

Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, ein »Reförmchen«

Dr. Katharina Wandscher, MLE, Berlin*

I. Betriebsräte stärken, Betriebsratsarbeit modernisieren?

Am 18.6.2021 ist das *Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt* (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) in Kraft getreten. Ursprünglich als »BR-Stärkungsgesetz«¹ geplant, ist lediglich ein »BR-Modernisierungsgesetz« übrig geblieben, das deutlich hinter dem Referentenentwurf aus Dezember 2020² zurückbleibt und eine dringend erforderliche umfassende Reformierung des Betriebsverfassungsrechts leider vermissen lässt.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick zu den wesentlichen Änderungen durch diese Gesetzesreform und klärt, inwieweit die vom Gesetzgeber benannten Ziele tatsächlich umgesetzt wurden. Ziel des Gesetzes ist es, die Gründung und Wahl von BR zu fördern und zu erleichtern. Fälle der Behinderung von BR-Wahlen sollen verhindert bzw. reduziert werden. Ferner ist eine Stärkung der Mitbestimmung im Hinblick auf Qualifizierungsmaßnahmen, Nutzung künstlicher Intelligenz (KI) und mobile Arbeit vorgesehen. Die Nutzung virtueller Sitzungsformate für die BR-Arbeit soll dauerhaft erlaubt und die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des BR geklärt werden.

II. Die wesentlichen Gesetzesänderungen

Die wesentlichen Gesetzesänderungen betreffen unter anderem die Ausweitung des Vereinfachten Wahlverfahrens (VWV) und des Wahlrechts sowie die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit einer BR-Wahl. Der Kündigungsschutz bezüglich des Kreises der BR-Wahlinitiator:innen und Vorfeldinitiator:innen wurde erweitert.

1. Förderung der Gründung von Betriebsräten

Es bedarf BR für eine demokratische Teilhabe im Betrieb, für die wirksame Interessenvertretung der Beschäftigten und für die Durchsetzung des AN-Schutzrechts.³ Nach § 1 BetrVG werden BR ab einer Anzahl von 5 aktiv wahlberechtigten AN in einem Betrieb (solange 3 davon passiv wahlberechtigt sind) gewählt. BR sollten damit die Regel in Betrieben sein und nicht die Ausnahme, und das auch in kleinen Betrieben.⁴ Trotzdem hatten nach dem IAB-Betriebspanel 2019 nur 9% der Betriebe in Deutschland einen BR.⁵ Es gibt damit insgesamt viel zu wenige BR, um tatsächlich die demokratische Teilhabe und Interessenvertretung der Beschäftigten in den Betrieben sicherzustellen. Dieses Problem hat auch die BReg erkannt, sodass ein zentrales Ziel der Reform ausdrücklich die Förderung der Gründung von BR ist. Dies soll erreicht werden mit der Ausweitung des VWV und des Wahlrechts sowie der Erweiterung des Kündigungsschutzes.⁶ Zudem ist als Beitrag zur Rechtssicherheit die Anfechtungsmöglichkeit einer BR-Wahl eingeschränkt worden.⁷

a) Ausweitung des Vereinfachten Wahlverfahrens und des Wahlrechts

Der Anwendungsbereich des VWV ist durch eine Änderung der Schwellenwerte in § 14 a BetrVG ausgeweitet worden. Für Betriebe mit bis zu 100 AN gilt das VWV nunmehr verpflichtend. Bei einer Betriebsgröße mit bis zu 200 AN können Wahlvorstand und AG dieses vereinbaren.

Die Bezeichnung »vereinfachtes« Wahlverfahren ist allerdings irreführend. Es handelt sich tatsächlich nicht um ein einfacheres, sondern nur um ein beschleunigtes Verfahren mit verkürzten Fristen, das zudem die Wahl von Personen statt Listen vorsieht. Die kürzeren Fristen mögen einen kleinen Beitrag leisten, BR-Wahlen zu beschleunigen und damit Behinderungen zu vorzuziehen. Einige BR empfinden es zudem als Vorteil, dass eine Personenwahl anstatt einer sogenannten Listenwahl durchgeführt wird. Nichtsdestotrotz handelt es sich auch beim VWV um ein kompliziertes formelles Verfahren, das in der Praxis viele Probleme mit sich bringt. Der große Wurf ist mit der Ausweitung des Anwendungsbereiches des VWV daher nicht gelungen. Um Hemmschwellen zur Initiierung und Einleitung von BR-Wahlen abzubauen und tatsächlich BR-Wahlen zu befördern, hätte es einer Reform der komplizierten und fehleranfälligen Wahlverfahren an sich bedurft.

Daneben wurde das Wahlalter für die BR-Wahl auf 16 Jahre herabgesetzt (§ 7 S. 1 BetrVG).⁸ Bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres sind AN allerdings nur aktiv wahlberechtigt, sie dürfen damit nur ihre Stimme abgeben, haben aber keine Möglichkeit, sich aufstellen und wählen zu lassen (§ 8 Abs. 1 BetrVG).

Darüber hinaus hat sich die notwendige Anzahl der Stützunterschriften geändert. Um aussichtslose Wahlvorschläge zu verhindern, sind sogenannte Stützunterschriften erforderlich.⁹ Wahlvorschläge müssen von einer bestimmten Anzahl wahlberechtigter AN unterzeichnet sein. Durch die Reform sind nunmehr die Unterstützer:innenquoten in kleineren Betrieben herabgesetzt worden oder sogar ganz weggefallen. In

* Die Autorin ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin der Kanzlei BGHP-Berger Groß Höhmann Partnerschaft von Rechtsanwält*innen mbB.

1 Titel des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS), veröffentlicht am 21. 12. 2020.

2 Referentenentwurf des BMAS, veröffentlicht am 21. 12. 2020.

3 Vgl. BAG, 10. 12. 2002, 1 ABR 7/02, zitiert nach juris, Rn. 36: »Das Betriebsverfassungsgesetz ist Ausprägung des Demokratie- und Sozialstaatsprinzips in einem Teilbereich des Rechts.«

4 Vgl. BT Ausschuss Drs. 19 (11) 1135, Schrader, S. 134.

5 Ellguth/Kohaut, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Aktuelle Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2019, WSI-Mitteilungen Ausgabe 4/2020, 278-285 ff.

6 BT Drs. 19/28899, Allgemeiner Teil, S. 12.

7 BT Drs. 19/28899, Allgemeiner Teil, S. 12.

8 Vgl. zur Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit des Ausschlusses 16-Jähriger von den BR-Wahlen, Heußner/Bachert, AuR 2021, 196, Ulber/Klocke, Diskriminierung Minderjähriger bei der Wahl zum Betriebsrat, HSI-Schriftenreihe, Bd. 36.

9 Fitting, 30. Aufl. 2020, BetrVG § 14, Rn. 46.

Betrieben mit bis zu 20 wahlberechtigten AN wird gänzlich auf Stützunterschriften verzichtet (§ 14 Abs. 4 S. 1 BetrVG). In Betrieben mit 20 bis 100 Beschäftigten reichen 2 Stützunterschriften aus (§ 14 Abs. 4 S. 2 BetrVG). Die Verringerung der Anzahl bzw. der Verzicht auf Stützunterschriften hat die Beseitigung einer formalen Hürde zum Ziel.¹⁰ In Betrieben mit mehr als 100 wahlberechtigten AN bleibt es bei der Regelung, dass Wahlvorschläge von mindestens 1/20 der wahlberechtigten AN gestützt werden müssen, wobei in jedem Fall die Unterzeichnung durch 50 Personen genügt (§ 14 Abs. 4 S. 2 und 3 BetrVG).

Zudem ist das Wahlrecht zur Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) zukünftig nur noch vom Status als Auszubildender abhängig, nicht mehr vom Alter. Die Altersbegrenzung für Auszubildende zur Gründung einer JAV wurde gestrichen (§ 60 Abs. 1 BetrVG). Auszubildende, die älter als 25 Jahre sind, zählen zukünftig mit und können bis zum Ende der Amtszeit Mitglied der JAV bleiben, auch wenn sie ihre Ausbildung bereits beendet haben und damit »normale« Beschäftigte im Betrieb sind (§ 64 Abs. 3 BetrVG). Die Schwellenwerte für das VWV zur Gründung einer JAV wurden entsprechend den geänderten Werten für BR-Wahlen angepasst.

b) Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit einer Betriebsratswahl

Die Möglichkeit zur Anfechtung einer BR-Wahl durch Wahlberechtigte und AG ist eingeschränkt worden, soweit diese auf Fehler in der Wähler:innenliste gestützt wird.

Soweit Wahlberechtigte die Anfechtung auf die Unrichtigkeit der Wähler:innenliste stützen, ist dies nur aussichtsreich, wenn sie zuvor aus diesem Grund beim Wahlvorstand schriftlich Einspruch eingelegt haben. Wahlberechtigte müssen also zukünftig ihre Einspruchsmöglichkeit nach § 4 Abs. 1 Wahlordnung (WO) nutzen, um die Wahl – zumindest aus diesem Grund – im Nachhinein anfechten zu können.¹¹ Die/der Anfechtende muss nach dem Gesetzeswortlaut aber nicht selbst Einspruch eingelegt haben.¹² Etwas Anderes soll nur gelten, wenn die/der Wahlberechtigte an der Einlegung des Einspruches gehindert war (§ 19 Abs. 3 S. 1 und 2 BetrVG). Ein tatsächlicher Hinderungsgrund kann bspw. eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit sein.¹³

AG dürfen zudem die Wähler:innenliste nicht zum Grund der Anfechtung machen, wenn deren Unrichtigkeit auf ihren eigenen Angaben beruht (§ 19 Abs. 3 S. 3 BetrVG); sie also ihrer Verpflichtung nach § 2 Abs. 2 S. 1 WO, dem Wahlvorstand alle für die Anfertigung der Wähler:innenliste erforderlichen Auskünfte zu erteilen und erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, nicht ordnungsgemäß nachgekommen sind.

c) Ausweitung des Kündigungsschutzes der Wahlinitiator:innen und Erweiterung auf Vorfeldinitiator:innen

Die Behinderung von BR-Wahlen ist leider kein Einzelfall.¹⁴ Insbesondere die Gründung von BR versuchen einige AG mit diversen Mitteln zu verhindern.¹⁵ Hier ist eine Nachbesserung bei den gesetzlichen Schutzmechanismen dringend geboten. Dies gilt insbesondere für Beschäftigte, die die Wahlen vorbereiten und initiieren.

aa) Kündigungsschutz der Betriebsratswahlinitiator:innen

Im Zuge der Reform ist der Kreis der durch § 15 Abs. 3a KSchG geschützten Wahlinitiator:innen ausgeweitet worden. Bisher genossen bereits die ersten 3 in der Einladung zur Wahlversammlung genannten

AN einen besonderen Kündigungsschutz. Die Anzahl der geschützten Wahlinitiator:innen wurde nunmehr auf die ersten 6 in der Einladung Genannten erhöht. Die ordentliche Kündigung dieser Personen ist unzulässig. Dieser besondere Kündigungsschutz gilt weiterhin nur vom Zeitpunkt der Einladung bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses.

Diese Verbesserung ist zu begrüßen, da sich damit mehr Personen offen für die Wahl engagieren können. Zudem bilden die Einladenden in der Praxis anschließend häufig den Wahlvorstand. Hierfür bedarf es regelmäßig mehr als 3 Personen. Je nach Größe des Betriebes sind mindestens 3 Wahlvorstandsmitglieder festzulegen und sollten 3 Nachrücker:innen gewählt werden, um eine reibungslose Durchführung der Wahl sicherzustellen. Die Erhöhung der geschützten Personen auf 6 ist damit sinnvoll und notwendig.

bb) Kündigungsschutz der Vorfeldinitiator:innen

Neu ins Gesetz aufgenommen worden ist ein besonderer Kündigungsschutz für Vorfeldinitiator:innen. Damit sind Beschäftigte gemeint, die sich vor der Veröffentlichung der Einladung zur Wahlversammlung für die Gründung eines BR in ihrem Betrieb einsetzen. Für diese Vorbereitungshandlungen zur Einleitung von BR-Wahlen galt bisher kein Kündigungsschutz. Nach § 15 Abs. 3b KSchG greift der besondere Kündigungsschutz nun auch für den Zeitraum vor der Einladung zur Wahlversammlung. Dieser Kündigungsschutz ist aber sowohl inhaltlich als auch zeitlich beschränkt und unterliegt strengen Formalitäten.

Es müssen tatsächlich Vorbereitungshandlungen für die Errichtung eines BR unternommen worden sein. Eine Vorbereitungshandlung ist jedes für 3. erkennbare Verhalten, das zur Vorbereitung einer BR-Wahl geeignet ist. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft Gespräche mit anderen AN, um die Unterstützung für eine BR-Gründung zu ermitteln, das Für und Wider einer BR-Gründung zu besprechen oder um Schritte zu planen, die für die Planung und Durchführung der BR-Wahl relevant sein können. Auch die Kontaktaufnahme zu Gewerkschaften, um Informationen zur BR-Wahl zu erhalten, wird aufgezählt.¹⁶

Daneben müssen Vorfeldinitiator:innen eine öff. beglaubigte Erklärung nach § 129 BGB abgeben, dass sie die Absicht haben, einen BR zu errichten. Die Absichtserklärung kann selbst verfasst sein und soll Angaben zu Name, Geburtsdatum und Adresse der AN, Bezeichnung des Unternehmens und des Betriebes, in dem die BR-Gründung angestrebt wird sowie die Erklärung der Absicht der BR-Gründung enthalten.¹⁷ Die Unterschrift unter der Erklärung soll dann ein/e Notar:in beglaubigen. Wer die Kosten hierfür trägt, lässt der Gesetzgeber unbeantwortet.¹⁸ Hier wäre eine Klarstellung wünschenswert

¹⁰ www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/betriebsraetemodernisierungsgesetz.html, S. 12., DKW-Homburg. 18. Aufl. 2022, im Erscheinen, § 14 Rn. 26.

¹¹ Schon zuvor weit verbreitete Auffassung, vgl. LAG Düsseldorf 8.5.1973, 5 TaBV 10/73, DB 1973, 2050; HessLAG 27.1.1976, 5 TaBV 38/75, BB 1976, 1271, vgl. auch DKW-Homburg, § 19 Rn. 6c.

¹² BT Drs. 19/28899, zu Nr. 3, S. 19.

¹³ BT Drs. 19/28899, zu Nr. 3, S. 19.

¹⁴ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19 (11) 1135, Schrader, S. 136.

¹⁵ Behrens/Dribbusch, Umkämpfte Mitbestimmung: Ergebnisse der 3. WSI-Befragung zur Be- und Verhinderung von BR-Wahlen, WSI-Mitteilungen Ausgabe 4/2020, S. 286-294.

¹⁶ BT Drs. 19/28899, zu Art. 2, Nr. 1 b, S. 24.

¹⁷ BT Drs. 19/28899, zu Art. 2, Nr. 1 b, S. 25.

¹⁸ BT Drs. 19/28899, zu Art. 2, Nr. 1 b, S. 25.

gewesen, dass diese als vom AG zu tragende Kosten der Wahl iSd. § 20 Abs. 3 BetrVG anzusehen sind.

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, haben Vorfeldinitiator:innen einen besonderen Kündigungsschutz, der im Vergleich zu den anderen durch § 15 KSchG geschützten Personengruppen nur begrenzt ist: Sie sind nur vor verhaltens- und personenbedingten ordentlichen Kündigungen geschützt. Betriebsbedingte Kündigungen sind weiterhin möglich.¹⁹ Der Kündigungsschutz ist begrenzt auf die Zeit ab Abgabe der beglaubigten Absichtserklärung bis zum Zeitpunkt der Einladung zur Wahlversammlung und gilt maximal 3 Monate.

Bisher waren Vorfeldinitiator:innen vor der Wahlversammlung Angriffen zur Verhinderung der Wahl ohne besonderen Schutz ausgesetzt. Das Problem ist zwar erkannt worden, doch die Neueregulungen sind völlig unzureichend und von einem überzogenen Formalismus geprägt. Betriebsbedingte Kündigungen bleiben weiter möglich und der »Schutz« gilt nur für den kurzen Zeitraum von maximal 3 Monaten.²⁰ Es bleibt abzuwarten, inwiefern diese Änderungen die Befürchtungen, Repressalien ausgesetzt zu sein, von Interessent:innen an einer BR-Wahl abmildern und dieser »Schutz« tatsächlich in der Praxis genutzt wird. Ein wirklicher Schritt zur Förderung der Gründung von BR ist das jedenfalls nicht.²¹ Es bleibt für AG zudem weiterhin möglich, die Initiation einer BR-Wahl zu verhindern, indem die Protagonist:innen ohne Zustimmung des BR oder ArbG ao. gekündigt werden und keinen Zugang mehr zum Betrieb erhalten.²² AN, die sich für die Gründung des BR einsetzen, sollten besser und unkomplizierter geschützt werden.

2. Digitalisierung der Betriebsratsarbeit

Ein weiteres Ziel des BR-Modernisierungsgesetzes ist die Digitalisierung der BR-Arbeit.

a) Virtuelle Betriebsratssitzungen

Ziel der Reform ist es, dauerhaft die Möglichkeit für BR zu schaffen, mittels Video- und Telefonkonferenz an BR-Sitzungen teilzunehmen. Ursprünglich waren ausschließlich präsente Sitzungen zur Beschlussfassung möglich. Seit Ende Mai 2020 gab es in § 129 BetrVG a.F. Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie. Die Regelungen waren übergangsweise eingeführt worden, um die Teilnahme an BR-Sitzungen mittels Telefon- und Videokonferenz rechtssicher zu ermöglichen und damit sicherzustellen, dass BR in der Pandemie handlungsfähig bleiben. Diese Regelungen sind Ende Juni 2021 ausgelaufen.

Die jetzt geltende Option ist in § 30 Abs. 2 BetrVG geregelt und beinhaltet mehr Voraussetzungen als die Übergangsregelung. Die Präsenzsitzung ist weiterhin als Regelfall vorgesehen (§ 30 Abs. 1 S. 5 BetrVG), da nur präsent die Körpersprache und Mimik oder Gestik vollständig wahrgenommen werden können.²³ Zudem sei nach der Gesetzesbegründung ein vertraulicher Einzelaustausch unter den einzelnen BR-Mitgliedern virtuell nicht möglich, dieser kann aber für die Meinungsbildung wichtig sein.²⁴

Eine Teilnahme mittels Telefon- und Videokonferenz ist im Ausnahme- fall zulässig (§ 30 Abs. 2 BetrVG), wenn:

1. die Voraussetzungen in der Geschäftsordnung (GO) des BR unter Wahrung des Vorrangs der Präsenzsitzungen geregelt sind (dazu nachfolgend unter aa).
2. kein Widerspruch von mindestens 1/4 der BR-Mitglieder vorliegt. (dazu nachfolgend unter bb).
3. die Nichtöffentlichkeit sichergestellt ist (dazu nachfolgend unter cc).

Die gesetzliche Neuregelung erfasst sowohl die Möglichkeit, dass die BR-Sitzung ausschließlich per Video oder Telefon abgehalten wird, als auch, dass sich ein Teil der Mitglieder in Präsenz trifft und sich ein anderer Teil per Video oder Telefon dazu schaltet (sog. Hybridsitzung).²⁵ Der BR ist nicht zur Durchführung einer digitalen Sitzung verpflichtet, auch dann nicht, wenn die digitale Sitzung günstiger oder organisatorisch einfacher ist. Es ist die alleinige Entscheidungsbefugnis des BR, ob und inwieweit er die Möglichkeit der Video- und Telefonkonferenz nutzt.²⁶ Der AG kann eine solche Durchführung nicht verlangen.²⁷ Die Möglichkeit der Sitzung mittels Video- und Telefonkonferenz unter Einhaltung der nachfolgenden Voraussetzungen gilt auch für den GBR und KBR, die JAV, für Ausschüsse und Arbeitsgruppen und für den Wirtschaftsausschuss.²⁸

aa) Die Geschäftsordnung, § 30 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG

Die Voraussetzungen für eine digitale bzw. hybride BR-Sitzung sind in der GO des BR zu regeln. Dort müssen nicht nur die Voraussetzungen der Teilnahme geregelt werden, sondern es ist auch der Vorrang der Präsenzsitzung zu sichern.²⁹ Die Festlegung dieser Rahmenbedingungen ist dem jeweiligen BR überlassen, was in der Praxis eine erhebliche Herausforderung für die BR ist. Die Gesetzesbegründung nennt folgende Möglichkeiten zur Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung:

- Begrenzung der Anzahl von Sitzungen, die ganz oder teilweise als Video- und Telefonkonferenz durchgeführt werden können;
- Beschränkung auf bestimmte Themen und Sachverhalte, bei denen der BR eine möglichst schnelle Befassung für angezeigt hält;
- Begrenzung auf Fälle, in denen die Möglichkeit der Video- und Telefonkonferenz dem Gesundheitsschutz der BR-Mitglieder dient.³⁰

bb) Widerspruchsmöglichkeit, § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG

Die Teilnahme an einer BR-Sitzung mittels Video- und Telefonkonferenz kann nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG außerdem nur erfolgen, wenn nicht mindestens 1/4 der Mitglieder des BR – binnen einer von der/ dem BR-Vors. zu bestimmenden Frist – dieser/m gegenüber widerspricht. Die/der BR-Vors. hat in der Einladung darauf hinzuweisen, ob und in welcher Weise die Möglichkeit einer digitalen Teilnahme zur BR-Sitzung besteht. Sie/er soll auf die Frist und die Möglichkeit des Widerspruchs gegen ein solches Format hinweisen. Der Widerspruch ist an keine Formvorschriften gebunden.³¹

¹⁹ Vgl. DKW-Deinert § 103 Rn. 1a.

²⁰ Vgl. zum Vorschlag eines zweistufigen besonderen Kündigungsschutzes: BT Ausschuss Drs. 19 (11) 1135, DGB-Stellungnahme, S. 125.

²¹ Zur Schutzlücke, vgl. BT Ausschuss Drs. 19 (11) 1135, Wenckebach S. 166 f.

²² DKW-Deinert, § 103 Rn. 1a, Düwell/Nielebock, jurisPR-ArbR 15/21, Anm. 1.

²³ Hayen, AuR 2020, 249 ff.

²⁴ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 19.

²⁵ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 19; DKW-Wedde, § 30 Rn. 37.

²⁶ DKW-Wedde, § 30 Rn. 19.

²⁷ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 19.

²⁸ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 20.

²⁹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 19.

³⁰ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 19.

³¹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 20.

cc) Nichtöffentlichkeit, § 30 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG

Die 3. Voraussetzung ist die Sicherstellung, dass 3. vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können (§ 30 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BetrVG). Eine Aufzeichnung der Sitzung ist zudem unzulässig (§ 30 Abs. 2 S. 2 BetrVG).

Um die Nichtöffentlichkeit der BR-Sitzung zu gewährleisten, sind technische Sicherungsmaßnahmen erforderlich, wie zB. die Verschlüsselung der Verbindung. Der AG hat derartige Maßnahmen zur Verfügung zu stellen. Erfasst sind aber auch organisatorische Maßnahmen, etwa dass Mitglieder einen nichtöff. Raum nutzen, während sie an der BR-Sitzung teilnehmen. Die zugeschalteten BR-Mitglieder sollen, bspw. per E-Mail, versichern, dass sie in dem von ihnen genutzten Raum allein sind. Sie können diese Versicherung mit der Bestätigung der Teilnahme an der Sitzung (siehe nachfolgend unter dd) verbinden. Eine Protokollerklärung ist nach der Gesetzesbegründung ausreichend.³² Zudem haben die virtuell dazu geschalteten BR-Mitglieder unverzüglich darüber zu informieren, wenn sich nicht teilnahmeberechtigte Personen im Raum befinden.

dd) Ergänzende Regelungen zur Video- und Telefonkonferenz

In § 30 Abs. 3 BetrVG ist noch einmal klargestellt, dass die Teilnahme vor Ort als erforderlich gilt, auch wenn die Möglichkeit der digitalen Teilnahme gegeben ist. Wenn sich ein BR-Mitglied für eine Teilnahme vor Ort entscheidet, handelt es sich damit um erforderliche BR-Tätigkeit. Das heißt, BR-Mitglieder sind nicht gezwungen, die Option der virtuellen Teilnahme zu nutzen und bspw. aus Kostengründen auf eine Teilnahme vor Ort zu verzichten.³³

Hinsichtlich der Beschlussfassung wird in § 33 Abs. 1 BetrVG konsequenterweise klargestellt, dass BR-Mitglieder, die mittels Video- oder Telefonkonferenz an der Beschlussfassung teilnehmen, als anwesend gelten. Die gleiche Regelung ist für Mitglieder des GBR in § 51 Abs. 3 S. 2 BetrVG ergänzt worden.

Da bei einer Teilnahme mittels Video- und Telefonkonferenz die eigenhändige Eintragung in die Anwesenheitsliste nur schwer möglich ist, hat das betroffene BR-Mitglied seine Teilnahme gegenüber der/dem BR-Vors. in Textform zu bestätigen, zB. per E-Mail. Die Bestätigung ist der Sitzungsniederschrift beizufügen (§ 34 Abs. 1 S. 4 und 5 BetrVG). Eine Bestätigung per Messenger oder via Chat ist ausreichend, solange die Möglichkeit besteht, die Erklärung zu speichern und der Sitzungsniederschrift beizufügen.³⁴

ee) Keine Regelungen zur Betriebsversammlung oder Einigungsstelle per Video- und Telefonkonferenz

Die Möglichkeit, Einigungsstellen und Betriebsversammlungen virtuell durchzuführen, besteht im Gegensatz zum § 129 BetrVG a.F. nicht mehr. Zumindest Einigungsstellensitzungen, in denen wirksam Beschlüsse gefasst werden sollen, müssen daher (wieder) präsent stattfinden.

b) Einführung der elektronischen Form

BV können künftig durch Nutzung einer qualifizierten elektronischen Signatur geschlossen werden.³⁵ Das gleiche gilt für einen Spruch der Einigungsstelle, einen Interessenausgleich und Sozialplan.

Sah das BetrVG bisher nur vor, dass Beschlüsse der Einigungsstelle schriftlich niederzulegen sind und von der/dem Vors. zu unterschreiben sind, geht das nun auch in elektronischer Form mittels qualifizierter elektronischer Signatur der/des Einigungsstellenvors.

3. Mitbestimmung bei mobiler Arbeit

Bei der Auflistung der erzwingbaren Mitbestimmungsrechte des BR in § 87 Abs. 1 BetrVG ist eine neue Nr. 14 hinzugefügt worden. Danach hat der BR bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit mitzubestimmen, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf die Ausgestaltung, damit das »Wie« der mobilen Arbeitsverrichtung.³⁶ Ob mobile Arbeit im Betrieb überhaupt eingeführt wird, bleibt entgegen anderer Bestrebungen des BMAS die Entscheidung des AG.³⁷ Ansinnen des Gesetzgebers war es, die Rechte der BR bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit im Betrieb auszubauen. BR sollen eine Entgrenzung von Arbeits- und Privatleben verhindern.³⁸ Ein einheitlicher innerbetrieblicher Rechtsrahmen für die Ausgestaltung soll geschaffen werden. Vor- und Nachteile der mobilen Arbeit sollen in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden.

a) Begriff mobile Arbeit

Den Begriff »mobile Arbeit« definiert der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung wie folgt: »Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin arbeitet mobil, wenn er oder sie die geschuldete Arbeitsleistung unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik außerhalb der Betriebsstätte von einem Ort oder von Orten seiner oder ihrer Wahl oder von einem mit dem Arbeitgeber vereinbarten Ort oder von mit dem Arbeitgeber vereinbarten Orten erbringt. Mobile Arbeit liegt nicht vor, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die geschuldete Arbeitsleistung aufgrund deren Eigenart ortsgebunden erbringen muss.«³⁹

b) Inhalte zu Regelungen einer möglichen Ausgestaltung

Beispielhaft werden die folgenden Inhalte benannt, zu denen Regelungen getroffen werden sollen:

- der zeitliche Umfang mobiler Arbeit
- Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in Bezug auf mobile Arbeit
- Orte, von welchen aus mobil gearbeitet werden kann und darf
- konkrete Anwesenheitspflichten in der Betriebsstätte des AG
- Erreichbarkeit
- Umgang mit Arbeitsmitteln der mobilen Arbeit
- einzuhaltende Sicherheitsaspekte

Das Gesetz nimmt Bezug auf die Arbeitsleistung »unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik«. Unter diesen Techni-

³² BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 20.

³³ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 4 b, S. 20.

³⁴ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 6, S. 22.

³⁵ Die elektronische Form ist in § 126a BGB geregelt. Nach § 126a Abs. 1 BGB muss der Aussteller der Erklärung seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Nach § 126 a Abs. 2 BGB reicht es aus, wenn die Parteien bei einem Vertrag jeweils ein gleichlautendes Dokument elektronisch signieren. Da BV als »betriebliche Gesetze« jedoch für jeden eindeutig und transparent verabschiedet werden sollen, bedurfte es einer Regelung, dass die elektronische Signatur abweichend von § 126a Abs. 2 BGB auf dem gleichen Dokument erfolgt (§ 77 Abs. 2 S. 3 BetrVG). Das gleiche gilt für einen Interessenausgleich und Sozialplan (Verweis in § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG).

³⁶ Vgl. DKW-Klebe, § 87 Rn. 387 d.

³⁷ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 16, S. 23.

³⁸ Vgl. DKW-Klebe, § 87 Rn. 387 a.

³⁹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 16, S. 23.

ken sind alle technischen Medien wie Tablets, Smartphones, PCs oder auch Navigationsgeräte zu verstehen, die für die Beschaffung und Weitergabe von Informationen und zur Unterstützung der Kommunikation eingesetzt werden.⁴⁰ Damit fallen Tätigkeiten, die nicht mit diesen Informations- und Kommunikationstechniken erbracht werden können, nicht unter den Begriff der mobilen Arbeit. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele Fahrer:innen und Bot:innen.⁴¹ Sowohl regelmäßige als auch anlassbezogene mobile Arbeit sind vom Mitbestimmungsrecht erfasst. Nicht erfasst ist hingegen, wenn sich die Mobilität bereits aus der Eigenart der zu erbringenden Arbeitsleistung ergibt, bspw. bei Handelsvertreter:innen oder Monteur:innen.⁴²

Es handelt sich im Ergebnis um einen Auffangtatbestand.⁴³ Bestehende Mitbestimmungsrechte gelten unverändert fort. Der BR konnte bereits vorher über die bestehenden Mitbestimmungsrechte, bspw. zur Arbeitszeit, Einfluss auf die Ausgestaltung der mobilen Arbeit nehmen.⁴⁴ Nichtsdestotrotz schafft die explizite Benennung Klarheit und hebt die Bedeutung einheitlicher betrieblicher Regelungen für die mobile Arbeit hervor.

c) Versicherungsschutz im Homeoffice

Parallel zum »neuen« Mitbestimmungsrecht wurden die Vorschriften zum Versicherungsschutz bei Arbeitsunfällen geändert. Der Versicherungsschutz im Homeoffice wird mit der Neuregelung dem Versicherungsschutz im Betrieb gleichgestellt (§ 8 Abs. 1 S. 3 SGB VII). Der Gang zur Toilette etwa oder in die Küche ist nunmehr in beiden Fällen versichert. Bisher gab es auch keinen Unfallversicherungsschutz für den Weg zwischen dem Homeoffice Arbeitsplatz und der Kindertagesstätte.⁴⁵ Das hat sich jetzt geändert (§ 8 Abs. 2 Nr. 2a SGB VII). Der Unfallversicherungsschutz gilt allerdings nur für den unmittelbaren Weg und wenn die Arbeitstätigkeit tatsächlich an dem Ort des gemeinsamen Haushaltes ausgeübt wird.⁴⁶ Es bleibt offen, ob der Unfallversicherungsschutz entfallen soll, wenn AN von einem anderen Ort als dem gemeinsamen Haushalt aus arbeiten.

4. Rechte des Betriebsrates beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz

Die Reform hat außerdem den Begriff »Künstliche Intelligenz« (KI) in das BetrVG eingeführt. KI beeinflusst zunehmend Arbeitsverfahren und -abläufe, was unmittelbare Auswirkungen auf die AN hat. Berücksichtigt wurde damit die zunehmende Nutzung von Algorithmen in allen Arbeitsbereichen.⁴⁷ Es geht dabei im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung nicht nur um Aspekte des Datenschutzes, sondern auch um Fragen der Leistungs- und Verhaltenskontrolle, des Arbeits- und Gesundheitsschutzes und der Beschäftigungssicherung. Die Stärkung der Mitbestimmungsrechte der BR ist daher wichtig. Problematisch ist allerdings, dass sich der Gesetzgeber zwar an mehreren Stellen im Gesetz des Begriffes »KI« bedient, eine Begriffsdefinition aber nicht vornimmt.⁴⁸

a) Frühzeitige Einbeziehung des Betriebsrates im Planungsstadium

Die frühzeitige Einbeziehung des BR bereits bei der Planung des Einsatzes von KI ist nunmehr gesetzlich verankert. Nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der AG den BR über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen einschließlich des Einsatzes von KI rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten.

b) Vereinfachte Möglichkeit der Hinzuziehung von Sachverständigen

BR sollen zudem in die Lage versetzt werden, die hinter KI stehenden, oftmals komplexen technischen Zusammenhänge zu verstehen, zu bewerten und mitzugestalten. Dem BR soll schnell und unkompliziert das erforderliche externe Fachwissen zur Verfügung stehen. Er bekommt deshalb einen vereinfachten Zugriff.⁴⁹ Nach § 80 Abs. 3 BetrVG können BR bereits jetzt, nach Vereinbarung mit dem AG, Sachverständige hinzuziehen. Hierbei entsteht regelmäßig eine Diskussion, ob dies erforderlich ist. Diese soll im Zusammenhang mit KI zukünftig entfallen. Es geht dann in der Auseinandersetzung »nur« noch um die Kosten und die Person des Sachverständigen. Im neu eingefügten S. 3 des § 80 Abs. 3 BetrVG ist zudem die Möglichkeit benannt, sich auf einen ständigen Sachverständigen zu einigen. Weiterhin bleibt eine Vereinbarung über die Hinzuziehung der Sachverständigen zwischen AG und BR notwendig. Die zwingende Vereinbarung bedeutet eine mögliche Verzögerung, weshalb zu Recht gefordert wird, dass die Beauftragung einer/eines Sachverständigen wie bei § 111 S. 2 BetrVG ohne Schwellenwert möglich sein muss. Das gilt nicht nur für die KI.⁵⁰

c) Mitbestimmung bei Auswahlrichtlinien mit Künstlicher Intelligenz

Im Hinblick auf RL über die personelle Auswahl bei Einstellung, Versetzung, Umgruppierungen und Kündigungen hatte der BR bereits vor der Neuregelung ein Mitbestimmungsrecht. Sie bedürfen grds. der Zustimmung des BR (§ 95 Abs. 1 BetrVG). In Betrieben mit mehr als 500 AN kann der BR die Aufstellung entsprechender RL verlangen. Neu hinzugekommen ist die Klarstellung in § 95 Abs. 2a BetrVG, dass dies auch der Fall ist, wenn bei der Aufstellung entsprechender RL KI zum Einsatz kommt.

5. Stärkung der Mitbestimmung bei Qualifizierung und Weiterbildung

Die Mitbestimmung des BR bei der beruflichen Qualifizierung und Weiterbildung von Mitarbeitenden des Betriebs soll gestärkt werden.⁵¹

⁴⁰ DKW-Klebe, § 87 Rn. 387 d.

⁴¹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 16, S. 23.

⁴² BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 16, S. 23.

⁴³ DKW-Klebe § 87 Rn. 387 d.

⁴⁴ Vgl. LAG Köln 23.4.2021, 9 TaBV9/21.; LAG Mecklenburg-Vorpommern 25.2.2020, 5 TaBV1/20; vgl. auch DKW-Klebe, § 87 Rn. 387 und DKW-Trümmer § 5 Rn. 41 ff, wonach auch nicht die Betriebszugehörigkeit mobil arbeitender AN berührt wird.

⁴⁵ BSG 30.1.2020, B 2 U 19/18 R.

⁴⁶ BT Drs. 422/21, Art. 5, S. 2.

⁴⁷ DKW-Winkel, § 90 Rn. 15 a.

⁴⁸ Vgl. dazu Möllenkamp, DB 2021, 1200, 1201; Schiefer/Worzalla, NZA 2021, 817, 822. BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 15, S. 22. In der Gesetzesbegründung wird als ein Einsatzfeld von KI die sogenannten »Algorithmic-Decision-Making-Systeme« benannt im Bereich der Personalauswahl. Weiter heißt es, dass KI-basierte Systeme sowohl rein softwarebasiert sein können als auch KI in Hardwaregeräte eingebettet sein kann.

⁴⁹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 15, S. 23.

⁵⁰ Vgl. zur Möglichkeit einer generellen erleichterten Heranziehung von Sachverständigen: BT Ausschuss Drs. 19 (11) 1135, DGB-Stellungnahme, S. 128.

⁵¹ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19(11) 1135, Wenckebach, S. 169.

Der Gesetzgeber betont, dass die Qualifizierung der AN im Zeitalter der Digitalisierung unerlässlich sei, um im Betrieb benötigte Kompetenzen aufzubauen und zu erhalten.⁵² BR sollen die Möglichkeit bekommen, Vereinbarungen über konkrete Maßnahmen der Berufsbildung zu treffen.

Bereits vorher galt, dass AG und BR im Rahmen der betrieblichen Personalplanung die Berufsbildung zu fördern haben. Der AG hat auf Verlangen den Bedarf im Betrieb zu ermitteln und Fragen der Berufsbildung der AN mit dem BR zu beraten. Neu ist, dass für den Fall, dass eine Einigung über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zustande kommt, AG und BR die Einigungsstelle anrufen können (§ 96 Abs. 1a BetrVG). Die Einigungsstelle hat in diesem Fall jedoch keine Spruchkompetenz. Es ist daher fraglich, wie wirksam diese Möglichkeit ohne Abschlusskompetenz ist, in der Praxis tatsächlich Qualifizierungsprozesse voranzutreiben.⁵³

6. Datenschutz in der Betriebsratsarbeit

Im Betriebsverfassungsrecht ist nun klargestellt, dass der AG alleiniger datenschutzrechtlicher Verantwortlicher iSd. Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist. Der BR ist nur Teil dieser verantwortlichen Stelle (§ 79a S. 2 BetrVG). Das ist folgerichtig, da der BR weder eine nach außen rechtlich selbstständige Institution ist, noch Vermögen hat und er somit die Pflichten eines datenschutzrechtlich Verantwortlichen gar nicht erfüllen kann.⁵⁴

Das ändert allerdings nichts daran, dass der BR bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Vorschriften zum Datenschutz einzuhalten hat. Das war bereits vorher so und wird nun noch einmal explizit im Gesetz klargestellt (§ 79 a S. 1 BetrVG).

AG und BR sollen sich zudem gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften unterstützen (§ 79 a S. 3 BetrVG). Diese Unterstützungspflicht soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der AG der datenschutzrechtlich Verantwortliche bleibt, der BR aber in seiner Organisation selbstständig und weisungsfrei ist.⁵⁵ In der Gesetzesbegründung wird als Beispiel das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten (Art. 30 DSGVO) genannt. Der BR muss kein eigenes Verzeichnis führen. Das Verzeichnis des AG muss aber die Verarbeitungstätigkeiten des BR enthalten.⁵⁶ Offen bleibt die Frage, wie dies in der Praxis konkret gehandhabt werden soll.

Daneben ist die Rolle der/des Datenschutzbeauftragten nicht eindeutig geklärt. Nach der Neuregelung ist sie/er gegenüber dem AG zur Verschwiegenheit verpflichtet, sofern Informationen Rückschlüsse auf den Meinungsprozess des BR zulassen (§ 79 a S. 4 BetrVG). Nach der Gesetzesbegründung richten sich Stellung und Aufgaben der/des Datenschutzbeauftragten nach der DSGVO und bestehen somit auch gegenüber dem BR als Teil der verantwortlichen Stelle.⁵⁷ Wie weit das gehen soll und ob die/des Datenschutzbeauftragte Einblick in die vom BR verarbeiteten Beschäftigten und die dahinterstehenden Verarbeitungsprozesse erhalten muss, ist nicht geklärt.⁵⁸ Mit der Eigenständigkeit des BR sind etwaige Einsichts- oder noch weitergehende Kontrollmöglichkeiten in keinem Fall vereinbar. Die/des Datenschutzbeauftragte ist schließlich keine »neutrale« und »unbefangene« Person. Sie/er steht im Lager des AG. Die Bestellung der/des Datenschutzbeauftragten ist nicht mitbestimmungspflichtig. Das heißt, der BR kann keinen Einfluss nehmen, wer als Datenschutzbeauftragte:r bestellt wird.⁵⁹ Die Unabhängigkeit des BR als Interessenvertretung der AN ist zu wahren.⁶⁰ Dazu heißt es in der Gesetzesbegründung, der BR solle – soweit erforderlich – die Beratung durch die/den Datenschutzbeauftragte:n in Anspruch nehmen.⁶¹ Es ist damit von Beratung und gerade

nicht von Kontrolle die Rede. Betont wird in der Gesetzesbegründung zudem, dass der BR eigenverantwortlich in seinem Bereich die Umsetzung technischer und organisatorischer Maßnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit sicherzustellen hat. Der AG hat den BR dafür entsprechend mit den erforderlichen Sachmitteln auszustatten.⁶²

Die Frage der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des BR nach der DSGVO ist durch § 79a BetrVG zwar geklärt. Ansonsten werfen die Neuregelungen viele (Folge-)Fragen auf, bspw. was die Befugnisse der/des betrieblichen Datenschutzbeauftragten hinsichtlich der Verarbeitungsprozesse des BR angeht.

III. Fazit: Nur ein »Reförmchen«

Im Gesamten betrachtet lässt das BR-Modernisierungsgesetz nicht nur wegen des eigenwilligen Namens viele Fragezeichen zurück. Bei dem Gesetz handelt es sich um keine große Reform mit bahnbrechenden Neuerungen. Es handelt sich eher um ein »Reförmchen« mit ein paar kleinen Schritten in die richtige Richtung.

Dies gilt für die Erweiterung des Kündigungsschutzes hinsichtlich der Wahlinitiator:innen einer BR-Wahl und die frühzeitige Einbeziehung des BR bei der Einführung von KI im Betrieb einschließlich der vereinfachten Hinzuziehungsmöglichkeit eines Sachverständigen zu diesem Thema sowie die explizite Aufzählung von mobiler Arbeit im Katalog der Mitbestimmungsrechte in § 87 BetrVG.

Es fehlen aber wirkliche Schritte zur Förderung der Gründung von BR sowie deren Stärkung. Die Regelung zur Möglichkeit, virtuelle BR-Sitzungen durchzuführen, ist sehr sperrig. Positiv zu bewerten ist allerdings, dass es eindeutig Entscheidung des BR ist, ob er von dieser Möglichkeit überhaupt Gebrauch macht.

Im Hinblick auf die Rechte der/des Datenschutzbeauftragten hinsichtlich der Datenverarbeitung des BR lässt der Gesetzgeber zudem zu viele Fragen offen.

⁵² BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 19, S. 23.

⁵³ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19(11) 1135, Schrader, S. 150.

⁵⁴ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19(11) 1135, DGB-Stellungnahme, S. 190.

⁵⁵ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 14, S. 22.

⁵⁶ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 14, S. 22.

⁵⁷ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 14, S. 22.

⁵⁸ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19(11) 1135, DGB-Stellungnahme, S. 91.

⁵⁹ BAG 11. 11. 1997, I ABR 21/97, zitiert nach juris Rn. 37 ff.

⁶⁰ Vgl. BT Ausschuss Drs. 19(11) 1135, Schrader, S. 152.

⁶¹ BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 14, S. 22.

⁶² BT Drs. 19/28899, zu Art. 1, Nr. 14, S. 22.