

Fisahn, Andreas; Laskowski, Silke R.

Working Paper

Betriebsverfassung und Werkverträge: Regelungsspielräume des Gesetzgebers

HSI-Working Paper, No. 04

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Fisahn, Andreas; Laskowski, Silke R. (2014) : Betriebsverfassung und Werkverträge: Regelungsspielräume des Gesetzgebers, HSI-Working Paper, No. 04, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht (HSI), Frankfurt a. M.

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303133>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

HSI-Working Paper Nr. 04



Betriebsverfassung und Werkverträge

- Regelungsspielräume des Gesetzgebers -

Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld
und
Prof. Dr. Silke R. Laskowski, Universität Kassel

Dezember 2014

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht
Wilhelm-Leuschner-Str. 79
60329 Frankfurt am Main
www.hugo-sinzheimer-institut.de

Vorwort

Die Fremdvergabe von Aufgaben ist in der arbeitsteiligen Wirtschaft eine Selbstverständlichkeit. Sie wird zum Problem, wenn sie an Scheinselbstständige oder durch Scheinwerkverträge erfolgt und damit gesetzliche Arbeitnehmer-Schutzrechte und tarifliche Regelungen umgangen werden. Darüber hinaus wird sie zum Problem, wenn die Arbeitsbedingungen beim Werk- oder Dienstvertragsunternehmer, wie dies häufig der Fall ist, im Vergleich zu den Stammbeschäftigten massiv verschlechtert werden. Besonders virulent wird diese Problematik aktuell bei der Fremdvergabe an externe Crowdworker. Nicht selten hat man das Gefühl, dass sich die Unternehmen durch die Nutzung der Fremdvergabe auf dem Weg zurück ins 19. Jahrhundert befinden und den Tagelöhner, dieses Mal den digitalen, „wiederbeleben“.

Aber auch wenn die Arbeitsbedingungen nach der Fremdvergabe weiter tariflichen und gesetzlichen Standards entsprechen, kann Handlungsbedarf für Betriebsrat und Gewerkschaft bestehen. Das gilt insbesondere bei der Auslagerung von Kernkompetenzen, da hier die Zukunftsfähigkeit des Unternehmens sowie die Sicherheit der Arbeitsplätze betroffen sind. Kurzum: Die Fremdvergabe ist eines der dringendsten Probleme in der Mitbestimmung.

Nach herrschender Meinung bestehen jedoch nur Informations- und Beratungsrechte des Betriebsrats, z. B. nach §§ 80, 92a BetrVG. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass es in der letzten Legislaturperiode mehrere Gesetzesinitiativen zur Verbesserung der Mitbestimmungsrechte gegeben hat. Diese haben allerdings im Koalitionsvertrag nur einen äußerst geringfügigen Niederschlag gefunden.

Von Seiten der Arbeitgeber wird gegen jede der genannten Initiativen pauschal eingewandt, dass sie verfassungswidrig seien. Um zu überprüfen, ob hier tatsächlich verfassungs- oder auch europarechtliche Bedenken bestehen, haben wir Prof. Dr. Andreas Fisahn (Universität Bielefeld) und Prof. Dr. Silke R. Laskowski (Universität Kassel) mit einem Gutachten beauftragt. Dieses Gutachten untersucht alle dargestellten rechtspolitischen Initiativen und kommt zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber den notwendigen Spielraum für entsprechende Regelungen hat und dabei weder durch das Grundgesetz noch Europarecht beschränkt wird. Er muss nur wollen. Dieses Wollen möchten wir mit dem Gutachten befördern.



Dr. Thomas Klebe
(Leitung HSI)



Prof. Dr. Marlene Schmidt
(Leitung HSI)



Dr. Johannes Heuschmid
(Stellv. Leitung HSI)

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Vorwort..... | 1 |
| A. Problemlage und Erweiterungsmöglichkeiten der betrieblichen Mitbestimmung | 4 |
| I. Das gesellschaftliche Problem | 4 |
| II. Lösungsmöglichkeiten | 8 |
| 1. Vorschläge aus der 17. Legislaturperiode | 8 |
| a) SPD-Entwurf..... | 10 |
| b) Entwurf der LINKEN | 10 |
| c) Entwurf des Bundesrates..... | 11 |
| 2. Erweiterung der Mitbestimmung..... | 12 |
| a) Informations- und Beratungsrechte..... | 12 |
| b) Mitbestimmungs- und Zustimmungsverweigerungsrechte..... | 12 |
| c) Mitbestimmung nach der Fremdvergabe – Mitbestimmung des Stammbetriebsrates auch für Fremdbeschäftigte..... | 13 |
| B. Verfassungskonformität der Erweiterung der Mitbestimmung auf Werkverträge .. | 14 |
| I. Unternehmerische Freiheit grundrechtlich nicht garantiert | 14 |
| II. Keine Verletzung des Eigentumsrechts..... | 17 |
| 1. Maßstäbe | 17 |
| 2. Eingriff in das Eigentumsrecht..... | 19 |
| 3. Verhältnismäßigkeit (hilfsweise) | 21 |
| III. Berufsfreiheit | 27 |
| IV. Vertragsfreiheit als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit | 30 |
| V. Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Prüfung | 31 |
| C. Europarechtliche Prüfung einer Erweiterung der Mitbestimmung | 33 |
| I. Richtlinie 2002/14/EG..... | 33 |
| II. Kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (hilfsweise)..... | 38 |
| 1. Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot | 40 |
| 2. Kein Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot („Gebhard-Formel“) | 41 |
| a) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls | 42 |
| b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz | 42 |
| III. Die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht nach der EU-GRC | 46 |
| 1. Anwendbarkeit der EU-GRC..... | 46 |
| 2. Unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC | 48 |
| 3. Eigentumsrecht gem. Art. 17 EU-GRC | 51 |

| | |
|---------------------------------|----|
| 4. Grundrechtskollisionen | 53 |
| IV. Ergebnis..... | 53 |
| D. Endergebnis..... | 54 |
| Literaturverzeichnis | 55 |

A. Problemlage und Erweiterungsmöglichkeiten der betrieblichen Mitbestimmung

I. Das gesellschaftliche Problem

Mit einer Studie der Friedrich Ebert Stiftung aus dem Jahre 2006 erlangte das Wort Prekariat eine gewisse Prominenz.¹ Umschrieben wurde mit diesem Neologismus die soziale Lage der unteren Klassen als abgehängt², wobei nicht nur die materielle Armut im Sinne eines niedrigen Einkommens, sondern auch immaterielle Werte einfließen, insbesondere der Umstand, dass die betroffenen Personen sich – wenn sie denn einer bezahlten Tätigkeit nachgingen – in unsicheren, eben prekären Beschäftigungsverhältnissen fanden. Einen Höhepunkt erreichte die Diskussion um die Leiharbeit in der Wahrnehmung einer breiten Öffentlichkeit mit der Pleite der Firma Schlecker, die nach intensiven Fachdiskussionen im Vorfeld Anlass gab, über die Praxis der Auslagerung und des Lohndumpings durch Leiharbeit in den Massenmedien zu berichten. Der Gesetzgeber wurde nach dieser gesellschaftlichen Diskussion aktiv, wobei man sicher über die Konsequenz und Reichweite der Regulierung streiten kann; geändert oder eingeführt wurden jedenfalls das Entsendegesetz und das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; Tarifverträge wurden für allgemeinverbindlich erklärt. An dieser Stelle muss offen bleiben, ob die Unternehmer oder einige von ihnen auf die bessere Regulierung der Leiharbeit durch die Ausweitung von Werkverträgen reagierten, oder ob dieses „Beschäftigungsmodell“ sich langfristig entwickelt hat. Die Auslagerung von Beschäftigung über Werkverträge wurde ebenfalls zu einem gesellschaftlichen Thema, wobei zunächst Fallbeispiele und einzelne Skandale die Diskussion bestimmten.³

Inzwischen sind die Kenntnisse über die Auslagerung von Beschäftigung durch Werkverträge auf eine breitere empirische Basis gestellt worden.⁴ Die IG Metall hat über mehrere Monate Beschäftigte und Betriebsräte nach dem Umfang von Werkvertragsarbeit in den Unternehmen

¹ Müller Hilmer, Gesellschaft im Reformprozess – Umfrage im Auftrag der Friedrich Ebert Stiftung, http://www.tns-infratest.com/sofo/_pdf/2006_FES_Ergebnisse.pdf.

² Kurt Beck zog sich den Unmut der bundesdeutschen Sprach- und Ideologiewächter zu, als er in einem Interview erklärte: „Manche nennen es ein Unterschichten-Problem“ (FAZ v. 16.10.2006). Die Sozialdemokratische Führung distanzierte sich von Becks Wortwahl. Hubertus Heil, damals Generalsekretär der Partei, erklärte, dass der Begriff stigmatisiere und der damalige Arbeitsminister Franz Müntefering erläuterte: „Wir dürfen die Gesellschaft nicht aufteilen in Schichten, Kategorien. Das ist eine Gesellschaft.“ (FAZ v. 18.10.2006). Nicht der gesellschaftliche Sachverhalt, das Phänomen, sondern seine Beschreibung wurde zum Skandal erklärt (Lessenich, Du bist Unterschicht: Zur Remoralisierung sozialer Ungleichheit, Prokla 145, 2006, S. 611).

³ Vgl. die verschiedenen Beispiele bei: Koch/Wohlhüter, Werkverträge in der Arbeitswelt, S. 6 ff; Klebe, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell, AiB 2012, S. 559 ff; Ulber, Werkverträge, AiB 2012, S. 183 ff.

⁴ Koch/Wohlhüter, Werkverträge in der Arbeitswelt, S. 17 ff; Lorig, Werkverträge – Die neue Lohndumping Strategie?, S. 11 ff.

ihrer Branche befragt. Einige Essentials dieser Befragung sind: In der Automobilindustrie stehen „den 763 000 Stammbeschäftigten 100 000 Leiharbeitskräfte und 250 000 Werkvertragsbeschäftigte gegenüber. Das entspricht einem Verhältnis von fast 2:1. In der Stahlindustrie stehen 19 000 Werkvertragsbeschäftigte und 2 100 Leiharbeiter gegenüber 61 000 Festangestellten. Im Schiffbau arbeiten 16 800 Menschen fest, aber 2700 Menschen für Leih- und 6500 Menschen für Werkvertragsfirmen. Ebenso in der Luftfahrtindustrie: Dort gehören 72 400 Menschen zur Stammebelegschaft, aber 10 000 Menschen arbeiten als Leihbeschäftigte und weitere 10 000 Menschen sind über Werkverträge beschäftigt. Das bedeutet für die gesamte Branche der Metall- und Elektroindustrie und die unmittelbar an die Wertschöpfungskette angrenzenden Branchen: Fast ein Drittel der Beschäftigten arbeiten in Leiharbeit und Werkverträgen.“⁵

Die Arbeit in solchen Beschäftigungsverhältnissen ist nicht zwingend als „prekäre“ Beschäftigung zu klassifizieren, aber dennoch oft mit einer solchen Beschäftigung jenseits des „Normalarbeitsverhältnisses“ verbunden. Mit der Arbeit in „prekären“ Beschäftigungsverhältnissen sind in der Regel unterschiedliche Formen des Lohndumpings⁶ verbunden. So wird geschätzt, dass die Nicht-Stammebelegschaft in der Regel ein Drittel weniger Lohn erhält als die Stammebelegschaft. Nebeneinander mit vergleichbaren Tätigkeiten beschäftigte Arbeitnehmer bekommen nicht nur einen unterschiedlichen Lohn, sondern arbeiten bei unterschiedlichen Arbeitgebern zu unterschiedlichen Bedingungen.⁷ Umgekehrt können sich einerseits auch echte Selbständige oder Werkvertragsunternehmer in einer sozial prekären Situation befinden und andererseits gibt es selbstverständlich auch ordentlich bezahlte Werkverträge.

Damit wird aber nur die Oberfläche erfasst. Inzwischen wird eine Tendenz zu einem „neuen Produktionsmodell“⁸ ausgemacht, das durch Leiharbeit, Werkverträge und andere Formen der Auslagerung geprägt wird. Um den Kern der Produktion wird auch räumlich ein strategisches Umfeld geschaffen, das dem Kern zuarbeitet. Das Fabrik-Lay-Out wird auf Werkverträge ausgerichtet. Dieses Produktionsmodell verändert die industriellen und gesellschaftlichen Beziehungen unter verschiedenen Gesichtspunkten: Es hat Auswirkungen auf das Tarifsystem und auch auf die Sozialversicherungssysteme, weil zumindest Soloselbständige von diesen nur

⁵ IGM, Längst kein Randphänomen mehr, 18.11.2013, <http://www.igmetall.de/werkvertraege-von-der-ausnahme-zur-regel-12537.htm>.

⁶ Frei von empirischen Belegen die Behauptung von Gesamtmetall: „Werkverträge in der M+E-Industrie sind kein Instrument zum ‚Lohndumping‘, sondern sichern die arbeitsteilige effiziente Produktion...“ (Gesamtmetall, Positionspapier März 2013, S. 3).

⁷ Karthaus/ Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, S. 419.

⁸ König/ Detje, Niedriglohn? Es geht ums Produktionsmodell, Sozialismus 12/2013, S. 8.

unzureichend erfasst werden. Und auch hier gilt, dass die „Fremdfirmen“ oder Zulieferer oftmals deutlich schlechter bezahlen als das Unternehmen, das den Auftrag vergibt.⁹ Und es wirkt sich auch auf der Ebene der Mitbestimmung aus, weil die Auslagerung von Teilen der Produktion oder von Dienstleistungen nicht zu den mitbestimmungspflichtigen Tatbeständen nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gehört. Es liegt also nahe, die betrieblichen Mitbestimmungsrechte auf Fragen der Vergabe von Werkverträgen und „Make-or-Buy-Entscheidungen“ auszuweiten, womit die betriebliche Mitbestimmung möglicherweise eine neue Dimension erhält, weil damit indirekt Investitionsentscheidungen betroffen sind.

Das ist erklärungsbedürftig: Es lassen sich zwei Phänomene unterscheiden. Im ersten Fall handelt es sich um eine gleichsam individuelle Auslagerung von Arbeitskräften, die aber auf dem Betriebsgelände arbeiten. Das heißt, es geht um eine Strategie des Unternehmens, Beschäftigungsverhältnisse zu vermeiden. So wurden Beispiele bekannt, dass Werkverträge über die Entladung von Containern auf dem Gelände des Unternehmens oder über das Einräumen von Regalen im Einzelhandel abgeschlossen wurden. Das Unternehmen vermeidet so, ein Arbeitsverhältnis einzugehen, und beschäftigt Menschen mit Arbeiten, die ansonsten von den Mitarbeitern des Unternehmens übernommen wurden.

Dabei ist ein solcher Vertrag nicht zwingend als Umgehung eines „normalen“ Beschäftigungsverhältnisses zu werten, wohl aber, wenn die Werkvertragsarbeitnehmer in die Unternehmensorganisation eingegliedert sind, von Weisungen abhängig sind oder nach den Direktiven des Unternehmens ohne eigene Entscheidungsbefugnisse arbeiten.¹⁰ Hier deutet sich schon an, dass die Abgrenzung, eine Typologie und selbst die Begriffsbildung schwierig sind. Däubler etwa spricht von „unechten Werkverträgen“.¹¹ Verwendet werden auch die Begriffe „Freelancer“ oder „Soloselbstständige“¹² für Selbstständige, die selbst keine weiteren Personen beschäftigen. Personen, die mit einem „Scheinwerkvertrag“ beauftragt wurden, werden als Scheinselbstständige kategorisiert. Letzterer Begriff, also der Scheinwerkvertrag, hat sich mehr oder weniger eingebürgert¹³ für die „unechten Werkverträge“. Über die Begriffe lassen

⁹ Vgl. die ausführliche Analyse von Dettmer/ Hawranek/ Lill, Mittendrin und nicht dabei, in: Der Spiegel v. 18.11.2013, S. 78 ff.

¹⁰ Ähnlich: BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 281/12, NZA 2013, S. 1348; LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, NZA 2013, 1017.

¹¹ Däubler, Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen, Expertise im Auftrag der Bundestagsfraktion Die Linke, S. 9.

¹² Vgl. Brenke, Zahl der Solo-Selbstständigen wächst deutlich schneller als die der Angestellten, Interview in: DIW Wochenbericht Nr. 7.2013, S. 17 ff.

¹³ So auch: LAG Baden-Württemberg v. 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, NZA 2013, 1017; Bauer/ Klebe/ Schunder, Neujustierung im Arbeitsrecht – Aktuelle Vorschläge, NZA 2013, S. 829; Koch/ Wohlhüter, Werkverträge in der Arbeitswelt, S. 4.

sich die Phänomene noch nicht abgrenzen oder eine Typologie der Werkverträge erstellen, was im Folgenden auch nicht geschehen soll. Hier ist vieles umstritten. Klar ist nur, dass es nicht auf den gewählten Vertragstyp oder die Bezeichnung, sondern auf den Geschäftsinhalt¹⁴ des Vertrages ankommt, also auf die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen und Pflichten und selbstverständlich entscheidend auf die tatsächliche Durchführung des Vertrages.

Nachgezeichnet wird an dieser Stelle nur, an welche unterschiedliche Phänomene Mitbestimmung anknüpfen kann. Um eine Einheitlichkeit in der Begriffsverwendung herzustellen, sollen im Folgenden die Begriffe Soloselbständige, Scheinselbstständige und Scheinwerkvertrag gebraucht werden.

Von der individuellen Auslagerung zu unterscheiden ist etwa die Entscheidung eines Unternehmens, die Lohnabrechnung outzusourcen. Auch dieses Outsourcing, d.h. die Vergabe bestimmter Dienstleistungen oder allgemeiner Aufträge an andere Firmen, ist in Form von Dienst- oder Werkverträgen möglich und betrifft dann die „Make-or-Buy“-Frage - also die Frage, ob die Arbeit intern erledigt oder fremdvergeben (eingekauft) werden soll. Die Dienstleistung, etwa die Lohnabrechnung, wird von einem fremden Unternehmen in eigener Verantwortung, oft, aber nicht notwendig, in dessen Räumen und mit dessen Arbeitsmitteln erbracht, statt vom „eigenen“ Unternehmen. Die Dienstleistung wird gekauft und nicht selber gemacht.¹⁵ Bei einer solchen Fremdvergabe oder Ausgliederung handelt es sich meist um echte Werkverträge, ebenso wie bei den Werkverträgen, an die das BGB zunächst gedacht haben dürfte, nämlich die Vergabe einzelner Werkleistungen an Handwerker, also etwa den Malermeister oder Tischler.

Die beiden Tatbestände unterscheiden sich: Im ersten Fall, also etwa bei der Beauftragung von Soloselbständigen oder der Fremdvergabe von Aufträgen an „Subunternehmer“, die in die Unternehmensstruktur des Auftraggebers eingegliedert sind, werden Tarifverträge und Mitbestimmungsregeln gezielt oder als Nebenfolge anderer Strategien umgangen. Im zweiten Fall, der „Make-or-Buy-Entscheidung“, kann diese Umgehung ebenfalls das primäre Ziel sein, etwa wenn Putzarbeiten ausgegliedert werden.¹⁶ Der Verzicht auf bestimmte Produktlinien oder Eigenleistung kann aber auch Investitionsentscheidungen und –planungen des Unternehmens

¹⁴ BAG v. 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 458.

¹⁵ Als echten Werkvertrag lässt sich auch noch eine Konstellation qualifizieren, über die das BAG zu entscheiden hatte. Ein Automobilzulieferer hatte die Lackierung von Bremszylindern auf eine Fremdfirma ausgelagert. Letztere erledigte diese Funktion in den bisherigen Räumen auf dem Gelände des Auftraggebers, bestimmte aber die Arbeitsabläufe einschließlich der Organisation und der eingesetzten Arbeitskräfte selbst; BAG v. 9.7.1991 – 1 ABR 45/90, NZA 1992, 275.

¹⁶ Dabei ist noch einmal hervorzuheben, dass es regelmäßig nicht auf den Inhalt des Vertrages oder die Art der Leistung ankommt, sondern auf die tatsächliche Durchführung, also die Frage, ob die Arbeitskräfte, d.h. die wirklichen Produzenten, in die organisatorische Struktur des Unternehmens eingebunden sind, also etwa dem Direktionsrecht unterliegen und in die Arbeitsabläufe eingegliedert sind.

betreffen, die sich nicht (nur) als Umgehung vorhandener Arbeitnehmerrechte lesen lassen. Auch dieses echte Outsourcing, die „Make-or-Buy-Entscheidung“, kann aus der Perspektive eines Betriebsrates, der Interesse an einer guten Entwicklung und Zukunft des Unternehmens hat, problematisch sein, wenn es etwa um Kernkompetenzen des Unternehmens geht, die im Falle der Auslagerung dazu führen könnten, dass das Markenzeichen des Unternehmens verloren geht.

Auch mit diesen unterschiedlichen Aspekten der Schein- und echten Werkverträge ist keine abschließende Typologie und trennscharfe Abgrenzung gewonnen. Hingewiesen wurde nur auf das gesellschaftliche Problem, das bestehenden Regulierungsabsichten zugrunde liegt. Das Problem der Typologie aber macht eine rechtliche Regulierung dann problematisch, wenn sie ausschließlich auf Scheinwerkverträge abstellen will, diese etwa sanktionieren oder ein Mitbestimmungsrecht nur für diese einführen will. In solchen Fällen ist es empfehlenswert, auf einen prozeduralen Ansatz zurück zu greifen, also im Verfahren klären zu lassen, ob es sich um Scheinwerkverträge handelt oder nicht, ob das Outsourcing als Umgehungsstrategie zu werten ist oder nicht, oder ob es im langfristigen Interesse des Unternehmens steht oder nicht. Eine prozedurale Lösung kann in umfassenden Beteiligungsrechten des Betriebsrates liegen. Diese werfen unterschiedliche verfassungsrechtliche und europarechtliche Fragen auf, die nach einem genaueren Blick auf mögliche Formen erweiterter Mitbestimmung zu erörtern sind.

II. Lösungsmöglichkeiten

1. Vorschläge aus der 17. Legislaturperiode

Das beschriebene Problem ist im politischen Diskurs angekommen. Es besteht – jedenfalls formal – Einigkeit, dass die bestehenden Mitwirkungsrechte des Betriebsrates beim Abschluss von Werkverträgen¹⁷ unzureichend sind. Die Koalitionsvereinbarung für die Große Koalition¹⁸ aus dem Jahre 2013 proklamiert deshalb folgende Zielstellung: „Den Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit werden wir verhindern.“¹⁹ Es bleibt nicht bei dieser als Vorhersage zukünftiger Entwicklung daherkommenden Formulierung einer politischen Absicht. Im Koalitionsvertrag werden auch die Mittel beschrieben, mit deren Hilfe der Missbrauch verhindert werden soll. Dazu heißt es: „Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten

¹⁷ Dazu ausführlich: Karthaus/ Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, S. 419 ff.

¹⁸ Vgl. dazu den Kommentar von: Bauer/ Klebe/ Schunder, Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, NZA 2014, S. 12 ff.

¹⁹ Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode, S. 9.

von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden. Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.²⁰

Zentral soll für die Koalitionspartner also die Verstärkung administrativer Kontrollen sein. Die Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung, d.h. der Ausbau des selbstregulierenden Systems der Kontrolle über immanente Kontrollmechanismen und -befugnisse wird nur am Rande erwähnt, nämlich mit dem Arbeitsschutz, der für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und Werkvertragsarbeitnehmer "sichergestellt" werden soll – wenn die Koalitionäre dies so gemeint haben sollten. Die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sollen nicht etwa ausgebaut oder erweitert, sondern „sichergestellt“ werden, was immer das auch heißen mag. Gerade die Möglichkeiten der Kontrolle des Missbrauchs von Werkverträgen über die betriebliche Mitbestimmung erscheint aber als rechtspolitisch adäquates Mittel, das hier auf seine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht geprüft werden soll.

Aus der vergangenen 17. Legislaturperiode liegen drei Gesetzentwürfe vor, die Regulierungsvorschläge gegen den Missbrauch von Werkverträgen unterbreitet haben. Der jüngste Vorschlag kam im September 2013 aus dem Bundesrat und wurde von den Ländern Niedersachsen, Baden-Württemberg, Bremen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz eingebracht.²¹ Im Februar 2013 wurde ein Gesetzentwurf von mehreren Abgeordneten aus und von der Fraktion der SPD²² vorgelegt sowie ein Gesetzentwurf von mehreren Abgeordneten aus und von der Fraktion „Die Linke“²³.

²⁰ Koalitionsvertrag 18. Legislaturperiode, S. 69.

²¹ Bundesrat-Drs. 687/13 v. 11.9.2013.

²² Bundestag-Drs. 17/12378 v. 19.2.2013.

²³ Bundestag-Drs. 17/12373 v. 19.2.2013.

a) SPD-Entwurf

Der Entwurf der SPD sah schwerpunktmäßig Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vor. Außerdem sollten wenige Änderungen im Sozialgesetzbuch vorgenommen werden. Die Änderungsvorschläge zum BetrVG betrafen folgende Normen:

- Die Pflicht, dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG Unterlagen zur Verfügung zu stellen, sollte erweitert werden auf eine „Person, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht“. Da der Arbeitgeber schlechterdings nicht über alle Personen Auskunft geben kann, sollten nach dem SPD Vorschlag „die Verträge des Unternehmens mit der eingesetzten Person oder dem diese beschäftigenden Unternehmen zur Verfügung“ gestellt werden „sowie Unterlagen über Einsatztage, Einsatzzeiten und Tätigkeiten dieser Person.“
- Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nach § 87 BetrVG sollten auch auf über einen Werkvertrag beschäftigte Personen ausgedehnt werden, indem ein eingefügter Absatz die Mitbestimmungsrechte für entsprechend anwendbar erklärte. Der gemeinte Personenkreis wird im SPD Entwurf folgendermaßen umschrieben: „Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, jedoch einen Arbeitsplatz besetzen, der der unternehmerischen Konzeption desselben unterliegt.“ Diese Umschreibung ist zumindest deshalb ausgesprochen unglücklich, weil sie Auseinandersetzungen um die Frage, welcher Arbeitsplatz der unternehmerischen Konzeption unterliegt und wann er „besetzt“ wird, geradezu provoziert.
- Auf den so umschriebenen Personenkreis der über Werkvertrag Beschäftigten sollte auch die Informationspflicht gemäß § 92 BetrVG ausgeweitet werden.
- Die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG sollte auf Beschäftigte mit Werkvertrag erweitert werden, indem die mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen um den Tatbestand „Besetzung eines Arbeitsplatzes, der der unternehmerischen Konzeption des Arbeitgebers unterliegt“ erweitert werden sollten. Die Formulierung ist weit gefasst, gerade deshalb aber auch wiederum unpräzise.

b) Entwurf der LINKEN

Der Gesetzentwurf der LINKEN enthielt ein eigenständiges „Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen“, in dem zunächst eine Vermutungsregel eingeführt wurde. Unter näher bestimmten Voraussetzungen sollte ein Arbeitsverhältnis vermutet werden, wenn eine nicht nur vorübergehende Beschäftigung bestand. Es sah zweitens eine Meldepflicht von Werkverträgen und von Regelungen des Arbeitsentgelts für „ausgegliederte Arbeitnehmer“

vor. Geändert werden sollten außerdem das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und das Betriebsverfassungsgesetz.

- Es sollte ein § 92 b BetrVG eingefügt werden, der nicht nur ein Unterrichtsrecht, sondern auch eine vorherige Zustimmung des Betriebsrates als Voraussetzung für die „Vergabe von bisher im Betrieb erledigten oder geplanten Aufgaben an Fremdfirmen“ vorsah. Der Betriebsrat sollte nach dem Entwurf berechtigt sein, die Zustimmung zu verweigern, „wenn auf Grund der Vergabe von Aufgaben an Fremdfirmen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebes Nachteile erleiden oder Arbeitsplätze in Gefahr kommen.“ Das ist bisher der einzige Vorschlag, der ein Mitbestimmungsrecht bei der Fremdvergabe selbst vorsieht.

c) Entwurf des Bundesrates

Im Entwurf aus dem Bundesrat wird eine Änderung des AÜG und des BetrVG vorgeschlagen, wobei der Schwerpunkt bei den Änderungen der Betriebsverfassung liegt. Der Vorschlag enthält folgende Kernelemente zur Änderung des BetrVG:

- Die Unterrichtungspflicht in § 80 Abs. 2 BetrVG sollte erweitert werden auf alle Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und länger als einen Monat auf dem Betriebsgelände tätig sind. Deren Verträge sollten dem Betriebsrat vorgelegt werden.
- Mitbestimmungspflichtig sollte nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG der Arbeits- und Gesundheitsschutz für „alle auf dem Betriebsgelände tätigen Personen“ werden, also auch für alle mit echten Werkverträgen Beschäftigte.
- Im Rahmen des § 92 Abs. 1 BetrVG sollte die Unterrichtungspflicht „auch auf den geplanten Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und länger als einen Monat auf dem Betriebsgelände tätig sein sollen“, erstreckt werden.
- Das Kernstück war die Erweiterung des Zustimmungsverweigerungsrechts bei Einstellungen gemäß § 99 BetrVG. Eingefügt werden sollte ein § 99a, der ein Zustimmungsverweigerungsrecht analog § 99 BetrVG auf Arbeitskräfte ausdehnte, die über Werkvertrag länger als einen Monat auf dem Betriebsgelände arbeiten. Erfasst wurden mit der Formulierung sowohl die Soloselbstständigen als auch Arbeitskräfte eines Werkunternehmers, der auf dem Betriebsgelände tätig wird.

2. Erweiterung der Mitbestimmung

Fasst man diese unterschiedlichen Vorschläge zusammen, lassen sich mit Blick auf die Erweiterung der Betriebsratsrechte zwei Kategorien unterscheiden, die rechtlich unterschiedlich zu bewerten und zu gewichten sind, nämlich erstens die Erweiterung der Informations- und Beratungsrechte und zweitens die Erweiterung der Mitbestimmungs- oder Zustimmungsverweigerungsrechte des Betriebsrates bei und nach der Fremdvergabe von Arbeiten. Daraus ergeben sich folgende Regelungsvarianten, die auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen sind:

a) Informations- und Beratungsrechte

- Erweiterung der Informations- und Beratungsrechte durch eine Änderung der §§ 80 Abs. 2 und 92 Abs. 1 BetrVG in dem Sinne, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über Personen, mit denen kein Arbeitsverhältnis begründet wurde, die aber Arbeitsleistungen für das Unternehmen erbringen, unterrichtet.
- **Jeder** Fall der Ausgliederung von Eigenproduktion und der Fremdvergabe an Werkvertragsunternehmer oder Soloselbstständige könnte weiter als Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG gelten, was durch eine Änderung der Vorschrift zum einen Informationspflichten des Unternehmens und Beratungsrechte des Betriebsrates begründen, weitergehend aber auch über diese Rechte hinaus einen Interessensausgleich und Sozialplan ermöglichen würde.

b) Mitbestimmungs- und Zustimmungsverweigerungsrechte

- Das Zustimmungsverweigerungsrecht bei Einstellungen usw. gemäß § 99 BetrVG lässt sich generell auf Arbeitskräfte ausdehnen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber zu stehen, auf dem Betriebsgelände arbeiten oder in die betriebliche Arbeitsorganisation eingebunden sind. Da über die Vergabe von Werkverträgen durch den Arbeitgeber einseitig Fakten geschaffen werden können, könnte auch § 100 BetrVG in dem Sinne geändert werden, dass vorläufige Maßnahmen nur in Notfällen zulässig bleiben.²⁴

²⁴ Vgl. auch Karthaus/ Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, S. 417 (422 f).

- Denkbar ist auch die Einfügung von Verfahrensschritten, über die der Betriebsrat bei Werkverträgen im Vorfeld nicht nur zu informieren ist, sondern auch Einspruch einlegen und den Vertrag für einen bestimmten Zeitraum suspendieren kann, bevor durch den Abschluss eines Werkvertrages Fakten geschaffen worden sind.²⁵
- Verfassungsrechtlich zu prüfen ist auch die Einführung eines Zustimmungsverweigerungsrechts im Anschluss an § 92a BetrVG speziell für die Auslagerung von Arbeitsprozessen durch die Vergabe von bisher im Betrieb erledigten, aber auch neuen Aufgaben an andere Firmen oder externe Personen.
- Der mögliche Regelungsinhalt von Auswahlrichtlinien gemäß § 95 BetrVG lässt sich in dem Sinne gesetzlich klar stellen, dass über diese Richtlinien auch Obergrenzen (Quoten) für die Beschäftigung von Fremdfirmenarbeitnehmern gesetzt werden.

c) Mitbestimmung nach der Fremdvergabe – Mitbestimmung des Stammbetriebsrates auch für Fremdbeschäftigte

- Die Regelung in § 87 Abs. 1 BetrVG kann dahingehend klar gestellt²⁶ oder ergänzt werden, dass sich die Mitbestimmung des Betriebsrates mit Blick auf Werkvertragsarbeitnehmer auch auf Fragen der Betriebsordnung (Nr. 1) und auf technische Einrichtungen zur Überwachung der Arbeitnehmer (Nr. 6) sowie auf Fragen der Unfallverhütung (Nr. 7) beziehen.

²⁵ Vgl. Klebe, in: Bauer/Klebe/Schunder, Deutschlands Zukunft gestalten - Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, NZA 2014, S. 12 (14 f).

²⁶ Vgl. Klebe, in: Däubler/ Kittner/ Klebe/ Wedde, BetrVG, § 87 Rnr. 10.

B. Verfassungskonformität der Erweiterung der Mitbestimmung auf Werkverträge

I. Unternehmerische Freiheit grundrechtlich nicht garantiert

Das Grundgesetz kennt kein Grundrecht der „unternehmerischen Freiheit“²⁷, sondern garantiert einzelne Rechte, die auch die Tätigkeit des Unternehmers betreffen können. Dazu gehören insbesondere die Berufsfreiheit, das Eigentumsrecht oder die allgemeine Handlungsfreiheit. Diese Rechte haben in ihrer Schutzfunktion unterschiedliche Dimensionen in dem Sinne, dass sie von der Verfassung in unterschiedlicher Weise konkretisiert sind. Sie enthalten insbesondere unterschiedliche Schranken und Eingriffsbefugnisse. Die Bildung eines aus diesen einzelnen Grundrechten kombinierten Grundrechtes auf unternehmerische Freiheit scheidet schon aus methodischen Gründen aus, weil damit Verfassungsrecht in Form eines Grundrechtes durch Rechtsinterpretation geschaffen würde, ohne dass sich – wie beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung – die gesellschaftlichen Verhältnisse in der Weise geändert hätten, dass eine (Schutz)-Lücke eine Erweiterung in dieser Form rechtfertigen könnte.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat es im Mitbestimmungsurteil²⁸ explizit und mit ausführlicher, überzeugender Begründung abgelehnt, die verschiedenen Grundrechte zu kombinieren und einen neuen umfassenden Schutz auf unternehmerische Freiheit aus der Wirtschaftsverfassung zu konstruieren. Die Kläger gegen die gesetzliche Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung durch das Mitbestimmungsgesetz von 1976 hatten in der Richtung argumentiert. Bei der verfassungsrechtlichen Begründung dieses Ergebnisses beriefen sich die Beschwerdeführer nicht nur auf die für die unternehmerische Tätigkeit wesentlichen Einzelgrundrechte. Die erweiterte Mitbestimmung sei vielmehr an den institutionellen Garantien der Wirtschaftsverfassung zu messen. Betroffen seien Grundrechte der Anteilseigner, der Unternehmensträger und der Arbeitgeberverbände. Die Mitbestimmung befinde sich weiter in einem Widerspruch zu wirtschaftsverfassungsrechtlichen und arbeitsverfassungsrechtlichen Gewährleistungen und zu dem Ordnungszusammenhang und Schutzzusammenhang, der aus den Grundrechten für die Wirtschaftsverfassung und Arbeitsverfassung des Grundgesetzes entnommen werden könne. Deshalb sei das Gesetz nicht an einzelnen Grundrechten zu messen, sondern zur Disposition stünde die grundgesetzlich umfassend geschützte unternehmerische Tätigkeit.²⁹

²⁷ Auf die unternehmerische Freiheit berufen sich aber die Arbeitgeber auch mit Blick auf eine Regulierung der Werkverträge, vgl. Gesamtmetall, Positionspapier März 2013, S. 1.

²⁸ BVerfGE 50, 290 ff.

²⁹ BVerfGE 50, 290 (307).

Die Wirtschaftsverfassung kommt jedoch als Maßstab einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht in Betracht.³⁰ Das Abstellen auf den institutionellen Zusammenhang und institutionelle Garantien, so beschied das BVerfG die Beschwerdeführer, finde „im Grundgesetz keine Stütze.“ Dann heißt es weiter: „Das Grundgesetz, das sich in seinem ersten Abschnitt im Wesentlichen auf die klassischen Grundrechte beschränkt hat, enthält keine unmittelbare Festlegung und Gewährleistung einer bestimmten Wirtschaftsordnung. Anders als die Weimarer Reichsverfassung (Art. 151 ff) normiert es auch nicht konkrete verfassungsrechtliche Grundsätze der Gestaltung des Wirtschaftslebens. Es überlässt dessen Ordnung vielmehr dem Gesetzgeber, der hierüber innerhalb der ihm durch das Grundgesetz gezogenen Grenzen frei zu entscheiden hat, ohne dazu einer weiteren als seiner allgemeinen demokratischen Legitimation zu bedürfen. Da diese gesetzgeberische Gestaltungsaufgabe ebenso wie die Gewährleistung von Grundrechten zu den konstituierenden Elementen der demokratischen Verfassung gehört, kann sie nicht im Wege einer Grundrechtsinterpretation weiter eingeschränkt werden, als die Einzelgrundrechte es gebieten. Dabei kommt den Einzelgrundrechten die gleiche Bedeutung zu wie in anderen Zusammenhängen: Nach ihrer Geschichte und ihrem heutigen Inhalt sind sie in erster Linie individuelle Rechte, Menschenrechte und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben.“³¹

Für die Verfassungsmäßigkeit wirtschaftsordnender Gesetze, heißt es weiter, sei von wesentlicher Bedeutung: „Diese ist unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte primär eine solche der Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers, die der Gesetzgeber auch bei der Ordnung der Wirtschaft zu respektieren hat. Nicht ist sie Frage eines ‚institutionellen Zusammenhangs der Wirtschaftsverfassung‘, der durch verselbständigte, den individualrechtlichen Gehalt der Grundrechte überhöhende Objektivierungen begründet wird, oder eines mehr als seine grundgesetzlichen Elemente gewährleistenden ‚Ordnungszusammenhangs und Schutzzusammenhangs der Grundrechte‘. Dem entspricht es, wenn das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen hat, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral sei; der Gesetzgeber darf jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet. Ihm kommt also eine weitgehende Gestaltungsfreiheit zu. Das darin zutage tretende Element relativer Offenheit der Verfassungsordnung ist notwendig, um einerseits dem geschichtlichen Wandel Rechnung zu tragen, der im besonderen

³⁰ Volkman, Staatsrecht II, Grundrechte, S. 288.

³¹ BVerfGE 50, 290 (336 f).

Maße das wirtschaftliche Leben kennzeichnet, andererseits die normierende Kraft der Verfassung nicht aufs Spiel zu setzen.³²

In der Lohnfortzahlungsentscheidung aus dem Jahre 1978 erörtert das BVerfG zwar begrifflich die „unternehmerische Freiheit“, subsumiert sie aber der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG,³³ so dass sich keine Verstärkung des grundrechtlichen Schutzes, insbesondere mit Blick auf die spezielleren Freiheitsrechte, ergibt. Auch in neueren Entscheidungen subsumiert das Gericht die „unternehmerische Freiheit“, soweit es den Begriff aufnimmt, ebenso wie die Vertragsfreiheit der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit.³⁴ Dabei wird von Seiten der Kläger immer wieder versucht, einen umfassenderen Schutz über den speziellen Schutz der unternehmerischen Freiheit zu erstreiten.³⁵ Gesamtmetall erklärt in der aktuellen Diskussion: Die Vergabe von Werkverträgen und das Outsourcing seien „Kernbestandteil der unternehmerischen Freiheit – und als solcher auch mit gutem Grund dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates entzogen. Das Betriebsverfassungsrecht hat hier eine sorgfältig abgewogene Balance zwischen Mitbestimmungsrechten auf der einen Seite und der Unternehmerfreiheit auf der anderen Seite gefunden. Eine Beeinträchtigung oder Zerstörung dieser Balance ist nicht zu rechtfertigen und verstößt gegen das Grundgesetz.“³⁶ Über die Behauptung der Existenz eines solchen verfassungsrechtlich geschützten Rechts kann ein solches aber keine Geltung beanspruchen – selbst wenn Gesamtmetall diese Behauptung aufstellt.

Das BVerfG hat sich der Auffassung, es gebe ein Recht auf „unternehmerische Freiheit“ ebenso wenig angeschlossen wie die herrschende Meinung in der Literatur. Formen der Mitbestimmung werden an einzelnen Grundrechten geprüft, d.h. die Tätigkeit des Arbeitgebers wird wie jede andere Grundrechtsausübung gewertet, der ihrerseits mit Rücksicht auf die Grundrechte der Beschäftigten³⁷ und anderen Verfassungsprinzipien Grenzen gezogen werden können.

Das BAG hat die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dagegen als Maßstab und Rechtfertigung einer einschränkenden, verfassungskonformen Auslegung des BetrVG diskutiert.

³² BVerfGE 50, 290 (336 f).

³³ BVerfGE 48, 227 (234).

³⁴ BVerfG, v. 9.10.2000 – 1 BvR 1627/95, Rnr. 27 (zitiert nach juris) = GRUR 2001, 266 ff; BVerfGE 77, 370 (378); BVerfGE 89, 48 (61); BVerfGE 95, 267 (303 f); BVerfGE 97, 169 (176); BVerfG v. 18.10.1987 – 1 BvR 1426/83, NJW 1988, 1135 ff; BAG, v. 24.11.1987 – 1 ABR 25/86, NZA 1988, 405 ff.

³⁵ Vgl. BVerfG v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, Rnr. 14 (zitiert nach juris) = NZA 2011, 60 f.

³⁶ Gesamtmetall, Positionspapier März 2013, S. 7.

³⁷ Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht, S. 52.

Nicht diskutiert wird, ob das Gesetz verfassungswidrig sei, weil es gegen die unternehmerische Freiheit oder reale Grundrechte verstößt, sondern ob es im Lichte der unternehmerischen Freiheit auszulegen sei. Das würde dann dazu führen, dass die unternehmerische Freiheit über die verfassungskonforme Auslegung des BetrVG der Mitbestimmung Grenzen zieht. Diese Argumentation hat das BAG aber explizit und überzeugend begründet zurück gewiesen. Es führte aus: „Die Gewährung von Mitbestimmungsrechten auch mit einer solchen Auswirkung stellt vielmehr die gesetzliche Lösung des Wertungswiderspruches zwischen Mitbestimmung und Freiheit der unternehmerischen Entscheidung selbst dar. Diese Entscheidung des Gesetzgebers haben die Gerichte zu respektieren. Sie kann nicht, auch nicht in gravierenden Fällen, korrigiert werden, weil der aufgezeigte Wertungswiderspruch anders hätte gelöst werden können oder müssen. Es geht daher nicht an, gesetzliche normierte Beteiligungsrechte des Betriebsrates mit der Begründung zu beschränken, durch sie werde die unternehmerische Entscheidungsfreiheit in einem den Grundentscheidungen des BetrVG widersprechenden Umfange beeinträchtigt. Grenzen eines Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates können sich daher nur aus der Regelung des Mitbestimmungstatbestandes selbst, aus anderen gesetzlichen Vorschriften sowie aus der Systematik und dem Sinnzusammenhang des BetrVG ergeben.“³⁸ Das BVerfG hat dieses Verständnis des Zusammenhangs von BetrVG und Grundgesetz ausdrücklich bestätigt und wiederum erstens keine allgemeine „unternehmerische Freiheit“ als Prüfungsmaßstab etabliert, sondern die „unternehmerische Entscheidungsfreiheit“ einzelnen Grundrechten, in dem Fall Art. 12 GG, subsumiert.³⁹

Zu prüfen sind mögliche Erweiterungen der betrieblichen Mitbestimmung auf Werkverträge, also auf ihre Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit, dem Eigentumsrecht und der allgemeinen Handlungsfreiheit.

II. Keine Verletzung des Eigentumsrechts

1. Maßstäbe

Der grundrechtliche Schutz des Eigentums in Art. 14 GG weist gegenüber anderen Grundrechten eine Besonderheit auf, weil die Bestimmung dessen, was Eigentum denn ist, dem Gesetzgeber überantwortet wird. Eigentum ist ein von vornherein rechtlicher Begriff, der also

³⁸ BAG v. 31.8.1982 – 1 ABR 27/80, BAGE 40, 107 ff; bestätigend: BAG v. 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, BAGE 51, 187 ff.

³⁹ Das Gericht formuliert: „Art. 12 Abs. 1 GG gebietet nicht, Berufsausübungsregelungen so zu gestalten und auszulegen, dass sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unberührt lassen, sondern lässt Raum dafür, auch durch Einschaltung einer Einigungsstelle nach Maßgabe des § 76 Abs. 5 BetrVG eine Konkordanz der Berufsfreiheit der BF und der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer herbeizuführen.“ (BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NJW 1986, 1601).

entsprechend rechtlich zu bestimmen ist und keinen vorrechtlichen Inhalt hat.⁴⁰ Diese Aufgabe der Inhaltsbestimmung weist Art. 14 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber und erst in zweiter Linie den Gerichten, letztlich dem Bundesverfassungsgericht, zu. Eigentum wird erst durch rechtliche Normen zu einem Gegenstand, der wiederum grundrechtlich geschützt wird, kann also nicht gleichsam aus sich heraus geschützt werden. Das BVerfG formulierte: „Da es keinen ‚absoluten‘ Begriff des Eigentums gibt, ist es Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Er orientiert sich dabei an den gesellschaftlichen Anschauungen seiner Zeit.“⁴¹ Kurz: Den Beruf etwa gibt es ohne rechtliche Regelung, Eigentum nicht. Diese eigentümliche Voraussetzung des grundrechtlichen Schutzes von Eigentum ist für die Bestimmung des Schutzbereiches höchst relevant. Umgekehrt kann die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes nicht in der Weise leer laufen, dass der Gesetzgeber bei der Inhaltsbestimmung grundrechtlich nicht mehr gebunden ist. Jedoch ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Gestaltung der inhaltlichen Dimensionen des Eigentums zukommt, der über die Gestaltungsspielräume des Gesetzesvorbehalts in anderen Grundrechten hinausgehen muss.

Das grundgesetzliche Eigentumsrecht ist weiter dadurch gekennzeichnet, dass sein Schutz unter den Vorbehalt der Sozialpflichtigkeit als tatbestandliche Schranke gestellt wird. Diesem Spannungsverhältnis hat das BVerfG dadurch Rechnung getragen, dass es unterschiedliche Schutzintensitäten des Eigentums annimmt, ohne diese aber präzise abzugrenzen. Je mehr das Eigentum der Privatsphäre oder Individualsphäre eines Individuums zuzuordnen ist, umso höher ist die Intensität des grundrechtlichen Schutzes, je weiter das Eigentum dagegen in die Sozialsphäre eindringt, umso mehr tritt die Sozialpflichtigkeit des Eigentums hervor.

So betont das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass der Eigentumsgarantie die Aufgabe zukommt, dem Grundrechtsträger einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm so eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen. Das Eigentumsrecht ist durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet. Es soll ihm als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein. Es genießt in dem Fall einen besonders ausgeprägten Schutz, in dem es um die Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht. Umgekehrt soll der Gebrauch des Eigentums zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen, so dass die Schutzintensität nachlässt, wenn es sich um Eigentum handelt, das durch seine soziale und gesellschaftliche Bindung charakterisiert ist. „Hierin liegt

⁴⁰ Wieland, in: Dreier, Art. 14 GG, Rnr. 38, 74; Berg, Entwicklung und Grundstrukturen der Eigentumsgarantie, JuS 2005, S. 961; a.A.: Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, S. 660.

⁴¹ BVerfGE 20, 351 (355).

die Absage an eine Eigentumsordnung, in der das Individualinteresse den unbedingten Vorrang vor den Interessen der Gemeinschaft hat.“⁴²

In dieser mehrdimensionalen, voraussetzungsvollen normativen Matrix zwischen gesetzlicher Bestimmung des Inhalts von Eigentumsrechten, die sich schwerlich von deren Schranken abgrenzen lässt, sowie der individuellen Verfügungsbefugnis einerseits und Sozialpflichtigkeit des Eigentums andererseits bewegt sich die gesetzgeberische Gestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen. Anders gesagt: Sowohl die grundgesetzlich dem Gesetzgeber zugewiesene Aufgabe, den Inhalt des Eigentums zu bestimmen, als auch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums müssen in der Konsequenz den Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers vergrößern, d.h. umgekehrt: Der Maßstab für einen verfassungswidrigen Eingriff ist sehr hoch anzulegen, wenn es sich um Regelungen der Arbeitsbeziehungen handelt, weil diese eindeutig in der Sozialsphäre anzusiedeln sind.

2. Eingriff in das Eigentumsrecht

Das Bundesverfassungsgericht subsumiert in ständiger Rechtsprechung Gewinnchancen oder Verdienstmöglichkeiten nicht dem Eigentum. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen.⁴³ Dagegen schützt er eben keine zukünftigen oder potenziellen Gewinne, Einkünfte oder Einnahmen.⁴⁴ Art. 14 Abs. 1 GG schützt das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst.⁴⁵ Im Falle der Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Regelung von Ladenöffnungszeiten hat das BVerfG mit dieser Unterteilung entsprechend nur die Berufsfreiheit geprüft, während es abgelehnt hat, das Eigentumsrecht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Die Rechtsfrage betreffe nicht „das Eigentum am Kaufhaus oder den Waren, sondern allein die unternehmerische Betätigung zu einer bestimmten Zeit“, was nicht dem Eigentumsrecht zu subsumieren sei, sondern nur der Berufsfreiheit.⁴⁶

Diese Zuordnung lässt sich nicht auf die Mitbestimmung bei der Vergabe von Werkverträgen im obigen Sinne übertragen. Zwar wird mit Abschluss eines Werkvertrages regelmäßig auch

⁴² BVerfGE 102, 1 (15) m.w.N.

⁴³ BVerfGE 20, 31 (34).

⁴⁴ BVerfGE 28, 119 (142).

⁴⁵ BVerfGE 63, 292 (334 f); BVerfGE 45, 272 (296); BVerfGE 30, 292 (335); BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NJW 1986, 1601.

⁴⁶ BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NJW 1986, 1601.

eine Gewinnerwartung oder möglicherweise Einsparungschance verbunden. Der Unternehmer verpflichtet sich aber auch, schon Erworbenes zu verwenden, um den Werkvertragspartner zu vergüten; kurz es geht um die Verwendung von Eigentum, so dass hier Art. 14 Abs. 1 GG nicht von vornherein als Prüfungsmaßstab ausscheidet.

Weiter wird der Gehalt der Eigentumsgarantie regelmäßig durch zwei wesentliche Elemente bestimmt: nämlich erstens durch seine Privatnützigkeit, d.h. die Zuordnung zu einem Rechtsträger⁴⁷, und zweitens durch die von dieser Nutzung nicht immer deutlich abgrenzbare grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand.⁴⁸ Die Zuordnung zu einem Rechtsträger wird durch die dargestellten Erweiterungen der Mitbestimmung nicht tangiert. Auch durch ein Zustimmungsverweigerungsrecht in Fragen der Auslagerung von Arbeitsschritten an andere Unternehmen (Make-or-Buy) wird die Zuordnung des Eigentums zu den Eignern des Unternehmens nicht tangiert. Kurz: der Aktienbesitzer bleibt Eigentümer seiner Aktien, sie werden nicht dem Betriebsrat zugeordnet, was entsprechend für die anderen Eigentumsformen gilt.

Eingeschränkt wird aber möglicherweise die Verfügungsbefugnis über das Eigentum. Die Verfügungsbefugnis wird allerdings nicht durch Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates eingeschränkt. Betroffen könnte sie im Falle von Suspensions-, Zustimmungsverweigerungs- oder Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates bei der Vergabe von echten oder Scheinwerkverträgen sein, weil das Unternehmen nicht nach eigener Willkür Verträge abschließen kann, mit wem es wann und wie will. Es ist allerdings zweifelhaft, ob dieses weite Verständnis von Verfügungsbefugnis des sozialpflichtigen Unternehmenseigentums dem Inhalt des Eigentumsbegriffs entspricht. Es entspricht wohl nicht mehr einer zeitgemäßen Inhaltsbestimmung des Eigentums, soweit es das weit in die Sozialsphäre reichende Eigentum am Unternehmen betrifft, dieses der Willkür eines Eigentümers, meist ja eher einer Gruppe von Eigentümern, oder gar anonymen Aktienbesitzern zuzuordnen. Zum Inhalt dieser Form des Eigentums gehört die sozialpartnerschaftliche Abstimmung mit den Beschäftigten des Unternehmens, also Formen der Mitbestimmung und Beteiligung an Fragen der sozialen Absicherung und Ausgestaltung der betrieblichen Abläufe. Folgt man einer so verstandenen inhaltlichen Bestimmung des Eigentumsbegriffs, dann ist die Eigentumsfreiheit durch eine Ausdehnung der Mitbestimmung auf die Vergabe von echten oder Scheinwerkverträgen nicht tangiert.

Dabei muss nicht zwischen Suspendierung, Zustimmungsverweigerung und Mitbestimmung, wie sie im BetrVG normiert und oben diskutiert wurden, unterschieden werden. In allen diesen

⁴⁷ BVerfGE 42, 263 (294); BVerfGE 102, 1 (15) m.w.N.; BVerfGE 104, 1 (8).

⁴⁸ BVerfGE 31, 229 (240); BVerfGE 37, 132 (140); BVerfGE 42, 263 (294).

Fällen wird die Verfügungsbefugnis des oder der Eigentümer eingeschränkt. Trotz der unterschiedlichen Reichweite wird man aus den genannten Gründen nicht annehmen können, dass es sich um einen Eingriff in das Eigentumsrecht handelt.

3. Verhältnismäßigkeit (hilfsweise)

Nimmt man dagegen – hilfsweise – an, dass der Eigentumsbegriff auch in diesem Falle über die Verfügungsbefugnis zu bestimmen ist, die einen gewillkürten Umgang mit allen Elementen des Eigentum umfasst, wäre der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG berührt. Dann wäre weiter zu prüfen, inwieweit die oben dargestellte Erweiterung der Mitbestimmung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Bei der Erweiterung der Mitbestimmung geht es nicht um den Entzug oder eine veränderte Zuordnung des Eigentums, also um eine förmliche oder faktische Enteignung, deren Rechtsfolge in Art. 14 Abs. 3 GG geregelt ist. Es geht vielmehr um eine Bestimmung der Schranken des Eigentumsrechts, wie sie in Art. 14 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber überantwortet wird. Diese ist am Maßstab der Verhältnismäßigkeit auf ihre Verfassungskonformität zu prüfen.⁴⁹

Vorrangiges Ziel der Erweiterung der Mitbestimmungsrechte um die Vergabe von Werkverträgen ist es, Scheinwerkverträge zu verhindern, um eine Umgehung von Schutzrechten für Arbeitnehmer, die sich aus unterschiedlichen Bestandteilen zusammensetzen, nämlich etwa aus Tarifvereinbarungen, betrieblichen Mitbestimmungsrechten und gesetzlichen Schutzvorschriften wie dem Kündigungsschutz, auszuschließen. Dabei sind diese Rechte ihrerseits durchaus verfassungsrechtlich fundiert, so dass es bei der Zielbestimmung auch um die Herstellung der verfassungsrechtlich gebotenen praktischen Konkordanz zwischen widerstreitenden Rechten geht. Auf der individuellen Ebene können sich die (alle) Arbeitnehmer auf die Berufsfreiheit sowie die allgemeine Handlungsfreiheit berufen, die bei der Inhaltsbestimmung des unternehmerischen Eigentums oder bei der rechtlichen Regulierung der industriellen Beziehungen vom Gesetzgeber zu berücksichtigen sind.⁵⁰ Der Schutz dieser Rechte erfolgt nicht durch materielle

⁴⁹ Verfehlt ist es dagegen, die Schrankenbestimmung und Inhaltsbestimmung zusammenzuziehen und dann die Inhalts- und Schrankenbestimmung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen. Die Bestimmung des Inhalts eines Rechts kann begrifflich nicht unverhältnismäßig sein, weil mit Inhaltsbestimmung erst dasjenige Recht bestimmt wird, in das in unverhältnismäßiger Weise eingegriffen werden könnte.

⁵⁰ Dabei handelt es sich eher um Ausstrahlung der Grundrechte als um eine Drittwirkung.

Regelungen, sondern prozedural, es handelt sich um eine besondere Form des Grundrechtsschutzes durch Verfahren,⁵¹ gleichsam um einen Schutz durch Teilhabe.⁵² Schließlich geht es auch um die Verwirklichung des in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG normierten Sozialstaatsprinzips, das nicht nur durch Systeme der sozialen Sicherheit Verfassungswirklichkeit wird, sondern das ebenso den sozialen Ausgleich in der Arbeitswelt fordert, etwa durch unterschiedliche Teilhaberechte der Arbeitnehmer an Entscheidungen „ihres“ Unternehmens.⁵³

Weil diese allgemeinen Schutzrechte auch auf der einfachgesetzlichen Ebene rechtlich abgesichert sind, geht es auf der Zielebene auch darum, ein Instrument zu schaffen, um die Implementation gesetzlicher Vorschriften sicherzustellen, was nicht nur ein legitimes Ziel, sondern geradezu ein gebotenes Ziel ist. Diese Wertung wird verstärkt, wenn man die Sozialpflichtigkeit des Eigentums in die Bewertung mit einbezieht. Auch unter diesem Aspekt erscheint es geboten, dass die von den Tarifparteien vereinbarten Lohnstandards nicht von einzelnen Unternehmen, die sich damit gegenüber den Mitbewerbern einen Kostenvorteil verschaffen, umgangen werden, was auf Dauer wegen der Wettbewerbsvorteile das Gefüge der Tariflandschaft insgesamt durcheinander bringt und mit Blick auf die Vergütung eine Abwärtsspirale nach unten in Gang setzen kann.

Die vorgeschlagenen Informations- und Beratungspflichten seitens des Unternehmens sind allein nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen. Sie sind aber Voraussetzung für die folgenden Mitbestimmungs- oder Zustimmungsverweigerungsrechte und im Kontext geeignet, eine Umgehung der arbeitsrechtlichen Regeln und Standards durch Scheinwerkverträge zu verhindern. Folglich sind erweiterte, auf den Abschluss von Werkverträgen gerichtete Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zunächst grundsätzlich geeignet, die Umgehung regulärer Beschäftigungsverhältnisse durch Scheinwerkverträge zumindest zu reduzieren. Weil Informationsrechte, wie gesehen,⁵⁴ zur Zielerreichung alleine nicht ausreichen dürften, sind Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte auch erforderlich zur Verwirklichung des angestrebten Zieles. Alternativ kämen eine staatliche Kontrolle der Werkvertragsabschlüsse oder tarifliche Vereinbarungen in Betracht. Eine staatliche Aufsicht ist aber nicht als milderer Mittel, als ein der Intensität nach niedrig-schwelligerer Eingriff

⁵¹ BVerfGE 53, 30 (Mülheim-Kärlich), dazu: Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 175 ff.

⁵² Wiebauer, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung, Rnr. 352; Wiese, Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: FS Kissel, S. 1269.

⁵³ Diskutieren lässt sich auch die Verbindung von Mitbestimmung und Demokratieprinzip (ausführlich: Kolbe, Mitbestimmung und Demokratieprinzip, passim), was allerdings ein gesellschaftliches und nicht staatszentriertes Verständnis auch der grundgesetzlichen Demokratie voraussetzt und dann eher auf die Unternehmensmitbestimmung als auf die betriebliche Mitbestimmung anzuwenden wäre.

⁵⁴ Vgl. die Begründung zu den Gesetzentwürfen oben unter: A II 1) a)-c).

in die Eigentumsfreiheit zu werten.⁵⁵ Umgekehrt dürften Tarifverträge nicht gleich geeignet sein wie die Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung, Scheinwerkverträge zu verhindern, weil hier zumindest Vollzugs- oder Umsetzungsprobleme zu erwarten sind. So hat das BVerfG ausgeführt und mit Blick auf gesetzliche Ladenschlusszeiten festgestellt: „Tarifverträge gelten aber unmittelbar und zwingend nur zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG). Damit wird nur ein Teil der Arbeitnehmer vom tarifvertraglichen“ Schutz erfasst.⁵⁶ Deshalb hielt das Gericht eine gesetzliche Regelung für erforderlich und auch mit der Verfassung zu vereinbaren. Das gilt auch mit Blick auf § 3 Abs. 2 TVG, wonach die Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen für alle Betriebe gelten, deren Arbeitgeber tarifgebunden sind – unabhängig von der Frage, ob die Arbeitnehmer organisiert sind, denn auch dann wird der Teil der Arbeitnehmer nicht erfasst, die bei nicht tarifgebundenen Unternehmen arbeiten. Im Ergebnis sind also tarifvertragliche Regelungen nicht genauso effektiv wie eine gesetzliche Ausgestaltung der betrieblichen Mitbestimmung und scheiden deshalb als milderes Mittel aus.

Problematisch könnte noch sein, ob es erforderlich ist, die gesetzliche Mitbestimmung des Betriebsrates auch auf Ausgliederung und Fremdvergabe oder auf klassische Werkverträge zu beziehen. Da die Abgrenzung zwischen Schein- und echten Werkverträgen ausgesprochen schwierig ist⁵⁷ und gerade dieses Abgrenzungsproblem eine prozedurale, gleichsam aus der Perspektive des Unternehmens systemimmanente Kontrolle notwendig macht, weil diese Abgrenzungsprobleme eine gesetzliche Regelung etwa in Form eines Verbotes ausschließen, ist es zwingend erforderlich, die erweiterten Mitbestimmungsrechte auf alle Werkverträge zu beziehen.⁵⁸ Denn Zweck ist es gerade, dass im Verfahren geklärt werden kann, ob eine Vergabe als Werkvertrag erforderlich ist oder ob ein reguläres Arbeitsverhältnis durch einen Scheinwerkvertrag umgangen werden soll. Gerade um dies zu klären, müssen die betrieblichen Mitbestimmungsrechte auch echte Werkverträge mit einbeziehen. Eine entsprechende gesetzliche Regelung wäre also erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

Die Angemessenheit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung ist unter den oben erörterten Maßstäben zur Auslegung des Art. 14 GG, insbesondere der Pflicht des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung und der mit der gesteigerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums, das aus der

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 111, 10 (34).

⁵⁶ BVerfGE 111, 10 (35).

⁵⁷ Vgl. Karthaus/ Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, S. 418 f.

⁵⁸ Betriebsräte, wird richtigerweise vertreten, seien die einzige Institution, die den Missbrauch von Scheinwerkverträgen verhindern können (Bauer/ Klebe/ Schunder, Neujustierung im Arbeitsrecht – Aktuelle Vorschläge, NZA 2013, S. 829).

Privatsphäre gleichsam hinauswächst, zu erörtern. Danach können Informations- und Beratungspflichten des Arbeitgebers nicht als unangemessener Eingriff in das Eigentum gewertet werden.

Auch die Erweiterung der Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte auf Werkverträge verstößt nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte heben die Verfügungsbefugnis des Eigentümers oder der Eigentümer am Unternehmen nicht auf, sondern beschränken sie mit Blick auf den Abschluss von Scheinwerkverträgen in nur geringerem Maße, weil die Mitbestimmung hier als Kontrollinstrument eingesetzt werden soll, um ein grundgesetzlich garantiertes Tarifsysteem und gesetzliche Schutzmechanismen nicht leer laufen zu lassen.

In seinem Grundsatzurteil zur unternehmerischen Mitbestimmung hat das BVerfG erklärt: „Wie weit die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung des Eigentums bei Organisationsmaßnahmen sozialordnender Art reicht, bedarf keiner abschließenden Festlegung. Der Gesetzgeber hält sich jedenfalls dann innerhalb der Grenzen zulässiger Inhaltsbestimmung und Schrankenbestimmung, wenn die Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht dazu führt, dass über das im Unternehmen investierte Kapital gegen den Willen aller Anteilseigner entschieden werden kann, wenn diese nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und wenn ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird.“⁵⁹ Das Gericht bestimmt hier kein Mindestfordernis, sondern macht mit dem „jedenfalls dann“ deutlich, dass es nicht weiter prüfen muss, solange nicht gegen den Willen der Anteilseigner entschieden werden kann. Es geht also davon aus, dass möglicherweise auch die Verlagerung des Letztentscheidungsrechtes von den Eigentümern auf andere Entscheidungsträger verfassungskonform sein können. Im Zweifel ist eine Verlagerung auf Vertretungen der Beschäftigten gemeint. Denkbar ist aber auch, dass zivilgesellschaftliche Vertreter beteiligt werden und so das Letztentscheidungsrecht nicht bei den Eigentümern verbleibt.

Als verfassungskonform akzeptiert wird allgemein die Einbeziehung und Entscheidungsbefugnis der Einigungsstelle, wo sie im BetrVG vorgesehen ist. Dabei handelt es sich letztlich um eine Form der Verlagerung der Entscheidungsbefugnis, die im Ergebnis auch dazu führen kann, dass der Wille des oder der Anteilseigner zurücktreten muss. Das BAG hat dies in anderem Zusammenhang in einer Entscheidung zur Mitbestimmung des Betriebsrates bei den Ladenschlusszeiten mit Blick auf Art. 12 GG, also die Berufsfreiheit, festgestellt. Das Gericht formulierte: „Das Grundrecht lässt Raum dafür, durch Einschaltung einer Einigungsstelle eine Übereinstimmung zwischen gegenläufigen Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer,

⁵⁹ BVerfGE 50, 290 (350).

die sich ebenfalls auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, herbeizuführen.“⁶⁰

Ebenso begründet das BVerfG die Einbeziehung der Einigungsstelle, wenn es formuliert: „Art. 12 Abs. 1 GG gebietet nicht, Berufsausübungsregelungen so zu gestalten und auszulegen, dass sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unberührt lassen, sondern lässt Raum dafür, auch durch Einschaltung einer Einigungsstelle nach Maßgabe des BetrVG § 76 Abs. 5 eine Konkordanz der Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin und der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer herbeizuführen.“⁶¹

Dieser Gedanke lässt sich zwanglos auf die Eigentumsgarantie in ihrer Sozialbindung und in Abwägung mit den gegenläufigen Grundrechten der Arbeitnehmer übertragen. Bei der Abwägung der unterschiedlichen Rechtspositionen, Eigentumsrecht hier, Berufsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht dort, und der Notwendigkeit einen Interessenausgleich in einem Feld der sozialen Beziehungen zu finden, ist die prozedurale Lösung des BetrVG, welche die Einbeziehung neutraler Dritter vorsieht, das Mittel der Wahl, um praktische Konkordanz zwischen den Grundrechtspositionen herzustellen.

Auch im Falle einer in der vorgeschlagenen Weise erweiterten betrieblichen Mitbestimmung muss eine solche Verlagerung des Letztentscheidungsrechtes oder die Verfügung über das Kapital gegen den Willen der Anteilseigner nicht diskutiert werden. Mit Blick auf die vorgeschlagenen Erweiterungen in § 87 BetrVG, der vorsieht, dass die Einigungsstelle Entscheidungen ersetzen kann, gilt, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nur auf Fremdfirmenbeschäftigte, demnach auf Personen erweitert wird, die ansonsten in ihren Rechten nicht vertreten würden, weil sie kein Arbeitsverhältnis mit dem Unternehmen begründet haben, aber gleichwohl organisatorisch in das Unternehmen eingebunden sind. Sie in die Mitbestimmung über Fragen der betrieblichen Ordnung usw. einzubeziehen, kann die Eigentumsrechte des Arbeitgebers nicht unverhältnismäßig verletzen. Hier sind die Grundrechte der vertretenen – bzw. nicht vertretenen – Personen mit in die Waagschale zu werfen, weil die Mitbestimmungsrechte sich auf Fragen beziehen, die direkt die sozialen u.a. Belange der Beschäftigten und damit auch deren Grundrechte betreffen. In großen Betrieben kann die Einigungsstelle auch über Richtlinien zur Personalauswahl entscheiden (§ 95 BetrVG). Diese Entscheidung betrifft aber die Verfügung über das Eigentum nur indirekt und greift deshalb nicht unverhältnismäßig in die Eigentumsrechte des Arbeitgebers ein.

In Fragen der Personalauswahl bzw. der personellen Maßnahmen (§ 99 BetrVG) hat der Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht, dass nach den oben diskutierten Vorschlägen

⁶⁰ BAG v. 13.10.1987 – 1 ABR 10/86, BAGE 56, 197 ff.

⁶¹ BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NJW 1986, 1601.

auf die Entscheidung, welche Werkvertragsarbeitnehmer eingestellt werden, erweitert werden soll. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrates kann der Arbeitgeber aber durch die Zustimmung des Gerichtes ersetzen lassen. Gegen den Willen des Arbeitgebers kann in diesen Fällen also keine Entscheidung des Betriebsrats getroffen werden. Der Eingriff in die Verfügungsbefugnis hat hier die Form, dass bestimmte Maßnahmen je nach Entscheidung des Gerichts möglicherweise nicht erfolgen, bestimmte Entscheidungen des Arbeitgebers nicht umgesetzt werden können. Über das investierte Kapital können im Ergebnis nicht andere Personen als die Eigentümer entscheiden. Es geht also um eine Schranke der Entscheidungsfreiheit in negativer Hinsicht, in dem Sinne, dass die Entscheidung nicht umgesetzt werden kann, und nicht um eine Beschränkung in positiver Hinsicht.

Diese Beschränkung in negativer Hinsicht, Schranken für den Eigentümer, sein Eigentum in freier Willkür einzusetzen, findet sich aber in verschiedensten Rechtsvorschriften, vom Baurecht bis zum Umweltrecht und ist Ausdruck der Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Auch im Falle der betrieblichen Mitbestimmung ist davon auszugehen, dass die prozeduralen Vorschriften, die am Ende zu Beschränkungen in negativer Hinsicht führen, verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind, weil eine Abwägung mit den Rechten der Arbeitnehmer aus Art. 1 und 2 Abs. 1 sowie 12 GG, dem Sozialstaatsprinzip und dem allgemeinen Interesse an sozialem Ausgleich⁶² stattfinden muss. Es muss praktische Konkordanz zwischen dem Grundrecht des Eigentümers und den genannten Rechten der Beschäftigten, welche die Mitbestimmung legitimieren, hergestellt werden.⁶³ Diese Abwägung muss zu einer Rechtfertigung der Schranken, zumindest soweit sie nur als negative Beschränkung auftritt, führen.

Von diesen grundsätzlichen Erwägungen unterscheidet sich nicht die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der vorgeschlagenen Erweiterung der Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte auf Werkverträge. Dies gilt offensichtlich für die Verhinderung von Scheinwerkverträgen, weil in diesem Fall die vorhandenen Mitbestimmungsrechte nur auf den Umgehungstatbestand ausgedehnt werden und in Wirklichkeit eine Einstellung von Arbeitnehmern oder von Leiharbeitern vorliegt.

Soweit die Mitbestimmung auf Auslagerungen und die Fremdvergabe von Tätigkeiten zielt, ist auf das eingangs diskutierte Problem der Abgrenzung und Typologisierung zu verweisen, das es gerade erforderlich macht, eine umfassende Kontrolle zu etablieren. Die schwimmenden Grenzen zwischen Scheinwerkverträgen und Soloselbständigen einerseits und echten Werkverträgen und Auslagerungen macht es gerade notwendig, eine prozedurale Form der Ab-

⁶² Ähnlich BVerfGE 50, 290 (351).

⁶³ BVerfG v. 18.12.1985 – 1 BvR 143/83, NJW 1986, 1601.

grenzung und der Kontrolle von Umgehungen zu finden, die durch Zustimmungsverweigerungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates etabliert werden kann. Deshalb ist es auch im Ansatz nicht sinnvoll, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates von vornherein auf die Verhinderung von Scheinwerkverträgen beschränken zu wollen. Die diskutierten Gesetzesentwürfe aus der 17. Legislaturperiode haben erhellet, dass der Versuch, Abgrenzungen schon auf der tatbestandlichen Ebene vornehmen zu wollen, mindestens problematisch, wenn nicht missglückt waren. Weil eine Typologisierung so schwierig ist, ist es auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt, d.h. angemessen, die echten Werkverträge in die Mitbestimmung einzubeziehen. Anders gesagt: Eine Unterscheidung zwischen Schein- und echten Werkverträgen bei der Ausweitung der Mitbestimmung ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

Nach alledem wäre eine Erweiterung der Mitbestimmungstatbestände des BetrVG durch Einbeziehung der Vergabe und Ausgestaltung von Werkverträgen in das Mitbestimmungsrecht insgesamt verhältnismäßig und somit verfassungskonform.

III. Berufsfreiheit

Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. Sie umfasst jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁶⁴ Das Grundrecht ist nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht.⁶⁵ Als Teil der Berufsfreiheit ist nach allgemeinem Verständnis auch die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers geschützt.⁶⁶ Durch die Erweiterung der Mitbestimmung auf Werkverträge kann die Vertrags- und Dispositionsfreiheit eines Unternehmers oder eines Unternehmens eingeschränkt werden, diese also in ihrer Berufsfreiheit betroffen sein.

⁶⁴ BVerfGE 7, 377 (397); BVerfGE 54, 301 (313) st. Rspr.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 105, 252 (265); BVerfGE 106, 275 (298); vgl. zum Problem des Berufs einer juristischen Person: Fisahn, Eine Bürgerversicherung ist rechtens - Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, HSI-Working Paper Nr. 02, S. 26 ff. Das Problem ist in diesem Zusammenhang aber nicht relevant, weil die betriebliche Mitbestimmung nicht von der Rechtsform des Unternehmens abhängt.

⁶⁶ BVerfGE 97, 228 (254); BVerfGE 123, 186 (252); BVerfG v. 16.7.2012 – 1 BvR 2983/10, Rnr. 14 (zitiert nach juris) = NZA 2013, 193 ff.

Der grundrechtliche Schutz der Berufsfreiheit wird einerseits umfassend angelegt,⁶⁷ schützt aber andererseits nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind.⁶⁸ Die Intensität des Schutzes wird erstens geringer, je weiter man sich vom personalen Charakter des Berufes entfernt. Im Zentrum des Schutzes steht die individuelle Ausübung einer Tätigkeit. Ein Eingriff ist nach der Rechtsprechung des BVerfG außerdem nur dann zu bejahen, wenn eine Rechtsnorm tatbestandlich unmittelbar an bestimmte wirtschaftliche Tätigkeiten anknüpft.⁶⁹ Es reiche dagegen nicht aus, wenn Regelungen nur unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfalten.⁷⁰ „Die Berufsfreiheit ist aber dann berührt, wenn sich die Maßnahmen zwar nicht auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben.“⁷¹

Für die Frage, ob die Erweiterung der gesetzlichen Mitbestimmung die Berufsfreiheit tangieren kann, führen die entwickelten Grundsätze zu einer positiven Antwort. Selbst wenn die gesetzlichen Normen nicht das Berufsbild der Unternehmer, das selbstverständlich sehr unterschiedlich aussehen kann, direkt normiert, bestimmen die Normen zumindest den Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Unternehmens, der über bestimmte Entscheidungen informieren muss oder diese nur gemeinsam mit dem Betriebsrat umsetzen kann.

Unterschieden wird – dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG folgend – zwischen Berufsausübung und Berufswahl. Die Berufsausübung betrifft die Ausgestaltung des Berufslebens, Schranken und Modalitäten des Berufes, also das „Wie“ der Berufsausübung. Dagegen betrifft die Berufswahl das „Ob“ der Berufsausübung, also die Frage, ob dem Grundrechtsträger verwehrt wird, seinen Beruf auszuüben. Dabei wird innerhalb der Berufswahl differenziert zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsbeschränkungen. Von der Intensität des Eingriffs hängt es ab, wie stark die Rechtfertigungsgründe sein müssen. Für Beschränkungen der Berufsausübung reicht es aus, wenn „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ diese zweckmäßig erscheinen lassen. Die Berufswahl wird durch gesetzliche Normen zur Mitbestimmung nicht tangiert, die Berufsfreiheit des Unternehmers ist auf der Ebene der Ausübungsregelung betroffen.

⁶⁷ Fisahn/ Kutscha, Verfassungsrecht Konkret – Die Grundrechte, S. 142.

⁶⁸ BVerfGE 111, 191 (213).

⁶⁹ BVerfG v. 16.7.2012 – 1 BvR 2983/10, Rnr. 16 (zitiert nach juris) = NZA 2013, 193 ff; BVerfGE 113, 128 (145).

⁷⁰ vgl. BVerfGE 105, 252 (265 ff); BVerfGE 106, 275 (298 f).

⁷¹ BVerfG v. 16.7.2012 – 1 BvR 2983/10, Rnr. 16 (zitiert nach juris) = NZA 2013, 193 ff; vgl. auch BVerfGE 37, 1 (17); BVerfGE 98, 83 (97); BVerfGE 111, 191 (213).

Es bleibt die Frage, ob sich der Eingriff in die Berufsfreiheit durch eine Erweiterung der Mitbestimmung um Werkverträge verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt, was am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen ist. Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls lassen sich als Ziel einer möglichen Erweiterung der Mitbestimmung anführen. Es geht, wie oben ausgeführt, um die Umsetzung bestehender Arbeitnehmerrechte, die verfassungsrechtlich basiert sind, indem Umgehungs- oder Vermeidungsstrategien seitens der Unternehmen letztlich verhindert und zu diesem Zwecke vorher transparent gemacht werden sollen. Da die bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates im Interesse des Gemeinwohls normiert wurden, besteht kein Zweifel, dass die angeführten Ziele auf der Ebene der Berufsausübungsregel als ausreichend gewichtige Erwägungen angeführt werden können.

Bei der Diskussion der Verhältnismäßigkeit ist zu berücksichtigen, dass das Grundgesetz dem Gesetzgeber im Zusammenhang mit Berufsausübungsregelungen ein erhebliches Maß an Freiheit lässt und ihm eine ebenso weite Gestaltungsmöglichkeit wie bei der Bestimmung wirtschaftspolitischer Ziele einräumt.⁷² Dies vorausgesetzt, kann weitgehend auf die oben angestellten Überlegungen verwiesen werden. Die Erweiterung der Mitbestimmung ist sowohl geeignet wie erforderlich, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Insbesondere ist auch hier zu betonen, dass nur die Kombination der Informations- und Zustimmungsverweigerungsrechte den gewünschten Erfolg, nämlich eine Kontrolle und Verhinderung von Scheinwerkverträgen, erreichen kann. Auch aus der Perspektive der Berufsfreiheit erscheint die prozedurale Kontrolle über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates als ein milderes Mittel als ein staatliches Verbot verbunden mit einer staatlichen Kontrolle.

Die Beschränkung der Berufsfreiheit des Unternehmers müsste auch angemessen sein. Dies ist unproblematisch, soweit es sich um Informations- und Beratungspflichten sowie die Erstreckung der Mitbestimmungsrechte auf Werkvertragsarbeitnehmer handelt. Insbesondere wenn diese regelmäßig oder längerfristig ihre „Werke“ auf dem Betriebsgelände erbringen, ist es nur konsequent, dass sie in die Mitbestimmung einbezogen werden und die verfassungsrechtlich geforderten und gesetzlich normierten Schutzrechte über die Mitbestimmung auch auf diese ausgedehnt werden.

Problematisch könnte allenfalls die Erstreckung der Mitbestimmung auch auf echte Werkverträge oder „Make-or-Buy-Entscheidungen“ des Unternehmens sein. Die Mitbestimmung wird hier so erweitert, dass auch die Investitionspolitik des Unternehmens zu den mitbestimmungspflichtigen Tatbeständen gehört. Das könnte den Kern der Berufsfreiheit des Unternehmers betreffen. Allerdings ist hier abzustufen. Die Berufsfreiheit des Unternehmers ist nur dann in ihrem Kern betroffen, wenn der Eigentümer gleichsam als Unternehmer fungiert. Für große

⁷² BVerfGE 11, 30 (38 f); vgl. auch BVerfGE 7, 377 (405 f); BVerfGE 77, 308 (332).

Gesellschaften, in denen Entscheidungen in Vorständen und anderen Gremien von Managern oder anderen Funktionsträgern getroffen werden, lässt sich schwerlich sagen, dass der Kern der Berufsfreiheit betroffen ist, wenn weitere prozedurale Regeln, nämlich die Einbeziehung des Betriebsrates, zu beachten sind. Das Berufsbild wird in diesen Fällen allenfalls marginal verändert. Für den Eigentümer-Unternehmer ist das oben diskutierte Problem zu bedenken, dass eine präzise Abgrenzung von Schein- und echten Werkverträgen kaum möglich ist und es gerade darum geht, Umgehungen zu verhindern, was voraussetzt, dass echte Werkverträge zunächst Gegenstand der Mitbestimmung sein müssen, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Schließlich soll nach den oben diskutierten Vorschlägen dieser Bereich der Mitbestimmung als Zustimmungsverweigerungsrecht ausgebaut werden, wobei der Unternehmer nach den geltenden Regeln die Zustimmung durch Entscheidungen des Arbeitsgerichts oder der Einigungsstelle ersetzen kann. Berücksichtigt man diese Gesichtspunkte, erscheint es nicht unangemessen, auch die echten Werkverträge in den Prozess der Mitbestimmung einzubeziehen. Die Erweiterung der Mitbestimmung verstößt dann nicht gegen die Berufsfreiheit.

IV. Vertragsfreiheit als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit

Die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG wird überwiegend sehr weit i.d.S. ausgelegt, dass sie Betätigungen jedweder Art und Güte umfasst, auch wenn diese keinen besonderen Bezug zur Entwicklung oder Entfaltung der individuellen Persönlichkeit aufweisen.⁷³ Die Handlungsfreiheit erlaubt prinzipiell jedem, zu tun und zu lassen, was er möchte. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist allerdings subsidiär gegenüber den speziellen Grundrechten, etwa dem Eigentumsrecht oder der Berufsfreiheit.

Von der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG werden aber auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit erfasst, soweit sie nicht durch besondere Bestimmungen geschützt sind,⁷⁴ und sind deshalb an dieser Stelle gesondert zu prüfen. Doch ist die Handlungsfreiheit - auch die auf wirtschaftlichem Gebiet - nur in den durch das Grundgesetz bezeichneten Schranken garantiert, vor allem denen der verfassungsmäßigen Ordnung.⁷⁵ Die verfassungsmäßige Ordnung wird verstanden als formell und materiell verfassungskonformes Recht. Um nicht in einen infiniten Progress zu geraten, wird die materielle

⁷³ Dreier, in: Dreier, Art. 2 Abs. 1 GG, Rnr. 27.

⁷⁴ BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 74, 129 (151 f); BVerfGE 95, 267 (303).

⁷⁵ BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 74, 129 (152).

Verfassungskonformität mittels einer Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt,⁷⁶ die dem Gesetzgeber jedenfalls im Bereich der Sozialsphäre einen weiten Gestaltungsspielraum zugesteht,⁷⁷ der umso größer ist, je enger der Sozialbezug der Regelung ist.⁷⁸

Mit der Erweiterung der Mitbestimmung wird in die allgemeine Handlungsfreiheit in Form der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers eingegriffen. Der Abschluss von Werkverträgen liegt nicht in der ausschließlichen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers, er wird über das – geänderte – BetrVG vielmehr verpflichtet, den Betriebsrat auch an diesen Entscheidungen zu beteiligen, womit er zu einem bestimmten Handeln verpflichtet wird, was die Vertragsfreiheit tangiert.

Allerdings ist der Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit in Form der Vertragsfreiheit aus den gleichen Überlegungen, die bisher zur Verhältnismäßigkeit angestellt wurden, ebenfalls gerechtfertigt. Die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kann zu keiner anderen Gewichtung führen als bei der Prüfung der Berufsfreiheit und des Eigentums, weil – wie gesehen – der weite Schutzbereich des Grundrechtes einen ebenso weiten Spielraum des Gesetzgebers bei der Bestimmung der Schranken zur Folge haben muss. Ist dieser im Zweifel weiter als bei der Berufsfreiheit, muss die Verhältnismäßigkeitsprüfung zum gleichen Abwägungsergebnis führen. Der Eingriff in die Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ist also ebenfalls verhältnismäßig und damit gerechtfertigt.

V. Ergebnisse der verfassungsrechtlichen Prüfung

Die Prüfung einer Verletzung des Eigentumsrechts durch eine Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung durch die Einbeziehung des Abschlusses von Werkverträgen in die mitbestimmungspflichtigen Tatbestände kommt zu dem Ergebnis, dass das Eigentum nicht in verfassungswidriger Weise verletzt werden würde. Zunächst handelt es sich nicht um eine Enteignung, sondern um eine Inhalts- oder Schrankenbestimmung. Der Gesetzgeber ist grundsätzlich berufen, den Inhalt des Eigentumsrechts überhaupt auszugestalten und zu schaffen. Zunächst wird davon ausgegangen, dass eine Inhaltsbestimmung nicht unverhältnismäßig sein kann, sie kann allenfalls den – der jeweiligen Zeit entsprechenden – Begriff des Eigentums verfehlen. Zum sozialstaatlichen Begriff des Eigentums gehört auf der Ebene des Unternehmens die Beteiligung der Mitarbeiter an Entscheidungen, die diese in ihren ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Rechten berührt. Die Erweiterung der Mitbestimmung wäre also eine Inhaltsbestimmung, die eine zeitgemäße Interpretation des Eigentumsbegriffs umsetzen

⁷⁶ Battis/ Gusy, Einführung in das Staatsrecht, S. 494 ff.

⁷⁷ BVerfGE 10, 354 (371); BVerfGE 48, 227 (234).

⁷⁸ Jarass, in: Jarass/ Piroth, Art. 2 GG, Rnr. 18.

würde. Hilfsweise wurde geprüft, ob – unter der Voraussetzung, dass man die erweiterten Mitbestimmungsrechte als Bestimmung der Schranken des Eigentums versteht – die Schrankenbestimmung verhältnismäßig wäre. Im Ergebnis ist dies anzunehmen.

Nur eine über Informations- und Unterrichtsrechte hinausgehende Beteiligung des Betriebsrates über Mitbestimmungs- oder Zustimmungsverweigerungsrechte kann sicher stellen, dass eine Umgehung verankerter Rechte, die mit dem „normalen“ Beschäftigungsverhältnis verbunden sind, durch Scheinwerkverträge ausgeschlossen oder verhindert werden können. Staatliche Kontrollen oder Eingriffe lassen sich in diesem Fall nicht als ihrer Intensität nach geringerer Eingriff in das Grundrecht werten. Zur Erreichung des benannten Zieles ist es auch angemessen, die Mitbestimmung auszudehnen. Die Eigentumsfreiheit ist nur in geringem Umfang tangiert, wenn über die Erweiterung der Rechte des Betriebsrates der Zustand hergestellt werden soll, der vor den Umgehungsstrategien mittels Scheinwerkvertrag bestanden hat. Auch die Ausdehnung auf echte Werkverträge stößt auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken, weil eine Abgrenzung die prozedurale Klärung über die Arbeitnehmerbeteiligung erfordert. Der Eingriff in das Eigentumsrecht erscheint am Ende auch deshalb als angemessen, weil letzte Entscheidungen auch gegen den Betriebsrat gefällt werden können, etwa wenn die Zustimmung gerichtlich ersetzt wird.

Die Berufsfreiheit des Unternehmers ist auf der Stufe der Berufsausübungsfreiheit betroffen, die eingeschränkt werden kann, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies rechtfertigen. Dabei verliert der Schutz der Berufsfreiheit an Intensität, je weiter man sich vom Bild des unternehmerischen Eigentümers entfernt. Die im Zusammenhang mit dem Eigentum diskutierten Ziele einer erweiterten Mitbestimmung sind als vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls zu werten, die einen verhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht rechtfertigen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit führt hier zu keinen anderen Ergebnissen als oben bei der Diskussion der Verletzung des Eigentumsrechts.

Gleiches gilt schließlich für die Prüfung der Vertragsfreiheit als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Diese wird zwar durch eine erweiterte Mitbestimmung beschränkt. Die neue gesetzliche Regelung wäre aber wiederum verhältnismäßig, würde deshalb einen Teil der verfassungsmäßigen Ordnung darstellen, die eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit auch in Form der Vertragsfreiheit rechtfertigt.

C. Europarechtliche Prüfung einer Erweiterung der Mitbestimmung

Erweiterte gesetzliche Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte (s. o. B. II. 2.), müssten mit den Vorgaben des europäischen Primärrechts und Sekundärrechts vereinbar sein. Primärrechtliche Regelungen zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer finden sich im Bereich der Sozialpolitik der EU in den Art. 153 bis 155 AEUV (zuvor Art. 137 bis 138 EGV) und seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags 2009 als soziales Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Art. 27 EU-GRC i.V.m. Art. 6 EU, das durch die Art. 153 bis 155 AEUV mitgeprägt wird.⁷⁹ Von den bereits erlassenen konkretisierenden Sekundärrechtsakten interessiert hier in erster Linie die Richtlinie 2002/14/EG.

I. Richtlinie 2002/14/EG

Die erweiterten Betriebsratsrechte müssten mit den Vorgaben der Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft⁸⁰ (Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie) vereinbar sein – daran bestehen keine Zweifel:

Die Richtlinie, die auf der Grundlage von Art. 137 Abs. 2 EGV (heute: Art. 153 AEUV) erlassen wurde, konkretisiert das heute in Art. 27 EU-GRC geregelte Grundrecht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁸¹, indem sie Mindestanforderungen der Beteiligung festlegt. Sie zielt vor dem Hintergrund einer globalisierten Wirtschaft und der damit verbundenen Entstehung neuer Arbeitsorganisationsformen auf ein allgemeines Mindestniveau des Arbeitnehmerschutzes in der EU, vgl. Erwägungsgrund 9 RL⁸². Die Richtlinie bedarf der Ausfüllung durch die Mitgliedstaaten und der Anpassung an die einzelstaatlichen Gegebenheiten, vgl. Erwägungsgrund 23 RL.⁸³ Art. 3 Abs. 1 lit. a) und b) der Richtlinie gibt die

⁷⁹ Näher Holoubek, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 27 GRC, Rnr. 5.

⁸⁰ ABl. EU L 80 vom 23.3.2002, S. 29.

⁸¹ Noch nicht abschließend geklärt ist, ob auch Mitbestimmungsrechte von Art. 27 EU-GRC erfasst werden – dafür Riedel, in: Meyer, GRC, Art. 27 GRC, Rnr. 19 (3. Aufl.) sowie Rudolf, in: Meyer, GRC, Art. 27 GRC, Rnr. 24 (4. Aufl.); dagegen Krebber, in: Calliess/ Ruffert, EUV/AEUV, Art. 27 GRC, Rnr. 5.

⁸² Erwägungsgrund 9: Eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer ist eine Vorbedingung für die erfolgreiche Bewältigung der Umstrukturierungsprozesse und für eine erfolgreiche Anpassung der Unternehmen an die im Zuge der Globalisierung der Wirtschaft - insbesondere durch die Entstehung neuer Formen der Arbeitsorganisation - geschaffenen neuen Bedingungen.

⁸³ Erwägungsgrund 23: Das mit der Richtlinie verfolgte Ziel soll durch Festlegung eines allgemeinen Rahmens erreicht werden, der die Grundsätze, Begriffe und Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung definiert. Es obliegt den Mitgliedstaaten, diesen Rahmen auszufüllen, an die jeweiligen einzelstaatlichen Gegebenheiten anzupassen und dabei gegebenenfalls den Sozialpartnern eine maßgebliche

maßgeblichen Schwellenwerte der Beschäftigtenzahl vor – je nach Entscheidung des Mitgliedstaats „Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat oder (...) Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat“. In solchen Betrieben müssen Arbeitnehmervertreterinnen und -vertreter unterrichtet und angehört werden.

Das von der Richtlinie geforderte Mindestschutzniveau wird in Deutschland vor allem durch die Beteiligungsrechte nach dem BetrVG und den PVGen gewährleistet. Die in § 1 Abs. 1 BetrVG enthaltene Regelung, wonach „in Betrieben mit in der Regel mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern, von denen drei wählbar sind“ Betriebsräte gewählt werden können (aber nicht müssen), geht über den in Art. 3 RL vorgegebenen Mindestschwellenwert hinaus und stellt insoweit eine für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstigere Vorschrift dar. Dies ist nach Art. 9 Abs. 3⁸⁴, Art. 4 Abs. 1⁸⁵ i.V.m. Erwägungsgrund 18⁸⁶ der RL zulässig.

Die Unterrichts- und Anhörungsrechte betreffen nach Art. 4 Abs. 2 lit b) RL u.a. „die Unterrichtung und Anhörung zu Beschäftigungssituation, Beschäftigungsstruktur und wahrscheinlicher Beschäftigungsentwicklung im Unternehmen oder Betrieb sowie zu gegebenenfalls geplanten antizipativen Maßnahmen, insbesondere bei einer Bedrohung für die Beschäftigung“. Darüber hinaus bezieht sich Art. 4 Abs. 2 lit. c) RL auf „die Unterrichtung und Anhörung zu Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können“. Gerade mit Hilfe der Anhörungs- und Unterrichtsrechte soll die Belegschaft bzw. ihre Belegschaftsvertretung (Personal- und Betriebsräte) Klarheit über die eigene betriebliche Situation im Hinblick auf Sicherheit und Weiterentwicklung der Arbeitsplätze gewinnen.⁸⁷

Rolle zuzuweisen, die es diesen ermöglicht, ohne jeden Zwang auf dem Wege einer Vereinbarung Modalitäten für die Unterrichtung und Anhörung festzulegen, die ihren Bedürfnissen und ihren Wünschen am besten gerecht werden.

⁸⁴ Artikel 9: Zusammenhang zwischen dieser Richtlinie und anderen gemeinschaftlichen und einzelstaatlichen Bestimmungen.

(3) Diese Richtlinie lässt andere im einzelstaatlichen Recht vorgesehene Unterrichts-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte unberührt.

⁸⁵ Artikel 4: Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung.

(1) Im Einklang mit den in Artikel 1 dargelegten Grundsätzen und unbeschadet etwaiger geltender einzelstaatlicher Bestimmungen und/oder Gepflogenheiten, die für die Arbeitnehmer günstiger sind, bestimmen die Mitgliedstaaten entsprechend diesem Artikel im Einzelnen, wie das Recht auf Unterrichtung und Anhörung auf der geeigneten Ebene wahrgenommen wird.

⁸⁶ Erwägungsgrund 18: Dieser allgemeine Rahmen zielt auf die Festlegung von Mindestvorschriften ab, die überall in der Gemeinschaft Anwendung finden, und er darf die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, für die Arbeitnehmer günstigere Vorschriften vorzusehen.

⁸⁷ VG Ansbach v. 8.5.2012 – AN 8 P 11.02183, Rnr. 23 (zitiert nach juris). Jedoch enthält die RL 2002/14/EG keine bestimmten Vorgaben für das Unterrichtsverfahren, Fauser/ Nacken, Die Sicherung des Unterrichts- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG – Unter besonderer Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, NZA 2006, S. 1142.

Folglich zielen die Anhörungs- und Unterrichtsrechte vor allem auf personalpolitische Unternehmensentscheidungen wie die Vergabe von Werkverträgen ab. Denn gerade dadurch wird in die Beschäftigungsstruktur der Unternehmen eingegriffen, weil auf die Einstellung regulärer Beschäftigter zugunsten externer, „ausgelagerter“ Beschäftigungsverhältnisse verzichtet wird. Dies wiederum hat vorhersehbare Auswirkungen auf die Beschäftigungsentwicklung des Unternehmens (Reduktion der Belegschaft, Verzicht auf betriebliche Neueinstellungen) und die Arbeitsorganisation. Insoweit deckt sich die Zielsetzung des Art. 4 RL mit den Zielen der hier in Rede stehenden erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungsregelungen.

Letztere gehen zwar, soweit tatsächliche Mitbestimmungsrechte vorgesehen sind, über das von der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie geforderte Mindestniveau hinaus. Solchen, für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstigeren einzelstaatlichen Regelungen steht die Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie aber nicht entgegen, sie bleiben schlicht unberührt, vgl. Art. 9 Abs. 3, Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Erwägungsgrund 18 RL. Dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber kommt hier ein erkennbar weites Ermessen zu. Dieses wird lediglich nach unten begrenzt durch die Rahmenvorgaben der Richtlinie 2002/14/EG, nicht aber nach oben, soweit die nationalrechtliche Ausgestaltung ein höheres Schutzniveau durch erweiterte Arbeitnehmerbeteiligungsrechte („upgrade“) anstrebt.⁸⁸

Zudem stärken erweiterte Beteiligungsrechte die Effektivität der Zielerreichung der Richtlinie i.S.v. Art. 11 RL⁸⁹ und des „effet utile“-Grundsatzes.⁹⁰ Bereits nach Art. 11 RL muss der nationale Umsetzungsgesetzgeber alle Maßnahmen ergreifen, damit die von der Richtlinie vorgegebenen Mindestbeteiligungsrechte effektiv wirken können. Erweiterte Beteiligungsrechte stärken die Steuerungswirkung der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie im Einklang mit dem „effet utile“-Grundsatz ganz offensichtlich. Denn sie gewährleisten letztlich die Einhaltung des aus Art. 3 Abs. 1 RL 2002/14/EG folgenden, an die Mitgliedstaaten gerichteten „Verbot(s), bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern, die ursprünglich zu dem Kreis der bei dieser Berechnung zu berücksichtigenden

⁸⁸ Vgl. Jacobs, Umsetzung der Richtlinie 2002/14/EG durch Gesetz oder Tarifvertrag – Anforderungen an den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, EuZA 2010, S. 533.

⁸⁹ Artikel 11: Umsetzung

(1) Die Mitgliedstaaten erlassen die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, um dieser Richtlinie spätestens zum 23. März 2005 nachzukommen, oder stellen sicher, dass die Sozialpartner bis zu diesem Zeitpunkt mittels Vereinbarungen die erforderlichen Bestimmungen einführen; dabei haben die Mitgliedstaaten alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um jederzeit gewährleisten zu können, dass die in dieser Richtlinie vorgeschriebenen Ergebnisse erreicht werden. (...).

⁹⁰ EuGH v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rnr. 14/16; EuGH v. 10.11.1998 – Rs. C-360/96 (BFI - Holding), Slg. 1998, I-6821, Rnr. 62; EuGH v. 23.10.2007 – verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (Morgan), Slg. 2007, I-9161, Rnr. 26.

Personen gehörte, auszuschließen“.⁹¹ Orientierung bietet auch die aktuelle Entscheidung des EuGH vom 15.01.2014 (Rs. C-176/12). Der EuGH befasst sich dort mit der Frage, ob eine Regelung des französischen Arbeitsgesetzbuchs, durch die – erstens - befristet beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie – zweitens – von einem externen Unternehmen überlassene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einschließlich Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter von der Berechnung der Beschäftigtenzahl ausgeschlossen werden, wenn sie abwesende Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder solche, deren Vertrag wegen Mutterschafts-, Adoptions- oder Erziehungsurlaubs ausgesetzt wurde, ersetzen,⁹² mit Art. 3 Abs. 1 RL 2002/14/EG und Art. 27 EU-GRC vereinbar ist. Dies verneint der EuGH in der Entscheidung (Rn. 24-29) sehr klar:

- „24 Hierzu ist erstens festzustellen, dass der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass, da die Richtlinie 2002/14 in Art. 2 Buchst. d den Personenkreis definiert hat, der bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens zu berücksichtigen ist, die Mitgliedstaaten nicht eine bestimmte Gruppe von Personen, die ursprünglich zu diesem Kreis gehörte, bei dieser Berechnung unberücksichtigt lassen dürfen (vgl. Urteil vom 18. Januar 2007, *Confédération générale du travail u. a.*, C-385/05, Slg. 2007, I-611, Rn. 34).
- 25 Eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige, die bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl eines Unternehmens eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern unberücksichtigt lässt, hat nämlich zur Folge, dass bestimmte Arbeitgeber von den in der Richtlinie 2002/14 vorgesehenen Verpflichtungen ausgenommen und ihren Arbeitnehmern die von dieser Richtlinie zuerkannten Rechte vorenthalten werden. Sie ist daher geeignet, diese Rechte auszuhöhlen, und nimmt so dieser Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit (vgl. Urteil *Confédération générale du travail u. a.*, Rn. 38).
- 26 Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass (...) die Mitgliedstaaten bei der Wahl der zur Verwirklichung ihrer sozialpolitischen Ziele geeigneten Maßnahmen über einen weiten Ermessensspielraum verfügen (vgl. Urteil *Confédération générale du travail u. a.*, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 27 Jedoch darf dieser Ermessensspielraum, über den die Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik verfügen, nicht dazu führen, dass ein tragender Grundsatz des Unionsrechts oder eine Vorschrift des Unionsrechts ausgehöhlt wird (vgl. Urteil *Confédération générale du travail u. a.*, Rn. 29).

⁹¹ EuGH v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12, Rnr. 24, 34, 46 (noch nicht in der amtl. Sammlung veröffentlicht), NZA 2014, 193 ff.

⁹² EuGH v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12, Rnr. 11.

- 28 Eine Auslegung der Richtlinie 2002/14, wonach deren Art. 3 Abs. 1 es den Mitgliedstaaten erlaubt, bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens aus Gründen wie den von der französischen Regierung im Ausgangsverfahren vorgebrachten eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen, wäre mit Art. 11 dieser Richtlinie, der vorsieht, dass die Mitgliedstaaten alle notwendigen Maßnahmen zu treffen haben, um gewährleisten zu können, dass die in der Richtlinie 2002/14 vorgeschriebenen Ergebnisse erreicht werden, insofern unvereinbar, als damit impliziert würde, dass es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, sich dieser klar und eindeutig durch das Unionsrecht festgelegten Ergebnisspflicht zu entziehen (vgl. Urteil *Confédération générale du travail* u. a., Rn. 40 und die dort angeführte Rechtsprechung).
- 29 Nach alledem ist daher festzustellen, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/14 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Bestimmung wie Art. L. 1111-3 des Arbeitsgesetzbuchs entgegensteht, die bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl des Unternehmens zur Ermittlung der gesetzlichen Schwellenwerte für die Einsetzung von Personalvertretungsorganen Arbeitnehmer unberücksichtigt lässt, die im Rahmen eines bezuschussten Vertrags beschäftigt sind.“

Mit diesem europarechtlichen Verbot kollidiert erkennbar eine Unternehmenspersonalpolitik, die darauf zielt, eigenes Betriebspersonal durch die Vergabe von Werkverträgen einzusparen und abzubauen. Denn diese Unternehmenspraxis führt letztlich dazu, die Anzahl der eigenen Betriebsangehörigen zu verringern und den Kreis der nach Art. 3 RL 2002/14/EG zu berücksichtigenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer rechnerisch zu reduzieren. Damit aber wird letztlich eine Arbeitnehmergruppe, die ohne Scheinwerkverträge dem Kreis der zu berücksichtigenden Beschäftigten angehören würde, entgegen Art. 3 RL 2002/14/EG ausgeschlossen. Um einer solchen Unternehmenspraxis, die das Verbot aus Art. 3 Abs. 1 RL 2002/14/EG letztlich unterläuft, entgegenzuwirken, bedarf es effektiver Regelungen der Mitgliedstaaten i.S.v. Art. 11 RL 2002/14/EG, um die in Art. 3 Abs. 1 RL 2002/14/EG normierte „Ergebnisspflicht“⁹³ durchzusetzen.

Insoweit sind die Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, im Interesse einer effektiven Geltung des Unionsrechts nicht nur eigene Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Vorgaben des EU-Rechts – hier: Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2002/14/EG i.V.m. Art. 27 EU-GRC – gefährden können, sondern im Rahmen der Konkretisierung auch Maßnahmen zu ergreifen, die Private davon abhalten, die effektive Geltung des EU-Rechts ihrerseits zu gefährden oder gar zu vereiteln.⁹⁴ Die Mitgliedstaaten trifft insoweit als Grundrechtsverpflichtete

⁹³ Vgl. EuGH v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12, Rnr. 28 (s. o. im Text abgedruckt).

⁹⁴ Vgl. Kahl, in: Callies/ Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rnr. 54 m.w.N.

gem. Art. 51 Abs. 1 EU-GRC⁹⁵ eine Schutz- und Handlungspflicht, die hier aus den Grundrechtspositionen der (individuellen und kollektiven) Arbeitnehmerschutzrechte aus Art. 27, 30 und 31 EU-GRC folgt.⁹⁶

Dementsprechend lässt sich gut vertreten, dass auch der deutsche Gesetzgeber in der Pflicht steht, einer bestehenden Unternehmenspraxis, die geeignet ist, Art. 3 RL 2002/14/EG zu unterlaufen, klare rechtliche Grenzen zu ziehen, um eine (künftige) Umgehung des Art. 3 RL zu verhindern; eine entsprechende Verpflichtung trifft im Übrigen auch andere Mitgliedstaaten, in denen eine solche Unternehmenspraxis existiert. Mit den hier diskutierten erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen würde der deutsche Gesetzgeber seine Schutzpflichten wirksam i.S.v. Art. 4 Abs. 3 EUV unter Beachtung der „effet utile“-Rechtsprechung des EuGH erfüllen.

Zwischenfazit: Die Richtlinie 2002/14/EG steht nationalen Regelungen, die über das von der Richtlinie geforderte Mindestniveau der Arbeitnehmerbeteiligung hinausgehen, nicht entgegen. Dies gilt auch, soweit Mitbestimmungs- und Zustimmungsverweigerungsrechte in Rede stehen, die von den Mindestvorgaben der Richtlinie zwar nicht gefordert werden, ihnen aber, wie dargelegt, gerade nicht entgegenstehen. Vielmehr stärken erweiterte Beteiligungsrechte die Steuerungswirkung der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie im Sinne des „effet utile“-Grundsatzes.

II. Kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (hilfsweise)

Ogleich mit Art. 151 AEUV („Sozialpolitik“) der alte Art. 136 EGV durch den Lissabon-Vertrag unverändert übernommen wurde, zudem mit Art. 152 AEUV erstmals eine „Leitnorm“ für die Rolle der Sozialpartner und den sozialen Dialog⁹⁷ in das Primärrecht eingefügt und dadurch die Bedeutung der Sozialpartner gestärkt wurde, darüber hinaus die nur eingeschränkten Unionskompetenzen für das Arbeitsrecht weiterhin in Art. 153 AEUV (insb. Art. 153 Abs. 5 AEUV)

⁹⁵ Nach Art. 51 Abs. 1 EU-GRC gelten die Regelungen der Charta für die Mitgliedstaaten nur bei der Durchführung des Unionsrechts. Maßgeblich ist, dass eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, EuGH v. 6.3.2014 – Rs. C-206/13 (Akerberg Fransson), JZ 2013, 613, Rnr. 21. Dies ist hier der Fall – unabhängig von der Frage der Betroffenheit einer primärrechtlichen Grundfreiheits –, denn es existiert mit der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie 2002/14/EG bereits Unionsrecht, das für den Bereich der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte „spezifisch ist“, vgl. EuGH v. 6.3.2014 – Rs. C-206/13 (Akerberg Fransson), Rnr. 25.

⁹⁶ Vgl. Cremer/ Rebhahn, in: Grabenwarter, Europäische Grundrechte, § 1 Funktion der Grundrechte, Rnr. 80 („zu positivem Handeln verpflichtet“) und § 16 Rechte des Arbeitslebens, Rnr. 38 („Gewährung hoheitlichen Schutzes“); Borowski, in: Meyer, GRC, Art. 51 GRC, Rnr. 31 ff; vgl. auch EuGH v. 6.6.2000 – Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139, Rnr. 34 ff und EuGH v. 9.12.1997 – Rs. C-265/95 (Komm./Frankreich), Slg. 1997, I-6959 zu Drittwirkung und Schutzpflichten bei Grundfreiheiten.

⁹⁷ Rebhahn/ Reiner, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 152, AEUV, Rnr. 3.

geregelt sind, ist nicht zu verkennen, dass sich spätestens seit den EuGH-Urteilen „Laval“⁹⁸ (2007), „Viking“⁹⁹ (2007) und jüngst „Alemo-Herron“¹⁰⁰ (2013) ein Spannungsverhältnis zwischen Regelungen zum Arbeitnehmerschutz und den Grundfreiheiten zeigt. Dies hat inzwischen zu einer europaweiten und höchst kontroversen Diskussion geführt („Europarecht“, „Arbeitsrecht“).¹⁰¹ Dabei steht bislang vor allem die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV im Vordergrund.¹⁰² Angesichts dieser europaweiten Kontroverse und einer Vielzahl noch ungeklärter Fragen erscheint es ratsam, im Folgenden rein vorsorglich einen kurzen Blick auf Art. 49 AEUV zu werfen. Dies dürfte auch deshalb angeraten sein, weil der EuGH Art. 49 AEUV (Art. 43 EGV) inzwischen seit der Entscheidung „Gebhard“¹⁰³ (1995) in std. Rspr. ein allgemeines Beschränkungsverbot¹⁰⁴ („Behinderungsverbot“¹⁰⁵) entnimmt und zudem teilweise sogar auf ein – an sich erforderliches – grenzüberschreitendes Element¹⁰⁶ komplett verzichtet.¹⁰⁷ Allerdings erscheint es trotz der oben skizzierten unklaren Spannungslage in Bezug auf die hier diskutierten Beteiligungsrechte höchst zweifelhaft, ob Art. 49 AEUV überhaupt tangiert wird.

⁹⁸ EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779.

⁹⁹ EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, I-11767.

¹⁰⁰ EuGH v. 18.7.2013 – Rs. C-426/11, ArbuR 2013, 498.

¹⁰¹ Dazu näher Rebhahn/ Reiner, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 151 AEUV, Rnr. 16 m.w.N. und Art. 153, Rnr. 66; De Vos/ Barnaend/ De Buck, European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?; zur europaweit sehr kontrovers diskutierten Rspr. des EuGH zu „Viking“ und „Laval“ vgl. z.B. Krieger/ Wiese, Neue Spielregeln für Streiks um Tarifsozialpläne, BB 2010, S. 568 (eher zustimmend), Rebhahn, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 109 (kritisch); kritisch zu „Alemo-Herron“ z.B. Heuschmid, Dynamische Bezugnahmeklausel beim Betriebsübergang, ArbuR 2013, S. 500, eher positiv z.B. Schiefer/ Hartmann, Ende der Dynamik einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme im Falle eines Betriebsübergangs, DB 2013, S. 2613; zu dieser Problematik s. insg. die sehr instruktive Analyse von Kingreen, Soziales Fortschrittsprotokoll, S. 16 ff, 37 ff.

¹⁰² S. dazu Rebhahn/ Reiner, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 151 AEUV, Rnr. 16 m.w.N.

¹⁰³ EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165.

¹⁰⁴ EuGH v. 15.5.1997 – Rs. C-250/95 (Futura), Slg. 1997, I-2471, Rnr. 26; EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459, Rnr. 34; EuGH v. 5.10.2004 – Rs. C-442/02 (Caixa Bank France), Slg. 2004, I-18961, Rnr. 11; ganz h. M., vgl. Fischer, in: Lenz/ Borchardt, EU-Verträge Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 8; Rebhahn/ Reiner, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 45 m.w.N.

¹⁰⁵ So bereits Tiedje/ Troberg, in: von der Groeben/ Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 43 EGV, Rnr. 87.

¹⁰⁶ Z.B. Gründung und Leitung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft in Deutschland, während deren Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat liegt, dazu näher Schlag, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 29 ff.

¹⁰⁷ So z.B. EuGH v. 30.3.2006 – Rs. C-451/03 (Servizi ADC), Slg. 2006, I-2941, Rnr. 29; EuGH v. 17.2.2005 – Rs. C-250/03 (Mauri), Slg. 2005, I-1267, Rnr. 21; EuGH v. 13.10.2005 – Rs. C-458/03 (Parking Brixen), Slg. 2005, I-8585, Rnr. 50 ff; EuGH v. 21.7.2005 – Rs. C-231/03 (Coname), Slg. 2005, I-7287, Rnr. 17; EuGH v. 6.4.2006 – Rs. C-410/04 (ANA V), Slg. 2006, I-3303, Rnr. 19 ff; s. auch Schlag, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 42.

Denn die bislang entschiedenen Fälle waren deutlich anders gelagert und hatten insbesondere mit der betrieblichen Mitbestimmung nichts zu tun.¹⁰⁸ Gleichwohl sollen sich die folgenden Ausführungen hilfsweise in Anknüpfung an die „Gebhard“-Formel des EuGH¹⁰⁹, die i.Ü. auf alle Grundfreiheiten übertragbar ist,¹¹⁰ mit der letztlich entscheidenden Frage befassen, ob die erweiterten Beteiligungsrechte gerechtfertigt wären.

1. Kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen nicht gegen das in Art. 49 Abs. 1 AEUV enthaltene umfassende Diskriminierungsverbot¹¹¹ verstoßen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH werden dadurch nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund des Sitzes der Unternehmen verboten, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen.¹¹²

Die hier diskutierten erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte sind als nationale Regelungen i.S.v. Art. 49 Abs. 2 AEUV einzuordnen, die im Aufnahmestaat Deutschland unterschiedslos für inländische und ausländische Unternehmen gelten. Anzeichen für eine direkte oder mittelbare Diskriminierung etwa von Unternehmenszweigniederlassungen, deren Hauptsitz in einem anderen Mitgliedstaat liegt o. ä., sind daher nicht ersichtlich.¹¹³

¹⁰⁸ Denn in der Sache ging es bislang um das hier nicht einschlägige Arbeitskampfrecht, vgl. dazu Rebhahn/ Reiner, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 151 AEUV, Rnr. 16 m.w.N.

¹⁰⁹ EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165.

¹¹⁰ Forsthoff, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV, Rnr. 89, 91.

¹¹¹ Forsthoff, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV, Rnr. 76, 81.

¹¹² Vgl. EuGH v. 5.2.2014 – Rs. C-385/12 (Hervis), Rnr. 30, ZIP 2014, 966 ff; EuGH v. 14.2.1995 – Rs. C-279/93 (Schumacker), Slg. 1995, I-225, Rnr. 26; EuGH v. 22.3.2007 – Rs. C-383/05 (Talotta), Slg. 2007, I-2555, Rnr. 17; EuGH v. 18.3.2010 – Rs. C-440/08 (Gielen), Slg. 2010, I-2323, Rnr. 37.

¹¹³ Vgl. EuGH v. 8.5.2014 – Rs. C-483/12 (Pelckmans), Rnr. 24 f.

2. Kein Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot („Gebhard-Formel“)

Seit der „Gebhard“-Entscheidung entnimmt der EuGH der Niederlassungsfreiheit über das Diskriminierungsverbot hinaus ein allgemeines Beschränkungsverbot.¹¹⁴ Dies umfasst „alle Maßnahmen (...), die die Ausübung der Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen können“.¹¹⁵

Die hier diskutierten nationalen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte könnten nach der bisherigen Rechtsprechung möglicherweise als „unattraktive“ Maßnahme aufgefasst werden. Allerdings wären sie, gemessen an den Vorgaben der „Gebhard-Formel“, in jedem Fall gerechtfertigt. Denn diese Vorgaben werden hier eingehalten: Nach der „Gebhard-Formel“

„[müssen] nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen:

- *Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden,*
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und
- sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“¹¹⁶

Verboten sind demnach Diskriminierungen (hier nicht gegeben, s. o.) und unverhältnismäßige Beschränkungen.

Für die Rechtfertigung der hier diskutierten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen kommt es also letztlich darauf an, ob sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹¹⁷

¹¹⁴ EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rnr. 37; näher Schlag, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 45 m.w.N.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-433/99 (Komm./Italien), Slg. 2002, I-305, Rnr. 22; EuGH v. 19.5.2009 – Rs. C-171/07 (Doc Morris), Slg. 2009, I-04171; s. auch EuGH v. 8.5.2014 – Rs. C-483/12 (Pelckmans), Rnr. 25; s. dazu auch Frenz, Handbuch Europarecht, Rnr. 2477; Roth, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. I. Rnr. 62; Grundmann/ Möslein, Die Goldene Aktie und der Markt für Unternehmenskontrolle im Rechtsvergleich – insbesondere Staatskontrollrechte, Höchst- und Mehrfachstimmrechte sowie Übernahmeabwehrmaßnahmen, ZVglRWiss 192 (2003), S. 289 (341 ff). Hervorhebung durch die Verfin.

¹¹⁶ EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rnr. 37; näher dazu Forsthoff, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49 AEUV, Rnr. 89, 91.

¹¹⁷ Std. Rspr. seit EuGH v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rnr. 37; EuGH v. 13.3.2007 – Rs. C-524/04 (Test Claimants), Slg. 2007, I-2107, Rnr. 64; EuGH v. 15.5.2008 – Rs. C-

a) Zwingende Gründe des Allgemeinwohls

Zwingende Allgemeinwohlgründe sieht der EuGH zunächst in den in Art. 52 AEUV genannten Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die eine Teilmenge der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen.¹¹⁸ Darüber hinaus existieren ungeschriebene zwingende Allgemeinwohlgründe, zu deren Konkretisierung der EuGH auf die Rspr. zur Rechtfertigung von Beschränkungen anderer Grundfreiheiten zurückgegriffen hat. Betrachtet man die einschlägigen Judikate, so zeigt sich, dass der EuGH gerade den Schutz der Interessen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern als rechtfertigendes, zwingendes Allgemeininteresse anerkennt.¹¹⁹ So heißt es etwa in der Entscheidung „Viking Line“¹²⁰:

„Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme, die den Schutz der Arbeitnehmer zum Ziel hat, ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich eine Beschränkung einer der vom Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten rechtfertigen kann (...), und dass der Schutz der Arbeitnehmer zu den bereits vom EuGH anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zählt.“

Somit bestehen keinerlei Zweifel, dass die hier in Rede stehenden erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen, die dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen, sich auf ein zwingendes Allgemeinwohlinteresse stützen können.

b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Entscheidend ist letztlich, ob die Arbeitnehmerschutzregelungen auch verhältnismäßig wären. Orientierung bietet hier erneut die Entscheidung „Viking Line“, in der es heißt:¹²¹

414/06 (Lidl Belgium), Slg. 2008, I-3617, Rnr. 27; EuGH v. 19.5.2009 – Rs. C-171/07 u. Rs. C-172/07 (Doc Morris), Slg. 2009, I-4195, Rnr. 25; EuGH v. 22.10.2009 – Rs. C-438/08 (Kommission/Portugal), Slg. 2009, I-10219, Rnr. 46.

¹¹⁸ Vgl. EuGH v. 1.2.2001 – Rs. C-108/96 (Mac Quen u.a.), Slg. 2001, I-837, Rnr. 28; EuGH v. 19.5.2009 – Rs. C-531/06 (Kommission/Italien), Slg. 2009, I-4138, Rnr. 51 m.w.N.

¹¹⁹ Vgl. EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002, I-9919, Rnr. 92; EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 (Sevic Systems), Slg. 2005, I-10805, Rnr. 28; EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rnr. 77.

¹²⁰ EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rnr. 77; in diesem Sinne auch EuGH v. 12.6.2003 – Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rnr. 70 ff; EuGH v. 15.3.2001 – C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rnr. 27; EuGH v. 25.10.2001 – C-49/98 (Finalarte u.a.), Slg. 2001, I-7831, Rnr. 33; EuGH v. 23.11.1999 – Rs. C-369/96 u. C-376/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rnr. 36.

¹²¹ EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rnr. 90.

„Grundsätzlich können diese Beschränkungen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie etwa den Arbeitnehmerschutz gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, es ist erwiesen, dass sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“

Die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen müssten demnach zur Erreichung der verfolgten Arbeitnehmerschutzziele erwiesenermaßen geeignet sein und dürften nicht über das Erforderliche hinausgehen.

Sofern der EuGH hier eine gewisse „Nachweisbarkeit“ der Eignung fordert, ist damit allerdings (lediglich) gemeint, dass die nationale Regelung das Ziel in einer plausibel nachvollziehbaren, kohärenten und systematischen Weise verfolgen muss.¹²²

An der *Eignung* der erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen für die Zielerreichung bestehen keinerlei Zweifel – dazu kann auf die ausführliche Begründung oben zu B.II.3. verwiesen werden. Im Übrigen knüpfen die erweiterten Arbeitnehmerschutzregelungen in kohärenter und systematischer Weise an die im deutschen BetrVG bereits bestehenden Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen an, deren Effektivität im Zusammenspiel miteinander bekannt ist.

Auch an der *Erforderlichkeit* bestehen keine Zweifel: Daran würde es fehlen, wenn sich ein mildereres, die Niederlassungsfreiheit weniger beschränkendes, aber gleich geeignetes Mittel finden ließe, mit dem sich der hier verfolgte Zweck erreichen ließe.¹²³ Insoweit wird von den Mitgliedstaaten die Wahl hinreichend differenzierter Mittel erwartet.¹²⁴ Allerdings räumt der EuGH den Mitgliedstaaten hier einen gewissen Wertungsspielraum ein, etwa in Bezug auf das Schutzniveau, das sich vom Schutzniveau anderer Mitgliedstaaten unterscheiden kann.¹²⁵

Betrachtet man die in Rede stehenden erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen, so lässt sich zwar erkennen, dass sich das damit angestrebte Niveau des Arbeitnehmerschutzes vom Schutzniveau anderer Mitgliedstaaten unterscheidet. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass andere Mitgliedstaaten bei einer funktionalen Betrachtung ein ähnli-

¹²² EuGH v. 10.3.2009 – Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1751, Rnr. 55; EuGH v. 19.5.2009 – Rs. C-171/07 u. Rs. C-172/07 (Doc Morris), Slg. 2009, I-4195, Rnr. 42; vgl. Schlag, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 57.

¹²³ Vgl. EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-446/03 (Marks & Spencer), Slg. 2005, I-10837, Rnr. 53 ff; EuGH v. 17.1.2008 – Rs. C-152/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2008, I-57, Rnr. 27 f.

¹²⁴ Schlag, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 49 AEUV, Rnr. 91.

¹²⁵ So z.B. zum Gesundheitsschutz EuGH v. 16.12.2010 – Rs. C-89/09 (Kommission/Frankreich), Slg. 2010, I-12941, Rnr. 42 m.w.N.

ches Beteiligungsniveau durch andere rechtliche Gestaltungsfaktoren, wie etwa das Tarifvertrags- oder das Streikrecht, ermöglichen, so dass sich die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit im Ergebnis nicht unterscheidet.¹²⁶

Darüber hinaus bestehen zahlreiche sekundärrechtliche Regelungen im Hinblick auf Beteiligungsrechte. Oben wurde bereits die Richtlinie 2002/14/EG angeführt. Durch diese Rechtsakte hat der europäische Gesetzgeber eine bestimmte Wertentscheidung getroffen, die bei der Auslegung der Grundfreiheiten zu berücksichtigen ist. Man kann daraus ableiten, dass eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit zu Gunsten der Beteiligungsrechte vom Unionsrecht als legitim erachtet wird.¹²⁷

Schließlich müsste das Regelungsbündel unter Beachtung des vom EuGH heute zugrunde gelegten dreistufigen Prüfungsaufbaus auch *angemessen* sein.¹²⁸ Im Rahmen der Angemessenheitskontrolle werden die positiven Auswirkungen der geprüften Maßnahme zur Erreichung der damit verfolgten Ziele gegen die negativen Auswirkungen der Maßnahme auf andere berechnete Interessen bzw. andere schutzwürdige Rechtspositionen oder Rechtsgüter abgewogen. Dabei müssen die widerstreitenden Interessen und Rechtsgüter gewissermaßen „ins Verhältnis gesetzt“ werden.¹²⁹

Sofern Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen überhaupt unternehmerische Freiheiten tangieren (zweifelhaft), müssten die positiven Auswirkungen der Regelungen für den Arbeitnehmerschutz dazu ins Verhältnis gestellt werden. Für die dann gebotene Interessenabwägung wären folgende Überlegungen maßgeblich:

Art. 3 Abs. 3 EUV normiert als Unionsziel die wettbewerbsfähige, aber auch „soziale“ Marktwirtschaft. Sie wird flankiert durch das Ziel der „sozialen Gerechtigkeit und des sozialen Schutzes“, dessen Förderung Aufgabe der Union ist. Damit korrespondiert die „soziale Querschnittsklausel“ des Art. 9 AEUV.¹³⁰ Sie verpflichtet die Union dazu, „bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen (...) den Erfordernissen im Zusammenhang mit der

¹²⁶ Heuschmid, Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, S. 111 ff.

¹²⁷ Zur Unternehmensmitbestimmung: Thüsing, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, S. 381 ff.

¹²⁸ Vgl. z.B. EuGH v. 21.7.2011 – Rs. C-150/10 (Beneo Orafiti), Slg. 2011, I-0000, Rnr. 75; EuGH v. 21.7.2011 – Rs. C-15/10 (Etimine), Slg. 2011, I-0000, Rnr. 24; EuGH v. 8.7.2010 – Rs. C-343/09 (Afton Chemical), Slg. 2010, I-7027; dazu Trstenjak/ Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, S. 265 (270 f).

¹²⁹ Vgl. EuGH v. 12.5.2011 – Rs. C-176/09, Slg. 2011, I-3727, Rnr. 68 ff; GA Trstenjak, SA v. 8.3.2011 – Rs. C-10/10 (Komm./Österreich), Rnr. 67; ausführlich Trstenjak/ Beysen, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, S. 265 (271, 277 f).

¹³⁰ Vgl. dazu auch Schubert, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, S. 18 ff.

Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus (und ...) der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes“ Rechnung zu tragen. Hinzu treten die sozialen Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 27, 28 EU-GRC und aus Art. 31 Abs. 1, Art. 30 EU-GRC auf „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“ sowie auf „Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“, ferner die Gleichheitsrechte in Art. 21 und Art. 23 EU-GRC, die insbesondere vor Entgeltdiskriminierung schützen.

Somit lässt sich als ein der Niederlassungsfreiheit (i.V.m. den wirtschaftlichen Grundrechten der EU-GRC, dazu unten III.) gleich gewichtiges Rechtsgut ganz klar der als zwingendes Allgemeinwohlinteresse anerkannte Arbeitnehmerschutz identifizieren. Dieser Befund wird i.Ü. durch die Rechtsprechung des EuGH bestätigt. So betont der Gerichtshof etwa in der Entscheidung „Viking Line“ die klare „soziale Zielrichtung“ der Union. Daher müssten auch die aus den Grundfreiheiten ergebenden Rechte „gegen die mit der Sozialpolitik verfolgten Ziele abgewogen werden“, zu denen insbesondere „die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen“ zählen.¹³¹

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte die Reichweite der bereits bestehenden Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen nach dem BetrVG lediglich in engen Grenzen erweitern, nämlich klar begrenzt auf „Werkverträge“. Dadurch soll eine real bestehende Schutzlücke in Deutschland geschlossen werden, auf die das geltende Betriebsverfassungsrecht mit den vorhandenen Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen nicht angemessen reagieren kann. Infolgedessen sind Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer aktuell weitgehend schutzlos gestellt (s. o. A. und B.). Im Übrigen könnte das Unternehmen im Falle der Mitbestimmung oder einer verweigerten Zustimmung zu einem Werkvertrag nach den geltenden Regelungen des BetrVG jederzeit die Einigungsstelle bzw. das Arbeitsgericht anrufen, um eine Lösung herbeizuführen.

Damit liegen die Vorteile der erweiterten Beteiligungsrechte auf der Hand: Mit ihrer Hilfe kann eine Umgehung von Arbeitnehmerschutzrechten durch den Gebrauch von Werkverträgen verhindert und einer Verschlechterung der Arbeitsverhältnisse entgegengewirkt werden. Gleichzeitig verfolgen die erweiterten nationalen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte Ziele der europäischen Sozialpolitik gem. Art. 151 Abs. 1 AEUV, die potentiell auch unionsrechtliche Regelungen ermöglichen, und sichern so das durch Art. 31 Abs. 1 EU-GRC geschützte Arbeitnehmergrundrecht auf „gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen“ nationalrechtlich ab

¹³¹ EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rnr. 79; dazu sehr instruktiv die Rechtsprechungsanalyse und Ergebnisse von Kingreen, Soziales Fortschrittsprotokoll, mit ähnlichen Schlussfolgerungen (insb. S. 74).

– hier: Verbesserung der Arbeitsbedingungen, Bekämpfung von Ausgrenzung, angemessener sozialer Schutz.¹³²

Zwischenergebnis: Angesichts der bestehenden Schutzlosigkeit und Schutzbedürftigkeit der neuen Gruppe von Werkvertragsbeschäftigten, angesichts einer voraussehbaren deutlichen Verbesserung ihrer Situation durch die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte, angesichts der insoweit erkennbaren Schutzpflicht der Mitgliedstaaten einerseits und der in ihrer Intensität – allenfalls eng begrenzten Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit (die in diesem Gutachten nur hilfsweise unterstellt wird) andererseits, fällt die hier gebotene Abwägung der widerstreitenden Interessen zugunsten des Arbeitnehmerschutzes und der erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte aus.

III. Die unternehmerische Freiheit und das Eigentumsrecht nach der EU-GRC

Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn in die Interessenabwägung zugunsten der betroffenen Unternehmen die grundrechtlichen Gewährleistungen der Art. 16 und 17 EU-GRC eingestellt werden:

1. Anwendbarkeit der EU-GRC

Klärungsbedürftig erscheint zunächst, ob die Europäische Grundrechtecharta (EU-GRC) hier Anwendung findet. Denn nach Art. 51 Abs. 1 EU-GRC gilt die Charta für Mitgliedstaaten nur dann, wenn sie das Recht der Union „durchführen“. Dies könnte fraglich erscheinen, da die erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte nicht zur Umsetzung oder Anwendung einer EU-Richtlinie ergehen. Darauf kommt es nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH (2013) jedoch nicht an, denn der Begriff „Durchführung“ ist nicht auf die normative Umsetzung und administrative Anwendung von Sekundärrecht beschränkt.¹³³ Bereits seit der „ERT“-Entscheidung (1991), die die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte bei der Beschränkung von Grundfreiheiten betont, geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Grundrechte der Union im gesamten „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ für die Mitgliedstaaten verbindlich sind.¹³⁴ Dies gilt vor allem

¹³² Vgl. Klilian, Europäisches Wirtschaftsrecht, Rnr. 671.

¹³³ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), JZ 2013, 613, Rnr. 28.

¹³⁴ EuGH v. 06.03.2014 – Rs. C-206/13 (Siragusa), Rnr. 21; EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), JZ 2013, 613, Rnr. 21; EuGH v. 18.6.1991 – Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925 Rnr. 43 ff; vgl. auch EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking Line), Slg. 2007 I-10779 Rnr. 45; EuGH v. 14.10.2004 – Rs. C-36/02 (Omega), Slg. 2004, I-9609.

dann, wenn eine nationale Maßnahme eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“ betrifft.¹³⁵

Die „Durchführung des Rechts der Union“ liegt demnach vor, sobald eine „Anknüpfung an das Unionsrecht besteht“.¹³⁶ Ausreichend ist bereits, dass die nationalen Maßnahmen „teilweise“ im Zusammenhang mit dem Unionsrecht stehen.¹³⁷ Eine abschließende Klärung durch den EuGH steht jedoch noch aus, die vom Gerichtshof gewählten Begrifflichkeiten sind unterschiedlich.¹³⁸ So spricht der EuGH in der Entscheidung *Åkerberg Fransson* von „Geltungsbereich“¹³⁹, „Anwendungsbereich des Unionsrechts“¹⁴⁰, „unionsrechtlich geregelte Fallgestaltung“¹⁴¹ bzw. „rechtliche Situation“¹⁴², ohne näher auf die Kriterien einzugehen, die eine Bindung nach Art. 51 Abs. 1 EU-GRC auslösen. Vorliegend ist der Anwendungsbereich über Art. 51 Abs. 1 EU-GRC schon aufgrund einer klassischen Durchführungskonstellation eröffnet. Denn die Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie 2002/14/EG enthält bereits Mindestvorgaben der Arbeitnehmerbeteiligung in den Mitgliedstaaten (s. o. C. I.), an die die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte anknüpfen.

Im Übrigen lässt sich aufgrund der „ERT“-Rechtsprechung des EuGH die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 51 Abs. 1 EU-GRC und damit die Bindung der Mitgliedstaaten an die Europäische Grundrechte-Charta schon bei einer „schlichten“ Anwendung von primärem Unionsrecht durch innerstaatliche Stellen bejahen.¹⁴³ Dies ist, wie oben dargelegt, hier der Fall.

¹³⁵ Vgl. EuGH v. 18.6.1991 – Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Rnr. 43; s. auch Meyer-Borowski, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rnr. 24.

¹³⁶ EuGH v. 1.3.2011 – Rs. C-457/09 (Chatry), Rnr. 23; Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 51 GRCh, Rnr. 17.

¹³⁷ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613, Rnr. 24; kritisch: Wißmann, in: Müller-Glöge/ Preis/ Schmidt, ErfK, Vorbemerkungen zum AEUV, Rnr. 5.

¹³⁸ Generalanwalt Bot hatte sich in seinen Schlussanträgen in der Rs. *Åkerberg Fransson* daran versucht, vgl. Winter, Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, NZA 2013, S. 473 (476 f).

¹³⁹ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613, Rnr. 19 und 20.

¹⁴⁰ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613, Rnr. 20.

¹⁴¹ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613, Rnr. 19.

¹⁴² EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), JZ 2013, 613, Rnr. 22.

¹⁴³ So z.B. Hatje, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 51 GRC, Rnr. 14; sinngemäß auch Heinegg/ Folz, in: Vedder/ Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 51 GRC, Rnr. 4 f; Brosius-Gersdorf, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte; Ruffert, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165 unter Hinweis auf die „Treuhänder“-Funktion der Mitgliedstaaten für das Unionsinteresse; sehr kritisch gegenüber der „ERT-Doktrin“ hingegen Huber, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 f.

Zwischenergebnis: Da die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte eine Situation betreffen, die bereits durch RL 2002/14/EG geregelt ist, findet die Grundrechte-Charta hier Anwendung.¹⁴⁴ Folglich unterläge der deutsche Gesetzgeber einer doppelten Grundrechtsbindung – einer Bindung an die Grundrechte des Grundgesetzes und an die Grundrechte der Europäischen Grundrechte-Charta. Nationale Schutzstandards für die Grundrechte bleiben aber nach der Rechtsprechung des EuGH anwendbar, vorausgesetzt „durch die Anwendung (werden) weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt.“¹⁴⁵

2. Unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC

Von Interesse ist zunächst das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC. Es zählt neben der Berufsfreiheit und dem Recht zu arbeiten gem. Art. 15 EU-GRC sowie dem Eigentumsrecht gem. Art. 17 EU-GRC zu den wirtschaftlichen Grundrechten. Im Verhältnis zur Berufsfreiheit gilt die unternehmerische Freiheit als *lex specialis*, die Art. 15 EU-GRC verdrängt.¹⁴⁶ Art. 16 EU-GRC kommt hingegen parallel zu Art. 17 EU-GRC zur Anwendung.¹⁴⁷

Die unternehmerische Freiheit wird in den Charta-Erläuterungen auf die Rechtsprechung des EuGH gestützt, wonach die Freiheit, eine Wirtschafts- und Geschäftstätigkeit auszuüben, sowie die (unternehmerische) Vertragsfreiheit bereits als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkannt sind.¹⁴⁸ Dementsprechend hat der EuGH seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1.12.2009 bereits in mehreren Entscheidungen auf Art. 16 EU-GRC Bezug genommen.¹⁴⁹ Danach umfasst die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC „die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben, die Vertragsfreiheit und den freien Wettbewerb,

¹⁴⁴ Dafür spricht auch EuGH v. 11.12.2007 – Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, I-10779, Rnr. 45; vgl. auch EuGH v. 12.6.2003 – Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rnr. 70 ff.

¹⁴⁵ EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 (Melloni), Rnr. 60, NJW 2013, 1215 ff.

¹⁴⁶ Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 16 GRCh, Rnr. 4.

¹⁴⁷ Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 16 GRCh, Rnr. 6.

¹⁴⁸ Vgl. Charta-Erläuterungen, ABl. 207 Nr. C 303, S. 23 unter Bezugnahme auf EuGH v. 14.5.1974 – Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 491, Rnr. 14; EuGH v. 27.9.1979 – Rs. 230/78 (Eridania), Slg. 1979, 2749, Rnr. 20; EuGH v. 5.10.1999 – Rs. C-240/97 (Spanien/Kommission), Slg. 1999, I-6571, Rnr. 99.

¹⁴⁹ EuGH v. 24.11.2011 – Rs. C-70/10 (Scarlet/SABAM), Slg. 2011, I-11959, Rnr. 46 ff; EuGH v. 16.2.2012 – Rs. C-360/10 (SABAM/Netlog), Rnr. 44 ff, EuZW 2012, 261 ff; EuGH v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12, Rnr. 24; EuGH v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11 (Sky Österreich), Rnr. 42 (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), EuZW 2013, 347 ff.

wie aus den Erläuterungen zu diesem Artikel hervorgeht, die gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV und Art. 52 Abs. 7 der Charta für deren Auslegung zu berücksichtigen sind“.¹⁵⁰

In den Gewährleistungsbereich des Art. 16 EU-GRC fällt also, ähnlich wie beim Unternehmensbegriff des Art. 101 AEUV oder bei der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV, jede natürliche und juristische Personen, unabhängig von der Rechtsform und Finanzierungsart, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, d.h. Dienstleistungen oder Güter auf einem Markt anbietet, sofern die Leistung gegen ein Entgelt erbracht wird.¹⁵¹ Geschützt wird insbesondere die Art und Weise, wie man ein Unternehmen betreibt.¹⁵² Hier überschneiden sich die Gewährleistungsbereiche des Art. 16 EU-GRC und des Art. 49 AEUV in Bezug auf die unternehmerische Betätigung.

Allerdings wird die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC ebenso wie Art. 27 EU-GRC ausdrücklich (nur) „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“. Dementsprechend ist Art. 16 EU-GRC strukturell ebenso wie Art. 27 EU-GRC darauf angewiesen, durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert zu werden, um seine volle Wirksamkeit zu entfalten.¹⁵³

Daran anknüpfend ließe sich überlegen, den oben zu B. II. im Zusammenhang mit Art. 14 GG dargelegten „sozialen Eigentumsbegriff“ im Sinne einer modernen (europäischen) Unternehmensfreiheit aufzugreifen. Dann würde der Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit auch durch ein Minimum an sozialpartnerschaftlicher Abstimmung mit den Beschäftigten des Unternehmens i.S.v. Richtlinie 2002/14/EG i.V.m. den konkretisierenden, erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungsregelungen definiert. Der deutsche Gesetzgeber würde damit den ihm zustehenden Konkretisierungsspielraum ausfüllen.

Allerdings dürfen nationale Konkretisierungen nicht dazu führen, dass „ein tragender Grundsatz des Unionsrechts oder eine Vorschrift des Unionsrechts ausgehöhlt wird.“¹⁵⁴ Insoweit wird

¹⁵⁰ EuGH v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12, Rnr. 24; EuGH v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11 (Sky Österreich), Rnr. 42, EuZW 2013, 347 ff.

¹⁵¹ Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 16 GRCh, Rnr. 7 m.w.N.

¹⁵² Vgl. EuGH v. 18.9.1986 – Rs. 116/82 (Komm./Deutschland), Slg. 1986, 2519, Rnr. 27.

¹⁵³ Vgl. EuGH v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12 (AMS/CGT), Rnr. 45, NZA 2014, 193 ff; dazu auch Kingreen, HSI-Schriftenreihe Band 8, S. 48 ff.

¹⁵⁴ So der EuGH zu dem strukturell gleich konzipierten Art. 27 EU-GRC in EuGH v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12 (AMS/CGT), Rnr. 27, NZA 2014, 193 ff.

begrenzendes nationales Recht wieder durch das EU-Recht begrenzt.¹⁵⁵ Eine Aushöhlungsgefahr durch die hier diskutierten erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte ist indes nicht zu befürchten. Denn wie bereits dargelegt (s. o. II.) steht die unternehmerische Freiheit, ein Unternehmen nach Belieben zu leiten, im Spannungsverhältnis mit den sozialen Grundrechten der Art. 27, 30 und 31 EU-GRC und den daraus folgenden Schutzpflichten der Mitgliedstaaten, für die effektive Umsetzung und Zielerreichung des Art. 3 Abs. 1 RL 2002/14/EG zu sorgen. Insofern geht es letztlich um einen angemessenen Interessenausgleich (s. u.).¹⁵⁶

Sofern man die erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte hier als Eingriff in die unternehmerische Freiheit betrachten wollte, weil sie die Art und Weise der Unternehmensführung beeinflussen könnten, so sind sie jedenfalls gerechtfertigt: Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs gilt die unternehmerische Freiheit nicht schrankenlos. Sie kann vielmehr einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden, sofern diese im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit begrenzen.¹⁵⁷ Einschränkungen des Art. 16 EU-GRC unterliegen dem allgemeinen Rechtfertigungsvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 EU-GRC.

Dazu führt der EuGH in dem aktuellen Urteil vom 17.10.2013 (C-101/12), Rn. 28 aus:

„Art. 52 Abs. 1 der Charta lässt jedoch Einschränkungen der Ausübung der Rechte und Freiheiten – wie der unternehmerischen Freiheit – zu, sofern diese Einschränkungen gesetzlich vorgesehen sind, den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erforderlich sind und den von der Europäischen Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder

¹⁵⁵ Anderenfalls wäre die Einheitlichkeit des europäischen Grundrechtsschutzes gefährdet, so Schwarze, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 17 GRC, Rnr. 6; Ruffert, in: Calliess/ Ruffert, EUV/AEU, Art. 16 GRC, Rnr. 5 f.

¹⁵⁶ Aber auch dann, wenn man mit der wohl überwiegenden (deutschen) Literatur aus dem Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten keine Begrenzung des Schutzbereichs herleitet, weil anderenfalls Art. 16 EU-GRC hinter der unternehmerischen Berufsfreiheit, wie sie vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz entwickelt wurde, zurückbleiben könnte – so Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 16 GRCh, Rnr. 18, auch unter Hinweis darauf, dass Art. 15 EU-GRC keinen entsprechenden Vorbehalt kenne; in diesem Sinne auch Schwarze, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 17 GRC, Rnr. 2 –, käme man im Rahmen der Rechtfertigung einer möglichen Grundrechtseinschränkung zu einem entsprechenden Ergebnis. Denn insoweit ließe sich an die „gesellschaftliche Funktion“ der geschützten Unternehmenstätigkeit anknüpfen, im Übrigen wäre der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, vgl. EuGH v. 9.9.2004 – Rs. C-184/02 (Spanien/Portugal), Slg. 2004, I-7789, Rnr. 52; Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 16 GRCh, Rnr. 18.

¹⁵⁷ EuGH v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12, Rnr. 28; EuGH, v. 22.1.2013, Rs. C-283/11 (Sky Österreich), Rnr. 45 f m.w.N.

den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“¹⁵⁸

Es wird deutlich, dass an dieser Stelle letztlich dieselben Erwägungen den Ausschlag geben wie zur Beschränkbarkeit der Niederlassungsfreiheit (s.o. III.). Die hier in Rede stehenden Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte dienen, wie bereits dargelegt, klar einem zwingenden Allgemeinwohlinteresse - nämlich dem Arbeitnehmerschutz - und wahren den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Dies wird noch deutlicher, wenn man – wie von Art. 52 Abs. 1 EU-GRC und vom EuGH gefordert – den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer gesondert einbezieht. Die erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte, die ihrerseits an das soziale Beteiligungsgrundrecht in Art. 27 EU-GRC anknüpfen, verfolgen keinen Selbstzweck, sondern dienen dem Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten i.S.v. Art. 15 i.V.m. Art. 30, Art. 31 EU-GRC, Art. 45, Art. 151 ff. AEUV. Insoweit trifft die Mitgliedstaaten eine grundrechtliche Schutzpflicht zum Tätigwerden (s. o. II). Der mögliche Eingriff in die Unternehmensfreiheit wird zudem durch die enge Begrenzung der erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsregelungen auf Werkverträge in seiner Intensität von vornherein beschränkt, so dass der Wesensgehalt des Art. 16 EU-GRC in keinerlei Weise tangiert wird.

Zwischenergebnis: Die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC steht erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechten nicht entgegen.

3. Eigentumsrecht gem. Art. 17 EU-GRC

Entsprechendes gilt im Ergebnis für das Eigentumsrecht gem. Art. 17 EU-GRC, sofern man dies hier überhaupt als betroffen erachtet:

Das Eigentumsrecht kommt in Abgrenzung zur Berufsfreiheit des Art. 15 Abs. 1 EU-GRC und zur Freiheit unternehmerischer Betätigung nach Art. 16 EU-GRC dann zur Anwendung, wenn es um das Erworbene geht, während Art. 15 Abs. 1 und als *lex specialis* Art. 16 EU-GRC in Bezug auf den Erwerb (handlungsbezogene Pflichten) einschlägig sind.¹⁵⁹ Allerdings verzichtet

¹⁵⁸ EuGH v. 17.10.2013 – Rs. C-101/12, Rnr. 28 unter Hinweis auf EuGH v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11 (Sky Österreich), Rnr. 48 und EuGH v. 9.11.2010 – Rs. C-92/09 und C-93/09 (Volker und Markus Schecke und Eifert), Slg. 2010, I-11063, Rnr. 65.

¹⁵⁹ Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 17 GRCh, Rnr. 4.

der EuGH zum Teil auf eine klare Abgrenzung und wendet beide Grundrechte ohne Differenzierung an.¹⁶⁰

Auf die Eigentumsfreiheit können sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sowohl natürliche als auch juristische Personen des Privatrechts berufen.¹⁶¹ Ob der sog. eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb durch Art. 17 EU-GRC geschützt wird, also ein Unternehmen als Gesamtheit (über den Schutz der einzelnen Positionen des Unternehmens hinaus), erscheint nach der Rechtsprechung hingegen eher zweifelhaft.¹⁶² Allerdings umfasst das Eigentumsgrundrecht den sog. Dispositions- und Bestandsschutz, also das Vertrauen der Eigentümerin und des Eigentümers auf den Fortbestand der vom Gesetzgeber geschaffenen Rechtslage, die die Nutzung des Eigentums ermöglicht. Es handelt sich um Rechtspositionen, die der EuGH als „wohlerworbene Rechte“¹⁶³ bezeichnet und die von bloßen Erwartungen und Gewinnchancen abzugrenzen sind.¹⁶⁴

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 17 EU-GRC liegt vor, wenn eine eigentumsfähige Position entzogen oder ihre Nutzung, Verfügung oder Verwertung Beschränkungen unterworfen wird. Letzteres ließe sich hier allenfalls im Hinblick auf die erweiterten Mitbestimmungsrechte diskutieren, sofern man darin überhaupt Einschränkungen „wohlerworbener“ Unternehmensrechte sehen kann.

Allerdings – schon in dem Urteil „Schräder“ stellte der EuGH fest, dass das Eigentumsrecht keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen könne, sondern im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion betrachtet werden müsse. Daher könne die Ausübung des Eigentumsrechts im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprächen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen Eingriff

¹⁶⁰ Vgl. EuGH v. 28.4.1998 – Rs. C-200/96 (Metronome), Slg. 1998, I-1953, Rnr. 21 ff; EuGH v. 12.7.2005 – Rs. C-154/04 (Natural Health), Slg. 2005, I-6451, Rnr. 126; EuGH v. 9.9.2008 – Rs. C-120/06 (Fiamm), Slg. 2008, I-6513, Rnr. 183.

¹⁶¹ Std. Rspr. seit EuGH v. 13.12.1979 – Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727, Rnr. 14 ff.

¹⁶² Vgl. EuGH v. 6.12.1984 – Rs. 59/83 (Biovilac/EWG), Slg. 1984, 4057, Rnr. 2; Jarass, Charta der EU-Grundrechte, Art. 17 GRCh, Rnr. 12; Schwarze, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 17 GRC, Rnr. 3.

¹⁶³ EuGH v. 24.6.1976 – Rs. 56/75 (Elz/Kommission), Slg. 1976, 1097, Rnr. 18, 20; EuGH v. 27.9.1979 – Rs. 230/78 (Eridania), Slg. 1979, 2749, Rnr. 22.

¹⁶⁴ Calliess, in: Calliess/ Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 GRC, Rnr. 6.

darstellten, der das gewährleistete Recht in seinem Wesensgehalte antaste.¹⁶⁵ Im Hinblick darauf gelten dieselben Erwägungen wie oben zur unternehmerischen Freiheit i.S.v. Art. 16 EU-GRC.

Zwischenergebnis: Selbst wenn das Eigentumsrecht gem. Art. 17 EU-GRC betroffen wäre (höchst zweifelhaft), stünde Art. 17 EU-GRC den hier in Rede stehenden erweiterten Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechten ebenso wenig entgegen wie die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 EU-GRC.

4. Grundrechtskollisionen

Im Übrigen dient die Nennung des Schutzes und der Rechte und Freiheiten anderer in Art. 52 Abs. 1 EU-GRC dazu, Grundrechtskollisionen zwischen verschiedenen Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern – wie hier – auflösen zu können.¹⁶⁶ So ist nach der Rechtsprechung des EuGH gerade „der Schutz des Grundrechts auf Eigentum, (...) gegen den Schutz anderer Grundrechte abzuwägen“, um so „ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz dieses Rechts und dem Schutz der Grundrechte (anderer betroffener) Personen (...) sicherzustellen.“¹⁶⁷ Hier wären die grundrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheitsrechte der Unternehmen aus Art. 16 und 17 EU-GRC und die sozialen Arbeitnehmergrundrechte aus Art. 27 bis 31 EU-GRC gegeneinander abzuwägen und in ein angemessenes Gleichgewicht zu bringen; die Grundrechtsabwägung führte aus den bereits oben dargelegten Gründen zu dem oben gefundenen Ergebnis. Insoweit begrenzen die Arbeitnehmergrundrechte auch die Unternehmensfreiheiten.¹⁶⁸

IV. Ergebnis

Die hier diskutierten erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte verstoßen nicht gegen das EU-Recht.

¹⁶⁵ EuGH v. 11.7.1989 – Rs. 265/87 (Schräder/Hauptzollamt Gronau), Slg. 1989, 2237, Rnr.15.

¹⁶⁶ Becker, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 52 EUV, Rnr. 5.

¹⁶⁷ EuGH v. 16.2.2012 – Rs. C-360/10 (SABAM/Netlog), Rnr. 42 ff, EuZW 2012, 261 ff; EuGH v. 29.1.2008 – Rs. C-275/06 (Promusicae), Slg. 2008, I-271, Rnr. 62 ff.

¹⁶⁸ „Schranken-Schranken“ der Grundfreiheiten, vgl. Hatje, in: Schwarze/ Becker/ Hatje/ Schoo, EU-Kommentar, Art. 51 GRC, Rnr. 16.

D. Endergebnis

Die in diesem Gutachten geprüften erweiterten Arbeitnehmerbeteiligungs- und Mitbestimmungsrechte verstoßen weder gegen das Grundgesetz noch gegen das Unionsrecht.

Literaturverzeichnis

- Arbeitgeberverband Gesamtmetall, Positionspapier März 2013.
- Battis, U./ Gusy, Ch., Einführung in das Staatsrecht, Berlin/ Boston 2011.
- Bauer J./ Klebe, Th./ Schunder, A., Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, NZA 2014, S. 12 ff.
- Bauer, J-H./ Klebe, Th./ Schunder, A., Neujustierung im Arbeitsrecht – Aktuelle Vorschläge, NZA 2013, S. 827 ff.
- Berg, W., Entwicklung und Grundstrukturen der Eigentumsgarantie, JuS 2005, S. 961.
- Brenke, K., Zahl der Solo-Selbstständigen wächst deutlich schneller als die der Angestellten, Interview in: DIW Wochenbericht Nr. 7.2013, S. 17 ff.
- Brosius-Gersdorf, F., Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundechte, Berlin 2005.
- Calliess, C./ Ruffert, M. (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Auflage, München 2011.
- Däubler W./ Kittner, M./ Klebe, Th./ Wedde, P., Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, Frankfurt/ M. 2014.
- Däubler, W., Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe, HSI Schriftenreihe, Saarbrücken 2012.
- Däubler, W., Regulierungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Werkverträgen, Expertise im Auftrag der Bundestagsfraktion Die Linke, Berlin 2011.
- Dauses, M. A. (Hrsg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblatt, 34. Ergänzungslieferung, München 2013.
- De Vos, M./ Barnaed, C./ De Buck, Ph. (Hrsg.), EU Internal Market and Labour Law: Friends or Foes?, Antwerpen 2010.
- Dettmer, M./ Hawranek D./ Lill, T., Mittendrin und nicht dabei, in: Der Spiegel v. 18.11.2013, S. 78 ff.
- Dorfmann, J., Der Schutz der sozialen Grundrechte in der EU, Zürich 2006.
- Dreier, H.: GG – Grundgesetz Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen 2004.
- Fauser, F. M./ Nacken, M., Die Sicherung des Unterrichts- und Beratungsanspruchs des Betriebsrats aus §§ 111, 112 BetrVG - Unter besonderer Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben, NZA 2006, S. 1136 ff.
- Fisahn, A., Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, Tübingen 2002.

- Fisahn, A., Eine Bürgerversicherung ist rechtens - Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Problemen bei der Einführung einer Bürgerversicherung in Deutschland, S. 26 ff; http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/02_2013/Working_Paper_2_2013.pdf.
- Fisahn, A./ Kutscha, M., Verfassungsrecht konkret – Die Grundrechte, Berlin 2011.
- Frenz, W., Europäische Grundfreiheiten, Handbuch Europarecht – Band 1, 2. Auflage, Heidelberg u.a. 2012.
- Grabenwarter, C., Europäische Grundrechte, Enzyklopädie Europarecht – Band 2, Baden-Baden 2014.
- Grabitz, E./ Hilf, M./ Nettesheim, M., Das Recht der EU. Kommentar, Loseblatt, 51. Ergänzungslieferung, Baden-Baden 2013.
- Grundmann, S./ Möslin, F., Die Goldene Aktie und der Markt für Unternehmenskontrolle im Rechtsvergleich – insbesondere Staatskontrollrechte, Höchst- und Mehrfachstimmrechte sowie Übernahmeabwehrmaßnahmen, ZVglRWiss 102 (2003), S. 289 ff.
- Heuschmid, J., Dynamische Bezugnahme Klausel beim Betriebsübergang, ArbuR 2013, S. 500 ff.
- Heuschmid, J., Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, Baden-Baden 2009.
- Huber, P. M., Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 ff.
- Hufen, F., Staatsrecht II, Grundrechte, München 2011.
- IGM, Längst kein Randphänomen mehr, Website vom 18.11.2013, <http://www.igmetall.de/werkvertraege-von-der-ausnahme-zur-regel-12537.htm>.
- Jacobs, M., Umsetzung der Richtlinie 2002/14/EG durch Gesetz oder Tarifvertrag – Anforderungen an den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern, EuZA 2010, S. 533 ff.
- Jarass, H./ Pieroth, B.: GG – Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Auflage, München 2011.
- Jarass, H.: Charta der EU-Grundrechte, Kommentar, 2. Auflage, München 2013.
- Karthaus, B./ Klebe, Th., Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, NZA 2012, S. 417 ff.
- Kingreen, T., Soziales Fortschrittsprotokoll, HSI-Schriftenreihe Band 8, Frankfurt a.M. 2014.
- Klebe, Th., Werkverträge – ein neues Dumpingmodell, AiB 2012, S. 559 ff.
- Klilian, W., Europäisches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, München 2010.

- Koch, A./ Wohlhüter, A., Werkverträge in der Arbeitswelt, Otto Brenner Stiftung - Arbeitspapier Nr. 2, Frankfurt/M. 2012.
- Kolbe, S., Mitbestimmung und Demokratieprinzip, Tübingen 2013.
- Krieger, S./ Wiese, N., Neue Spielregeln für Streiks um Tarifsozialpläne, BB 2010, S. 568 ff.
- Lessenich, St., Du bist Unterschicht: Zur Remoralisierung sozialer Ungleichheit, Prokla 145, 2006, S. 611.
- Lorig, Ph., Werkverträge – Die neue Lohndumping Strategie?, Berlin 2012.
- Lutter, M./ Bayer, W./ Schmidt, J., Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Auflage, Berlin/Boston 2012.
- Meyer, J. (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2011.
- Meyer, J. (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Müller-Glöge, R./ Preis, U./ Schmidt, I., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage, München 2014.
- Müller-Hilmer, R., Gesellschaft im Reformprozess – Umfrage im Auftrag der Friedrich Ebert Stiftung, http://www.tns-infratest.com/sofo/_pdf/2006_FES_Ergebnisse.pdf.
- Rebhahn, R., Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 109 ff.
- Ruffert, M., Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft Grundrechte - Institutionen - Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165 ff.
- Schiefer, B./ Hartmann, H., Ende der Dynamik einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme im Falle eines Betriebsübergangs, DB 2013, S. 2613 ff.
- Schubert, J., Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie, HSI-Schriftenreihe Band 6, Saarbrücken 2012.
- Schwarze, J./ Becker, U./ Hatje, A./ Schoo, J., EU-Kommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2012.
- Thüsing, G., Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäische Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, S. 381 ff.
- Tountopoulos, V., Anmerkung zu EuGH (C-244/11), EuZW 2013, S. 33.
- Trstenjak, V./ Beysen, E., Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, S. 265 ff.
- Ulber, J., Werkverträge, AiB 2012, S. 183 ff.

- Vedder, C./ Heintschel von Heinegg, W. (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2012.
- Verse, Die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2012, EuZW 2013, S. 336 ff.
- Volkman, U., Staatsrecht II, Grundrechte, München 2011.
- von der Groeben, H./ Schwarze, J., Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- von Münch, I./ Kunig, P.: Grundgesetzkommentar, Band 1, Art. 1-19, 5. Auflage, München 2000.
- Wiebauer, B., Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung, München 2010.
- Wiese, G., Zum Zweck des Betriebsverfassungsrechts im Rahmen der Entwicklung des Arbeitsrechts, in: Heinze, M./ Söllner, A. (Hrsg.), Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 1269.
- Winter, R., Deutliche Worte des EuGH im Grundrechtsbereich, NZA 2013, S. 473 ff.