Liebe Mitglieder des Betriebsrates,

Liebe Mitglieder des Betriebsrates,

es sind gerade bewegte Zeiten und die Umstände sind für uns alle neu. Insoweit erlaube ich mir eine Einschätzung unter Beachtung der besonderen Lage aufgrund der des öffentlichen Lebens einschränkenden Maßnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie bezüglich der weiteren betriebsrätlichen Arbeit.

Die größte Herausforderung dürfte wohl sein, als Betriebsrat handlungsfähig zu bleiben. Die Frage, ob durch Videokonferenz digitaler Betriebsratssitzungen abgehalten werden können, in den gegebenenfalls Beschlüsse wirksam gefasst werden können, ist derzeit genauso hoch aktuell wie umstritten. Gemäß § 33 Abs. 1 BetrVG beschließt der Betriebsrat mit der Mehrheit seiner anwesenden Mitglieder. Das Gesetz sieht also die Möglichkeit der Abhaltung von Sitzung und Beschlussfassung durch Videokonferenz nicht vor.

**Ich bin der Auffassung, dass das Abhalten von Betriebsratssitzungen durch Videokonferenzen und die Beschlussfassung im Wege von Videokonferenzen jedenfalls für die Zeit eines Ausnahmezustandes wie der Corona-Epidemie zulässig und wirksam ist.**

Die Umsetzung setzt voraus, dass alle Mitglieder und ggf. Ersatzmitglieder über die technischen Voraussetzungen für Teilnahme an Videokonferenzen verfügen. Konsequenterweise darf dann der Betriebsrat die Ausstattung der Betriebsratsmitglieder mit internet- und videofähigen digitalen Endgeräten gem. § 40 Abs. 2 BetrVG für erforderlich halten und vom Arbeitgeber verlangen.

**Neben den technischen müssen folgende weitere Voraussetzungen eingehalten werden:**

Einladung zu einer Betriebsratssitzung als digitalen Videokonferenz, in welcher als erstes darüber mit qualifizierter Mehrheit abgestimmt wird, dass

1. Beschluss:

Betriebsratssitzung wird als digitale Sitzung unter Nutzung einer geeigneten Videoplattform, so dass alle Teilnehmer sich gegenseitig jeder Zeit sehen können, abgehalten.

**=> Abstimmung des BR und Annahme mit qualifizierter Mehrheit**

**Das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder wird für jeden Beschluss persönlich abgefragt und das Abstimmungsergebnis protokolliert.** .

1. Erklärung aller Betriebsratsmitglieder einzeln zu Protokoll, dass

- sie sich allein in einem Raum befinden, welcher nicht durch Dritte eingesehen oder abgehört werden kann,

- sie selbst keine Mitschnitte erstellen und

- sie alle anderen Betriebsratsmitglieder live sehen können.

**Danach kann es losgehen, wie es bei normalen Betriebssitzungen auch gehandhabt wird.**

Dieser Auffassung liegen folgende Gedanken zu Grunde:

Gemäß § 33 Abs. 1 BetrVG beschließt der Betriebsrat mit der Mehrheit seiner anwesenden Mitglieder. Nach der bisher von der Rechtsprechung und den meisten Autoren und Rechtsgelehrten vertretenen Auffassung bedeutet dies, dass die Betriebsräte in persönlicher Anwesenheit ihre Stimme im Rahmen der Betriebsratssitzung abgeben müssen. Nach bisher herrschender Meinung war die Abstimmung durch elektronische Medien, wie E-Mail, WhatsApp oder Telefon und Umlaufverfahren unzulässig. Wesentliches Argument gegen die Möglichkeit der Beschlussfassung im elektronischen Verkehr ist, dass es allen beteiligten Betriebsratsmitglieder jederzeit möglich sein muss, die Willensbildung der jeweils anderen Mitglieder quasi optisch und physisch erfahren zu können. Dies ist jedenfalls bei einer Kommunikation ohne Videosignal von vornherein ausgeschlossen. Aber auch bei Videokonferenzen hielt sich bisher hartnäckig die Auffassung, dass aufgrund des Mangels an Überprüfbarkeit der Einhaltung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit der Beschlussfassung, dieses Medium nicht den gesetzlichen Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Beschlussfassung entspräche. Wedde in DKKW (DKKW/Wedde § 33 Rz. 11) ist hier stellvertretend zu nennen.

Ausnahmen davon wurden bisher eher in der Rechtstheorie gesehen. So ist bereits in älteren Auflagen bei Fitting zu § 33 BetrVG die Auffassung zu finden, dass unter besonderen Umständen, nämlich die internationale Ausrichtung des Unternehmens/Betriebes und die Tätigkeit der Mitglieder des Betriebsrates im Ausland, ein Grund dafür sein könnten, dass eine Beschlussfassung auch im Wege der Videokonferenz wirksam erfolgen könne (noch heute: Fitting § 33 Rz. 21 d). Aus Sicht der Vertreter der Auffassung, welche eine Videokonferenz für eine ausnahmsweise zulässige Möglichkeit der Beschlussfassung ansehen, ist Voraussetzung für eine wirksame Beschlussfassung, dass die sonstigen Sicherheitsregeln (Datenschutz, Nichtöffentlichkeit etc.) eingehalten werden. So rät das Weißbuch Arbeiten 4.0 zu folgenden Maßnahmen:

„…Gleichwohl könnte die Zulässigkeit von Videokonferenzen für Betriebsratssitzungen in Ausnahmefällen erwogen werden. Voraussetzung sollten allerdings die Initiative und die einstimmige Entscheidung des Betriebsrats in eng definierten Ausnahmefällen sein, in denen die Durchführung einer persönlichen Sitzung wegen besonderer Dringlichkeit erheblich erschwert würde. Der Arbeitgeber müsste zudem durch technische Maßnahmen sicherstellen, dass Dritte die Sitzung nicht mitverfolgen können. …“ (Weißbuch Arbeitsrecht 4.0 Seite 161)

Dieser Auffassung hat sich inzwischen auch der Vorsitzende des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts, Professor Koch, im Erfurter Kommentar unter Berufung auf einen Aufsatz von Professor Thüsing (Thüsing/Beden BB 2019, 372) angeschlossen. Dort heißt es: „... Möglich ist eine offene (nicht: geheime) Abstimmung im Rahmen einer Videokonferenz, wenn alle Betriebsratsmitglieder gleichzeitig zugeschaltet sind. ...“ (ErfK/Koch § 33 Rz. 3).

Nach Thüsing (a.a.O.) sollen sowohl das Abhalten von Sitzungen des Betriebsrates als auch die Beschlussfassung auf digitalem Wege grundsätzlich mit den Vorgaben des §§ 33 Abs. 1 S. 1 BetrVG vereinbar sein und nicht gegen das Gebot der Nichtöffentlichkeit gemäß § 30 S. 4 BetrVG verstoßen. Grund zur Annahme eines Verstoßes gegen den Nichtöffentlichkeitsgrundsatz besteht erst, wenn konkrete Anzeichen eines Missbrauchs vorliegen. Formatspezifische Gefahrenquellen, die bei der herkömmlichen Sitzung vor Ort mit absoluter Sicherheit auszuschließen wären, gibt es hingegen nicht. In Ermangelung einer höchstrichterlichen Entscheidung ist der Betriebsrat gehalten, selbst in seiner Geschäftsordnungsregelungen zum Sitzungsformat zu treffen.

Alle sind sich aber darüber einig, dass es derzeit an einer absoluten Rechtssicherheit fehlt, da es keine höchstrichterlichen Entscheidungen zu der gesamten Frage gibt und derzeit der Gesetzeswortlaut nicht mit den Möglichkeiten der digitalen Welt übereinstimmt.

Zusammengefasst ergibt sich, dass es einerseits keine gesetzliche und höchstrichterliche Entscheidung in dieser Frage gibt. Andererseits durchaus gewichtige Stimmen dafür mit guten Gründen eintreten, dass es unter besonderen Umständen die Möglichkeit der digitalen Teilnahme an Betriebsratssitzungen und die digitale Stimmabgabe zulässig sein können (zuletzt: verdi Corona-Krise: Informationen für Betriebs- und Personalräte**;** https://www.verdi.de/wegweiser/mitbestimmung/service/++co++2fe519ee-6816-11ea-9561-525400b665de**)**. Im Hinblick darauf, dass es bereits in vergleichbaren Fällen gesetzliche Beispiele für die Zulässigkeit der Teilnahme von Mitgliedern des Europäischen Betriebsrates, welche Besatzungsmitglieder von Seeschiffen sind, gibt, welche dazu dienen, die Teilnahmerechte der Gremiums Mitglieder zu sichern, könnte auch im vorliegenden besonderen Fall darauf zurückgegriffen werden, dass besondere Umstände besondere Maßnahmen rechtfertigen.

Ich schließe mich hier der Auffassung derer an, dass unter besonderen Umständen die digitale Sitzung eines Betriebsrates per Videokonferenz vom Gremium für zulässig erachtet werden kann, wenn alle Teilnehmer die Grundsätze der sonstigen Geheimhaltung Betriebsrätinnen Sitzungen waren. Hierzu gehören insbesondere die Nichtöffentlichkeit der Sitzung und die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht bezüglich aller persönlichen Daten, welche im Rahmen von Betriebsratssitzungen den Betriebsratsmitgliedern bekannt werden könnten. Ich würde auch dem Ratschlag folgen, dass der Betriebsrat im Wege der Änderung der Geschäftsordnung die Möglichkeit der Durchführung digitaler Betriebsratssitzungen im Wege einer Videokonferenz zulässt. Für die Änderung der Geschäftsordnung bedarf es der qualifizierten Mehrheit (Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Betriebsrates). Problematisch ist jedoch, dass bei der derzeitigen Sondersituation eine solche Änderung der Geschäftsordnung unter Beachtung der Kontaktsperren gar nicht möglich wäre. Von daher halte ich eine Einladung zu einer digitalen Videokonferenz als Betriebsratssitzung für zulässig, in welcher zunächst als erstes darüber mit qualifizierter Mehrheit abgestimmt wird, dass

1. Einladung zur Betriebsratssitzung als digitale Sitzung unter Nutzung einer geeigneten Videoplattform, so dass alle Teilnehmer sich gegenseitig jeder Zeit sehen können, erfolgt,
2. alle Betriebsratsmitglieder einzeln zu Protokoll erklären, dass

- sie sich allein in einem Raum befinden, welcher nicht durch Dritte eingesehen oder abgehört werden kann,

- sie selbst keine Mitschnitte durchführen und

- sie alle anderen Betriebsratsmitglieder live sehen können.

In der Konsequenz heißt das, dass dann eine Betriebsratssitzung digital durchgeführt werden kann und darin auch wirksam Beschlüsse gefasst werden können, wenn die einzelnen Betriebsratsmitglieder, welche per Video zugeschaltet sind, alle anderen anwesenden Mitglieder jederzeit sehen können, was bei nahezu allen digitalen Konferenzformaten (beispielsweise Skype, Hangouts oder Zoom) inzwischen möglich ist, und sie sich in einem Raum befinden, in welchem keine anderen unbefugten Mitarbeiter/Personen anwesend sind und Gelegenheit hätten, die Diskussion des Betriebsrates mitzuhören oder aufzuzeichnen.

Selbstverständlich gehört dazu natürlich auch, dass der Betriebsrat für alle seine Mitglieder die Ausstattung mit mobilen Endgeräten für erforderlich halten darf und vom Arbeitgeber die entsprechende Ausstattung auch zu einer digitalen Kommunikation gemäß § 40 BetrVG verlangen kann. Im Hinblick auf die gerade bestehende Sondersituation hielte ich es für kontraproduktiv, die betriebsrätliche Arbeit einzustellen, bis der Arbeitgeber seiner Ausstattungspflicht nachgekommen ist, wenn die Mitglieder des Betriebsrates gegebenenfalls über private mobile Endgeräte verfügen, welche für die Teilnahme an digitalen Betriebsratssitzungen geeignet sind.

Zugegebenermaßen gibt es hier immer ein gewisses Restrisiko. Natürlich kann es Arbeitgeber, in der Abstimmung unterlegene Betriebsratsmitglieder oder sonstige Dritte geben, welche die auf einem solchen Wege gefassten Beschlüsse nachträglich möglicherweise erfolgreich anfechten. Das ist nicht auszuschließen, wenn sich der Betriebsrat eines neuen, rechtlich noch nicht abschließend beurteilten Mediums bedient. Als Notnagel kann in jeden Fall nach Ende der Sondersituation, wie wir sie derzeit erleben, die nachträgliche Genehmigung sämtlicher im Wege der Videokonferenz gefassten Beschlüsse im üblichen Wege erfolgen. Dies stellt eine nachträgliche Heilung eventueller Formfehler dar.

Ich hoffe, ich konnte euch eine Leitlinie dafür an die Hand geben, wie wir gemeinsam unsere Arbeit fortsetzen können, ohne an die Grenzen des Machbaren dadurch zustoßen, dass wir uns persönlich sehen und treffen müssten. Ich halte das insgesamt für eine sehr gute Lösung und erwarte, dass auch die Gerichte im Hinblick auf die Sondersituation solche Beschlüsse, welche nachträglich eventuell angefochten werden, den rechtlichen Bestand zukommen lassen.

Für weitere Fragen stehe ich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen und den besten Wünschen für euch und eure Familien auf Gesundheit und Wohlergehen verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen

Andreas Dittmann

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht