

SEBASTIAN KOLBE

Mitbestimmung und Demokratieprinzip

Jus Privatum

172

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 172



Sebastian Kolbe

Mitbestimmung und Demokratieprinzip

Mohr Siebeck

Sebastian Kolbe, geboren 1978; 1998–2003 Studium der Rechtswissenschaften in Passau und München; 2003 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2005 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2009 Promotion; 2012 Habilitation; Privatdozent an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Lehrstuhlvertretung in Düsseldorf.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-152370-0
ISBN 978-3-16-152320-5
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Für Inge Kolbe

Vorwort

Diese Arbeit ist von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München im Sommersemester 2012 als Habilitationsschrift angenommen worden. Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur habe ich bis zum 7. 9. 2012 berücksichtigt.

Danken möchte ich an dieser Stelle zuallererst meinem akademischen Lehrer, Professor Dr. Volker Rieble. In der Zeit, in der ich an seinem Lehrstuhl arbeiten und lernen durfte, hat er mir Methode und Begeisterung für das wissenschaftliche Arbeiten gleichermaßen vermittelt.

Dank schulde ich auch Professor Dr. Abbo Junker, der das Zweitgutachten erstellt hat, sowie Professor Dr. Martin Franzen. Beide haben mich als Mitglieder meines Habilitationsmentorats, aber auch darüber hinaus wesentlich gefördert. Professor Dr. Jens Kersten danke ich für seine Bereitschaft, jenseits seiner Dienstpflichten aus öffentlichrechtlicher Perspektive zu meiner Arbeit Stellung zu nehmen.

Schließlich danke ich dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT, der die Publikation des Buches unterstützt hat, sowie meinen Kollegen am ZAAR, allen voran Frau Lina Dix und Frau Elisabeth von Heckel.

München, im Februar 2013

Sebastian Kolbe

Inhaltsübersicht

§ 1 <i>Demokratie in der Wirtschaft</i>	1
A. Mitbestimmung oder Wirtschaftsdemokratie?	1
B. Ideengeschichte der deutschen Staatsdemokratie	3
I. Märzrevolution und »eingeschränkte« Monarchie im Kaiserreich	4
II. Demokratieprinzip der Weimarer Reichsverfassung	5
III. Grundgesetz	6
C. Ideengeschichte der Mitbestimmungsordnung	6
I. Deutscher Bund	6
II. Kaiserreich	11
III. Weimarer Republik	14
IV. Drittes Reich	22
V. BRD und DDR	24
D. Ideelle Verbindungen zwischen Staatsdemokratie und Mitbestimmung	31
§ 2 <i>(In-)Kompatibilität von Demokratieprinzip und Mitbestimmung</i>	35
A. Fremdbestimmung und Legitimation	35
I. Demokratie als prozedurale Legitimation von Fremdbestimmung	35
II. Unterwerfung als autonome Legitimation von Fremdbestimmung	47
III. Inkompatible Legitimationsmodelle in Staat und Gesellschaft	63
B. (Selbst- oder) Mitbestimmung durch Teilhabe	63
I. Demokratische Teilhabe an der Mehrheitsherrschaft	64
II. Mitbestimmungs-Teilhabe an Entscheidungen des Arbeitgebers	86
III. Unterschiedliche Funktionen der Teilhaberechte	108
C. Mikrodemokratie im Betrieb	109
I. Kontrolle durch Mitbestimmung	110

II. Arbeitnehmer-Selbstverwaltung?	115
III. Sonderfall Mitwirkungsrechte	133
IV. Betriebsverfassung zwischen Vertragsrecht und Selbstverwaltung	134
D. Mikrodemokratie im Unternehmen	135
I. »Unternehmensverband« und »Legitimation durch Mitbestimmung«	136
II. Legitimationsfunktion der Unternehmensmitbestimmung?	151
III. Unternehmensmitbestimmung statt Demokratisierung	160
E. Rechtliche Verbindung zwischen Demokratie und Mitbestimmung	161
§ 3 <i>Funktionsprinzipien der Mitbestimmungsordnung</i>	163
A. Verfassungsrechtliche Wertungsgrundlage	163
I. Verfassungsmäßigkeit der Mitbestimmungsgesetze	163
II. (Kein) Grundrecht auf Mitbestimmung	165
III. Sozialstaat statt Demokratie	170
B. Legitimation und Grenzen der Mitbestimmung	174
I. Wirtschaftliche Mitbestimmung als Mitwirkung bei Strategieentscheidungen	174
II. »Arbeitsrechtliche« Mitbestimmung im Betrieb	183
C. Mitbestimmungszwecke	205
I. Betriebsverfassung	205
II. Unternehmensmitbestimmung	213
III. »Unternehmensmitbestimmung im Betrieb«: Mitwirkungsrechte und Wirtschaftsausschuß	223
IV. Teilhabe und Betroffenenbeteiligung	226
D. Pseudo-demokratische Fremdkörper im Mitbestimmungsrecht?	227
I. Wahlen	228
II. »Betriebs- und Unternehmensbürgerrechte«	242
III. Funktionale Beschränkung	275
IV. Partizipative Strukturen jenseits des Demokratieprinzips	293
§ 4 <i>Folgen für das Mitbestimmungssystem</i>	295
A. Betriebsverfassung	296
I. Zuordnungsfragen	296
II. Umstrukturierungsfolgen	301
III. Betriebsvereinbarungen	317
B. Unternehmensmitbestimmung	329
I. Zuordnungsfragen	329

II. Mitbestimmung und Governance	344
III. Gesetzliche und gesellschaftsrechtliche Teilhabe.	353
C. Zukunft der Mitbestimmung.	358
I. »Ent-Demokratisierung«	358
II. Flexibilisierung durch Verhandlungslösungen	374
§ 5 Ergebnisse	391
Literaturverzeichnis.	397
Sachverzeichnis	431

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	V
Abkürzungsverzeichnis	XXV
§ 1 Demokratie in der Wirtschaft.	1
A. <i>Mitbestimmung oder Wirtschaftsdemokratie?</i>	1
B. <i>Ideengeschichte der deutschen Staatsdemokratie</i>	3
I. Märzrevolution und »eingeschränkte« Monarchie im Kaiserreich	4
II. Demokratieprinzip der Weimarer Reichsverfassung	5
III. Grundgesetz	6
C. <i>Ideengeschichte der Mitbestimmungsordnung</i>	6
I. Deutscher Bund	6
1. Frühphase der Industrialisierung und »Unternehmer- Herrschaft« im Betrieb	6
2. Arbeiterbewegung	8
3. Gegenentwurf einer Gewerbeordnung im Volkswirt- schaftlichen Ausschuß der Frankfurter National- versammlung 1848/49.	9
4. Industrielle Revolution und freiwillige Arbeiter- ausschüsse	10
II. Kaiserreich	11
1. Sozialschutz durch Eingriffsverwaltung	11
2. Arbeiterschutzgesetz von 1891	12
3. Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst von 1916	14
III. Weimarer Republik	14
1. Gewerkschaften und Tarifwesen	14
2. Rätssystem nach Art. 165 WRV.	15
a. Hybride Wirtschaftsverfassung und soziale Grundrechte	15

b. Sonderverfassung der Wirtschaft	16
c. Betriebsverfassung: BRG 1920	19
3. Arbeitsrechtstheorie: Betrieb als Herrschaftsverband . .	21
IV. Drittes Reich	22
1. Führerprinzip und Betriebsgemeinschaft	22
2. Unternehmen als »konkrete Ordnung« und Gemein- wohlbindung	23
V. BRD und DDR	24
1. Frühphase der Bundesrepublik	24
a. Mitbestimmung in der Montanindustrie	25
b. Mitbestimmung nach BetrVG 1952	27
c. Neuformulierung der »Wirtschaftsdemokratie« . . .	29
2. Demokratischer Zentralismus statt Mitbestimmung in der DDR	30
 D. <i>Ideelle Verbindungen zwischen Staatsdemokratie und Mitbestimmung</i>	 31
 § 2 (In-)Kompatibilität von Demokratieprinzip und Mitbestimmung	 35
 A. <i>Fremdbestimmung und Legitimation</i>	 35
I. Demokratie als prozedurale Legitimation von Fremdbestimmung	35
1. Legitimationsfunktion als normativer Kern des Demokratieprinzips	35
2. Volksherrschaft nach dem Grundgesetz	38
a. Vertikale Komponente: Demokratische Herrschaft	38
[1] Demokratie und Hierarchie	38
[2] Legitimationssubjekt	39
[3] Repräsentation und Ableitungszusammenhang durch »Legitimationsketten«	41
b. Horizontale Komponente: Anerkennung politischer Gleichwertigkeit	45
[1] Demokratische Gleichheit	45
[2] Formale statt materialer Gleichheit	46
II. Unterwerfung als autonome Legitimation von Fremdbestimmung	47
1. Legitimation von Fremdbestimmung nach dem Selbstbestimmungsprinzip	47
2. Mehrheitsprinzip im Privatrecht	48

a. Satzungskontrolle bei mächtigen Verbänden	48
b. »Aktionärsdemokratie« und ähnliche Phänomene . .	50
c. Mehrheitsentscheid als praktisches Erfordernis . . .	51
3. Arbeitsvertrag als autonome Unterwerfungserklärung	52
4. »Soziale Demokratie« als Antwort auf ein Legitimationsdefizit?	55
a. Vertikalität der »gesellschaftlichen Demokratie« . .	56
b. Trennung von Staat und Gesellschaft	57
c. »Demokratisierung« der Gesellschaft als Funktions- bedingung der Staatsdemokratie?	59
d. Freiheitliche Gesellschaft als Funktionsbedingung der Staatsdemokratie.	61
III. Inkompatible Legitimationsmodelle in Staat und Gesellschaft	63
<i>B. (Selbst- oder) Mitbestimmung durch Teilhabe</i>	<i>63</i>
I. Demokratische Teilhabe an der Mehrheitsherrschaft . . .	64
1. »Kollektive Selbstbestimmung«	64
a. Mehrheitsprinzip als »Synthese« von Freiheit und Gleichheit	64
b. Einschränkung im Interesse des Minderheiten- schutzes	66
[1] Rechtsstaatlicher Minderheitenschutz	66
[2] Demokratischer Minderheitenschutz.	67
c. Einschränkung im Gemeinwohlinteresse und »output-Legitimation«	68
2. »Partizipativer« Gegenentwurf	71
a. Demokratische Mitwirkung als Selbstzweck	71
b. Partizipation statt Herrschaft	72
c. Abschied von den Legitimationsketten.	75
3. Insbesondere: Funktionale Selbstverwaltung	76
a. (Funktionale) Selbstverwaltung und personelle demokratische Legitimation	76
b. Demokratie und partizipative Selbstbestimmung . .	78
c. Selbstverwaltung als Einschränkung des Demokratie- prinzips	82
[1] Legitimationskonzepte für die funktionale Selbstverwaltung.	82
[2] Egalität als Grund demokratischer Teilhabe	83
[3] Ausnahmecharakter der funktionalen Selbst- verwaltung	84

II. Mitbestimmungs-Teilhabe an Entscheidungen des Arbeitgebers	86
1. Widerspruch von Demokratie und Mitbestimmung. . .	86
a. Beschäftigtenpartizipation bei der Ausübung von Staatsgewalt	86
[1] Betriebsverfassung und Personalvertretung als Arbeitsrecht	86
[2] Legitimationsdefizit und -bedürfnis der Mitbe- stimmung bei der Ausübung von Hoheitsmacht. . . .	88
[a] Defizitäre demokratische Legitimation der Beschäftigtenvertreter	88
[b] Mitbestimmung als legitimationsbedürftige Teilhabe an der Staatsgewalt	89
[c] Mitbestimmungsrestriktion im Interesse demokratischer Legitimation	90
[3] Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der jeweiligen Teilhaberechte	92
b. Selbstverwaltung in der Wirtschaftsdemokratie . . .	94
[1] Wirtschaftsdemokratie und Sonderverfassung der Wirtschaft.	94
[2] »Überbetriebliche Mitbestimmung«	97
[3] Wirtschaftsdemokratie zwischen Demokratieprinzip und Mitbestimmung	98
c. Sonderpartizipationsrechte als Einschränkung des Demokratieprinzips	99
2. Teilhabe durch Vertrag und durch Abstimmung	99
a. Tarifrechtliches Teilhabe-Modell.	100
[1] Tarifvertrag und Streik als Subsysteme der Mitbestimmung	100
[2] Tarifrechtliche »Kombination« von Vertrags- und Abstimmungsteilhabe	103
b. Teilhabe durch institutionalisierte Mitbestimmung .	106
[1] Mitbestimmung als Mikrodemokratie?	106
[2] Funktionsänderung der Teilhaberechte?	107
III. Unterschiedliche Funktionen der Teilhaberechte.	108
C. Mikrodemokratie im Betrieb.	109
I. Kontrolle durch Mitbestimmung.	110
1. »Betriebsverband«.	110
2. Polarität	110
3. Sonderstellung des Arbeitgebers.	112
4. Arbeitsvertragsakzessorietät der Betriebsverfassung . .	114
II. Arbeitnehmer-Selbstverwaltung?	115

1. Exkurs: Selbstverwaltung in Sozialversicherung und Wirtschaft.	116
a. »Betroffenendemokratie« und Hinordnung zum Staat	116
b. Grenzen der »Satzungsmacht«	118
2. Belegschaftsverband.	119
a. Zwangskorporativer Charakter der Betriebsverfassung	119
b. Betriebsbelegschaft als »Betroffenen-Verband«	120
[1] Partizipation und (ansatzweise) körperschaftliche Organisation	120
[2] Teilhabe entsprechend der Betroffenheit?	121
[a] Betroffene Außenseiter	122
[b] »Ungleich« Betroffene	123
[c] Beteiligung Nicht-Betroffener	125
[3] Betroffenenverband und Gesetz	126
3. Soziale (und funktionale) »Selbstverwaltung« der Belegschaft	127
a. Mitbestimmungswirkungen zu Lasten der Arbeitnehmer	127
[1] (Unterstellte) Generalermächtigung zu Eingriffen in Arbeitnehmerrechte	127
[2] Ausgleichsfunktion als vertragsrechtsakzessorische Schranke der Privatautonomie	129
[3] Mitbestimmungsnachteile für Arbeitnehmer	130
b. »Eigener Wirkungskreis« des Belegschaftskollektivs	132
III. Sonderfall Mitwirkungsrechte	133
IV. Betriebsverfassung zwischen Vertragsrecht und Selbstverwaltung.	134
 D. <i>Mikrodemokratie im Unternehmen</i>	 135
I. »Unternehmensverband« und »Legitimation durch Mitbestimmung«	136
1. Unternehmensmitbestimmung als Gesellschaftsrecht	136
2. Verselbständigung des Unternehmens	138
a. Soziologischer Ausgangspunkt.	138
b. Legitimation der Unternehmensleitung	141
3. Konsequenzen einer »Legitimation durch Mitbestimmung«	144
a. Anwendungsbereich der Mitbestimmung	144
b. »Widmung« des Unternehmensvermögens und Enteignungswirkung	147

c. Unternehmensverfassung als Demokratisierung des »Unternehmensverbands«	150
II. Legitimationsfunktion der Unternehmensmitbestimmung?	151
1. Parität und (kumulativer) »Zwangsschlichtungs- Mechanismus«	151
2. Legitimation und gesellschaftsrechtliche Hierarchien . .	154
3. Betroffenenbeteiligung und (transnationaler) Konzern	155
4. Nicht-Betroffenen-Beteiligung.	157
a. Beispiele: Leitende Angestellte und Leiharbeit- nehmer	157
b. Insbesondere: Gewerkschaftsteilhabe in der Unternehmensmitbestimmung	159
III. Unternehmensmitbestimmung statt Demokratisierung . .	160
 E. <i>Rechtliche Verbindung zwischen Demokratie und Mitbestimmung</i>	161
 § 3 Funktionsprinzipien der Mitbestimmungsordnung	163
 A. <i>Verfassungsrechtliche Wertungsgrundlage</i>	163
I. Verfassungsmäßigkeit der Mitbestimmungsgesetze	163
II. (Kein) Grundrecht auf Mitbestimmung	165
1. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht.	165
2. Koalitionsfreiheit und Privatautonomie	167
3. Berufsfreiheit	168
4. Ergebnis	169
III. Sozialstaat statt Demokratie	170
1. Nur politisch determinierte Mitbestimmung	170
2. Sozialstaatliche Motivation	171
3. (Doppelseitige) Eingriffsqualität der Mitbestimmungs- gesetze.	172
 B. <i>Legitimation und Grenzen der Mitbestimmung</i>	174
I. Wirtschaftliche Mitbestimmung als Mitwirkung bei Strategieentscheidungen	174
1. Privatautonomer Legitimationszusammenhang	174
a. Letztentscheidungsrecht der Eigner	174
b. »Faktische« Voll-Parität?	177
c. Voll-Parität in der Montanmitbestimmung	179

2. Betriebsverfassungsrechtliche Mitwirkung bei Strategieentscheidungen	181
3. Verfassungsrechtlicher Spielraum für die Repräsentation von Interessen in der unternehmensinternen Willensbildung	181
II. »Arbeitsrechtliche« Mitbestimmung im Betrieb	183
1. Privatautonomer Legitimationszusammenhang als Schranke der betrieblichen Mitbestimmung	183
2. Legitimation heteronomer Mitbestimmungswirkungen, insbesondere von Betriebsvereinbarungen.	184
a. Vertragsrechtsakzessorische Beschränkung der Privatautonomie als legitimationsbedürftige Fremdbestimmung	184
b. Betriebsautonomie als soziale (und funktionale) Selbstverwaltung?	186
[1] Delegation von Staatsmacht an »den Betrieb«	186
[2] Betriebsverfassung als Privatrecht	189
[3] Private Rechtsetzung statt Delegation	191
c. Betriebsvereinbarungen als Grundrechtsproblem	193
[1] Staatliche Schutzpflicht	193
[2] Zentral: Verhältnismäßigkeitskontrolle, § 75 BetrVG	194
[3] Mitbestimmung und Arbeitsvertrag	195
[a] Günstigkeitsprinzip	195
[b] Keine »Vergesellschaftung« des Arbeitsvertrags	198
[c] Zentral: §§ 77 Abs. 3, 88 BetrVG	199
d. »Selbstverwaltungsbereich« der Belegschaft	201
[1] Betriebsratsinterner Bereich.	201
[2] Mitbestimmungslasten für Arbeitnehmer	202
3. BetrVG als Legitimation und Grenze der Betriebsvereinbarung	204
C. <i>Mitbestimmungszwecke</i>	205
I. Betriebsverfassung	205
1. Schutzzweck.	205
a. Formelles »Schutz«-Konzept	205
b. Schutz durch Teilhabe?.	207
2. Teilhabezweck.	207
3. Mittelbare Steuerung durch den Sozialstaat.	209
a. Prozedurales Regelungskonzept	209
b. »Deliberative Demokratie« im mitbestimmten Betrieb?	210

c. Exkurs: »Schizophrene« Mitbestimmung im öffentlichen Dienst	211
4. Primat des Teilhabezwecks	212
II. Unternehmensmitbestimmung	213
1. Schutz und Teilhabe	213
a. Arbeitnehmerschutz, Demokratisierung und Gleichberechtigung von »Kapital und Arbeit«	213
b. Schutz der Arbeitnehmer-Stakeholder: Ökonomische Ziele der Unternehmensmitbestimmung?	214
c. Teilhabezweck	216
[1] Exkurs: (Mit-)Unternehmerische Funktion des Aufsichtsrats und Kontrolle	216
[2] Teilhabe an der Unternehmensleitung	217
2. Mittelbare Steuerung durch den Sozialstaat.	219
a. Prozedurales Regelungskonzept	219
b. Verhandlungszwang statt deliberativer Demokratie	221
3. Teilhabe als Selbstzweck und als Mittel prozeduraler Steuerung	223
III. »Unternehmensmitbestimmung im Betrieb«:	
Mitwirkungsrechte und Wirtschaftsausschuß	223
IV. Teilhabe und Betroffenenbeteiligung.	226
 D. <i>Pseudo-demokratische Fremdkörper im Mitbestimmungsrecht?</i>	 227
I. Wahlen	228
1. Akzeptanz durch Partizipation	228
a. Legitimität statt Legitimation	228
b. Keine »demokratische« Kontrolle der Arbeitnehmervertreter	230
c. Amtskontinuität statt Diskontinuität	232
d. Wahlschutz und Wahlanfechtung	233
2. Mitbestimmung ohne Wahl?	235
a. Verzichtbarkeit der Wahl unter Legitimationsaspekten	235
b. Fremdrepräsentation und Arbeitnehmerrechte	237
c. Ergebnis	239
3. »Basisdemokratie« in Betrieben und Unternehmen?	240
a. Sachentscheidungen durch die Betriebsbelegschaft.	240
b. Abberufung von Arbeitnehmervertretern durch Belegschaftsentscheid	241
c. Belegschaftsbeteiligung statt Basisdemokratie	242

II. »Betriebs- und Unternehmensbürgerrechte«	242
1. Zentral: Wahlrecht (zum Betriebsrat)	242
2. Zuordnungsprinzipien.	243
a. (Keine) Anknüpfung an das staatsrechtliche Wahlrecht	243
b. »Aktivbürgerschaft« durch arbeitsvertragliche Selbstbindung	245
c. Betroffenenbeteiligung	246
d. Polarität der Mitbestimmung	247
[1] Betriebsverfassung	248
[a] Gesetzlicher Betrieb(sbegriff)	248
[b] Betriebsteil, § 4 Abs. 1 BetrVG	251
[c] Gewillkürter Betrieb, § 3 BetrVG	252
[d] Ergebnis	254
[2] Unternehmensmitbestimmung	256
[a] Arbeitnehmerzuordnung und -zurechnung im Konzern	256
[b] Betroffenenbeteiligung oder Konzernrechts- akzessorietät?	256
[c] Sonderfall Leiharbeit	259
[d] Ergebnis	261
e. Sonderfall Gewerkschaftsbeteiligung	262
3. Stimmgewicht	263
a. Einfache statt formaler Wahlrechtsgleichheit	263
b. Atypisch Beschäftigte: Beispiel Teilzeitbeschäftigte	264
[1] Zuordnung und Stimmrechtsgleichheit	265
[2] »Majorisierung« von Vollzeitbeschäftigten?	266
[3] Gleiches Stimmrecht für atypisch Beschäftigte	267
c. Kontingentierung durch Quoten	268
[1] Quote als Problem der Wahlrechtsgleichheit	268
[2] Exkurs: Passive Wahlrechtsgleichheit	269
[3] Stimmrechtsgleichheit	270
4. Minderheitenschutz	271
a. Organisationsrechtlicher Minderheitenschutz im Betrieb	271
b. Materialer Minderheitenschutz durch kollektivfeste Individualrechte	274
III. Funktionale Beschränkung.	275
1. »Öffentlichrechtliches« Strukturprinzip im Betriebsverfassungsrecht	275
2. Schutz der Privatautonomie	277
3. Zweckbindung des Betriebsrats	279
a. Normzweckbindung der Mitbestimmungsrechte	279
b. Koppelungsgeschäfte als Rechtsproblem	281

[1] Prinzipiell erwünschte Erweiterung des Verhandlungsspielraums	281
[2] Aber: Normzweckbindung als Koppelungsgrenze.	282
[3] Rechtsfolgen.	284
[a] Kein Verbrauch des Mitbestimmungsrechts	284
[b] Wirksamkeit des »angekoppelten« Geschäfts.	285
[c] Eilfälle als rechtspolitisches Problem.	286
c. Bindung an den Teilhabezweck der Mitbestimmung	286
[1] »Allgemeinpolitische« Zuständigkeiten	286
[2] Zuständigkeit für Nicht-Teilhabeberechtigte	289
[3] Ergebnis.	289
4. (Keine) Parallele im Unternehmensmitbestimmungsrecht	290
a. Beschränkter Teilhabezweck?	291
b. Beschränkung zum Schutz der Privatautonomie?	292
IV. Partizipative Strukturen jenseits des Demokratieprinzips	293
§ 4 Folgen für das Mitbestimmungssystem	295
A. Betriebsverfassung	296
I. Zuordnungsfragen	296
1. Außerordentliche Betriebsratswahlen	296
a. Neuwahl nach »Legitimationsentfall«, § 13 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG.	296
b. Neuwahl nach erfolgreicher Wahlanfechtung, § 13 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG.	297
2. Drittbezogener Personaleinsatz durch Werkvertrag (kombiniert mit Leiharbeit)	298
II. Umstrukturierungsfolgen	301
1. Fortbestand von Arbeitnehmervertretungen	301
a. Wegfall mitbestimmter Einheiten	301
[1] Exkurs: Betriebsstillegung	301
[2] Identitätszerstörende Reorganisation von Betrieben	302
[3] Gesamt- und Konzernbetriebsräte.	304
b. Mitbestimmungskonkurrenz bei »Zusammenfassung« mitbestimmter Einheiten.	305
2. Fortgeltung von Betriebsvereinbarungen	308
a. Exkurs: Kollektivvertrag oder (doch) Betriebsatzung?	308
b. Strukturmaßnahmen und Rechtsträgerwechsel	310
[1] Unternehmensinterne Umstrukturierung.	310
[2] Betriebsübergang und Umwandlung.	312

c. Gesamt- und Konzernbetriebsvereinbarungen	314
III. Betriebsvereinbarungen	317
1. Betriebsvereinbarung und Sozialleistungen	317
a. Einschränkung des Günstigkeitsprinzips durch die Rechtsprechung	318
b. Mindest- oder Höchstvolumen für betriebliche Sozialleistungen	319
c. Nachträgliche Individualzusage	321
2. »Soziale« Lasten?	321
a. Entgeltopfer	322
b. Überstunden und Kurzarbeit.	322
c. Altersgrenze	323
3. Betriebsvereinbarungen zugunsten/zu Lasten »Dritter«	324
a. Grundsatz: Beschränkung auf den Betrieb.	324
b. Mittelbare Außenseiterwirkung über die Betriebs- organisation	324
c. Unmittelbare »Außenseiterwirkung« für Betriebs- rentner	325
4. Betriebsvereinbarungen und unternehmerische Entscheidung	327
a. Keine Betriebsvereinbarung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	327
b. Betriebsvereinbarungen »über Leiharbeit«	328
 B. Unternehmensmitbestimmung	 329
I. Zuordnungsfragen	329
1. Rechtsformanknüpfung und Schwellenwerte	329
a. Rechtsformakzessorische Einschränkung der wirtschaftlichen Mitbestimmung im Unternehmens- interesse	329
b. (Relativer) Mindest-Schwellenwert	330
c. Wirtschaftsausschuß und Gemeinschaftsbetrieb.	334
2. Unternehmensübergreifende Unternehmensmit- bestimmung	335
a. Gemeinschaftsbetrieb und Gemeinschafts- unternehmen	335
b. Konzern-Unternehmensmitbestimmung bei Zwischengesellschaften	336
[1] Unternehmensmitbestimmung im Teilkonzern, § 5 Abs. 3 MitbestG	336
[a] Zwischengesellschaften und Leitungsstruktur	337

[b] Montangesellschaft und SE als Konzernspitze . . .	339
[2] Konzern im Konzern	340
3. Territorialität	341
a. Wahlrecht für Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften	342
b. Zählzurechnung der Arbeitnehmer ausländischer Tochtergesellschaften	343
II. Mitbestimmung und Governance	344
1. »Aufsichtsratsstauglichkeit« der Arbeitnehmervertreter	345
a. Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit und Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder	345
b. »Unabhängigkeit« der Aufsichtsratsmitglieder	347
[1] Abhängigkeit der Arbeitnehmervertreter?	347
[2] Unabhängigkeit und Parität	349
c. Funktionsbezogen differenzierte Anforderungen an Aufsichtsräte	350
2. Sonderproblem: Doppelmandate in Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung	351
III. Gesetzliche und gesellschaftsrechtliche Teilhabe	353
1. Arbeitnehmer als »Mit-Eigner« und faktische Überparität im Aufsichtsrat	353
2. Exkurs: Zuwahl von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat durch die Eigner	355
3. Grenzfall: Arbeitnehmerbeteiligungs-Stiftungen	356
C. <i>Zukunft der Mitbestimmung</i>	358
I. »Ent-Demokratisierung«	358
1. Individuelle (Vertrags-)Rechte statt kollektiver Teilhabe?	359
a. Individualisierungstendenzen im geltenden Recht	359
b. Rechtspolitische Perspektive – am Beispiel des betriebsverfassungsrechtlichen Beschäftigungs- verbots	360
2. Mitbestimmung in Eilfällen	363
a. Zentral: Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG	364
b. Sonderfall Interessenausgleichsverhandlungen	367
3. »Hauptberufliche« Mitbestimmungsfunktionäre statt gewählter Arbeitnehmerrepräsentanten?	368
a. Betriebsverfassungsrechtliches Ehrenamt und Rechtswirklichkeit	369
b. Öffnungsklausel de lege ferenda	370

c. Professionalisierung als Systemfrage der Mitbestimmung	371
4. Modifikation des Wahlverfahrens	372
II. Flexibilisierung durch Verhandlungslösungen	374
1. Vereinbarte Mitbestimmung in der SE als rechtspolitischer Paradigmenwechsel	374
2. Mandatarisch legitimierte Mitbestimmung?	375
a. »Deutschrechtliche« Mitbestimmungsverein- barungen praeter legem	376
b. Europarechtlich vorgezeichnete Mitbestimmungs- vereinbarungen – am Beispiel der SE.	377
3. Unternehmensmitbestimmung als Verhandlungs- gegenstand	378
a. Aufsichtsratsgröße	378
[1] »Verkleinerungssperre« bei originär deutschrechtlicher Mitbestimmung	378
[2] Einseitige Gestaltungschance bei europarechtlich fundierter Mitbestimmung	379
[3] Wechselwirkung zwischen Organisationsrecht und Mitbestimmung	380
b. Wahlrecht	381
c. Mitbestimmungsniveau	382
4. Vereinbarte Mitbestimmung als Mitbestimmung der Zukunft	383
a. Fehlanreize durch die <i>lex lata</i>	384
b. Vereinbartes Organisationsrecht <i>de lege ferenda</i>	385
[1] Verhandlungen über gesellschaftsrechtliche Strukturen.	385
[2] Konsultationsrat	386
c. Grenzen der »Mitbestimmungsautonomie«	387
 § 5 Ergebnisse.	 391
 Literaturverzeichnis.	 397
Sachverzeichnis	431

Abkürzungen

ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
AGB-DDR	Arbeitsgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik v. 16. 6. 1977; i. d. F. des Gesetzes v. 22. 6. 1990 (GBl. DDR I 1990, S. 371)
ArbR	Arbeitsrecht aktuell – Informationen für die arbeitsrechtliche Praxis
BgbVerf	Verfassung des Landes Brandenburg vom 20. 8. 1992 (GVBl. I 2008, S. 298)
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRG	Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 (RGBl. 1920, S. 147)
ef	eigentümlich frei (www.ef-magazin.de)
FDGB	Freier Deutscher Gewerkschaftsbund
HV	Verfassung des Landes Hessen v. 1. 12. 1946 (GVBl. I 1946, S. 229)
integration	Vierteljahreszeitschrift des Instituts für Europäische Politik in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Europäische Integration
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Orientierungen	Orientierungen zur Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
SächsVerf	Verfassung des Freistaates Sachsen v. 27. 5. 1992 (SächsGVBl. 1992, S. 243)
TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten v. 23. 12. 1918 (RGBl. 1918, S. 1456)
Verf. DDR	Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik v. 6. 4. 1968 i. d. F. des Gesetzes v. 7. 10. 1974 (GBl. DDR I 1974, S. 425)
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut des Deutschen Gewerkschaftsbundes
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft

Im übrigen sei verwiesen auf *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage (2008)

§ 1 Demokratie in der Wirtschaft

A. Mitbestimmung oder Wirtschaftsdemokratie?

»Mehr Demokratie in der Wirtschaft« – unter dieses Motto stellte die Hans-Böckler-Stiftung ihre Veranstaltung zum dreißigjährigen Jubiläum des MitbestG 1976 am 30. 8. 2006. Die Festrednerin *Angela Merkel* sah hier einen »ganz zentralen Aspekt«, der »die gesamte Mitbestimmungsdiskussion auch immer geprägt hat«¹ – ein Gedanke, der dem Selbstverständnis deutscher Gewerkschaften² wie Betriebsräte³ entspricht: Arbeitnehmervertreter sehen sich gern als Element der Demokratie in der Wirtschaft.

Nicht nur die Innen-, sondern auch die Außenwahrnehmung der Arbeitnehmer-Beteiligung in der (rechts-)politischen⁴ und (rechts-)wissenschaftlichen⁵ Diskussion betont die Verbindung zum Demokratieprinzip. »Mehr Demokra-

¹ http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Bulletin/2001_2007/2006/08/75-1-bk-hans-boeckler.html.

² Dazu die Stellungnahme der Vertreter der Arbeitnehmer in *Biedenkopf u. a.*, Mitbestimmung 2, S. 67: »Eine Gesellschaft kann nicht Demokratie zum leitenden Prinzip erklären und darauf verzichten, dieses Prinzip im Wirtschaftsprozess verwirklichen.« *Kempen/Zachert*, TVG, Grundlagen Rn. 130 sieht in der »Demokratisierung der Wirtschaft« ein von der Koalitionsfreiheit gedecktes Ziel; deutlicher noch *Däubler*, TVG, Einleitung Rn. 79: »ein Stück Demokratie in einem zentralen Lebensbereich«. Hierzu auch *Zacher*, FS Böhm, 707, 710 (und dort insbesondere Fn. 8) sowie 713.

³ Vgl. die Hamburger Erklärung der *ver.di Gewerkschaften* vom 12. 4. 2000, AiB 2000, 326 f.; weiter *Wendeling-Schröder*, AiB 2000, 328; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, BetrVG, Einleitung Rn. 48 f.

⁴ Hierzu mit umfassenden Nachweisen *Demirović*, Demokratie, passim. Weiter *Burghardt u. a.*, AuR 2000, 205, 207 f.; *Wassermann*, WSI-Mitteilungen 2000, 697, 698 ff.; *T. Raiser*, Unternehmensmitbestimmung, S. B 15 ff. Dazu noch die Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, BT-Drucks. 14/5741, S. 33.

⁵ Hueck/*Nipperdey*, Arbeitsrecht II/27, S. 1062 f.; weiter *v. Hoyningen-Huene*, FS Stahlhacke, S. 173, 175: »betriebliche Demokratie«; *Fitting*, FS Schellenberg, S. 371. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Müller-Jentsch*, Arbeit, S. 173 ff., 187: Mitbestimmung als »demokratische Institution«. Kritisch *Rieble*, Mitbestimmung, S. 9 ff. Rn. 9 ff. m. w. N.; zurückhaltender *GK-BetrVG/Wiese*, Einleitung Rn. 81.

Aus der Rechtsprechung nur BAG v. 10. 12. 2002, 1 ABR 7/02, NZA 2004, 223 – unter B.II.4.c)bb) der Gründe: »Das Betriebsverfassungsgesetz ist *Ausprägung des Demokratie- und Sozialstaatsprinzips* in einem Teilbereich des Rechts.« [Hervorhebungen von mir.]

tie wagen« wollte *Willy Brandt*⁶ – durch »Mitbestimmung, Mitverantwortung in den verschiedenen Bereichen unserer Gesellschaft«, auch und gerade im Arbeitsrecht. Indizien für eine Strukturverwandtschaft sind schnell gefunden⁷: Die Arbeitnehmervertreter in Betriebs- und Aufsichtsrat werden nach Vorbild des staatsdemokratischen Verfahrens von den Arbeitnehmern gewählt⁸, die Gewählten repräsentieren⁹ die Wählenden wie auch die Parlaments-Abgeordneten ihre Wähler repräsentieren¹⁰. Diese Repräsentation vermittelt dem einzelnen Arbeitnehmer Teilhaberechte¹¹, wie auch das Demokratieprinzip dem einzelnen Bürger solche Partizipationsrechte zuweist¹². Überdies setzt der Betriebsrat – wenn auch gemeinsam mit dem Arbeitgeber – in der Betriebsvereinbarung zwingendes Recht für den Betrieb: das »Betriebsgesetz« als Parallele zum staatlichen.

Bewiesen ist damit nichts. Daß man etwa die Betriebsverfassung auch aus diametraler Perspektive erschließen kann, hat *Hermann Reichold* nachgewiesen. Seine vertragsrechtsakzessorische Sicht der betrieblichen Mitbestimmung¹³ erklärt den Betriebsrat privatautonom: als Vertragshelfer des Arbeitnehmers. Dann sind Staat und Betrieb als soziale Gebilde kaum vergleichbar und die Strukturunterschiede zwingen dazu, Parallelen als juristisch nicht verwertbare Erklärungsmuster aufzufassen¹⁴. Es ist das Ziel dieser Arbeit, die anhand so gegensätzlicher Modelle erklärte Mitbestimmung auf ihre Verwandtschaft mit dem Demokratieprinzip hin zu befragen – und gegebenenfalls deren juristische Relevanz aufzudecken. Dabei ist das Erkenntnisinteresse nicht auf die staatsrechtliche Demokratie ausgerichtet, sondern dezidiert auf die arbeitsrechtliche »Mitbestimmungsdemokratie«.

Berührungspunkte zwischen Demokratie und Mitbestimmung finden sich etwa in der historischen Rückschau: Die ideengeschichtliche Entwicklung von Staatsdemokratie und Arbeitnehmer-Beteiligung sind in Deutschland miteinander verschränkt; § 1 wird dieser tradierten Grundlage der »demokratischen

⁶ Volltext der Regierungserklärung vom 28. 10. 1968 auf <http://www.bwbs.de/UserFiles/File/PDF/Regierungserklaerung691028.pdf>.

⁷ Dazu etwa *Plander*, Nutzen der Mitbestimmung, S. 117, 118 f.

⁸ Für den Betriebsrat *Dütz/Schulin*, ZfA 1975, 103, 109. Weiter *Wendeling-Schröder*, AiB 2000, 328: »Schaffung von Demokratie im Betrieb durch eine Wahl [...]«; weiter *Hexel*, AiB 2009, 465: Betriebsratswahlen als »größte demokratische Beteiligung der Menschen in den Betrieben«.

⁹ Zum Betriebsrat als Repräsentationsorgan der Belegschaft nur GK-BetrVG/*Franzen*, § 1 Rn. 64.

¹⁰ Eingehend zum Konzept der Repräsentation *Haller*, Repräsentation, passim.

¹¹ Zum Teilhabegedanken in der Betriebsverfassung GK-BetrVG/*Wiese*, Einleitung Rn. 79 ff.

¹² *Rhinow*, ZSR 103 II (1984), 111, 162 ff.

¹³ *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 486 ff.; näher § 2 C.I.4., S. 114 f. *Brocker*, Unternehmensmitbestimmung, S. 144 ff. überträgt den *Reicholdschen* Ansatz auf die Unternehmensmitbestimmung.

¹⁴ *Reichold*, Betriebsverfassung, S. 10 f.