgehend aber *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475: „Das Gericht hat in der Sprache subjektiver Grundrechtsdogmatik der Sache

So sehr dem BVerfG im Ergebnis darin zuzustimmen ist, daß das GG keine Wirtschaftsverfassung im Sinne eines geschlossenen Systems kennt⁸⁷, so sehr ruft die Argumentation doch Bedenken wach, wenn einerseits gewichtige institutionelle Argumente gegen das Mitbestimmungsgesetz im Rahmen der — rein subjektiv verstandenen — Grundrechte sehr wohl diskutiert werden und andererseits aber gerade durch den Rückzug auf das subjektive Grundrechtsverständnis wichtige institutionelle Angriffspunkte aus der Prüfung pauschal ausgeschlossen werden. Der Eindruck einer allzu ergebnisorientierten Argumentation wird noch verstärkt, weil das Gericht in anderem Zusammenhang die Grundrechte in ihrer Funktion als „objektive Wertentscheidungen“, als „wertentscheidende Grundsatznormen“ stärker betont und als Prüfungsmaßstab herangezogen hatte⁸⁸. Im Vergleich zur bisherigen Verfassungsrechtsprechung scheint die Argumentation des BVerfG im Mitbestimmungsurteil dadurch unstimmig zu werden⁸⁹.

Die vorgenommene Eingrenzung der Prüfung macht deutlich, daß die Beschränkung des Prüfungsmaßstabes allgemeine Fragen der Grundrechtstheorie berührt, daß die Wahl des Prüfungsmaßstabes mit der — unbewußten — Wahl einer Grundrechtstheorie zusammenfällt. Diese Koinzidenz darf nicht unterschätzt werden, sind doch „Grundrechtstheorien . . . vielfach Ausdruck bestimmter . . . Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis der einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft“⁹⁰. Im Mitbestimmungsurteil entschied sich das BVerfG für die Anwendung einer „gemischten“ Grundrechtstheorie. Dieses „topische“ Vorgehen ist kein Novum; das Gericht hat seit jeher die verschiedenen Theorien wahlweise im Hinblick auf ein problemorientiertes, „optimales“ Ergebnis herangezogen⁹¹. Da heute keine Grundrechtstheorie als herrschend bezeichnet werden kann und da bisher weder die „Werttheorie“ noch die institutionelle Grundrechtstheorie vorrangig verwendet wurden, bietet das Mitbestimmungsurteil unter dem Gesichtspunkt des Prüfungsmaßstabes keine Angriffsfläche für „objektive“, nicht von einem bestimmten Vorverständnis eingefärbte Kritik. Damit ist allerdings noch keine Aussage darüber getroffen, ob auch der von dem BVerfG vorgenommenen Verfassungsinterpretation bei der Prüfung des Mitbestimmungsgesetzes am Maßstab eines jeden Einzelgrundrechts gefolgt werden kann.

nach nicht den individuellen Grundrechtsschutz im Auge gehabt, sondern den Grundrechten entnommene Werte gegen das Interesse an erweiterter Mitbestimmung abgewogen.“

⁸⁷ Zur Begründung: vgl. a.a.O., S. 337, und *Reiner Schmidt* (FN 62), S. 128 ff., 131, 133.

⁸⁸ Vgl. dazu die Nachweise im *Kölner Gutachten* (FN *), 197, 261, 263; vgl. auch BVerfGE 4, S. 96; 35, S. 79, 115.

⁸⁹ Vgl. dazu *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475 ff.; *Papier*, ZGR 1979, S. 456 ff.; *Heinze*, BB 1979, S. 1796 f.

⁹⁰ *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 ff., 1537.

⁹¹ Vgl. dazu die Nachweise bei *E.-W. Böckenförde*, NJW 1974, S. 1529 ff.

III.

1. Zur *Eigentumsgarantie*. a) Eines der zentralen Probleme, das mit dem Mitbestimmungsgesetz inzident an das BVerfG zur Klärung herangetragen worden war, ist die Frage nach einem verfassungsrechtlichen Unternehmensmodell bzw. der verfassungsrechtlichen Binnenstruktur des Unternehmens⁹².

Nach dem herkömmlichen, zivilrechtlich geprägten Verständnis besteht zwischen der Anteilseignergesellschaft und dem Unternehmensträger Identität⁹³. Dieser Gesellschaft ist das Unternehmen (im objektiven oder im engen Sinn)⁹⁴, verstanden als „Inbegriff von Gegenständen“, als „Inbegriff von Sachen und Rechten“⁹⁵, als „eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb“, als „zweckbestimmtes Sondervermögen“⁹⁶ zugeordnet. Die Anteilseignergesellschaft und das Unternehmen stehen sich nach diesem Modell in einer Subjekt-Objekt-Beziehung gegenüber.

Demgegenüber begreift die Gegenmeinung das Unternehmen als „sozialen Verband“, als „Personenverband“⁹⁷, als „soziales Gebilde“, als grundrechtliche Ausübungsgemeinschaft⁹⁸, in der Anteilseigner und Arbeitnehmer korporativ zusammengeschlossen sind. Der „Eigentümer“ dieses Unternehmens im Sinne von Art. 14 GG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG ist nach diesem Modell nicht mehr die Anteilseignergesellschaft, sondern der autonome Unternehmensträger⁹⁹.

Die unterschiedlichen Rechtsfolgen dieser beiden Modelle für die Beurteilung des Mitbestimmungsgesetzes sind gravierend: während nach der herkömmlichen Meinung durch die veränderte Zusammensetzung des Aufsichtsrates das Eigentum der Anteilseigner tangiert wird, wird nach der Gegenmeinung allenfalls das subjektive Recht der Anteilseigner auf Teilhabe am Eigentum des Unternehmensträgers berührt¹⁰⁰.

⁹² Vgl. einerseits *Kölner Gutachten* (FN *), S. 209 ff., u. andererseits etwa *Suhr*, NJW 1978, S. 2361, 2363, 2365 f.; ferner auch *Papier*, ZHR 1978, S. 71 ff., 80 f.; *Isensee*, Der Staat 17 (1978), S. 161 ff., 166 f., sowie die Kontroverse um die diesbezüglichen Ausführungen im Mitbestimmungsurteil zwischen *Raiser*, JZ 1979, S. 489 ff., u. *Rittner*, JZ 1979, S. 743 ff.

⁹³ Vgl. etwa *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 282 ff.; *ders.*, JZ 1979, S. 743.

⁹⁴ Nicht zuletzt wegen der bestehenden Überschneidungen mit ökonomischer, soziologischer und politologischer Begrifflichkeit hat sich bislang kein einheitlicher Sprachgebrauch herausgebildet, vgl. *Flume*, Unternehmen und juristische Person, in: FS Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, 1979, S. 43 ff.

⁹⁵ Vgl. *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, insbes. S. 283, 284.

⁹⁶ Vgl. die Nachweise bei *Papier*, VVDStRL 35, S. 55 ff., 56 f.

⁹⁷ Vgl. die Darstellung bei *Flume* (FN 94), S. 50 ff., sowie bei *Rittner* (FN 93), S. 289 ff.

⁹⁸ *Suhr*, NJW 1978, S. 2361 ff., 2363, 2366; *ders.*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 165 ff., 166; krit. hierzu *Papier*, VVDStRL 35, S. 94 FN 169; vgl. auch die Nachweise im *Kölner Gutachten* (FN *), S. 210 ff.

⁹⁹ *Suhr*, NJW 1978, S. 2365: „Wie der Eigentümer frei ist, ist der Unternehmensträger autonom“.

¹⁰⁰ *Suhr*, NJW 1978, S. 2365.

Der Senat hat die Frage nach einem verfassungsrechtlichen Unternehmensmodell nicht entschieden, nicht einmal ausdrücklich angesprochen. Vermutlich meinte er sie durch die Verwendung einer mehrere Deutungen zulassenden Begrifflichkeit¹⁰¹ dahingestellt sein lassen zu können, weil das Mitbestimmungsgesetz seiner Ansicht nach keine echte Parität enthält. Sollte diese eines Tages eingeführt werden, so wird das BVerfG der Frage jedoch nicht mehr ausweichen können¹⁰².

b) Die verfassungsrechtliche Argumentationsbasis zu Art. 14 GG war durch frühere Entscheidungen des Gerichts bereits in wesentlichen Grundzügen abgesteckt, ohne daß damit allerdings die Frage der Verfassungsmäßigkeit bereits hinreichend deutlich präjudiziert gewesen wäre. So waren namentlich die „Zuordnung zu einem Rechtsträger“, d. h. die „Privatnützigkeit“¹⁰³, die „grundsätzliche Verfügungsfähigkeit über das Eigentumsobjekt“¹⁰⁴ und die „Gewährleistung der Substanz des Rechts“¹⁰⁵ als wesentlicher rechtlicher Gehalt des verfassungsrechtlichen Eigentums herausgearbeitet worden. Auch über die Zulässigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmung durch den Gesetzgeber sowie über die Gemeinwohlbindung lag bereits ein gesicherter und mehrfach bestätigter Bestand an Verfassungsrechtsprechung vor¹⁰⁶. Ebenfalls früheren Entscheidungen konnte entnommen werden, daß das Anteilseigentum in der Form der Aktie als „gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum“¹⁰⁷ nicht in vollem Umfang nach den für das Sacheigentum geltenden Maßstäben beurteilt wird¹⁰⁸.

Das BVerfG war demnach vor die Aufgabe gestellt, auf dem Fundus dieser Grundsätze aufbauend, die Besonderheiten des verfassungsrechtlich geschützten Anteilseigentums herauszukristallisieren und anschließend zu überprüfen, ob sich der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes im Rahmen der ihm durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG eröffneten Befugnisse gehalten hatte.

c) Obwohl die verfassungsrechtliche Problemstellung eindeutig zutage trat, erfüllte der Senat die in ihn gesetzten methodischen und systematischen Erwartungen nur bedingt. Ihm erscheint das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum nicht als klar konturierter Tatbestand, sondern als ein — Analyse, Kritik und Zustimmung erschwerendes — Gemenge aus Eigentumsinhalt, Eigentumsschranken, Gemeinwohlbindung und Verhältnismäßigkeit¹⁰⁹. Dieses grundrechtliche „Eigen-

¹⁰¹ Vgl. dazu die Kontroverse *Raiser, Rittner*, JZ 1979, S. 489 ff.; S. 743 ff.

¹⁰² Vgl. *Raiser*, JZ 1979, S. 489 ff.

¹⁰³ Vgl. BVerfGE 24, S. 367, 389 f.; 31, S. 229, 240; 42, S. 263, 294.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 24, S. 367, 390; 26, S. 215, 222; 31, S. 229, 240; 37, S. 132, 140; 42, S. 263, 294.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 42, S. 263, 294.

¹⁰⁶ Siehe dazu die Nachw. im Mitbestimmungsurteil S. 339 ff.

¹⁰⁷ BVerfGE 14, S. 263, 276; bestätigt in E 25, S. 371, 407.

¹⁰⁸ Vgl. dazu das *Kölner Gutachten* (FN *), S. 206.

¹⁰⁹ a.a.O., S. 340: Bestandsgarantie, Regelungsauftrag und Sozialpflichtigkeit „stehen in einem unlösbaren Zusammenhang“; diese Faktoren „müssen alle

tumskonglomerat“ führte denn auch zu der vielkritisierten Differenzierung nach der sozialen Funktion und dem sozialen Bezug des Eigentums¹¹⁰, wirkte sich letztlich bei allen Einzelfragen mitentscheidend aus und schwächt die von einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung zu fordernde Überzeugungskraft und die Stringenz des Urteils.

Sieht man von dieser methodischen Schwäche ab, so enthält das Mitbestimmungsurteil Ausführungen zum Anteilseigentum, die von den Darlegungen des Kölner Gutachtens grundlegend abweichen und in ihrer Bedeutung über den konkret zu entscheidenden Fall hinaus reichen.

Bei der Bestimmung des Wesens des Anteilseigentums gehen Kölner Gutachten und Mitbestimmungsurteil übereinstimmend davon aus, daß das Anteilseigentum nicht nach den Maßstäben des Sacheigentums zu beurteilen ist. Zutreffend nehmen aber auch beide die für das Sacheigentum kennzeichnenden Merkmale — Zuordnung des Eigentumsobjekts zu einem Rechtsträger, Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis über das Eigentumsobjekt — als Ausgangspunkt für die Herausschälung des verfassungsrechtlich geschützten Inhalts des Anteilseigentums¹¹¹.

Aufbauend auf dem Wesen des Anteilseigentums als „gesellschaftsrechtlich vermitteltem Eigentum“¹¹², führt das Kölner Gutachten aus, daß das Kapital der Anteilseigner in Folge seiner gesellschaftlichen Einbindung einen Funktionswandel erfahren und zu einer „Spaltung“ des Unternehmereigentums in die Positionen des herrschaftslosen Anteilseigners und des kapitallosen Managers“ geführt habe¹¹³. Dieser Vorgang trage den unternehmerischen Bedürfnissen der Kapitalassoziation Rechnung und sei deshalb „Ausdruck assoziierter unternehmerischer Nutzung des Eigentums“¹¹⁴. Die hierdurch entstandene mittelbare Dispositionsbefugnis des Anteilseigners folge „letzten Endes aus der Organisationsform der juristischen Person“, stelle „einen elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung dar“ und sei „demzufolge eine — auch verfassungsrechtlich anerkannte und geschützte (Art. 19 Abs. 3 GG) — selbstverständliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit einer hochentwickelten Privatrechtsordnung“¹¹⁵. Dagegen sei die „Unmittelbarkeit“ der Eigentumsverwendung kein Merkmal des Eigentumsbegriffes und deshalb nicht Voraussetzung des grundrechtlichen Eigentums-schutzes¹¹⁶. Durch das Mitbestimmungsgesetz werde das Eigentum dar-

zu einem verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden“. Insoweit völlig zutreffend die Kritik von *Schachtschneider*, JA 1979, S. 476.

¹¹⁰ Siehe etwa *Heinze*, BB 1979, S. 1796, 1797 f.; *Papier*, ZGR 1979, S. 444, 459 f.; *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475, 478; dieser Gesichtspunkt ist aber bereits in BVerfGE 37, S. 132, 140, angesprochen.

¹¹¹ BVerfGE 50, S. 341 f.: *Kölner Gutachten* (FN *), S. 203; allgemein finden sich die Ausführungen zur Eigentumsproblematik im *Kölner Gutachten* verstreut in den einzelnen Kapiteln, vgl. insbes. S. 201 - 215 i. V. m. S. 25 ff., S. 220 - 231, S. 255 - 276.

¹¹² BVerfGE 14, S. 263, 276; 25, S. 271, 407.

¹¹³ *Kölner Gutachten* (FN *), S. 203.

¹¹⁴ (FN *), S. 206.

¹¹⁵ *Kölner Gutachten* (FN *), S. 224, 207, unter Berufung auf *Mestmäcker*.

¹¹⁶ *Kölner Gutachten* (FN *), S. 222.

über hinaus durch neue Funktionen in Pflicht genommen, die zu einer gerade nicht im Sinne der Privatnützigkeit liegenden Umgestaltung des Unternehmereigentums führe, sondern zum zweckentfremdeten Funktionseigentum¹¹⁷. Auf Grund des so bestimmten verfassungsrechtlichen Gehalts des Anteilseigentums stellt das Kölner Gutachten konsequent einen Verstoß des Mitbestimmungsgesetzes gegen Art. 14 GG fest, weil der in der Neuregelung gesehene Eingriff weder durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 noch durch Art. 14 Abs. 2 GG gerechtfertigt sei¹¹⁸.

Demgegenüber sieht das BVerfG in der nur mittelbaren und damit erheblich relativierten Verfügungsbefugnis des Anteilseigners den schwerwiegenden Unterschied zum Sacheigentum, der, zusammen mit der „weitgehend gelösten Konnexität“ von Entscheidung über den Eigentumsgebrauch und der Zurechnung der Wirkungen dieses Gebrauchs, verfassungsrechtlich einen geringeren Schutz des Anteilseigentums gegenüber dem Sacheigentum rechtfertigt¹¹⁹.

Durch das Mitbestimmungsgesetz werde keine „rechtlich relevante Struktur- und Substanzveränderung“ des so verstandenen und verfassungsrechtlich charakterisierten Anteilseigentums herbeigeführt, weil die neue Regelung nur in die mittelbare, weitgehend gelöste Verfügungsbefugnis eingreife, die Privatnützigkeit und das Zuordnungsverhältnis aber unberührt lasse¹²⁰.

Dieses Verständnis des verfassungsrechtlichen Gehalts des Anteilseigentums ermöglichte es dem Gericht, unter Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zum „sozialen Bezug und zur sozialen Funktion“ des Eigentumsobjekts das Mitbestimmungsgesetz für verfassungsmäßig zu halten¹²¹.

d) Der Unterschied zwischen beiden Verfassungsinterpretationen ist damit offensichtlich geworden: er besteht in der unterschiedlichen Bestimmung der Struktur- und Substanzmerkmale des verfassungsrechtlich geschützten Anteilseigentums. Während das Kölner Gutachten den vor dem Mitbestimmungsgesetz bestehenden status quo hinsichtlich der gelockerten Verfügungsbefugnis in wesentlichen Zügen als verfassungskräftig verfestigt betrachtet, als eine nur den wirtschaftlichen Erfordernissen angepaßte, verfassungsrechtlich geschützte Dispositionsbefugnis, sieht das BVerfG gerade darin den entscheidenden Grund für eine geringere Schutzintensität, der eine gegenüber dem Sacheigentum abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung gestatte. Mit dieser grundlegenden Weichenstellung ist zwischen Kölner Gutachten und Mitbestimmungsurteil eine zu große Divergenz geschaffen, als daß für alle

¹¹⁷ *Kölner Gutachten* (FN *), S. 225 ff.; vgl. auch *Heinze*, BB 1979, S. 1796; *Doehring*, BB 1978, S. 265, 269.

¹¹⁸ (FN *), S. 259 ff.; im Ergebnis mit dem *Kölner Gutachten* übereinstimmend: *Heinze*, BB 1979, S. 1796; *Doehring*, BB 1978, S. 265; *Schachtschneider*, JA 1979, S. 475; *Papier*, ZGR 1979, S. 444, 459.

¹¹⁹ a.a.O., S. 341 ff., 347 ff.

¹²⁰ a.a.O., S. 343 ff.

¹²¹ Vgl. dazu a.a.O., S. 339 ff., 347 ff.

weiteren Fragen noch eine gemeinsame Argumentationsbasis vorhanden wäre.

Während sich das Kölner Gutachten ganz auf dem Terrain *bisheriger* Verfassungsrechtsprechung hielt, wurde diese im Mitbestimmungsurteil durch den Senat erheblich vertieft und fortgeführt, freilich ohne daß er sich damit in Widerspruch zu früheren Entscheidungen gesetzt hätte.

Die Vertiefung besteht in der Aufspürung und Offenlegung der über die Substanz des Eigentums hinausragenden Elemente verfassungsrechtlich geschützten Eigentums. Erstmals wird das Eigentum mit der Konnexität von Eigentumsgebrauch und der Zurechnung der Wirkungen eben dieses Gebrauchs, mit „Gebrauch des Eigentums und Verantwortung für diesen Gebrauch“, mit „Haftung für die wirtschaftlichen Folgen von Fehlentscheidungen“ in Verbindung gebracht¹²². Während bei Dispositionen über das Sacheigentum das volle Haftungsrisiko den Verfügenden selbst trifft, verwirklicht sich der reflexive Mechanismus zwischen Verfügung und Verfügungshaftung beim gesellschaftsrechtlich vermittelten Eigentum angeblich nur zum Teil, weil sich das Haftungsrisiko der Anteilseigner auf das eingesetzte Vermögen beschränkt, darüber hinaus aber das Arbeitsplatzrisiko die Arbeitnehmer trifft. Nach Ansicht des Gerichts wird die geringere Intensität des grundrechtlichen Anteilseigentumsschutzes verstärkt durch die bestehende Fremdorganschaft¹²³, die in der Regel breite Kapitalstreuung und die dem Wesen des Anteilseigentums immanente geringe Garantie der autonomen Durchsetzung des Rechtsinhaberwillens.

Die unterschiedliche Ausstattung von Sach- und Anteilseigentum mit verfassungsrechtlichem Schutz ist weder soziologisch noch rechtlich begründbar. Auch die Nutzung von Sacheigentum (Nutzung eines Hauses durch Vermietung, Verpachtung von Grund, usw.) schlägt sich nämlich vielfach im Lebensschicksal eines anderen Grundrechtsträgers (Mieter, Pächter, usw.) nieder. Der verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt für den hier notwendig werdenden Ausgleich kollidierender Grundrechte kann nur die jeweilige Schutzwürdigkeit der Beteiligten sein, die mit der „Unmittelbarkeit“ der Eigentumsverwendung nichts zu tun hat. Sacheigentum unterscheidet sich insoweit nicht vom Anteilseigentum. Die gebotene Rücksichtnahme auf das Arbeitsplatzrisiko der Arbeitnehmer hätte verfassungskonform durch verstärkten Kündigungsschutz, verbesserte Arbeitslosenversicherung und andere Maßnahmen erreicht werden können, statt durch eine systemwidrige Beteiligung von Nichtunternehmern und sogar externen Gewerkschaftsvertretern an unternehmerischen Entscheidungen. Oder will man künftig den Mieter durch Mitspracherechte bei der Vermögensverwaltung des Vermieters schützen statt durch Vorschriften des BGB, des ZVG und der KO?

¹²² Diese Konnexität wird wiederholt hervorgehoben: a.a.O., S. 342 f., 348; vgl. dazu *Suhr*, Eigentumsinstitut und Aktieneigentum, 1966, S. 46: „Konnexität von Freiheit und Verantwortung“; *ders.*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 210; *ders.*, NJW 1978, S. 2361, 2367; *Papier*, VVDStRL 35, S. 55 ff., 92.

¹²³ a.a.O., S. 341 f.; vgl. auch § 76 Abs. 1 AktG.

Selbst wenn man in dem „Konnexitätsgrundsatz“ einen interessanten und genauerer Untersuchung würdigen Gedanken für die Bestimmung des Eigentumsinhalts sehen wollte, so hat es der Senat jedenfalls versäumt, ihn mit überzeugender Begründung auf das Mitbestimmungsgesetz anzuwenden. Die konkrete Ausprägung, die das BVerfG dem von ihm entwickelten Konnexitätsgedanken verlieh, stößt in mehrfacher Hinsicht auf Bedenken:

Zum einen ist keineswegs bei allen erfaßten juristischen Personen die Mediatisierung des Eigentums so intensiv, daß sie zur „praktischen Bedeutungslosigkeit“ der Verfügungsbefugnis führt, wie es das Gericht für die unselbständige Konzerntochter beispielhaft dargestellt hat¹²⁴. Vielmehr wurden bisher etwa bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung häufig die mitgliedschaftlichen Befugnisse — wie der Senat selbst einräumt — „unmittelbarer“ ausgeübt¹²⁵. Zum anderen fehlt keineswegs bei allen erfaßten Gesellschaften die Konnexität von Dispositionsfreiheit und Haftungsrisiko. Sieht man von der immerhin möglichen und auch praktizierten Durchgriffshaftung bei Alleingesellschaftern einer GmbH ab, so ist jedenfalls bei der vom Mitbestimmungsgesetz ebenfalls betroffenen KG auf Aktien de lege lata ein persönlich haftender (!) Gesellschafter vorgesehen, mag dieser in praxi auch häufig eine juristische Person sein¹²⁶.

Außerdem: Wenn es gerade die Grundrechte der Arbeitnehmer sind, die die soziale Bedeutung des Anteilseigentums verdeutlichen und verstärken sollen, so mag es zwar im öffentlichen Interesse liegen, wenn die Arbeitnehmer, die das Arbeitsplatzrisiko trifft, bei der Disposition zur Mitbestimmung berufen werden¹²⁷. Die Mitbestimmung von Gewerkschaftsvertretern aber, die weder von einem Vermögens- noch von einem Arbeitsplatzrisiko betroffen sind, stellt eine systemwidrige Durchbrechung des Konnexitätsgedankens dar. Sie ist nicht mit einem öffentlichen Interesse zu rechtfertigen. Schließlich wäre bei konsequenter Durchführung des Konnexitätsgedankens auch nicht einzusehen, weshalb für „große“ oder auch „kleine“ (?) Eigentümer-Unternehmer andere Grundsätze gelten sollen. Zwar haftet der Eigentümer-Unternehmer unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen; dies ändert aber nichts daran, daß auch in diesem Fall die Arbeitsplätze durch mögliche Fehldispositionen gefährdet werden, mithin Risikosphären bei den Arbeitnehmern liegen.

Das Gericht scheint all diese Unstimmigkeiten selbst gespürt zu haben. Es spricht von der „unmittelbarer(en)“ Ausübung der mitgliedschaftlichen Befugnisse, davon, daß sich die angegriffenen Vorschriften „allenfalls in zweiter Linie auf den Vermögenswert“ auswirken, und davon, daß „die Verlagerung von Zuständigkeiten *schwerlich* als Substanzver-

¹²⁴ a.a.O., S. 341 ff.

¹²⁵ a.a.O., S. 343.

¹²⁶ Vgl. § 278 Abs. 1 AktG.

¹²⁷ a.a.O., S. 349; vgl. dazu *Isensee*, *Der Staat* 17 (1978), S. 176: „Risiko- und Interessengemeinschaft von Anteilseigner und Arbeitnehmern“.

änderung . . . angesehen werden“ kann¹²⁸. Die mit solchen Formulierungen zusammenhängenden Unklarheiten und Unstimmigkeiten gehen aber im Dunst des grundrechtlichen „Eigentumskonglomerats“ unter.

2. *Zur Koalitionsfreiheit.* a) Die Darlegungen des BVerfG zu Schutzgut und Schutzzumfang des Art. 9 Abs. 3 GG entsprechen dem in ständiger Rechtsprechung¹²⁹ entwickelten Bild: Art. 9 Abs. 3 GG sei in erster Linie ein Freiheitsrecht, welches den eigenverantwortlichen und von staatlichen Einflüssen grundsätzlich freien Zusammenschluß zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und die freie gemeinsame Zweckverfolgung durch die Beteiligten schütze. Eine wesentliche, koalitionsmäßige Funktion ist der Abschluß von Tarifverträgen. Das Gericht fordert für die Tarifvertragsparteien freigebildete, gegnerfreie und überbetrieblich organisierte Partner, die ihrer Struktur nach unabhängig genug sein müßten, um die Interessen ihrer Mitglieder vertreten zu können¹³⁰. Bei der Gewichtung zwischen der freiheitlich-subjektiven und der institutionell-objektiven Seite des Art. 9 Abs. 3 GG betont der Senat die subjektive Komponente¹³¹. Demgegenüber sieht das Kölner Gutachten in der Koalitionsfreiheit über ihre individualrechtliche Wirkung hinaus einen wichtigen Grundsatz der Wirtschafts- und Arbeitsverfassung¹³². Für das Entscheidungsergebnis ist dieser Akzentunterschied weniger ausschlaggebend als die Fortführung der Kernbereichsthese durch den Senat¹³³; die Bedeutung der Funktion der Koalitionen mache vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die die Tragweite des Grundrechts bestimmen, aber zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sein müßten. Gleiches gelte auch für die Gewährleistung der Tarifautonomie. Diese werde ganz allgemein und nicht in bestimmten Ausprägungen geschützt und gebe dem Gesetzgeber damit einen Spielraum zur Ausgestaltung. Allerdings dürfe die Tariffähigkeit nicht von Umständen abhängig gemacht werden, die nicht von der „im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens gefordert sind“. Grenze solcher Regelungen sei der Kernbereich der Koalitionsfreiheit: ein Tarifvertragssystem, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müßten.

b) Die individuellen Grundfreiheiten aus Art. 9 Abs. 3 GG hält der Senat für unberührt¹³⁴. Die Arbeitgeber seien nicht gehindert, Koalitionen zu bilden, ihnen beizutreten, auszutreten oder fernzubleiben. Der Einfluß von Arbeitnehmern in mitbestimmten Unternehmen habe unberücksichtigt zu bleiben, da dieser alleine die *interne* Willensbildung

¹²⁸ S. 343, 344, 346 (Hervorhebung vom Verf.).

¹²⁹ Nachweise im Urte. Bd. 50, S. 366 ff.

¹³⁰ So bereits BVerfGE 28, S. 295, 304; 38, S. 281, 305 f.

¹³¹ Dazu vor allem Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971; ders., Paritätische Mitbestimmung und GG, 1974, S. 107, 119; Suhr, NJW 1978, S. 2364.

¹³² (FN *), S. 234.

¹³³ Nachweise im Urteil Bd. 50, S. 368 f.

¹³⁴ a.a.O., S. 370.

im Unternehmen beträfe. Soweit er auf die Beitritts- und Austrittsentscheidung des Arbeitgebers in bezug auf Arbeitgeberkoalitionen durchschlage, bleibe die Entscheidung der Unternehmen gleichwohl im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG frei. Entsprechende Bedenken des Kölner Gutachtens werden zurückgewiesen. Das Gutachten hatte die Ansicht vertreten, daß durch die Betätigung der Arbeitnehmer bei der unternehmensinternen Willensbildung die Fähigkeit des Arbeitgebers zur selbständigen Artikulation und Betätigung im Sinne der Koalitionsfreiheit berührt werde¹³⁵: Handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, ist Arbeitgeber die Gesellschaft, die vertreten durch den Vorstand mit den Arbeitnehmern Arbeitsverträge abschließt und das Direktionsrecht ausübt¹³⁶. Arbeitgeber ist also nicht die Gemeinschaft der Anteilseigner, sondern ihre gesellschaftsrechtliche Verfaßtheit als Unternehmensträger unter Einschluß aller sonstigen, an der Willensbildung im Unternehmen befaßten Personen. Das BVerfG hat daher insoweit zutreffend festgestellt, daß die Entscheidung im Verhältnis Unternehmen — Vereinigung *unmittelbar* nicht beeinflußt werde¹³⁷.

Es ist aber keineswegs einzusehen, warum das Gericht die ins Auge fallende *mittelbare* Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG ausgenommen hat. Einflüsse, die durch Vorschriften zur Bildung der Binnenstruktur entstehen, sind keineswegs allein über Art. 9 Abs. 1 GG abfangbar (*beide* Grundrechte können unterschiedlich betroffen sein), und sie sind nicht minder beachtenswert als Behinderungen, die von außen kommen¹³⁸. Die formale Argumentation des Senats erstaunt um so mehr, als in anderem Zusammenhang durchaus auf die faktische Wirkung, ob unmittelbar oder mittelbar, abgestellt wird. Schließlich wird auch nicht irgendwer, sondern der Gegner der sozialordnungsrechtlichen Auseinandersetzung beteiligt¹³⁹.

Die vom BVerfG zu prüfende Frage hätte lauten müssen: wie weit dürfen Eingriffe in die Binnenstruktur eines Koalitionspartners oder seiner Mitglieder gehen, ohne daß die Koalitionsfreiheit in ihrem Kern beeinträchtigt wird. Die Frage drängt sich um so mehr auf, als Partner auf der Seite der Arbeitgeber nicht nur die Arbeitgeberverbände, sondern auch das individuelle Unternehmen sein können.

¹³⁵ (FN *), S. 154, 165 f., 241.

¹³⁶ Wiedemann / Stumpf, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., 1977, § 2 RN 59 ff.; Hueck / Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1967, Bd. 2, Teilband 1, S. 423; Kübler / Schmidt / Simitis, Mitbestimmung als gesetzgebungspolitische Aufgabe, 1978, S. 234; Raiser, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, 1974, S. 81, befürchtet, daß dieser Begriff des Arbeitgebers überflüssig werde.

¹³⁷ Die Überlegungen, das Tarifvertragssystem nur noch zwischen Arbeitnehmern und Kapitaleignern austragen zu lassen, erscheint wirklichkeitsfremd. Die Lohnfindung hat mit diesem Dualismus nichts zu tun. Arbeitgeber ist das Unternehmen. A. A. Suhr, NJW 1978, S. 2364; ähnlich Schachtschneider, JA 1979, S. 481, der an ein besonderes Organ der Anteilseigner denkt.

¹³⁸ So auch Schachtschneider, JA 1979, S. 481.

¹³⁹ So auch Doehring, BB 1978, S. 268.

c) Art. 9 Abs. 3 GG steht nach Auffassung des Senats dem Ausbau der Mitbestimmung auch nicht unter dem Aspekt der Gewährleistungen des Tarifvertragssystems entgegen¹⁴⁰. Formal sei der Bestand des Tarifvertragssystems und des Arbeitskampfsystems in ihrer gegenwärtigen Gestalt durch die Garantie von Art. 9 Abs. 3 GG nicht erfaßt, zum anderen stelle das Tarifsysteem nicht die ausschließliche Form der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dar¹⁴¹.

Mit diesen Überlegungen wird das gesamte Tarifvertragssystem zur Disposition der Beteiligten gestellt¹⁴². Die Freiheit des Gesetzgebers, das Tarifvertragssystem zu gestalten, muß aber doch stets die Existenz von sinnvoll arbeitenden Koalitionen beachten. Es ist schlecht vorstellbar, daß der früher vom BVerfG anerkannte Kernbereich nun zur Disposition des Gesetzgebers stehen soll. Wollte sich das BVerfG von dieser — zumindest auch — institutionellen Sicht lösen¹⁴³, so verfährt es inkonsequent: der Hinweis auf die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems hätte es nicht bedurft. Dies ist nur dann ein beachtlicher Maßstab, wenn die vor Einführung der Mitbestimmung vorhandenen Funktionen als schützenswert erhalten bleiben sollen¹⁴⁴.

Bedeutet Funktionsfähigkeit die effektive Wahrnehmung der zugeordneten Aufgaben, so ist die Tarifautonomie durch das Mitbestimmungsgesetz für mitbestimmte Unternehmen zumindest gefährdet. Das Gericht muß den Gesetzgeber, aber auch seine eigene Argumentation dem Grundsatz der Systemgerechtigkeit verpflichten¹⁴⁵: ein zum Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gehörendes, gesetzlich geregeltes und geschütztes Tarifsysteem ist eine Schranke für andere Regelmechanismen. Aufgabe des BVerfG wäre es gewesen, sich über die Beeinträchtigung der Tarifautonomie schon an dieser Stelle Klarheit zu verschaffen. Ob und wieweit die Grundaufgaben der Koalitionen durch die Mitbestimmung in ihrem Kern angegriffen werden, da durch Verlagerung von Konflikten in den innerunternehmerischen Bereich die tarifpolitische Auseinandersetzung überflüssig werden kann, ist offengeblieben¹⁴⁶.

d) Erst im folgenden kommt der Senat zur Prüfung¹⁴⁷, ob durch das Nebeneinander von erweiterter Mitbestimmung und Tarifvertragssy-

¹⁴⁰ a.a.O., S. 371 f.

¹⁴¹ Vgl. auch *Raiser* (FN 136), insbes. S. 108, These 17.

¹⁴² Vgl. auch *Schwerdtfeger*, Mitbestimmung und Grundgesetz, 1972, S. 258; ferner *Raisch*, Mitbestimmung und Koalitionsfreiheit, 1975, S. 85 ff.

¹⁴³ Demgegenüber *Scholz* (FN 131), S. 107; *Schwerdtfeger* (FN 142), S. 257 f.; im Ergebnis ebenso *Kübler / Schmidt / Simitis* (FN 136), S. 235 ff.

¹⁴⁴ BVerfGE 50, S. 372 ff.

¹⁴⁵ *Isensee*, Der Staat 17 (1978), S. 180.

¹⁴⁶ Dazu einerseits *Schwerdtfeger* (FN 142), S. 251 ff.: Schutz des Tarifsystems nur im Rahmen der gesetzlichen Ausgestaltungen; ein Funktionswandel ist möglich; andererseits *Doehring*, BB 1978, S. 269, der die Institution des Arbeitskampfes auf Grund nicht mehr gegebener Kampfparität, und damit die Gewerkschaften als Institutionen gefährdet sieht.

¹⁴⁷ S. 373 ff.

stem die Unabhängigkeit der Tarifvertragspartner gewahrt bleibt, ob sie nach ihrer Grundstruktur gerade dem Gegner gegenüber unabhängig genug sind, um die Interessen der Mitglieder auf arbeits- und sozialrechtlichem Gebiet wirksam und nachhaltig zu vertreten.

Auch wenn Prüfungsgegenstand hier lediglich die Selbstbestimmung der Koalitionen über ihre eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung der Geschäfte ist, mußte das BVerfG diese Prüfung entgegen der Stellungnahme von Bundesregierung, Gewerkschaftsbund und dem Frankfurter Gutachten vornehmen, um seinem eigenen Ausgangspunkt und den früher gebildeten Rechtsgrundsätzen nicht untreu zu werden. Erstaunlicherweise wird hier geprüft, was oben bewußt unterlassen und abgelehnt wurde: nämlich der externe Einfluß durch Mitbestimmung im Unternehmen auf die Organisation und Willensbildung der Arbeitgeberkoalitionen¹⁴⁸.

Das Gericht verlangt für die Tarifpartner eine „hinreichende Unabhängigkeit“. Dieser Terminus wurde erstmals in BVerfGE 4, 96 (107) verwendet. Nach der weiteren, vom BVerfG zitierten Entscheidung (E 18, 18 (28) müssen die Koalitionen „unabhängig“ sein, eine Einschränkung auf „hinreichend unabhängig“ erfolgt nicht. In beiden Entscheidungen war zusätzlich die Gegnerfreiheit gefordert worden. Wenn das BVerfG in der Mitbestimmungsentscheidung nur noch die „hinreichende Unabhängigkeit“ postuliert, verändert es (bewußt oder unbewußt) den Prüfungsmaßstab.

Bei der Argumentation, mit der das Gericht eine Einschränkung der Gegnerunabhängigkeit ausschließt, bleibt offen, ob und in welchem Ausmaß das Mitbestimmungsgesetz die Arbeitgeberkoalitionen dem Arbeitnehmer- und Gewerkschaftseinfluß überhaupt öffnet. Jedenfalls liege ein Eingriff in den Kernbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht vor¹⁴⁹.

Das Kölner Gutachten versteht unter Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit, daß der jeweilige Verband nur Mitglieder einer sozialen Gruppe habe und die Interessen der Mitglieder unabhängig von der Gegenseite definieren, artikulieren und wahrnehmen könne¹⁵⁰. Durch die Mitbestimmung werde die Unternehmensleitung in tarifpolitischen und koalitionsmäßigen Fragen von den Exponenten der Arbeitnehmerseite in erheblichem Maße abhängig¹⁵¹. Dies beeinträchtigt die Selbstbestimmung und Autonomie und damit die subjektive Rechtsstellung der Arbeitgeberverbände, darüber hinaus aber auch die objektive Dimension der Gegnerunabhängigkeit als Funktionsmerkmal der Tarifautonomie.

Zur Beurteilung des möglichen Einflusses der Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaften auf die Koalitionen der Arbeitgeber bemüht das BVerfG die Rechtspflichten, denen die Mitglieder der Unternehmensleitung unterliegen. Diese hätten das Interesse des Unternehmens zu verfolgen (§ 93 AktG, § 43 GmbHG, § 34 GenG). Die Forderung nach Unabhängigkeit der Koalitionen diene vor allem dem Interesse der Mit-

¹⁴⁸ C IV 2 c (S. 373) gegenüber 2 a (S. 370).

¹⁴⁹ Kritik auch von *Papier*, ZGR 1979, S. 466.

¹⁵⁰ (FN *), S. 154.

¹⁵¹ (FN *), S. 242.

gliedsunternehmen, auf dieses Interesse seien die Vertreter verpflichtet; der Arbeitsdirektor wird ausdrücklich eingeschlossen¹⁵².

Diese Argumentation ist fragwürdig. Es wird nämlich auf Verhaltenspflichten abgestellt, die für eine klar erkennbare Interessenlage geschaffen worden waren und die deshalb auch eingehalten werden konnten. Das Unternehmensinteresse eines der qualifizierten Mitbestimmung unterliegenden Unternehmens ist aber schon *de jure* nicht mit dem Interesse eines nicht mitbestimmten Unternehmens identisch¹⁵³. Da die Beteiligung der Arbeitnehmer und Gewerkschaftsvertreter nicht funktionslos sein soll, vielmehr Arbeitnehmerinteressen in die Unternehmenspolitik zu integrieren sind, verändern sich die Rechtspflichten, die die handelnden Organe zu verfolgen haben. Arbeitnehmerinteressen werden zu institutionalisierten Unternehmensinteressen. Für den Vertreter einer mitbestimmten Gesellschaft wird die geschaffene Gemengelage damit so undurchsichtig, daß er nicht mehr weiß, wie er zwischen den widerstreitenden Interessen gewichten soll. „Der Rechtsordnung ist im übrigen Bereich ein solcher Grad von Vertrauen fremd, das ein System unbegrenzter Inkompatibilitäten tragen könnte¹⁵⁴.“

Damit wird zur Klärung der Frage der Gegnereinfluss und Unabhängigkeit genau der Konflikt aktuell, den das BVerfG glaubte umgehen zu können: das Verhältnis der Interessen der mitbestimmten Unternehmen gegenüber den übrigen, durch die nicht mitbestimmten Unternehmen akzentuierten Verbandsinteressen der Arbeitgeber. Angesichts des Gewichts der Großunternehmen in den Verbänden gerade auch in der Vorbereitungsphase von Tarifaufinandersetzungen werden die Auswirkungen des Mitbestimmungsgesetzes auch in die Koalition hineingetragen, da es den Vertretern der mitbestimmten Unternehmen auf Grund der veränderten Unternehmenspolitik *rechtlich* nicht gestattet ist, sich voll inhaltlich der Auffassung der nicht mitbestimmten Unternehmen anzuschließen¹⁵⁵.

Die These des Gerichts, der Gegnereinfluss in den Arbeitgeberkoalitionen werde durch Mediatisierung abgemindert, kann nicht überzeugen¹⁵⁶. Zwar ist richtig, daß die Zahl der der Arbeitnehmer- bzw. Gewerkschaftsseite zuzurechnenden Vertreter der Unternehmen im Arbeitgeberverband gering sein dürfte. Das Gericht übersieht dabei aber den mittelbaren Einfluss über die veränderte unternehmerische Aufgabe der mitbestimmten Unternehmen¹⁵⁷. Dieser kann sich nicht abschwächen; die gewichtige Stellung der Großunternehmen gibt den Verbänden keine Möglichkeit, sich dem Einfluss zu entziehen¹⁵⁸. Die Rechtfertigung dieses

¹⁵² a.a.O., S. 374.

¹⁵³ So *Papier*, ZGR 1979, S. 467.

¹⁵⁴ *Isensee*, Der Staat 17 (1978), S. 180.

¹⁵⁵ Dazu *Kölner Gutachten* (FN *), S. 144.

¹⁵⁶ a.a.O., S. 375.

¹⁵⁷ So auch *Kölner Gutachten* (FN *), S. 239 f.

¹⁵⁸ *Zöllner / Seiter*, Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG, 1970, S. 35 ff., 37: Gegnereinfluss ist nicht erst bei beherrschendem Einfluss,

nicht abzuwendenden Einflusses erfolgt durch einen Vergleich zu Art. 9 Abs. 1 GG¹⁵⁹, der in die falsche Richtung geht: Wenn für Art. 9 Abs. 1 GG nicht am Grundsatz der Selbstbestimmung festgehalten wird, dann folgt dies aus der Stellung der Organisation gegenüber vielfältigen Einflüssen, denen die Unternehmensorganisation nachzugeben habe. Bei Art. 9 Abs. 3 GG geht es aber um das Gegen- oder Miteinander im Sozialkonflikt stehender Interessengruppen. Das normale Vereinsrecht kennt keinen Grundsatz der Gegnerfreiheit und Unabhängigkeit, der im Bereich der Koalitionen deren System garantiert. Dem Gegenspieler einseitig die Einflußnahme zu gestatten, vermag die Koalitionsfreiheit zwar nicht zu beseitigen, wohl aber erheblich zu beeinträchtigen.

Mit Recht hat das Kölner Gutachten auf die staatsautonome rechtssetzende Funktion der Tarifpartner hingewiesen¹⁶⁰. Das Funktionieren dieses Systems setzt als Grundbedingung das freie Aushandeln, nicht das Überwiegen einer Seite voraus.

Einen weiteren Aspekt hat das BVerfG völlig außer Betracht gelassen. Nach § 2 Abs. 1 TVG sind nicht nur die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände Tarifparteien, sondern auch die Arbeitgeber allein¹⁶¹. Die Überlegungen, die zur „prinzipiellen“ Gegnerunabhängigkeit gemacht wurden, bezogen sich auf die Arbeitgeberverbände. Auf Unternehmenstarifverträge sind sie nicht übertragbar. Hier tritt der festgestellte Einfluß ohne Mediatisierung durch Verbände unmittelbar in der Geschäftspolitik und den Tarifauseinandersetzungen zutage. Die Befürchtung des *Kölner Gutachtens*, die Bereitschaft zum Abschluß von Unternehmenstarifverträgen könne wachsen, ist nicht unbegründet¹⁶². Dies hätte eine Schwächung der Arbeitgeberverbände in mehrfacher Hinsicht zur Folge: zum einen könnten solche Einzelabschlüsse modellhaften Charakter für die gesamte Branche haben, zum anderen würden Unternehmen aus der Linie der Arbeitgeber herausgebrochen. Weder ihr Sachverstand, noch ihre Standfestigkeit in tarifpolitischen Auseinandersetzungen könnte der Verbandssolidarität zugute kommen¹⁶³.

sondern bereits wenn mitbestimmte Unternehmen auf Grund ihres rein mitgliedschaftlichen Einflusses bestimmend für die Haltung des Verbandes werden, nicht mehr gegeben.

¹⁵⁹ BVerfGE 50, S. 376.

¹⁶⁰ (FN *), S. 243. E.-W. Böckenförde spricht von „Politische Entscheidungsgewalt“, *Der Staat* 15 (1976), S. 457, 463 ff.; vgl. auch *Papier*, ZHR 1978, S. 84.

¹⁶¹ *Papier*, ZGR 1979, S. 467 f.; *Kölner Gutachten* (FN *), S. 161 f.

¹⁶² (FN *), S. 161.

¹⁶³ Vgl. *Papier*, ZGR 1979, S. 468.