

## Darf ein Betriebsrat twittern?

Arbeitswelt und Arbeitsrecht stehen vor grundlegenden Veränderungen. Als wichtigste Treiber der zukünftigen Arbeitswelt werden vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales insbesondere die Digitalisierung, die Globalisierung, der demografische Wandel und der fortgesetzte kulturelle und gesellschaftliche Wandel genannt<sup>2</sup>. Die Entwicklung der Arbeitswelt zeigt aktuell noch keine Auswirkungen auf die Betriebsverfassung. Die Betriebsparteien verharren vielmehr in konservativen Strukturen und Verhaltensmustern, die ihnen scheinbar unabänderlich vom Gesetzgeber vorgegeben worden sind. Während der Präsident der Vereinigten Staaten bereits via Twitter versucht Weltpolitik zu gestalten, scheint die Betriebspolitik den Austausch bipolarer<sup>3</sup> Ansichten ausschließlich über klassische Formen der Kommunikation zu betreiben. Angesichts des profunden Wandels der Arbeitswelt besteht Anlass, insoweit über Veränderungen nachzudenken und auch den Betriebsparteien - lediglich symptomatisch - das Recht auf Tweets zu gewähren. Nun liegt es weder in der Kompetenz noch im Aufgabenbereich eines Juristen, die Treiber der Veränderungen vollständig auf ihre Bedeutung für die Zivilgesellschaft oder auf ihre möglichen Wechselwirkungen hin zu untersuchen. Es ist aber Aufgabe der Juristen, die Auswirkungen dieser Ereignisse auf die Rechtsordnung und in Bezug auf deren notwendige Fortentwicklung festzustellen. Die Untersuchung ist dabei ergebnisoffen zu führen. Angesichts der Unbestimmtheit des Wandels, seiner Dynamik, seiner Unendlichkeit und seiner fundamentalen Bedeutung für die Zivilgesellschaft muss es dabei zulässig sein, bisher im Arbeitsrecht geltende Paradigmen auf den Prüfstand zu stellen und erforderlichenfalls neu zu bewerten. Es bedarf einer intensiven, nachhaltigen und vor allem vorbehaltlosen Diskussion, um auch das Betriebsverfassungsrecht im erforderlichen Umfang flexibel zu halten und gegebenenfalls anzupassen. Die nachfolgende, zum Teil cursorische Darstellung kann nur den Beginn einer derart offenen Diskussion markieren.

### I. Einführung

Die mit der Digitalisierung verbundenen technischen Möglichkeiten gehen längst über ein geändertes Nutzungsverhalten des Einzelnen hinaus. Mit der Nutzung technischer Systeme ist auch eine Veränderung der Werte, der Kommunikation, der Meinungsbildung und sogar unseres Demokratieverständnisses verbunden. Schon die Erfindung des Internets und seiner mobilen Nutzungsmöglichkeiten durch Smartphones zeigen Auswirkungen auf die Zivilgesellschaft. Die soziologischen Auswirkungen dieses Wandels werden schon seit Jahren als Strukturwandel der Gesellschaft 2.0<sup>4</sup> diskutiert. Der Wandel betrifft den Einzelnen insbesondere in seiner Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit.

Die fundamentalen und gesellschaftlichen Veränderungen hat sich mittlerweile auch die europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik zunutze gemacht. Dafür ist die auch in der Bundesrepublik in nationales Recht transformierte Richtlinie 2014/95/EU (CSR-Richtlinie) nur ein Beispiel. Die Pflicht zur Veröffentlichung nichtfinanzieller Informationen bliebe für die damit verbundene Absicht, den Binnenmarkt „zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten

---

<sup>1</sup> Der Autor ist Fachanwalt für Arbeitsrecht in Bad Homburg v.d.H.

<sup>2</sup> BMAS: Weißbuch Arbeiten 4.0, Kapitel 1 Seite 18

<sup>3</sup> BAG, 23.04. 2009, 6 AZR 263/08

<sup>4</sup> Schulze, Gerhard, Kulturpolitische Mitteilungen 134, S. 36-43

wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen – einem Wirtschaftsraum, der fähig ist, ein dauerhaftes Wirtschaftswachstum mit mehr und besseren Arbeitsplätzen und einem größeren sozialen Zusammenhalt zu erzielen<sup>5</sup>, weitgehend wirkungslos, könnten nicht durch globalisierte und digitalisierte Meinungsbildungsprozesse Auswirkungen der publizierten Informationen auf das Verhalten von Investoren, Verbrauchern und anderen Interessengruppen<sup>6</sup> erwartet werden.

Diese Politik im Rahmen von Art. 153 AEUV ist daher einer der Reflexe technologischer Entwicklungen auf unternehmerisches Handeln, der erst durch eine veränderte Bedeutung öffentlicher Information über unternehmensinterne Zusammenhänge ermöglicht wurde.

## II. Entwicklungsrichtung

Wenn auch Internet und Smartphone in der unternehmerischen und betrieblichen Lebenswirklichkeit längst angekommen sind, so hat die technologische Entwicklung in jüngerer Vergangenheit einen weiteren Schub von bisher unerwartetem Ausmaß und unübersichtlicher Bedeutung erhalten. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa die Entwicklungen in der Biotechnologie und der Nanotechnologie, Errungenschaften wie das Internet der Dinge (IoT), Wearables<sup>7</sup>, Künstliche Intelligenz (KI), RFID-Chips, in der Robotik, bei dem 3-D Druck oder - neuerdings – bei der Suche nach Systemen zur Umsetzung von Gedanken in Nachrichten<sup>8</sup>. Wenn diese Entwicklung unter dem Stichwort „Industrialisierung 4.0“ zusammengefasst und diskutiert wird, zeigt diese, der Softwareentwicklung entnommene Begrifflichkeit bereits, wie geräuschlos der technologische Fortschritt die Grenzen zum alltäglichen Leben bis hin zur Sprachentwicklung in der Zivilgesellschaft überwindet.

Eine immerwährende und sich stets beschleunigende technologische Entwicklung lässt eine verlässliche und klare Zukunftsvision für die Zivilgesellschaft nicht mehr zu. Wenn schon heute die Robotik im Stande ist, Androiden zu entwickeln, denen sogar Gefühle - oder wohl zutreffender: menschlichen Emotionen nachempfundene Handlungsstrukturen - nicht länger zur Gänze fremd bleiben<sup>9</sup>, ist lediglich die Frage offen, wann die Unterscheidbarkeit von Mensch und Maschine vollkommen verschwunden sein wird. Diese Entwicklung wird durch eine weitere Aufspaltung des Menschen in binäre Informationen noch erleichtert und beschleunigt.

Neben der Ungewissheit über die technologische Entwicklungsrichtung und die konkreten technischen Errungenschaften, die eine verlässliche Zukunftsvision des Arbeitslebens unmöglich machen, darf ebenso wenig der zeitgleiche kulturelle und gesellschaftliche Wertewandel übersehen werden. Auch dieser ist, wie der Begriff des Strukturwandels 2.0 bereits etymologisch eindrucksvoll belegt, keineswegs frei von Einflüssen technologischer Veränderungen. Es ist bis dato offen, welche Reflexe in der Lebenswirklichkeit mit autonomen oder teilautonomen Systemen zu verbinden sein werden, wie sie sich entwickeln und wie sie sich wechselseitig beeinflussen werden<sup>10</sup>. Es kann aber von tiefgreifenden Auswirkungen auf das gesellschaftliche Miteinander ausgegangen werden<sup>11</sup>. Die verstärkte

---

<sup>5</sup> Europäischer Rat, 23./24.03.2000, Lissabon, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, I.5.

<sup>6</sup> KOM(2011) 681, S. 10 ff.

<sup>7</sup> Zum Datenschutz in diesem Zusammenhang: Weichert, NZA 2017, S 565 ff.

<sup>8</sup> Vgl. auch: Wintermann, NZA 2017, S. 537 ff.

<sup>9</sup> Androidenliebe, Zeit-Online 26. Oktober 2016

<sup>10</sup> Vgl. zum Thema: World Economic Forum, The Future of Jobs, Employment, Skills and Workforce, Strategy for the Fourth Industrial Revolution, S. 3 ff.

<sup>11</sup> Ein weitgehendes Szenario z.B. bei Karthaus, NZA 2017, S. 558 ff.

Nutzung (teil-)autonomer Systeme wird das Verhältnis von Mensch und Maschine auch in der Arbeitswelt ständig und deutlich verändern. Vermutlich werden die Auswirkungen der Veränderungen dabei sogar regional, branchenbezogen und in Abhängigkeit vom konkreten Arbeitsplatz heterogen ausfallen<sup>12</sup>.

In dieser Lage sich wechselseitig beeinflussender und bedingender Veränderungen von Technologie und zivilgesellschaftlichen Werten und Grundüberzeugungen wird es Aufgabe des Arbeitsrechts sein, eine auf universale menschliche Bedürfnisse ausgerichtete und in diesem Sinne humanitäre Rechtsordnung sicherzustellen, dass die Technik auch weiterhin dem Menschen dient und ihn schützt.

Im Rahmen der Transformation dieser Entwicklung in das Arbeitsleben soll der verfassten Mitbestimmung eine Schlüsselrolle zufallen. Deren erfolgreiche Bewältigung ist nach dem Weißbuch Arbeit 4.0 am wahrscheinlichsten, wenn Unternehmen und Beschäftigte sie partnerschaftlich gestalten und Bedürfnisse beider Seiten fair berücksichtigen und in Ausgleich bringen<sup>13</sup>. Agile Märkte brauchen demzufolge agile Entscheidungsprozesse in den einzelnen Unternehmen, um schnell auf veränderte Kundenwünsche oder andere Erfordernisse reagieren zu können. Der Wandel der Arbeit sollte aufgrund dessen gemeinsam gestaltet werden, wobei die Erfordernisse des Unternehmens mit den Bedürfnissen und Ansprüchen der Beschäftigten in Einklang zu bringen sind, um die betrieblichen Potenziale voll zu entfalten<sup>14</sup>.

Bei einem konventionellen Verständnis der Betriebsverfassung scheint sich hinter diesem Postulat allerdings ein Widerspruch zu verbergen. Es ist schwer oder sogar unmöglich, einen äußerst dynamischen, z.T. disruptiv verlaufenden und in seinen heterogenen Auswirkungen kaum begreifbaren Wandel durch definierte Mitbestimmungstatbestände in das Arbeitsleben zu transformieren, ohne dabei die gerade in derart bewegten Zeiten umso wichtigere Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu vernachlässigen. Angesichts sich deutlich verkürzender Halbwertszeiten technologischer Errungenschaften und ihrer schon allein durch die moderne Kommunikation schnelleren und unabsehbaren gesellschaftlichen Adaptionen, müssten Inhalt und Bedeutung einzelner Tatbestände ständig justiert werden. Auch ihre Halbwertszeit würde, um mit der technologischen Entwicklung Schritt halten zu können, deutlich abnehmen. Konkrete Tatbestände blieben entweder stets unvollkommen und lückenhaft oder sind bereits kurz nach ihrer Einführung wieder überholt und überflüssig. Ob durch Auslegung und Fortbildung der Normen durch die Arbeitsgerichtsbarkeit diese Lücke stets rechtzeitig geschlossen werden kann, darf bezweifelt werden.

### **III. Methodisch-konzeptioneller Ansatz**

Es liegt deshalb nahe, den Fokus der Rechtsentwicklung im Betriebsverfassungsrecht auf einen methodischen Ansatz zu legen. Um in einer von stetem Wertewandel und technologischen wie soziologischen Entwicklungen unbekannter Ausprägung gekennzeichneten Situation eine ausreichend sichere und verlässliche Basis für eine rechtlich verfasste Anpassung des Kollektivrechts zu finden, bedarf es der Orientierung an einer unabänderlichen Konstante. Diese unabänderliche Basis stellen die wegen Art. 79 Abs. 3 GG unveränderlichen Verfassungsgrundsätze dar. Nur sie bilden auch bei einem kulturell und gesellschaftlich grundlegenden Wertewandel einen dauerhaften Ansatz.

---

<sup>12</sup> World Economic Forum, The Future of Jobs, Employment, Skills and Workforce, Strategy for the Fourth Industrial Revolution, S. 10

<sup>13</sup> BMAS: Weißbuch Arbeiten 4.0, Kapitel 4.6, S. 152

<sup>14</sup> BMAS: Weißbuch Arbeiten 4.0, Kapitel 4.6, S. 153 f.

Zum Kern auch der kollektivrechtlichen Weiterentwicklung werden damit das Rechts- und das Sozialstaatsgebot sowie die in Art. 1 GG verfassten Werte. Es wird in der gegebenen Situation Aufgabe des Gesetzgebers bleiben, durch Anpassungen des Kollektivrechts zumindest die Menschenwürde der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Rahmen seines Auftrags aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG zu schützen. Angesichts menschenähnlicher Androiden ist dieser Schutz keine Selbstverständlichkeit mehr. Praktisch stellt sich in Zukunft die Frage, nach der Zulässigkeit der engen Kooperation menschlicher Arbeitnehmer mit lediglich menschenähnlichen Androiden – gleichsam auf beiden Seiten eines Schreibtisches. Es stellt sich damit auch die Frage, ob etwa das Leistungsniveau eines fehlerfrei programmierten Androiden als Maß der notwendigen Leistungsfähigkeit eines (durchschnittlichen und damit fehlerbehafteten) Arbeitnehmers hergenommen werden dürfte, was dazu führte, dass der Mensch qua Bestimmung zum Low Performer disqualifiziert würde.

An dieser Stelle sei zur Verdeutlichung erneut hervorgehoben, was das Bundesverfassungsgericht im unmittelbaren Anwendungsbereich des Art. 1 GG zur Menschenwürde festgestellt hat. Demnach gilt: „Die Menschenwürde stellt den höchsten Rechtswert innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung dar. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Jedem Menschen kommt danach ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu, der es verbietet, ihn zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Der Einzelne ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende Persönlichkeit. Der Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und sich zu entfalten. Die Spannung zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft hat das Grundgesetz allerdings insofern im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, als der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern hinnehmen muss“<sup>15</sup>.

Dabei sind insbesondere die Subjektqualität, die grundsätzlich freie und selbstbestimmte Entfaltung und die soziale Gemeinschaft wohl die Wesensmerkmale, deren stete Beachtung auch im Privatrecht und damit auch im Arbeitsrecht zu verlangen ist. Der methodisch-konzeptionelle Ansatz für die Entwicklung des Kollektivrechts muss sicherstellen, dass jedenfalls die mit Ewigkeitsgarantie ausgestatteten grundgesetzlichen Wertentscheidungen auch in der Arbeitswelt zukünftig unverbrüchlich bleiben.

Bereits de lege lata finden diese Grundrechtspositionen einen Anknüpfungspunkt im BetrVG. Es bedarf an dieser Stelle keiner rechtsdogmatischen Diskussion über die Art und Weise der Geltung von Grundrechten im Arbeitsrecht um festzustellen, dass § 75 Abs. 1 BetrVG grundrechtsausführend anordnet, dass die Betriebspartner dafür zu sorgen haben, dass sich die in den Grundrechten niedergelegte objektive Werteordnung auch und gerade bei dem aktuellen fundamentalen technologischen und gesellschaftlichen Wandel im Betrieb entfalten kann<sup>16</sup>. Die in § 75 BetrVG enthaltenen Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen verbieten insbesondere Diskriminierungen einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen und verpflichten Arbeitgeber und Betriebsrat, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern<sup>17</sup>. Sie

---

<sup>15</sup> Zuletzt: BVerfG, 08.11.2006, 2 BvR 578/02

<sup>16</sup> GK Kreuzt RdNr. 30 zu § 75 BetrVG

<sup>17</sup> BAG, 05.11.1985, 1 ABR 49/83

binden die Betriebsparteien an die Grundsätze von Recht und Billigkeit und verpflichten sie damit auch zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte<sup>18</sup>.

Vermutlich weil die sich aus § 75 BetrVG ergebenden Verpflichtungen der Betriebsparteien bereits in zahlreichen einzelnen Vorschriften konkretisiert und damit der Mitbestimmung in verschiedenen Einzelnormen bereits unterworfen worden sind<sup>19</sup> und weil sich ein gesetzlich nicht bereits konkretisiertes Mitbestimmungsrecht bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen die Bestimmungen aus § 75 BetrVG nicht ergeben kann<sup>20</sup>, musste § 75 BetrVG bisher eher ein Schattendasein im Rahmen der Betriebsverfassung führen. Nach geltender Auffassung der Rechtsprechung regelt die Vorschrift nämlich Schutz- und Förderpflichten des Arbeitgebers und des Betriebsrats jeweils nur im Verhältnis zu den betriebsangehörigen Arbeitnehmern. Das soll sie dazu verpflichten, bei eigenen Maßnahmen alles zu unterlassen, was das Recht der Betriebsangehörigen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzen könnte. Im Verhältnis der Betriebsparteien zueinander soll diese Pflicht bei gemeinsamem Handeln bestehen. In diesem Sinne stellt insbesondere § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG eine Grenze für die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien dar, normiert aber keine wechselseitigen Rechte und Pflichten bei jeweils einseitigen Maßnahmen<sup>21</sup>.

Vor dem Hintergrund eines notwendig methodisch-konzeptionellen Ansatzes bei der Weiterentwicklung des Betriebsverfassungsrechts ist ein erweitertes Verständnis der Bedeutung von § 75 BetrVG allerdings damit nicht ausgeschlossen. Gerade wegen des sich aus den Veränderungen in der Umwelt ergebenden fundamentalen Wandels des gesamten Arbeitslebens liegt es vielmehr nahe, § 75 BetrVG vornehmlich als einen zunächst unbegrenzten konkreten Handlungsauftrag an die Betriebsparteien zu verstehen. Sie haben, soweit keine konkretisierten Mitbestimmungstatbestände ihre Regelungsbefugnis klarer definieren<sup>22</sup>, alles rechtlich Zulässige zu tun um die Werteordnung des Grundgesetzes in den Betrieb zu transferieren. An dieser Stelle kann es dahinstehen, ob sich dieser Handlungsauftrag dogmatisch unmittelbar aus § 75 BetrVG ergibt oder über § 80 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG vermittelt wird<sup>23</sup>. § 75 BetrVG muss allerdings als die erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage anerkannt werden, die eine Erweiterung des den Betriebsparteien gewährten, ausdifferenzierten und grundsätzlich abschließenden Systems der Mitbestimmung zulässt<sup>24</sup>.

Dieses erweiterte Verständnis von § 75 BetrVG, das ihm den Charakter eines unverbindlichen Programmsatzes erst endgültig nimmt und ihm unmittelbare materielle Bedeutung zukommen lässt<sup>25</sup>, gewährleistet den Betriebsparteien den für die Begleitung des Wandels notwendigen Handlungsspielraum. Seine angemessene Nutzung zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte stellt jene Basis dar, die die Betriebsparteien befähigt, ihrer bedeutenden Funktion bei der erfolgreichen Bewältigung gegenwärtiger und zukünftiger Transformationen der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung in die Arbeitswelt gerecht zu werden.

---

<sup>18</sup> BAG, 12.04.2011, 1 AZR 412/09

<sup>19</sup> Übersicht bei Fitting, § 75 Anm. 136

<sup>20</sup> BAG, 08.06.1999, 1 ABR 67/98

<sup>21</sup> BAG, 28.05.2002, 1 ABR 32/01

<sup>22</sup> BAG, 23.04.2009, 6 AZR 263/08

<sup>23</sup> GK Kreuzt RdNr. 4 zu § 75 BetrVG

<sup>24</sup> BAG, 23.04.2009, 6 AZR 263/08

<sup>25</sup> Fitting, § 75 Anm. 4, GK Kreuzt, RdNr. 3 zu § 75 BetrVG

Die auch als „Magna Charta der Betriebsverfassung“ bezeichneten Norm<sup>26</sup> mit einer so verstärkten Bedeutung auszustatten und in ihr eine eigene dogmatische Grundlage für das Tätigwerden der Betriebsparteien zu sehen, ist angesichts der oben bereits apostrophierten besonderen Charakteristik des Wandels geboten und erforderlich. Es bedarf der methodischen Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung um ein konzeptionelles Element, das, inhaltlich weitgehend flexibel, die Beachtung der grundgesetzlichen Werteordnung im Arbeitsleben wirkungsvoll durch Maßnahmen der Betriebsparteien sicherstellt. Diese notwendige „konzeptionelle Mitbestimmung“ grenzt sich von der konventionell in konkreten Tatbeständen verfassten Mitbestimmung gerade durch ihre grundsätzliche Offenheit ab. Gleichwohl muss sie wegen ihrer Bedeutung auch effektiv und durchsetzbar sein.

Insoweit muss sie über die Beratungs-, Erörterungs- und Anhörungsrechte der konventionellen Mitbestimmung hinausgehen können. Denn bei diesen tatbestandlich verfassten Mitwirkungsrechten haben die Betriebsparteien regelmäßig keine Möglichkeit, die Entscheidung des Arbeitgebers zu verhindern. Das betrifft etwa das Anhörungsrecht beim Kündigungsausspruch (§ 102 Abs. 1 BetrVG) wie das Beratungsrecht im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung (§ 111 Satz 1 BetrVG). In diesen Fällen hat der Arbeitgeber letztlich nur ein bestimmtes Verfahren einzuhalten, dessen Durchführung ein aus dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip folgendes Recht der Arbeitnehmer auf Teilhabe an den sie betreffenden Angelegenheiten ist. Die im Rahmen dieser Mitwirkungsrechte vom Betriebsrat angeführten Argumente hat der Arbeitgeber in seine Entscheidungsfindung zwar einzubeziehen und bei dieser verantwortungsvoll zu berücksichtigen. Ein bestimmtes Ergebnis wird ihm dabei aber nicht vorgegeben<sup>27</sup>. Auch die konzeptionelle Mitbestimmung vermag keine Parität zwischen dem Unternehmer und den Betriebsparteien, insbesondere dem Betriebsrat, bei der Entscheidungsfindung herzustellen. Dazu bedürfte es einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage. Aber sie kann – und angesichts der Werte um die es hier geht muss sie das auch – den Unternehmer zwingen, seine jeweilige Letztentscheidung nachvollziehbar und unter Wahrung der grundgesetzlichen Werteordnung aus Sicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als sachlich begründet und angemessen darstellen zu müssen.

Anders als die Beratungsrechte nach §§ 111, 112 BetrVG setzt die konzeptionelle Mitbestimmung bereits vor einer (nahezu) feststehenden Entscheidung des Unternehmers über eine Betriebsänderung ein. Sie greift nicht unmittelbar in die Letztentscheidung des Unternehmers ein. Sie führt vielmehr zu einem der grundgesetzlichen Werteordnung stärker verpflichteten Prozess der Entscheidungsfindung und –vorbereitung. Sie vermittelt bereits in diesem frühen Stadium der konzeptionellen Entwicklung unternehmerischer und betrieblicher Prozesse in nachdrücklicher Art und Weise Impulse für den Entscheidungsprozess.

#### **IV. Grenzen der konzeptionellen Mitbestimmung**

Auch die konzeptionelle Mitbestimmung ist nicht grenzenlos. In jedem Fall wird der Handlungsspielraum der Betriebsparteien gesetzlich begrenzt. Selbstverständlich können die Betriebsparteien auch bei der Ausübung ihrer grundrechtsschützenden Funktion aus § 75 BetrVG keine Mittel einsetzen, die dem Arbeitgeber die Leitung des Betriebs entziehen. Dies liefe § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG zuwider. Weiterhin gilt selbstverständlich auch bei der konzeptionellen Mitbestimmung die Geheimhaltungspflicht aus § 79 BetrVG. Auch die

---

<sup>26</sup> Richardi, RdNr. 1 zu § 75 BetrVG

<sup>27</sup> BAG, 01.02.2011, 1 ABR 79/09

Grundsätze der vertrauensvollen Zusammenarbeit aus § 2 BetrVG begrenzen den Handlungsspielraum der Betriebsparteien. So können sie auch in diesem Zusammenhang nicht Aufgaben an sich ziehen, die etwa den Gewerkschaften oder den Arbeitgeberverbänden rechtlich vorbehalten oder von diesen mittels tariflicher Vereinbarungen an sich gezogen worden sind; so können die Betriebsparteien nicht den Grundsatz von Treu und Glauben bei ihrem Handeln missachten<sup>28</sup>.

Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht stoßen die Betriebsparteien bei der Ausübung konzeptioneller Mitbestimmung an Grenzen. Unabhängig von der Größe und der Rechtsform einer Gesellschaft muss spätestens seit dem Mitbestimmungsurteil<sup>29</sup> anerkannt werden, dass die Anteilseigner einer Gesellschaft und die Gesellschaft selbst bei der Ausübung ihrer wirtschaftlichen (gewerblichen) Tätigkeit grundgesetzlich insbesondere über Art. 2, Art. 12 und Art. 14 geschützt sind. Wenn auch grundsätzlich diese Unternehmerfreiheit aufgrund ihres sozialen Bezuges und ihrer sozialen Funktion<sup>30</sup> ihrerseits gesetzlich begrenzt werden kann, so ist sie als Grenze des Handlungsspielraums der Betriebsparteien anzuerkennen.

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach ausgesprochen, dass über Art. 2 Abs. 1 GG die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet grundsätzlich zu schützen und deshalb ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative unantastbar ist<sup>31</sup>. Jedwede Einschränkung dieser Freiheit muss jedenfalls mindestens sicherstellen, dass eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer über das im Unternehmen investierte Kapital nicht gegen den Willen aller Anteilseigner erfolgen kann, dass die Anteilseigner nicht auf Grund der Mitbestimmung die Kontrolle über die Führungsauswahl im Unternehmen verlieren und dass ihnen das Letztentscheidungsrecht belassen wird<sup>32</sup>. Zudem bedarf jede Einschränkung der Unternehmerfreiheit einer gesetzlichen Grundlage, denn in die Berufsausübungsfreiheit darf nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden, das seinerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen an grundrechtseinschränkende Gesetze genügt<sup>33</sup>. Dies ist der Fall, wenn die eingreifende Norm kompetenzgemäß erlassen worden ist, durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht<sup>34</sup>.

Da es sich bei § 75 BetrVG um eine zivilrechtliche Generalklausel handelt, ist für seine Auslegung die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu beachten. Für die auf § 75 BetrVG fußende konzeptionelle Mitbestimmung ergeben sich deshalb auch aus dieser verfassungsrechtlichen Schranke die Grenzen ihrer Anwendbarkeit. Sie kann überhaupt nur ausgeübt werden, um die grundgesetzliche Werteordnung im Arbeitsverhältnis verhältnismäßig durchzusetzen. Jede Maßnahme im Rahmen der konzeptionellen Mitbestimmung muss für diesen rechtlich zulässigen Zweck geeignet und erforderlich sein und darf nur angemessen in den geschützten Bereich der Unternehmerfreiheit eingreifen. Geeignet ist eine derart zweckgebundene Maßnahme der Betriebsparteien, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann<sup>35</sup>, also eine durch die Eigenart des Arbeitsverhältnisses nicht erforderliche Beschränkung der Grundrechtsausübung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch sie verhindert werden kann. Erforderlich ist eine

---

<sup>28</sup> BAG, 28.05.2014, 7 ABR 36/12

<sup>29</sup> BVerfG, 01.03.1979, 1 BvR 532/77

<sup>30</sup> BVerfG, 01.03.1979, 1 BvR 532/77

<sup>31</sup> BVerfG, 01.03.1979, 1 BvR 532/77

<sup>32</sup> BVerfG, 01.03.1979, 1 BvR 532/77

<sup>33</sup> Zuletzt: BVerfG, 22.10.2014, 1 BvR 1815/12

<sup>34</sup> BVerfG, 31.08.2009, 1 BvR 3275/07

<sup>35</sup> BAG, 13.02.2007, 1 ABR 18/06

solche Maßnahme, wenn kein anderes, gleich wirksames, aber die Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht, um den erstrebten Erfolg zu fördern<sup>36</sup>. Angemessen ist eine solche Maßnahme, wenn sie im Rahmen einer vorzunehmenden Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschreitet<sup>37</sup>. Welche Maßnahmen in Betracht kommen, ist damit stets eine Frage ihrer Verhältnismäßigkeit.

Kann der durch eine Maßnahme der konzeptionellen Mitbestimmung erstrebte Erfolg bereits durch einen gesetzlich definierten Mitbestimmungstatbestand erreicht werden, können zusätzliche Maßnahmen der konzeptionellen Mitbestimmung ihn gerade nicht mehr fördern. Die Durchführung weiterer Maßnahmen scheiterte in diesem Fall an ihrer fehlenden Erforderlichkeit. Das gilt jedenfalls für alle Tatbestände der erzwingbaren Mitbestimmung. Denn durch sie wird den Organen der Betriebsverfassung sogar ein paritätischer Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen gegeben<sup>38</sup>. Gegenstände der konzeptionellen Mitbestimmung können deshalb schon wegen der sonst fehlenden Erforderlichkeit grundsätzlich nur Aspekte sein, die nicht bereits von einem Tatbestand der erzwingbaren Mitbestimmung erfasst sind.

Es bleibt noch zu klären, welche Maßnahmen grundsätzlich geeignet sind, um die Durchsetzung der grundgesetzlichen Werteordnung im Arbeitsverhältnis zu fördern, ohne das unantastbare Letztentscheidungsrecht des Unternehmers dabei in Frage zu stellen. In Betracht kommen grundsätzlich alle Maßnahmen der Betriebsparteien, die den Unternehmer zwingen, die ihm allein zufallende Entscheidung zu erklären oder zu legitimieren. Ein so gegebener Legitimationsdruck wirkt auf den Entscheidungsprozess des Unternehmers ein, ohne ihm das Letztentscheidungsrecht zu nehmen. Zur Herstellung dieses Erklärungs- und Legitimationsdrucks eignet sich in erster Linie die Öffentlichkeitsarbeit. Eine erhöhte Transparenz betrieblichen Geschehens durch Öffentlichkeitsarbeit der Betriebsparteien würde zugleich ungewünschten Entwicklungen einer flexibilisierten Zusammenarbeit von rechtlich nicht verbundenen Unternehmen<sup>39</sup> entgegenwirken können.

Die Eignung von Öffentlichkeitsarbeit zur Beeinflussung des Unternehmenshandelns belegt eindrucksvoll die CSR-Richtlinie. Unternehmen werden heute zunehmend nicht mehr nur nach ihren Finanzdaten bewertet und befragt. Sogenannte nichtfinanzielle Informationen zu Themen wie die Achtung der Menschenrechte, Umweltbelange, Arbeitnehmerbelange oder soziale Belange bilden einen immer wichtigeren Bereich der Unternehmenskommunikation. Investoren, Unternehmen sowie Verbraucherinnen und Verbraucher verlangen insoweit vor allem mehr und bessere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Unternehmen, um zu entscheiden, ob sie investieren, Lieferbeziehungen eingehen oder Produkte erwerben und nutzen<sup>40</sup>.

Wird mehr als bisher über nichtfinanzielle Aspekte der Tätigkeit von bestimmten Unternehmen berichtet, stärkt dies das Vertrauen von Investoren sowie Verbraucherinnen und Verbrauchern in Unternehmen<sup>41</sup>. Langfristig wird durch die Öffentlichkeitsarbeit zu nichtfinanziellen Informationen ein Beitrag zum Übergang zu einer nachhaltigen globalen

---

<sup>36</sup> BAG, ebenda

<sup>37</sup> BAG, ebenda

<sup>38</sup> BVerfG, 01.03.79, 1 BVR 532/77

<sup>39</sup> Karthaus, NZA 2017, S 558 ff.

<sup>40</sup> BT-Drucksache 18/9982, S. 1

<sup>41</sup> BT-Drucksache 18/9982, S. 27



Wirtschaft geleistet, indem langfristige Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbunden wird<sup>42</sup>.

Die auf das Unternehmerhandeln ausgerichtete europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik<sup>43</sup> wird die Bedeutung nichtfinanzieller Informationen für das unternehmerische Geschehen noch forcieren. Der Zugang von Investoren zu nichtfinanziellen Informationen ist nach Auffassung der Kommission ein Schritt auf dem Weg, um bis 2020 Marktanreize und politische Anreize einzuführen, die Investitionen von Unternehmen in Effizienz belohnen<sup>44</sup>. Sowohl unmittelbar über den Markt als auch mittelbar über die ungeheuren Finanzierungsmöglichkeiten, die die europäische Vermögensverwaltungsbranche bieten<sup>45</sup>, wie auch über die Vergaberichtlinien<sup>46</sup> will die Kommission eine nachhaltige Entwicklung der Wirtschaft weiterhin fördern.

Die Bundesregierung hat in ihrem Entwurf für ein Umsetzungsgesetz der CSR-Richtlinie betont: „Die Richtlinie 2014/95/EU dient dazu, Regelungen zu treffen, die das Vertrauen von Investoren sowie Verbraucherinnen und Verbrauchern in Unternehmen stärken sollen, indem mehr als bisher über nichtfinanzielle Aspekte der Tätigkeit von bestimmten Unternehmen berichtet wird. Durch die neuen Vorgaben für die Berichterstattung kann mittelbar auch das Handeln der Unternehmen beeinflusst und ein Anreiz geschaffen werden, nichtfinanziellen Belangen und damit verbundenen Risiken, Konzepten und Prozessen stärkeres Gewicht in der Unternehmensführung beizumessen“<sup>47</sup>.

Die Publizität sogenannter Arbeitnehmerbelange ist damit außerhalb der erzwingbaren Mitbestimmungsgegenstände ein grundsätzlich geeignetes Mittel, um das Handeln der Unternehmen im Sinne der Ziele der konzeptionellen Mitbestimmung zu beeinflussen.

Sind Maßnahmen der konzeptionellen Mitbestimmung damit grundsätzlich zum wirkungsvollen Schutz der grundrechtlichen Werteordnung im Arbeitsleben geeignet, stellt sich zunächst die weitere Frage ihrer Erforderlichkeit. Dabei soll nicht übersehen werden, dass einige verfasste Mitbestimmungs- bzw. Mitwirkungsrechte durchaus schon Schutz vor der „Entmenschlichung der Arbeit“ bieten können. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, § 90 BetrVG sowie §§ 111, 112 BetrVG zu nennen.

Der Rechtsprechung des BAG folgend, ist Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer. Das Mitbestimmungsrecht beruht darauf, dass die Arbeitnehmer ihre vertraglich geschuldete Leistung innerhalb einer vom Arbeitgeber vorgegebenen Arbeitsorganisation erbringen und dabei dessen Weisungsrecht unterliegen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats soll die auf die betriebliche Ordnung bezogene Regelungsmacht des Arbeitgebers einschränken<sup>48</sup>. Dagegen sind solche Regeln und Weisungen, die das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer betreffen, aber gerade mitbestimmungsfrei<sup>49</sup>. Schon wegen dieser Ausnahme bietet § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG keinen vollständigen kollektivrechtlichen Schutz vor dem Verlust der

---

<sup>42</sup> BT-Drucksache 18/9982, S. 47

<sup>43</sup> KOM(2001) 366 endgültig („Grünbuch“)

<sup>44</sup> Erwägungsgrund 12 RL 2014/95/EU

<sup>45</sup> KOM(2011) 206 endgültig S. 17 (Binnenmarktakte)

<sup>46</sup> KOM(2011) 681 endgültig, S. 13

<sup>47</sup> BT Drucksache 18/9982 S. 27 f.

<sup>48</sup> BAG 15.04.2014, 1 ABR 85/12

<sup>49</sup> BAG ebenda

Menschwürde, etwa durch die Einführung oder Anwendung von Androiden unmittelbar in den Arbeitsprozess.

Auch §§ 111, 112 BetrVG bieten insoweit keinen hinreichenden Schutz. Es ist zwar in Einzelfällen<sup>50</sup> möglich, die Einführung neuer Fertigungsverfahren z.B. durch künstliche Intelligenz dem Tatbestand aus § 111 Nr. 5 zuzuordnen, aber eben nur im Einzelfall. Zudem müssen weder eine sukzessive Einführung autonomer Systeme in den Betrieb noch eine zwingende Nutzung von Vorprodukten mit derartigen technologischen Errungenschaften zu einer Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten führen<sup>51</sup>. Auch unter Berücksichtigung der Beratungs- und Unterrichtsrechte der Betriebsparteien aus §§ 111, 112 BetrVG bleibt der Schutz der Menschenwürde zumindest unvollkommen.

Es stellt also nicht lediglich eine unreflektierte Übernahme der Auffassung des BMAS dar<sup>52</sup>, wenn hier grundsätzlich eine Erforderlichkeit für eine Weiterentwicklung des BetrVG, hier in konzeptioneller Form, bejaht wird.

Kann deshalb sowohl die Eignung als auch die Erforderlichkeit einer konzeptionellen Mitbestimmung für die Gewährleistung einer wechselbezüglichen Grundrechtsausübung<sup>53</sup> im Arbeitsverhältnis bejaht werden, stellt sich nur noch die Frage der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Es ist zu klären, ob im Rahmen einer Gesamtabwägung die eigenständige Öffentlichkeitsarbeit der Betriebsparteien einen derart intensiven Eingriff in die unternehmerische Freiheit darstellt, dass sie, auch wenn sie zum Schutz der Grundrechtsausübung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausgeübt wird, die Grenze der Zumutbarkeit überschreitet.

Es ist deshalb zu prüfen, ob im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten wird.<sup>54</sup> Dabei ist, wegen der grundsätzlichen Rechtfertigung der konzeptionellen Mitbestimmung ausschließlich zur Wahrung, Sicherung und Förderung der Durchsetzung der grundgesetzlichen Werteordnung im Arbeitsverhältnis, der rechtfertigende Grund stets hoch anzusiedeln. Die Grenze der Zumutbarkeit kann deshalb nur dann erreicht sein, wenn der durch die Öffentlichkeitsarbeit der Betriebsparteien erfolgende Eingriff in die Unternehmerfreiheit ebenfalls besonders deutlich ist.

Das dürfte angesichts der CSR-Richtlinie und ihrer Begründung nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Dabei ist zu beachten, dass von der gesetzlichen Publizitätspflicht zu den nichtfinanziellen Informationen kleine und mittlere Unternehmen (KMU) wohl nur – zumindest aber vorwiegend – deshalb befreit blieben, da eine Ausweitung der Pflichten auch auf kleinere Unternehmen unverhältnismäßige Bürokratiekosten verursacht hätte<sup>55</sup>. Ähnliches sah schon die CSR-Richtlinie selbst bezüglich der Berichtspflichten großer Unternehmen innerhalb der Lieferkette vor<sup>56</sup>. Liegt der Grund der Publizitätsfreiheit von KMU damit vorwiegend in den mit einer Veröffentlichung in der vorgeschriebenen Form verbundenen Kosten, so bedeutet das nicht, dass KMU nicht auch, soweit sich die Kostenfrage nicht oder nicht übermäßig stellt, über Arbeitnehmerbelange berichten sollten. Die Vorstellungen des europäischen und nationalen Gesetzgebers zur Wirkung und zum Zweck nichtfinanzieller

---

<sup>50</sup> BAG, 22.03.2016, 1 ABR 12/14

<sup>51</sup> Für hoheitlich vorgeschriebene Maßnahmen: BVerfG, 22.08.1994, 1 BvR 1767/91

<sup>52</sup> Fn 13, 14

<sup>53</sup> Grundlegend: Kempen, ArbUR, 1986, S. 129 ff.

<sup>54</sup> Fn 37

<sup>55</sup> BT Drucksache 18/9982 S. 45 f.

<sup>56</sup> Erwägungsgrund 8 der Richtlinie 2014/95/EU

Informationen sind vor diesem Hintergrund in der Sache allgemeingültig und nehmen auch KMU nicht aus. Damit stellen Informationen, die im Rahmen der CSR-Richtlinie in Abhängigkeit von der Unternehmens- oder Konzerngröße oder dem Geschäftszweck publikationspflichtig sind, grundsätzlich keinen schwerwiegenden Eingriff in die Unternehmerfreiheit dar.

Die Regelungen des europäischen und des nationalen Gesetzgebers zur Informationspflicht über nichtfinanzielle Informationen beschreiben allerdings nur sehr schematisch den Inhalt der geforderten Informationen. Sie geben keine konkreten Hinweise, welche Informationen zum jeweiligen Nachhaltigkeitsaspekt erwartet werden und so den gesetzlichen Anforderungen genügen. Der Begründung des nationalen Gesetzgebers zum CSR-Umsetzungsgesetz zufolge sind für jeden Aspekt Ausführungen dazu zu machen, welche Ziele sich die Gesellschaft setzt, welche Maßnahmen sie dazu in welchem Zeitraum treffen will, wie die Unternehmensführung in diese Maßnahmen eingebunden ist und welche Prozesse, etwa auch zur Beteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und anderen Interessenträgern, sie durchführen will. Es sind auch die Verfahren zu beschreiben, mit denen die Gesellschaft Sorgfaltspflichten und -obliegenheiten identifiziert und erfüllt, insbesondere etwaige Risiken für einzelne nichtfinanzielle Aspekte ermittelt und Maßnahmen zu deren Eindämmung oder Beseitigung festlegt. Die Berichterstattung hat auch feststellbare Auswirkungen der Anwendung der Konzepte anzugeben. Hat ein Konzept noch nicht zu feststellbaren Auswirkungen geführt, ist auch das als Ergebnis zu berichten<sup>57</sup>.

Zu den Arbeitnehmerbelangen können u.a. die Einhaltung von Rechtsvorschriften und anerkannten Standards oder getroffene Maßnahmen gehören, die Arbeitnehmerrechte und Arbeitnehmerinteressen betreffen. Dabei kann es sich um Angaben zu Maßnahmen, die zur Gewährleistung der Geschlechtergleichstellung ergriffen werden, und zu Arbeitsbedingungen, zur Umsetzung der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO Kernarbeitsnormen), zur Achtung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, informiert und konsultiert zu werden sowie gegebenenfalls mitbestimmen zu können, zum sozialen Dialog, zur Achtung der Rechte der Gewerkschaften, zum Gesundheitsschutz oder zur Sicherheit am Arbeitsplatz handeln<sup>58</sup>.

Unter Berücksichtigung des politisch gewollten Einflusses der Publizität auf die wirtschaftliche Entwicklung der Unternehmen und damit auf deren beschäftigungspolitische Effekte, stellt sich schon im Hinblick auf § 80 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG die Frage, ob und inwieweit den Betriebsparteien bei der Bestimmung einzelner Arbeitnehmerbelange sowie der Aspekte, über die berichtet werden soll, nicht ohnehin eine herausgehobene Rolle zukommt. Zumindest einen Unterrichts- und gegebenenfalls Auskunftsanspruch wird man den Betriebsparteien insoweit zugestehen müssen<sup>59</sup>.

Damit ist die Grenze der Zumutbarkeit im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung erst dann erreicht, wenn durch die jeweilige Veröffentlichung die Grundrechte des Unternehmens oder des Unternehmers ihrerseits unzumutbar beeinträchtigt werden. Insoweit mag die Grenze jedenfalls dann erreicht sein, wenn konkrete Gefahren für Betriebsabläufe oder für die Außenwirkung des Unternehmens drohen<sup>60</sup>. Ob das aber auch früher der Fall sein kann, hängt in erster Linie davon ab, ob sich die Betriebsparteien bei ihrer Öffentlichkeitsarbeit auch auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen können.

---

<sup>57</sup> BT Drucksache 18/9982 S. 49 f.

<sup>58</sup> BT Drucksache 18/9982 S. 48, vgl. auch Erwägungsgrund 7 RL 2014/95/EU

<sup>59</sup> Sommer, RdA 2016, 291 ff.

<sup>60</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 08.07.2011, 6 Sa 713/10

## V. Betriebsrat und Meinungsfreiheit

Bis dato ist die Rechtsnatur eines Betriebsrats, insbesondere seine mögliche Eigenschaft als Träger von Grundrechten, noch nicht eindeutig bestimmt worden<sup>61</sup>. In der Rechtsprechung zeigen sich gerade bezüglich einer Öffentlichkeitsarbeit unterschiedliche Auffassungen. Es ist ungeklärt, ob es grundsätzlich zu den den Betriebsratsmitgliedern nach dem Betriebsverfassungsgesetz obliegenden Aufgaben gehört, die außerbetriebliche Öffentlichkeit über Betriebsratsinterna zu unterrichten. Einer Auffassung zufolge ergibt sich weder aus den in Einzelbestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes geregelten besonderen Aufgaben und Befugnissen des Betriebsrats noch insbesondere aus der Aufzählung seiner allgemeinen Aufgaben in § 80 Abs. 1 BetrVG noch aus der Generalklausel über die vertrauensvolle Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) eine Befugnis von Betriebsratsmitgliedern, von sich aus die außerbetriebliche Öffentlichkeit über innerbetriebliche Vorgänge zu unterrichten<sup>62</sup>. Der konkurrierenden Auffassung zufolge ist demgegenüber anzuerkennen, dass ein Betriebsrat im Rahmen seiner Zuständigkeit selbst darüber entscheiden kann, wann und in welchem Umfang eine öffentliche Stellungnahme angebracht sei. Insoweit könne auch er sich auf das Recht der freien Meinungsäußerung gemäß Art. 5 GG unter Beachtung der allgemeinen Berücksichtigung des § 2 Abs. 1 BetrVG berufen. Der Arbeitgeber müsse dabei sogar eine Kritik an seiner Betriebsführung hinnehmen. Die Grenze sei erst ein Fällen konkreter Gefahren für Betriebsabläufe oder für die Außenwirkung des Unternehmens erreicht<sup>63</sup>.

Die erst genannte Auffassung vertritt offensichtlich den Standpunkt, was dem Betriebsrat nicht durch gesetzliche Tatbestände als Kompetenz zugewiesen sei, sei ihm verboten. Demgegenüber zählt die andere Auffassung den Betriebsrat offensichtlich zum Kreis der Personenzusammenschlüsse, die von der Rechtsordnung als Zuordnungspunkt für eigene Rechte und Pflichten konstituiert und deshalb zumindest teilweise grundrechtsfähig sind<sup>64</sup>. Dabei ist dem erst genannten Ansatz zu konzedieren, dass sich die Anwendbarkeit des Art. 5 GG auch auf Belegschaftsvertretungen bei einem überwiegend zivilrechtlichen Verständnis der juristischen Person (Art. 19 Abs. 3 GG) nicht unmittelbar ableiten lässt. Es ist jedenfalls nicht offenkundig, dass sich ein Gremium der Betriebsverfassung für seine Öffentlichkeitsarbeit auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung berufen kann. Es ist vielmehr zumindest vertretbar, dem Betriebsrat - als ein auf einfach-gesetzlicher Basis gebildetem Gremium - auch nur die Kompetenzen zuzuschreiben, die ihm durch das seine Existenz begründendes Gesetz auch zugewiesen werden.

Die Frage der Grundrechtsfähigkeit eines Betriebsrats ist zwar vor dem BVerfG bereits aufgeworfen worden, musste aber vom Gericht nicht entschieden werden<sup>65</sup>. Auch in der Literatur bedarf die grundrechtliche Anbindung der betriebsverfassungsrechtlichen Gremien noch nicht endgültig Klärung<sup>66</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat sich – soweit erkennbar – bisher zu Art. 19. Abs. 3 GG nur insoweit erklärt, als es um die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen geht und hier insbesondere die Abgrenzung zwischen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts betrachtet<sup>67</sup>. Es hat dabei aber auch

<sup>61</sup> BVerfG, 22.08.1994. 1 BvR 1767/91

<sup>62</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht, 07.03.2013, 9 TaBV 197/12

<sup>63</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 08.07.2011, 6 Sa 713/10; Landesarbeitsgericht Bremen, 02.07.2013, 1 TaBV 35/12;

<sup>64</sup> Richardi, BetrVG, Einleitung, RdNr. 116

<sup>65</sup> BVerfG, 22. 08.1994. 1 BvR 1767/91

<sup>66</sup> Übersicht: Clodius, Die Bedeutung der Grundrechte im Betriebsverfassungsgesetz

<sup>67</sup> BVerfG, 02.05.1967, 1 BvR 578/63

schon erkannt, dass Art. 19 Abs. 3 GG vor dem Hintergrund der zentralen Vorstellung des Grundgesetzes als Mittel zum Schutz des Einzelnen vor staatlichen Eingriffen und insoweit als Voraussetzung für die Sicherung einer freien aktiven Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen auszulegen ist<sup>68</sup>. Vor diesem Hintergrund hält es die Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich der Grundrechte besonders dann für angezeigt, wenn der "Durchgriff" auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll oder erforderlich erscheinen lässt<sup>69</sup>.

Folgerichtig hat es auch im zivilrechtlichen Sinne nicht rechtsfähigen Personenmehrheiten die Befugnis zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde zuerkannt. Damit hat es zugleich auch diese nicht voll rechtsfähigen Personenmehrheiten dem persönlichen Geltungsbereich jedenfalls einzelner Grundrechte<sup>70</sup> unterstellt. Soweit eine Personenmehrheit eine definierte Rechtsposition einnehmen kann und insoweit (teil-)rechtsfähig ist, soll sie sich auch auf die sich aus der Rechtsposition ergebenden Grundrechte berufen können<sup>71</sup>.

Ausgehend von dieser verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Betriebspartei sich zum Schutz seiner Öffentlichkeitsarbeit dann auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG berufen, wenn sie eine Rechtsposition einnehmen kann, die ihre Öffentlichkeitsarbeit erforderlich macht. Da weder der Arbeitgeber als solcher noch der Betriebsrat nach herrschender Auffassung rechts- oder vermögensfähig ist, bleibt letztlich bereits fraglich, ob eine Betriebspartei außerhalb des BetrVG überhaupt eine Rechtsposition im Sinne dieser verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung einnehmen kann. Dabei ist dies für den Arbeitgeber allerdings nur eine rhetorische Fragestellung. In aller Regel ist er mit dem Unternehmer jedenfalls so eng verbunden, dass eine Öffentlichkeitsarbeit allein des Arbeitgebers auch stets der des Unternehmers entsprechen dürfte. Für die arbeitnehmerseitigen Organe der Betriebsverfassung stellt sich die Frage dagegen deutlich.

Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Betriebsrat allenfalls im Rahmen der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben berechtigt und verpflichtet werden, nicht aber als Rechtssubjekt außerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises privatrechtliche Geschäfte tätigen. Deshalb kann er selbst weder Gläubiger noch Schuldner privatrechtlicher Forderungen, auch Schadenersatzforderungen, werden<sup>72</sup>. Dieser Ansicht folgt jüngst auch der BGH<sup>73</sup>. Nach dessen Auffassung folgt das "rechtliche Können" des Betriebsrats dem "vermögensmäßigen Können". Die Annahme einer Teilrechtsfähigkeit des Betriebsrats als Ausnahme zu der ihm als Organ der Betriebsverfassung grundsätzlich fehlenden Rechts- und Vermögensfähigkeit soll nur gerechtfertigt erscheinen, wenn und soweit er sowohl innerhalb seines gesetzlichen Aufgabenkreises tätig wird als auch vermögensfähig ist. Vermögensfähig ist der Betriebsrat in aller Regel, soweit ihm gegen den Arbeitgeber ein Anspruch aus § 40 BetrVG auf Freistellung von den durch seine Tätigkeit entstehenden erforderlichen Kosten zusteht<sup>74</sup>.

Nach der Rechtsprechung hat der Betriebsrat die Prüfung der Erforderlichkeit nicht allein anhand seiner subjektiven Bedürfnisse vorzunehmen. Er ist vielmehr stets gehalten, die Interessen der Belegschaft an einer sachgerechten Ausübung des Betriebsratsamts einerseits und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers andererseits gegeneinander

---

<sup>68</sup> BVerfG, ebenda

<sup>69</sup> BVerfG, ebenda

<sup>70</sup> BVerfG, 03.06.1954, 1 BvR 183/54

<sup>71</sup> BVerfG, 02.09.2002, 1 BvR 1103/02; BVerfG, 29.07.1959, 1 BvR 394/58

<sup>72</sup> BAG, 24.04.1986, 6 AZR 607/83

<sup>73</sup> BGH, 25.10.2012, III ZR 266/11

<sup>74</sup> BGH, ebenda

abzuwägen. Er hat wie jeder, der auf Kosten eines anderen handeln kann, die Maßstäbe einzuhalten, die er gegebenenfalls bei eigener Kostentragung anwenden würde, wenn er selbst bzw. seine beschließenden Mitglieder die Kosten tragen müssten<sup>75</sup>. Diese Grundsätze gelten auch für das Verlangen des Betriebsrats auf Überlassung von Informations- und Kommunikationstechnik. Die Entscheidung des Betriebsrats über die Erforderlichkeit des verlangten Sachmittels unterliegt der arbeitsgerichtlichen Kontrolle. Diese ist auf die Prüfung beschränkt, ob das verlangte Sachmittel aufgrund der konkreten betrieblichen Situation der Erledigung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrats dient und der Betriebsrat bei seiner Entscheidung nicht nur die Interessen der Belegschaft berücksichtigt, sondern auch berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rechnung getragen hat<sup>76</sup>.

Da die Erforderlichkeit im Sinne von § 40 BetrVG damit stets eine im Ermessen des Betriebsrats stehende Einzelfallentscheidung ist, lassen sich keine generellen Maßstäbe für seine Öffentlichkeitsarbeit aufstellen. Die Annahme einer denkbaren Erforderlichkeit im Einzelfall ist aber in keinem Fall abwegig. Damit können sich die Betriebsparteien im Rahmen der konzeptionellen Mitbestimmung in Abhängigkeit von den betrieblichen Umständen des Einzelfalls bei ihrer Öffentlichkeitsarbeit auf Art. 5 Abs. 1 Satz GG berufen.

## **VI. Ergebnis**

Die aktuellen fundamentalen Veränderungen des gesamten Lebensumfeldes machen eine Anpassung der betrieblichen Mitbestimmung notwendig. Den Anforderungen an eine zeitgemäße Form der betrieblichen Mitbestimmung wird einzig ein methodisch-konzeptioneller Ansatz gerecht. Er geht davon aus, dass den Betriebsparteien grundsätzlich ein Handlungsauftrag zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiräume der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis über § 75 BetrVG gegeben ist. Die gesetzliche Grenze der im Rahmen der konzeptionellen Mitbestimmung gegebenen Handlungsoptionen zieht das BetrVG. Es gelten dabei die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zur vertrauensvollen Zusammenarbeit, zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und zur nicht einseitig zu beschränkenden Leitungsmacht der Geschäftsführung. Zudem wird die konzeptionelle Mitbestimmung durch die erzwingbaren Mitbestimmungstatbestände begrenzt. Im Übrigen kann sie vornehmlich durch Öffentlichkeitsarbeit der Betriebsparteien unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebots ausgeübt werden. Insbesondere nach der Umsetzung der CSR-Richtlinie in nationales Recht können kaum mehr Zweifel daran bestehen, dass die Öffentlichkeitsarbeit zu Arbeitnehmerbelangen grundsätzlich zum Aufgabenkreis der Betriebsparteien gehört. Da diese Form der Mitbestimmung nicht an der Letztentscheidung des Unternehmers ansetzt, sondern den Prozess der Entscheidungsvorbereitung begleitet, ist nur in Ausnahmefällen ein im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebots unangemessener Eingriff in die Unternehmerfreiheit zu erwarten. Schließlich müssen die Unternehmen ohnehin Konzepte für die Arbeitnehmerbelange entwickeln und diese ab einer gesetzlich bestimmten Unternehmensgröße auch ihrerseits publizieren. Beachten die Betriebsparteien auch die Grundsätze der Erforderlichkeit nach § 40 BetrVG, können sie sich bei der Ausübung der konzeptionellen Mitbestimmung auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen.

Jedenfalls in diesem Zusammenhang darf ein Betriebsrat unter Beachtung der Erforderlichkeit daher twittern. Angesichts des Grundsatzes der Kostenschonung im Rahmen der Erforderlichkeit nach § 40 BetrVG erscheint ein Tweet prima facie sogar als durchaus zu

---

<sup>75</sup> BAG, 18.03.2015, 7 ABR 4/13

<sup>76</sup> BAG, 18.07.2012, 7 ABR 23/11

bevorzugendes Kommunikationsmittel. Es ist dabei auch unschädlich, dass ein Tweet eine Form der indirekten Kommunikation ist, bei der die oder der Kommunikationspartner nicht von vornherein feststehen. Im Gegenteil, angesichts eines durch den technologischen Fortschritt zu erwartenden veränderten Inhalts des Betriebsbegriffs dürfte gerade eine in diesem Sinne grenzenlose Kommunikation sogar häufig angezeigt sein. Ersetzt oder ergänzt die Öffentlichkeitsarbeit der Betriebsparteien die Publikationspflicht des Unternehmers nach der CSR-Richtlinie, kann sich aber auch eine umfangreichere Darstellung als erforderlich erweisen.

Um Rechtsstreitigkeiten über das Ausmaß und die konkrete Ausübung konzeptioneller Mitbestimmung zu vermeiden, ist den Betriebsparteien der Abschluss einer freiwilligen Betriebsvereinbarung anzuraten. In einem solchen „betrieblichen Koalitionsvertrag“ können sich die Parteien u.a. auf Inhalte und Grenzen der konventionellen und der konzeptionellen Mitbestimmung verständigen. Sie können darin auch Interna der Zusammenarbeit und der Arbeitsweise des Betriebsrats in der digitalen Arbeitswelt vereinbaren<sup>77</sup>.

Mit einem derartigen Ansatz können die Erwartungen des Bundesarbeitsministeriums an die verfasste Mitbestimmung bei der Bewältigung der Arbeit 4.0, die Konsequenzen einer europäischen Wirtschafts- und Sozialpolitik, die zu einem stabilen und nachhaltigen Wirtschaftstraum führen soll, wie auch die gewachsene Bedeutung der öffentlichen Meinung für die Prosperität von Unternehmen erfolgreich in die bestehenden gesetzlichen Regelungen zur Betriebsverfassung integriert werden.

Es bedarf auch vor dem Hintergrund der Arbeit 4.0 keiner Novellierung des BetrVG, es bedarf lediglich eines Paradigmenwechsels. Die Tatbestände des BetrVG regeln demnach nicht abschließend die Handlungsoptionen der Betriebsparteien. Diese haben vielmehr einen sehr weitgehenden, gesetzlich nur abstrakt beschriebenen allgemeinen Handlungsauftrag, der durch einzelne Tatbestände nur in den Fällen konkretisiert und beschränkt werden musste, wo sich die betriebliche Mitbestimmung unmittelbar auf das Letztentscheidungsrecht des Unternehmers auswirkt. Im Übrigen sind die Betriebsparteien weitgehend frei in Ihren Handlungsoptionen.

Wird § 75 BetrVG die für eine Ermächtigungsgrundlage notwendige Klarheit abgesprochen, oder zeigen sich in der Umsetzung der „konzeptionellen Mitbestimmung“ Schwierigkeiten, die die Betriebsparteien nicht durch einen „betrieblichen Koalitionsvertrag“ freiwillig zu lösen bereit oder in der Lage sind, ist eine Anpassung des BetrVG erforderlich. Ausreichend wäre aber eine Änderung von § 75 BetrVG, z.B. um die Verpflichtung der Betriebsparteien zum Abschluss eines Koalitionsvertrages zu statuieren oder/und um gegebenenfalls dessen notwendigen Inhalt gesetzlich zu bestimmen. Das gewünschte und notwendige Ergebnis einer zukunftsfähigen und flexiblen, vornehmlich auf die wechselseitige und angemessene Grundrechtsausübung im Arbeitsverhältnis gerichteten betrieblichen Mitbestimmung ist erreichbar.

---

<sup>77</sup> Vgl. Fünding/Sorber, NZA 2017 S. 552ff.