



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte (Betriebsrätestärkungsgesetz) vom 11.12.2020

Stellungnahme Nr.: 05/2021

Berlin, im Januar 2021

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür (Vorsitzende)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwältin Regina Bell, München
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Jürgen Markowski, Nürnberg (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Benja Mausner, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Müller-Bonanni, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt am Main
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt am Main (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

- Landesministerien für Arbeit und Soziales
- Landesjustizministerien der Länder

- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
- Deutscher Gewerkschaftsbund
- Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Landesverbände des DAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)

- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Legal tribune online
- NJW
- Netzpolitik.org

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Betriebsverfassung muss fortlaufend den Anforderungen einer sich dynamisch weiterentwickelnden Arbeitswelt angepasst werden. So werden in dem Referentenentwurf eine Vielzahl von Themen identifiziert, die in optimierter Weise geregelt werden sollen. Es geht von der Erleichterung von Betriebsratswahlen bzw. der Erschwerung ihrer Behinderung bis hin zu einer Stärkung der Mitbestimmung im Bereich der Qualifizierung, mobilen Arbeit und beim Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik. Auch haben neue Verfahrensregeln und Regeln zum Datenschutz Eingang in den Entwurf gefunden.

Auch wenn das Regelungsspektrum sehr breit ist, ist der Anspruch des Entwurfs keine grundlegende Überarbeitung und Erneuerung des Betriebsverfassungsgesetzes im Lichte der Anforderungen der Digitalisierung und der Industrie 4.0 anlässlich des 100jährigen Jubiläums der Betriebsverfassung. Dies ist nicht zu beanstanden.

Wie die Diskussionen anlässlich des 4. Deutschen Arbeitsrechtstags Anfang 2020 gezeigt haben, sieht auch die Fachwelt hierfür keine Notwendigkeit. So fasst *Henssler* in seinem Generalbericht über die Panels des 4. Deutschen Arbeitsrechtstags zutreffend zusammen, dass die deutsche Betriebsverfassung weithin als tragende und sehr verlässliche Säule des deutschen Arbeitsrechts gesehen wird, die stark und effektiv ist und den Interessen beider Arbeitsvertragsparteien dient (vgl. NZA-Beilage 2020, 3, 13). Ein Bedarf für eine grundlegende Reform und Neuausrichtung wurde explizit nicht gesehen, vielmehr gingen die Meinungen nahezu aller Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis in die Richtung, dass die Betriebsverfassung kontinuierlich an die sich schnell verändernde Arbeitswelt angepasst werden muss. Dies intendiert auch der Referentenentwurf.

Allerdings gibt es, gleicht man die angestrebten Änderungen im Referentenentwurf mit den Diskussionspunkten in Wissenschaft, Vertretern der Rechtsprechung und der

Praxis ab, doch eine Reihe von Bereichen, in denen durchaus deutlich Reformbedarf angemahnt wurde, ohne dass dies vom Gesetzgeber nun aufgegriffen wird. Hierbei handelt es sich, um nur einige Beispiele zu nennen, um neue Regelungen zur Betriebsrätevergütung, verbesserte Verfahrensregelungen zur Eindämmung überlanger Einigungsstellenverfahren und unauflösbarer Blockadesituationen und um die Regelung grenzüberschreitender Sachverhalte.

Ungeachtet dessen ist es im Grundsatz zu begrüßen, dass der Gesetzgeber, insoweit in Übereinstimmung mit dem Ansatz des 4. Deutschen Arbeitsrechtstages das BetrVG mit notwendigen punktuellen Ergänzungen weiterentwickeln möchte. Denn dies ist in vielen Bereichen aufgrund der eingetretenen Entwicklungen und nicht zuletzt aufgrund der in der Corona-Pandemie gesammelten Erfahrungen dringend notwendig. Auch kommt der Vorstoß im Hinblick darauf, dass eine ganze Reihe von Änderungen und Anpassungen bereits im Koalitionsvertrag, auf dem die Zusammenarbeit von CDU/CSU und SPD seit 2018 basiert, niedergelegt sind, nicht überraschend. Allerdings wäre es, wie ausgeführt, durchaus wünschenswert, wenn der Gesetzgeber noch weitere Themenbereiche aufgreifen würde, die von vielen Seiten zu Recht als regelungsbedürftig angemahnt werden.

Was die Ausgestaltung der mit dem Betriebsrätestärkungsgesetz angestrebten Änderungen anbelangt, sieht sich der DAV mit Blick auf deren fachliche Umsetzung und die Notwendigkeit einzelner Regelungen zu folgenden Anmerkungen veranlasst.

1. Erleichtertes Wahlverfahren

Der Referentenentwurf sieht Vereinfachungen des Wahlverfahrens vor. Die Vereinfachungen im Wahlverfahren sind zu begrüßen, da damit die Bürokratie im Rahmen des Wahlverfahrens reduziert und das Verfahren wesentlich erleichtert wird. Dies wiederum verringert die Gefahr von formalen Fehlern im Wahlverfahren und beugt unnötigen Anfechtungsverfahren vor. Damit werden auch im Interesse der Unternehmen Kosten reduziert.

Die Reduzierung der Anzahl der erforderlichen Stützunterschriften erscheint sachgerecht. Insbesondere in den Betrieben mit bis zu 20 wahlberechtigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern stand die bisherige Anforderung, dass

Wahlvorschläge unterzeichnet sein müssen, im Widerspruch zu dem Bemühen, in Kleinbetrieben die Wahl von Betriebsräten zu erleichtern. Bei einer derart geringen Beschäftigtenzahl ist eine vorherige Herausfilterung von völlig aussichtslosen Wahlvorschlägen unnötig. Die pauschale Absenkung auf zwei Stützunterschriften in Betrieben mit mehr als 20 und bis zu 100 Wahlberechtigten reduziert die Fehleranfälligkeit und erhöht die Akzeptanz und Nachvollziehbarkeit der gesetzlichen Regelungen in den Belegschaften.

Auch die Ausweitung des Anwendungsbereiches des vereinfachten Wahlverfahrens ist zu begrüßen. Grundsätzlich führt ein beschleunigtes und von Formalien entlastetes Wahlverfahren zu einer höheren Akzeptanz der Betriebsratswahl. Anders als die Bezeichnung jedoch glauben machen will, ist das sogenannte vereinfachte Wahlverfahren noch immer durch sehr komplexe Anforderungen geprägt. Es zeichnet sich zwar durch eine Beschleunigung des Verfahrens an sich aus, jedoch nicht durch eine echte Vereinfachung. Um die Betriebsratswahlen auch im Kleinbetrieb ernsthaft zu erleichtern, fehlt es noch an einer Vereinfachung der Formalien, die über die bloße Verkürzung von Fristen hinausgeht. Hier bleibt der Entwurf hinter den Anforderungen der Praxis zurück.

Durch die geplante Änderung in § 19 BetrVG wird das Recht zur Anfechtung von Betriebsratswahlen in bestimmten Fällen eingeschränkt. Dies schafft Rechtssicherheit. Nach § 4 Abs. 1 der Wahlordnung (WO) können wahlberechtigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schriftlich Einspruch gegen die Richtigkeit der Wählerliste vor Ablauf von zwei Wochen seit Erlass des Wahlausschreibens einlegen. Strittig ist, ob Arbeitnehmer, die einen derartigen Einspruch nicht einlegen, obwohl ihnen der Fehler in der Wählerliste bekannt war, mit einer späteren Anfechtung der Wahl ausgeschlossen sind. Der Entwurf entscheidet sich entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (vgl. BAG v. 02.08.2017 – 7 ABR 42/15) dafür, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die es versäumen, rechtzeitig Einspruch einzulegen, das Anfechtungsrecht zu nehmen, sofern der Anfechtungsgrund auf einem Fehler der Wählerliste beruht. Dies zwingt die Betroffenen, sich frühzeitig mit der Wählerliste auseinanderzusetzen und bereits im Vorfeld der Wahl dafür zu sorgen, dass die Wählerliste berichtigt wird. Damit werden unnötige Anfechtungsverfahren, die kostenintensiv sind und für eine langanhaltende Rechtsunsicherheit sorgen, vermieden. Diese Einschränkung soll nur dann nicht

gelten, wenn die anfechtenden Wahlberechtigten an der Einlegung eines Einspruchs gehindert waren. Dies ist sachgerecht. Es bleibt jedoch unklar, wann von einer derartigen Verhinderung auszugehen sein wird. Jedenfalls wäre es sinnvoll, klarzustellen, dass ein derartiger Fall nicht vorliegt, wenn der Wahlberechtigte schuldhaft untätig geblieben ist.

Der Referentenentwurf greift an anderen Stellen durchaus Möglichkeiten auf, die Betriebsratsarbeit durch digitale Anwendungen zu erleichtern. Bei den Betriebsratswahlen lässt der Entwurf jedoch jeden Modernisierungsansatz vermissen. Dabei könnte gerade bei den komplexen Abläufen der Betriebsratswahl die Möglichkeit, das Wahlverfahren zumindest optional zu digitalisieren und technisch zu unterstützen, zu einer weiteren Vereinfachung und damit Fehlervermeidung beitragen und ggf. auch noch eine generell höhere Wahlbeteiligung ermöglichen. Beispielhaft sei auf die Textform für etwaige Stützunterschriften, virtuelle Wahlversammlungen oder eine elektronische Abwicklung des Wahlverfahrens hingewiesen.

2. Erweiterter Kündigungsschutz

Das mit der geplanten Erweiterung des Kündigungsschutzes verfolgte Ziel besteht darin, die Fälle der Behinderung von Betriebsratswahlen zu reduzieren. Zu diesem Zweck soll der Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Gründung eines Betriebsrats gestärkt werden. So heißt es in der Begründung unter A. I. ausdrücklich *„Handlungsbedarf ergibt sich (...) im Hinblick auf die Versuche, die Gründung von Betriebsräten zu verhindern“*. Dies wird statistisch mit einer Befragung aus 2019 untermauert, wonach es bei mehr als 15 Prozent aller erstmaligen Betriebsratswahlen zu Behinderungen gekommen sein soll. Sollte dies tatsächlich ein Wert sein, der verallgemeinert werden kann, wäre dies eine erschreckende Erkenntnis, da es sich schließlich nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG um strafbares Verhalten handelt. Ob sich dies tatsächlich so verhält, sollte ggf. durch Überprüfung der Kriminalstatistik genauer validiert werden.

Der Gesetzentwurf erweitert den Schutz an mehreren Stellen:

- (1) Erstens wird in § 15 Abs. 3a KSchG die Zahl der geschützten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zu einer Wahl einladen, von drei auf sechs erhöht, um für den Fall, dass einzelne Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Prozess aus Gründen der Einschüchterung oder aus sonstigen Gründen ausfallen, sicherzustellen, dass die notwendige Zahl an Initiatoren verbleibt. Das ist zunächst nachvollziehbar.
- (2) Zweitens wird der Schutz dieses Personenkreises dahingehend erweitert, dass er nicht nur vor ordentlichen Kündigungen geschützt ist, sondern im Falle von außerordentlichen Kündigungen, wie auch bei Betriebsratsmitgliedern, die Zustimmung des Betriebsrats vorliegen bzw. durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden muss. Damit soll verhindert werden, dass durch unbegründete außerordentliche Kündigungen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer faktisch aus dem Betrieb entfernt werden. Dies stärkt zweifelsfrei den Kündigungsschutz. Allerdings stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn zunächst in Ermangelung eines Betriebsrats ein Zustimmungsersetzungsverfahren eingeleitet wird, der Betriebsrat sich aber im Anschluss konstituiert. Ist der Betriebsrat dann noch an dem zunächst ohne seine Beteiligung eingeleiteten Verfahren zu beteiligen? Kann er während des laufenden Verfahrens seine Zustimmung noch erteilen, obwohl er zum Zeitpunkt des geplanten Kündigungsausspruchs noch nicht im Amt war, so dass das Verfahren obsolet wird? Da die Zustimmung des Arbeitsgerichts und die des Betriebsrats im Entwurf bedingungslos als Alternative genannt werden, sollte der Gesetzgeber hier Klarheit schaffen.
- (3) Drittens wird mit dem neuen § 15 Abs. 3b KSchG den sog. Vorfeld-Initiatoren erstmals Kündigungsschutz gewährt. Hierbei fallen nun aber folgende Ungereimtheiten ins Auge:
 - (a) So versucht der Referentenentwurf zwar den Kreis der Kündigungsgeschützten dadurch zu begrenzen, dass der Schutz nur gewährt wird, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer eine öffentlich beglaubigte Erklärung mit dem Inhalt abgibt, dass er oder sie die Absicht hat, einen Betriebsrat zu errichten. Die Zahl der kündigungsgeschützten Vorfeld-Initiatoren ist jedoch – anders als die Zahl der nach § 15 Abs. 3a KSchG

geschützten Wahlinitiatoren - nicht begrenzt, und zwar weder auf drei noch auf sechs Personen. Es ist demnach jedenfalls möglich, dass sich ein Großteil der Belegschaft in den Sonderkündigungsschutz flüchtet. Es sollte bedacht werden, ob diese Differenzierung zwischen Vorfeld-Initiatoren und Wahlinitiatoren zu rechtfertigen ist.

- (b) Die Begründung, warum eine zahlenmäßige Begrenzung der Vorfeld-Initiatoren mit Sonderkündigungsschutz durch den Gesetzgeber möglicherweise nicht als notwendig angesehen wird, könnte darin zu finden sein, dass der Sonderkündigungsschutz in § 15 Abs. 3b KSchG schwächer ausgestaltet werden soll. Denn nach § 15 Abs. 3b KSchG sind nur Kündigungen „aus Gründen, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen“, unzulässig. Auch wenn dies der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen ist, liegt dieser Einschränkung wohl die Erkenntnis zugrunde, dass es in der Praxis zu problematischen Fallkonstellationen kommen kann, wenn sich plötzlich eine beachtliche Zahl von Beschäftigten durch ein Engagement für die Betriebsratswahl im Falle einer anstehenden Betriebsänderung aus dem Kreis derjenigen herausnimmt, die an sich in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Dem kann vorgebeugt werden, indem man – wie vorgesehen – den Kündigungsschutz nicht auf betriebsbedingte Kündigungen erstreckt.

Mit dieser Regelungssystematik – keine zahlenmäßige, dafür aber eine inhaltliche Beschränkung des Kündigungsschutzes für Vorfeld-Initiatoren – weicht das Gesetz von der bisherigen Systematik des unbegrenzten Kündigungsschutzes für Wahlbewerber in § 15 Abs. 3a KSchG ab. Die Alternative, unter Wahrung der bisherigen Systematik Vorfeld-Initiatoren hinsichtlich der Reichweite des Kündigungsschutzes den Wahlbewerbern gleichzustellen, die Anzahl der geschützten Personen allerdings zu beschränken, dürfte schwierig sein, da angesichts der Vielschichtigkeit der denkbaren Vorbereitungshandlungen kaum messbar sein wird, welche Vorfeld-Initiatoren den Kündigungsschutz zuerst erworben haben. Um die missbräuchliche Inanspruchnahme des Kündigungsschutzes zu begrenzen, könnte insoweit erwogen werden, zur Begründung des Kündigungsschutzes zu verlangen, dass die öffentlich beglaubigte Erklärung im Betrieb bekannt

gemacht wird und Kündigungsschutz lediglich – insoweit nun übereinstimmend mit § 15 Abs. 3a KSchG – für die ersten sechs bekanntmachenden Arbeitnehmer zu begründen.

- (c) Schließlich ist unklar, wie der Arbeitgeber überhaupt Kenntnis erlangen soll von einem bestehenden Sonderkündigungsschutz eines Vorfeld-Initiators. Es bietet sich an, in § 15 Abs. 3b KSchG eine Ergänzung dahingehend aufzunehmen, dass - wie auch in § 17 Abs. 1 S. 1 MuSchG geregelt - der Sonderkündigungsschutz nur besteht, wenn der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung Kenntnis von der öffentlich beglaubigten Erklärung hat oder wenn ihm die Erklärung innerhalb von 2 Wochen nach Zugang der Kündigung vorgelegt wird. In diesem Fall muss dann wiederum die Möglichkeit bestehen, nach einem unverzüglich eingeleiteten Verfahren auf Zustimmung durch das Arbeitsgericht außerordentlich zu kündigen.
- (d) Zu guter Letzt ist nach dem vorliegenden Entwurf offen, wie vorzugehen ist, wenn ein Vorfeld-Initiator zunächst mit seinen Bemühungen scheitert, aber beispielsweise nach 2 Monaten seit Abgabe der öffentlich beglaubigten Erklärung gemäß § 15 Abs. 3b S. 1 KSchG nochmals die Initiative zur Einleitung einer Wahl ergreift. Beginnt nach Abgabe einer erneuten Erklärung dann die in § 15 Abs. 3b S. 4 KSchG geregelte 3-Monats-Frist erneut zu laufen oder besteht der Sonderkündigungsschutz von Vorfeld-Initiatoren nur einmalig? Wollte man nur eine einmalige Initiative schützen wollen, um zu verhindern, dass immer wieder neu Sonderkündigungsschutz erlangt werden kann, fragt sich, für welchen Zeitraum eine Sperre für neuen Sonderkündigungsschutz besteht.
- (4) Der Kündigungsschutz von Wahlbewerbern reicht weiter als derjenige für Vorfeld-Initiatoren, indem er nicht nur auf verhaltens- und personenbedingte Gründe sowie außerordentliche Kündigungen beschränkt ist, sondern auch betriebsbedingte Kündigungen erfasst. Er wird durch das Betriebsrätestärkungsgesetz zusätzlich dadurch erweitert, dass auf das Erfordernis von Stützunterschriften in sehr kleinen Betrieben verzichtet wird bzw. dass die Schwellenwerte für Stützunterschriften abgesenkt werden. Das Erfordernis der Stützunterschriften, darauf wird in der Gesetzesbegründung

explizit hingewiesen, dient indes maßgeblich dem Zweck, nicht ernstgemeinte Bewerbungen für das Betriebsratsamt zu vermeiden. Soweit in kleinen Betrieben die Wahlbewerbung auch ohne Stützunterschriften ermöglicht wird, ist bei Umsetzung der Neuregelung allerdings möglich, dass auch durch nicht ernstgemeinte und von der restlichen Belegschaft nicht unterstützte Wahlbewerbungen besonderer Kündigungsschutz begründet wird.

3. Virtuelle Betriebsratssitzungen

Es fällt auf, dass anders als in § 129 BetrVG die Vorschläge des Referentenentwurfs keine ausdrückliche Erstreckung auf die von den betriebsverfassungsrechtlichen Gremien gebildeten Ausschüsse, den Wirtschaftsausschuss und die Einigungsstelle enthält. Auch fehlt die in § 129 BetrVG enthaltene Möglichkeit, Versammlungen nach den §§ 42, 53 und 71 mittels audiovisueller Einrichtungen durchzuführen. Die Begründung des Entwurfs äußert sich hierzu nicht.

Dies wirft Fragen auf.

Für die Arbeit sowohl der Ausschüsse der jeweiligen Gremien als auch des Wirtschaftsausschusses fehlt im BetrVG bislang eine ausdrückliche Verweisung auf § 30 BetrVG. Wird nun alleine im geplanten § 30 BetrVG die Möglichkeit der Teilnahme mittels Video- und Telefonkonferenzen eröffnet, so folgt daraus mit Blick auf den bisherigen § 129 BetrVG, dass diese Möglichkeit ausdrücklich nur für die eigentlichen Betriebsratssitzungen gelten soll. Schließlich hat sich der Gesetzgeber wohl bewusst dagegen entschieden, den weiterreichenden Anwendungsbereich des bisherigen § 129 BetrVG beizubehalten.

Erst Recht gilt dies für die Sitzungen der Einigungsstelle, ohne dass hier Gründe für eine Differenzierung erkennbar sind. Eine Differenzierung trüge auch den betrieblichen Bedürfnissen nicht ausreichend Rechnung.

Zur Durchführung von Versammlungen nach den §§ 42, 53 und 71 äußert sich der Gesetzestext ebenso wenig wie die Begründung. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Möglichkeiten der Nutzung von Video- und Telefonkonferenzen und audiovisuellen Techniken wieder eingeschränkt werden sollen.

Sollte dies anders gewollt sein, ist eine Klarstellung angezeigt.

Die bestehende strittige Frage, ob auch gremiumsinterne Wahlen in virtuellen Sitzungen durchgeführt werden können, bleibt ebenfalls unbeantwortet. Da technische Möglichkeiten bestehen, geheime Wahlen innerhalb von Video- oder Telefonkonferenzen durchzuführen, wäre jedenfalls eine Ausweitung möglich. In jedem Fall ist eine Klarstellung notwendig.

Mit der geplanten Änderung in §§ 30, 33 und 34 BetrVG wird die Möglichkeit der Teilnahme an Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenzen dauerhaft im Gesetz verankert. Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass mit dieser Möglichkeit zwar moderne und in den Betrieben übliche Kommunikationsformen zur Zusammenarbeit auch für die Betriebsratsarbeit nutzbar gemacht werden können, der Entwurf jedoch gleichzeitig deutlich macht, dass die Betriebsratssitzung im Grundsatz nach wie vor als Präsenzsitzung stattfinden soll.

Im Einzelnen sind jedoch Konkretisierungen angezeigt:

Der vorgeschlagene Text des § 30 BetrVG spricht nur von der Teilnahme an Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenzen. Es stellt sich damit die Frage, ob die gesamte Sitzung für alle Teilnehmer virtuell stattfinden kann oder ob tatsächlich nur die Teilnahme an einer Präsenzsitzung durch Video oder Telefon geregelt wird. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut gerade nicht. Die Begründung geht hier deutlich weiter als der Text. Sie sieht sowohl die vollständig virtuelle Sitzung als auch sog. Hybride Lösungen vor, also die virtuelle Teilnahme einzelner an einer ansonsten in Präsenz stattfindenden Sitzung. Hier ist dringend eine Klarstellung angezeigt.

Es ist sinnvoll, dass das jeweilige Betriebsratsgremium die Möglichkeit der virtuellen Teilnahme an der Betriebsratssitzung in der Geschäftsordnung regeln soll. Nicht klar ist jedoch, wann die gesetzliche Anforderung der Sicherstellung des Vorrangs der Präsenzsitzung erreicht sein soll. Sofern die Geschäftsordnung aus diesem Grunde rechtsunwirksam sein sollte, kann dies weitreichende Auswirkungen auf die Wirksamkeit von Betriebsratsbeschlüssen haben. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, entweder zu konkretisieren, was unter Vorrang der Präsenzsicherung zu

verstehen sein soll, oder aber die Worte „*unter Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung*“ werden gestrichen und die Verantwortung für die Differenzierung zwischen einer virtuellen Teilnahme und einer Durchführung und/oder Teilnahme an Betriebsratssitzungen im Wege der Präsenz wird in das Ermessen der Arbeitnehmervertreter gestellt.

Klarzustellen ist auch, ob der Vorrang der Präsenzsitzung auch für die individuelle Teilnahme von Betriebsratsmitgliedern gelten soll. So sollte es also gleichwohl möglich sein, dass etwa ein in Teilzeit beschäftigtes Betriebsratsmitglied stets an den außerhalb der eigenen Arbeitszeit liegenden Sitzungen virtuell teilnehmen kann. Aus Sicht des DAV wäre dies zwingend geboten, will der Gesetzgeber sein eigenes Ziel erreichen, die Arbeit im Betriebsrat auch für bisher wenig in den Gremien vertretene Beschäftigungsgruppen attraktiv zu machen. Dies gilt insbesondere bei überörtlichen Sitzungen des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wegen der Anreise zur Präsenzsitzung mit einer erheblichen zeitlichen und aktuell auch gesundheitlichen Belastung verbunden sein können. Der vorgeschlagene Text bleibt hier jedoch unklar.

Der Entwurf sieht vor, dass die Durchführung einer Betriebsratssitzung mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen kann, wenn dies in der Geschäftsordnung unter Sicherung des Vorrangs der Präsenzsitzung festgelegt ist, nicht mindestens ein Viertel der Mitglieder des Betriebsrats binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist diesem gegenüber widerspricht und sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Es erscheint problematisch, dem Vorsitzenden die Notwendigkeit zu übertragen, in eigener Kompetenz eine Frist zu bestimmen, innerhalb derer ein Viertel der Mitglieder des Betriebsrats der Teilnahme an der Betriebsratssitzung mittels Video- und Telefonkonferenz widersprechen soll. Es wäre angezeigt, Vorgaben für eine derartige Frist in das Gesetz aufzunehmen. Diese muss zum einen angemessen sein und soll zum anderen geeignet sein, zu unterbinden, dass Einwände gegen die Teilnahme an der Sitzung per Video -oder Telefonkonferenz erst zu Beginn der Sitzung geäußert werden.

Auch erscheint problematisch, dass sichergestellt sein muss, dass Dritte von dem Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Bei allen derzeit genutzten Video- und Telefonkonferenz-Systemen kann nicht mit letzter Sicherheit garantiert sein, dass Dritte von dem Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Es sollte daher im Interesse der praktischen Handhabbarkeit eine Beschränkung vorgenommen werden, dass die Nichtöffentlichkeit der Sitzung vor allem durch organisatorische Maßnahmen sicherzustellen ist.

4. Virtuelle Sitzungen anderer Arbeitnehmervertreter

Der Entwurf kodifiziert zwar den Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen für den Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes, des Sprecherausschussgesetzes und der Werkstätten-Mitwirkungsverordnung. Außen vor bleiben jedoch die Gremien des Bundes-Personalvertretungsgesetzes, die SE-Betriebsräte, die Schwerbehindertenvertretungen oder Gremien und Versammlungen zur Bildung dieser Arbeitnehmervertreter (z. B. Wahlversammlungen, besonderes Verhandlungsgremium nach SEBG). Diese Ungleichbehandlung ist nicht nachvollziehbar. Auch für die in diesen Gremien engagierten Personen müssen identische Möglichkeiten der virtuellen Teilnahme an den Sitzungen geschaffen werden.

Die in der Begründung des Entwurfes angesprochenen Beweggründe des Gesetzgebers kommen auch bei den hier zusätzlich aufgeführten Gremien zum Tragen. Insbesondere dürfte die aktuell vorgesehene Differenzierung in den Gestaltungsmöglichkeiten bei der Durchführung von Sitzung der Arbeitnehmervertreter nicht nur mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Bedenken ausgesetzt sein. Angesichts der aus Art. 2 Abs. 1, 2 GG resultierenden Pflicht zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Bildung von Arbeitnehmervertretungsstrukturen und der Wahrnehmung eines entsprechenden Ehrenamts wird man sich außerdem die Frage stellen, warum nur die Mitglieder von Sprecherausschuss und Betriebsrat das Recht haben sollen, virtuelle Sitzungen durchzuführen.

Unabhängig davon wird zu bedenken gegeben, dass die Möglichkeit einer Teilnahme durch Video- und Telefonkonferenz schlussendlich auch einer Gleichbehandlung

wegen des Geschlechts und dem Ziel dient, Benachteiligungen wegen Behinderung auszuschließen. Denn gerade bei Teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertretern, die in vielen Branchen überwiegend Frauen sind, ist eine Teilnahme an überörtlichen Sitzungen nicht möglich, weil durch den Aufwand einer An- und Abreise Aufgaben im privaten Bereich oder Verpflichtungen innerhalb eines anderen Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfüllt werden können. Das steht im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, wonach der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirken soll. Führt man sich entsprechende Konflikte bei überörtlichen Sitzungen der Gesamt- oder Konzernschwerbehindertenvertretung vor Augen, steht der Verzicht auf die Ausweitung der Möglichkeit virtueller Sitzungen auch im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, wonach Benachteiligungen wegen Behinderung auszuschließen sind.

5. Hinzuziehung von Sachverständigen für Informations- und Kommunikationsrecht

Der Entwurf sieht vor, dass in Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG die Hinzuziehung eines Sachverständigen für Informations- und Kommunikationstechnik als erforderlich gilt. Damit entfällt, strebt ein Betriebsrat nach § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG eine Vereinbarung über die Hinzuziehung eines Sachverständigen an, *per se* die Erforderlichkeitsprüfung. Kommt eine Einigung über die Person des Sachverständigen nicht zustande, muss der Betriebsrat auch nach der Neuregelung die Zustimmung des Arbeitgebers ggf. durch das Arbeitsgericht ersetzen lassen (vgl. BAG 25.06.2014 – 7 ABRE 70/12). Dies ist auch im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens denkbar (LAG Hamm 22.02.2008 – 10 TaBVGa 3/08). Demnach kann der Betriebsrat in diesen Fragen nicht mehr auf innerbetriebliche Erkenntnisquellen verwiesen werden.

Verzichtet man darauf, den politischen Willen zu einem absoluten Verzicht auf die Erforderlichkeitsprüfung zu hinterfragen, mag man das zunächst nachvollziehen können. Die Regelung erscheint jedoch sowohl unsystematisch als auch in ihren Auswirkungen unklar:

- (1) So hat der Gesetzgeber sich beispielsweise im Rahmen des BetrVerfReformG entschieden, dem Betriebsrat ab einer bestimmten Betriebsgröße einen Berater zuzubilligen, vgl. § 111 S. 2 BetrVG. Diese Lösung entbindet den Betriebsrat von der Verpflichtung aus § 80 Abs. 3 BetrVG, zunächst eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber herbeizuführen. Es bleibt aber dabei, dass auch im Rahmen des § 111 S. 2 BetrVG die Erforderlichkeit der Einbindung des Beraters zu prüfen ist (vgl. hierzu *Fitting* § 111 BetrVG Rn. 122 f. m.w.N.). Es fragt sich nun, warum es notwendig ist, nun noch eine weitere Variante für IT-Sachverständige zu implementieren, wonach die Erforderlichkeit ihrer Einschaltung der Überprüfung entzogen ist, jedoch gleichwohl eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber nach § 80 Abs. 3 BetrVG herbeigeführt werden muss.
- (2) Unklar bleibt nach dem Entwurf weiterhin, welche Auswirkungen die Regelung hat, wonach die Hinzuziehung eines Sachverständigen *per se* als erforderlich gilt. Bislang wird vertreten, dass die mit dem Arbeitgeber vor Beauftragung des Sachverständigen zu erzielende Einigung sich auf „*das Thema, zu dessen Klärung der Sachverständige hinzugezogen werden soll, die voraussichtlichen Kosten seiner Hinzuziehung und insbesondere die Person des Sachverständigen*“ erstrecken muss (BAG 19.04.1989 – 7 ABR 87/87). Man könnte sicher argumentieren, dass das Thema der Beauftragung nicht festgelegt werden muss, weil ja die Erforderlichkeit der Beauftragung *per se* unterstellt wird. Umgekehrt würde das *de facto* dazu führen, dass stets eine Dauerbeauftragung erzwungen werden kann, die im Gegensatz zu einer punktuellen Beauftragung steht. Diese soll aber nach dem neuen § 80 Abs. 3 S. 3 BetrVG nur möglich sein, „*wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf einen ständigen Sachverständigen für Informations- und Kommunikationstechnik einigen*“. Dass diese Einigung durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann, ist gerade nicht vorgesehen. Darüber hinaus steht zu erwarten, dass aus der generellen Fiktion einer Erforderlichkeit auch auf die Erforderlichkeit der Kosten geschlossen wird.

Abgesehen davon, dass der Entwurf an dieser Stelle Schwächen hat, die die Rechtsprechung notgedrungen würde ausgleichen müssen, kann die Einschätzung zum Erfüllungsaufwand unter VI., 4. auf S. 18 nicht unwidersprochen bleiben. Dort heißt es, heute greifen ca. 40 % der Betriebsräte auf Sachverständige zurück, nur 2 % geben an, dies sei vom Arbeitgeber verhindert worden. Nach der Einschätzung

in der Gesetzesbegründung könnten künftig insgesamt 4 % der Betriebsräte erstmals auf einen Sachverständigen zugreifen. Bei dieser Ausgangsbasis drängt sich zunächst die Frage nach dem Regelungsbedarf auf. Mit anderen Worten: Ist es notwendig, bei dieser Sachlage die Einschaltung von IT-Sachverständigen praktisch vollständig freizugeben? Noch problematischer erscheinen die Ausführungen zu den Kosten. Es wird unterstellt, die Neuregelung löse jährlich Kosten in Höhe eines Tagessatzes eines Sachverständigen, der mit EUR 833,- beziffert wird, aus, so dass sich der Erfüllungsaufwand dieser Neuregelung auf etwas mehr als EUR 1 Mio. p.a. beschränke.

Die anwaltliche Erfahrung zeigt – und zwar unabhängig davon, ob man Betriebsräte oder Arbeitgeber berät –, dass der zugrunde gelegte Tagessatz zu gering angesetzt ist. Zudem ist die Annahme, bei Einschaltung eines IT-Sachverständigen oder Sachverständigen für Kommunikationstechnik falle im Durchschnitt nur ein Beratertag pro Jahr an, zweifellos praxisfern. Das Gegenteil ist der Fall. Mit Einschaltung von IT-Sachverständigen kommt es vielfach zu mit großem zeitlichem Aufwand betriebenen Verhandlungen, die auch so schnell nicht beendet werden. Dies gilt umso mehr, als die betrieblichen Gegebenheiten heute branchenübergreifend dadurch geprägt sind, dass nahezu jede Tätigkeit mit dem Einsatz von Hard- oder Software – damit also auch Informations- oder Kommunikationstechnik – verbunden ist, so dass jede Veränderung von Betriebsmitteln und ihrer Verwendung zum Einsatz von Sachverständigen führt, unabhängig davon, ob Beteiligungsrechte aus §§ 80 Abs. 1 Nr. 1, 87, 89, 90 f. oder 96 BetrVG in Rede stehen.

6. Betriebsrat und Datenschutz

Mit dem neuen § 79a BetrVG entscheidet sich der Entwurf dafür, den Betriebsrat aus der datenschutzrechtlichen Verantwortung zu entlassen. Die vorgeschlagene Regelung verfolgt das Ziel, die seit dem Inkrafttreten der DSGVO umstrittene Rechtslage zu klären. Der Entwurf entscheidet sich dafür, den Arbeitgeber endgültig als gesetzlich Verantwortlichen nach DSGVO und BDSG festzulegen.

Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob der Gesetzgeber sein eigenes Ziel mit der vorgeschlagenen Regelung erreicht.

Zum einen sieht die Regelung selbst vor, dass „*bei der Verarbeitung personenbezogener, teils sensibler Beschäftigtendaten auch der Betriebsrat die datenschutzrechtlichen Vorschriften einzuhalten hat*“. Dies stellt zutreffend klar, dass auch der Betriebsrat und seine Mitglieder an die datenschutzrechtlichen Vorgaben, insbesondere also die DSGVO und das BDSG, gebunden sind. Diese Verpflichtung besteht heute schon aus § 75 Abs. 2 BetrVG, der im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben auszulegen und anzuwenden ist. Mit den weitergehenden Feststellungen zur Kennzeichnung der verantwortlichen Stelle soll indes dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der Betriebsrat lediglich eine organisationsinterne Stellung innehat, jedoch keine nach außen rechtlich verselbständigte Institution sei. Andererseits kennt das Datenschutzrecht keine abgestuften Verantwortlichkeiten. Die Formulierungen, die der Referentenentwurf enthält, lassen den Umfang der beim Betriebsrat verbleibenden Verantwortlichkeit allerdings unklar. Dies gilt umso mehr, als der Betriebsrat unabhängig vom Arbeitgeber, der insoweit verantwortliche Stelle sein soll, eigene Aufgaben und Ziele verfolgt, die an die Verarbeitung personenbezogener Daten geknüpft ist. Dabei können auch weitere Arbeitnehmer des Unternehmens sowie externe Personen (Sachverständige, Berater) einbezogen werden, ohne dass der Gesetzgeber klärt, wer die Verantwortlichkeit durch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch diesen Personenkreis trägt. Schon diese Offenheit des vorliegenden Entwurfs macht deutlich, dass das begrüßenswerte Ziel der Rechtsklarheit, an dem Arbeitgeber wie auch Betriebsräte ein hohes Interesse haben, nicht erreicht wird.

Will sich der Gesetzgeber konsequent dafür entscheiden, den Arbeitgeber als Verantwortlichen festzulegen, stellen sich außerdem zwei Probleme, die zu klären sind:

- Zum einen ist fraglich, ob die vorgenommene Kennzeichnung des Arbeitgebers als verantwortliche Stelle eine Regelung ist, die der deutsche Gesetzgeber in den Grenzen der DSGVO treffen kann. Liegt darin nur eine Klarstellung der aus den allgemeinen Regelungen der DSGVO folgenden Kriterien für die verantwortliche Stelle oder eine Abweichung, die auf der Grundlage von Art. 88 DSGVO gerechtfertigt werden soll? Den hierzu in der Literatur geäußerten Bedenken trägt der Entwurf keine Rechnung.

- Zum anderen bleibt bei der vom Gesetzgeber gewählten Konzeption das Dilemma, dass einerseits der Arbeitgeber der Verantwortliche bleiben soll und damit auch etwaige Haftungsrisiken trägt. Die Risiken sind erheblich und die Bußgelder außerordentlich hoch. Gleichzeitig aber hat der Arbeitgeber zu Recht weder ein Weisungsrecht gegenüber dem Betriebsrat noch eine Kontrollmöglichkeit. Der Entwurf bleibt eine Antwort schuldig, wie die Haftungsrisiken der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Vorgaben der DSGVO reduziert werden können.
- Weiterhin sollte die Rolle des Datenschutzbeauftragten auch im Verhältnis zum Betriebsrat geklärt werden, die umstritten ist.

7. Mitbestimmung bei mobiler Arbeit

Der Entwurf sieht vor, dass in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG ein neues Mitbestimmungsrecht bei der „Ausgestaltung von mobiler Arbeit“ eingeführt wird.

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass es an einer ausdrücklichen Definition der mobilen Arbeit fehlt. In der Gesetzesbegründung ist jedoch klargelegt, dass davon „regelmäßige wie auch anlassbezogene mobile Arbeit“ erfasst wird (vgl. A., II., S. 16). Sicherlich nicht zur Klarheit tragen die Ausführungen auf S. 25 bei, wonach das Mitbestimmungsrecht keine Regelungen zu arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeiten ermöglicht, die nicht mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht werden können (zum Beispiel Fahrer oder Boten). Gleiches soll gelten, wenn sich die Mobilität bereits zwingend aus der Eigenart der zu erbringenden Arbeitsleistungen ergibt. Da auch die beiden erwähnten Tätigkeiten im Zweifel unter Einsatz von IT erbracht werden, gibt dies wenig für eine Abgrenzung her. Es wäre u. E. richtiger darauf abzustellen, dass mobile Arbeit im Sinne der Regelung nur vorliegt, wenn es sich um Arbeitsleistungen handelt, die mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnik alternativ an unterschiedlichen Standorten erbracht werden können, d. h. es können nur solche Tätigkeiten im Rahmen einer mobilen Arbeit i. S. der Regelung ausgeführt werden, die nicht bereits aufgrund ihrer Ausgestaltung oder ihres Aufgabenzuschnitts an einem bestimmten Ort – welcher auch immer das sein mag – erbracht werden müssen. Damit wäre allerdings die Entscheidung verbunden, dass Arbeit, die außerhalb der Betriebsstätte erbracht wird,

ohne dass dabei Informations- oder Kommunikationsmittel benutzt werden, nicht von der Neuregelung erfasst werden.

Insoweit wird auch auf die Stellungnahme des DAV 95/2020 zum Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit verwiesen.

Festzuhalten ist ferner, dass der Entwurf nur ein Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung der mobilen Arbeit, nicht aber bei der Einführung etablieren will. Damit scheidet ein Initiativrecht des Betriebsrats aus. Der Betriebsrat kann weiterhin nicht gegen den erklärten Willen des Arbeitgebers mobile Arbeit erzwingen. Umgekehrt können Arbeitnehmer durch eine Betriebsvereinbarung, wenn im Arbeitsvertrag ein fester Arbeitsort vereinbart ist und der Arbeitsvertrag insoweit nicht betriebsvereinbarungsoffen ist, nicht zur Arbeit im home-office verpflichtet werden. Es wird unterstellt, dass diese Differenzierung dem gesetzgeberischen Ziel entspricht. Ungeachtet dessen ist der Begriff der Ausgestaltung völlig offen. Er erfasst seiner Wortbedeutung nach die Häufigkeit der mobilen Arbeit, den Inhalt, etwaige Arbeitsschwerpunkte, die Ausstattung des Arbeitsplatzes, die Arbeitszeit, die Entfernung zum Betrieb und die Anzahl bzw. den Prozentsatz der Arbeitnehmer, die in mobiler Tätigkeit arbeiten. Es erscheint fraglich, ob dieser Umfang des Mitbestimmungsrechts tatsächlich eingeführt werden soll. Falls nicht, sollten eine Einschränkung bzw. Konkretisierung auf die tatsächlich regelungsbedürftigen Fragen erfolgen.

Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass es - wie auch in der Gesetzesbegründung herausgearbeitet - bereits heute eine Vielzahl von Mitbestimmungstatbeständen gibt, die es bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit zu beachten gilt. Dabei sei nur beispielhaft auf § 80 Abs. 1, 87, 89, 99 BetrVG hingewiesen. Dies entspricht auch der absolut herrschenden Meinung. Ebenso ist davon auszugehen, dass auch aktuell kein Initiativrecht des Betriebsrats auf Einführung von Regelungen zur mobilen Arbeit und Eröffnung eines Rechtsanspruchs auf Home Office besteht (vgl. hierzu stellvertretend *Krieger/Rudnik*, NZA 2020, 473, 476; *Keilich/Brummer*, SPA 2020, 126; *Schöllmann*, NZA Beilage 2019, 81, 84; *Hülsemann*, ArbRAktuell 2017, 483, 484; *Schulze/Ratzensberger*, ArbRAktuell 2016, 109, 111 f.). Es ist jedenfalls auf den ersten Blick nicht erkennbar, welche Aspekte von Vereinbarungen zur mobilen Arbeit

derzeit nicht von bereits bestehenden Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats erfasst sein können, die künftig erfasst wären. Die Schließung derartiger Regelungslücken scheint auch nicht die Intention des Referentenentwurfs zu sein, denn in der Begründung heißt es sogar ausdrücklich, das Mitbestimmungsrecht bilde einen Auffangtatbestand für alle Regelungen, mit denen mobile Arbeit ausgestaltet werden kann. Bereits bestehende Mitbestimmungsrechte gelten unverändert fort (vgl. S. 25 der Begründung).

Verhält es sich aber so, muss man die Frage stellen, ob die Etablierung eines neuen Mitbestimmungsrechts für die Ausgestaltung von mobiler Arbeit notwendig ist, wenn es zusätzlich mit weitergehenden Unsicherheiten hinsichtlich seines Geltungsbereichs verbunden ist. Diese Frage bleibt auch nach Lektüre der Gesetzesbegründung ungeklärt. Es wird daher angeregt, dass der Gesetzgeber, sieht er tatsächlich einen Regelungsbedarf, sich nicht damit begnügt, einen Auffangtatbestand einzufügen, nur weil es gerade dem aktuellen Trend entspricht, sondern klar formuliert, in welcher Weise künftig über die bereits bestehenden Mitbestimmungsrechte hinaus bei mobiler Arbeit mitbestimmt werden soll.

8. Mitbestimmung beim Einsatz von künstlicher Intelligenz

Der Entwurf befasst sich ferner auch mit dem Einsatz von künstlicher Intelligenz in den Betrieben. Der Entwurf trägt damit dem Gedanken Rechnung, dass zunehmend künstliche Intelligenz in den Betrieben zum Einsatz kommt. Dabei ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber mit der Regelung die Beteiligung des Betriebsrates verbindlich festlegt, auch wenn der Einsatz in bestimmten Fällen bereits durch § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst sein dürfte.

Der Vorschlag jedoch, in § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nach dem Wort „Arbeitsabläufen“ die Wörter „einschließlich des Einsatzes von künstlicher Intelligenz“ einzufügen, wird der Bedeutung der Nutzung von künstlicher Intelligenz in den Betrieben nicht gerecht. Da der Einsatz von künstlicher Intelligenz sich auf weit mehr Bereiche im Betrieb auswirken kann als auf Arbeitsverfahren oder Arbeitsabläufe, ist anzuregen, für den Einsatz von künstlicher Intelligenz eine neue Nummer 2a einzufügen. Damit steht der Einsatz der künstlichen Intelligenz zwischen den technischen Anlagen und

den Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen und damit genau an der Schnittstelle zwischen Technik und Auswirkungen auf die Beschäftigten.

Der Entwurf berücksichtigt darüber hinaus, dass in vielfältiger Form künstliche Intelligenz auch bei der Auswahl von Personal zum Einsatz kommt. Deshalb ist es zu begrüßen, dass dem Betriebsrat im Zusammenhang mit der Aufstellung von Auswahlrichtlinien ein echtes Mitbestimmungsrecht zukommt, wenn hier künstliche Intelligenz zum Einsatz kommt. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts aus § 95 BetrVG liegt darin, die Personalführung in den Betrieben durchschaubar zu machen und Personalentscheidungen zu versachlichen (BAG 26.07.2005 – 1 ABR 29/04). Auswahlrichtlinien sollen dazu beitragen die Arbeitnehmer vor willkürlichen Personalveränderungen zu schützen. Das Mitbestimmungsrecht zwingt die Betriebsparteien, sich über den Einsatz künstlicher Intelligenz Gedanken zu machen. Gerade in jüngster Zeit ist der Einsatz von künstlicher Intelligenz bei Auswahlentscheidungen immer wieder dadurch in den Blick der Öffentlichkeit geraten, dass die künstliche Intelligenz selbst diskriminierende Entscheidungen getroffen hat.

9. Mitbestimmung bei Maßnahmen der Berufsbildung

Der Referentenentwurf will das allgemeine Initiativrecht der Betriebsräte bei der Berufsbildung stärken. Während bislang über ein Einigungsstellenverfahren durchsetzbare Mitbestimmungsrechte nur bei der Einführung und Durchführung von Maßnahmen der Berufsbildung bestand (§§ 97 Abs. 2, 98 Abs. 4, 5 BetrVG), soll es künftig eine Art „*Mitbestimmungsrecht light*“ in Form eines Verfahrensanspruchs geben. Dieses ist in dem Referentenentwurf derzeit so ausgestaltet, dass sich die Betriebsparteien auf Maßnahmen der Berufsbildung zu einigen haben. Allerdings besteht im Rahmen des ggf. anzustrengenden Einigungsstellenverfahrens kein durch Spruch durchsetzbarer Einigungszwang.

Diese Konstruktion des § 96 Abs. 1 und Abs. 1a BetrVG ist nicht sehr überzeugend. So gibt es in Abs. 1 S. 1 zunächst einen Programmsatz dahingehen, dass eine wechselseitige Förderungspflicht besteht. Sodann wird in S. 2 eine Beratungs- und Auskunftspflicht begründet, um in S. 3 dem Betriebsrat das Recht einzuräumen, Vorschläge zu unterbreiten. Sodann wird dies ergänzt durch eine Pflicht zur Einigung

der Betriebsparteien auf Maßnahmen zur Berufsbildung. Aus S. 2 und 3 des Abs. 1a folgt allerdings, dass die Pflicht nicht durchsetzbar ist.

Letztlich besteht die Schwierigkeit darin, dass dem Betriebsrat kein Initiativrecht bezüglich Maßnahmen der Berufsbildung eingeräumt werden kann, das durch den Spruch der Einigungsstelle durchsetzbar ist, da damit in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden würde. In dem Referentenentwurf soll dieses Manko wohl durch Etablierung einer allerdings nicht durchsetzbaren Pflicht zur Einigung geheilt werden. Das ist wenig überzeugend. Es sollte vollkommen ausreichend sein und führt zu keinem anderen Ergebnis, wenn § 96 Abs. 1a BetrVG vereinfacht und in Anlehnung an § 112 Abs. 3 BetrVG wie folgt gefasst wird:

„Kommt im Rahmen der Beratungen nach Abs. 1 S. 2, 3 keine Einigung zustande, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen und um Vermittlung ersuchen. Kommt eine Einigung zustande, so ist sie schriftlich niederzulegen und von den Parteien und dem Vorsitzenden zu unterzeichnen.“

Bei einer solchen Formulierung besteht zumindest die Pflicht jeder Partei, an dem Einigungsstellenverfahren teilzunehmen. Es bleibt aber dabei, dass jede Partei im Rahmen ihrer eigenen Entscheidungsmacht und subjektiven Determination das Verfahren für gescheitert erklären kann. Insoweit gelten die gleichen Grundsätze, wie sie vom BAG in Bezug auf das Scheitern von Interessenausgleichsverhandlungen entwickelt wurden.