

Einigungsstellenverfahren per Videokonferenz – ein Weg in die Zukunft?

RA, FAArbR Lars Althoff; RA Hilger Sommer, ALTHOFF ARBEITSRECHT, Remscheid

Die Corona Pandemie führt derzeit weltweit und damit auch in der Bundesrepublik Deutschland zu schwerwiegenden Beeinträchtigungen. Ein Aspekt dieser Beeinträchtigungen ist das Kontaktverbot, welches sich sowohl im Privat- als auch im Arbeitsleben und besonders in den betrieblichen Abläufen erheblich auswirkt. Die Herausforderung für Betriebsräte und Arbeitgeber besteht darin, trotz dieses Kontaktverbots die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu wahren. In der Praxis hat sich hierbei als Ersatz für körperliche Anwesenheit die Durchführung von Videokonferenzen als effektiv erwiesen. Nach langer Diskussion über die Rechtmäßigkeit solcher Videokonferenzen insbesondere bei der Betriebsratsbeschlussfassung hat der Bundestag mit am 23.4.2020 mit der Einführung des § 129 BetrVG den Weg für Videokonferenzen in der Betriebsratsarbeit und der Einigungsstelle frei gemacht. Ebenfalls bis Ende des Jahres können Betriebsversammlungen audio-visuell durchgeführt werden. Diese Regelungen sind jedoch bis zum 31.12.2020 befristet. Es stellt sich daher die Frage, ob die notfallmäßigen Regelungen auch nach Ende der Corona-Krise aufrechterhalten werden können und sollten.

I. Grundsätze der digitalen Betriebsratstätigkeit nach dem Arbeit-von-Morgen-Gesetz vom 23.4.2020

Nachdem es zuvor einen jahrelangen Meinungs austausch, jedoch keine klare gesetzliche Regelung gab, hat die Corona-Pandemie die Diskussion um die Digitalisierung der Betriebsratsarbeit rapide beschleunigt, wenngleich nicht endgültig beendet. Zunächst hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales, Hubertus Heil, durch seine Erklärung vom 20.3.2020 mitgeteilt, *„dass in der aktuellen Lage [...] auch die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz einschließlich onlinegestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype, zulässig ist. [...] Die Beschlüsse, die in einer solchen Sitzung gefasst werden, sind nach [Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales] wirksam.“* Im Nachgang hat die Bundesregierung in den Bundestag eingebracht, eine entsprechende Vorschrift in das BetrVG einzufügen (§ 129 n. F. BetrVG). In seiner Sitzung am 23.4.2020 hat der Bundestag sodann die entsprechende Ergänzung zum BetrVG beschlossen. Diese Regelung muss nun abschließend im Bundesrat beschlossen werden, damit sie in Kraft tritt. Auf Grund des zeitlichen und gesellschaftlichen Drucks ist jedoch mit einer zeitnahen Annahme zu rechnen.

Die Regelung des § 129 n. F. BetrVG lautet:

(1) Die Teilnahme an Sitzungen des Betriebsrats, Gesamtbetriebsrats, Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung und der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung sowie die Beschlussfassung können mittels Video- und Telefonkonferenz erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzungen keine Kenntnis nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig. § 34 Absatz 1 Satz 3 gilt mit der Maßgabe, dass die Teilnehmer ihre Anwesenheit gegenüber dem Vorsitzenden in Textform bestätigen.

(2) Für die Einigungsstelle und den Wirtschaftsausschuss gilt Absatz 1 Satz 1 und 2 entsprechend.

(3) Versammlungen nach den §§ 42, 53 und 71 können mittels audiovisueller Einrichtungen durchgeführt wer-

den, wenn sichergestellt ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Kenntnis vom Inhalt der Versammlung nehmen können. Eine Aufzeichnung ist unzulässig.

(4) Die Sonderregelungen nach den Absätzen 1 bis 3 treten mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft.

Die neue Regelung greift somit den derzeitigen Meinungsstand um die Videokonferenz auf und regelt, dass sowohl die Teilnahme an den Betriebsratssitzungen, die Beschlussfassung als auch die Einigungsstelle mittels Video- und Telefonkonferenz bis zum 31.12.2020 erfolgen kann. Es muss jedoch zeitgleich sichergestellt sein, dass die Inhalte der Sitzungen vor der Kenntnisnahme durch unbefugte Dritte geschützt sind. Eine Aufzeichnung der Sitzungen ist ebenfalls nicht erlaubt, vgl. § 129 I BetrVG.

Für die in der Zwischenzeit bereits virtuell gefassten Beschlüsse soll eine Rechtssicherheit dadurch erzielt werden, dass die Neuregelung rückwirkend ab dem 1.3.2020 in Kraft tritt. Damit bedarf es keiner etwaigen in der Vergangenheit getroffenen Verfahrensregelungen oder einseitiger Zustimmungen des Arbeitgebers mehr.

II. Grundsätze der digitalisierten Betriebsratstätigkeit nach bisheriger Rechtslage

1. Digitale Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber im Vorfeld bis zur Einigungsstelle

Das Betriebsverfassungsrecht kennt grundsätzlich nur wenige Formvorschriften in Bezug auf die Kommunikation zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. In der Praxis wird es allerdings bei einem Anhörungs- und Zustimmungsrecht des Betriebsrats bereits aufgrund von Beweis- und Dokumentationsgründen dazu führen, dass die Arbeitgeberseite die Schriftform wählen wird.

Besonderheiten in der Kommunikation zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber sind jedoch beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen zu beachten: Bevor Arbeitgeber und Betriebsrat sich aufgrund von Meinungsverschiedenheiten dazu entschließen, die Einigungsstelle nach § 76 I BetrVG zu bilden, haben die Parteien über strittige Fragen mit dem ernstesten Willen zur Einigung zu verhandeln und Vorschläge für die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zu machen, § 74 I BetrVG. Hierzu können die Parteien sich nach vorheriger Abstimmung sämtlicher Kommunikationsmittel bedienen, also auch per Videokonferenz beraten.

Im Falle einer Betriebsvereinbarung gilt jedoch, dass diese von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und **schriftlich** niederzulegen sind, § 77 II 1 BetrVG. Zudem sind sie von beiden Seiten zu unterzeichnen. Insofern gilt hier eine strengere Form als die der Schriftform nach § 126 II 2 BGB, denn die Unterzeichnung auf unterschiedlichen Urkunden ist nicht zulässig. Hintergrund dessen ist, dass die Betriebsvereinbarung normative Wirkung nach § 77 IV 1 BetrVG genießt.

2. Digitale Durchführung des Einigungsstellenverfahrens durch Videokonferenz nach bisheriger Rechtslage

Das BetrVG enthält nur wenige gesetzliche Regelungen zum Verfahren der Einigungsstelle (vgl. *Fitting*, 30. Aufl., BetrVG, § 76, Rn. 56). Zwei gesetzliche Regelungen sind in § 76 III 2 BetrVG – die Einigungsstelle fasst ihre Beschlüsse nach mündlicher Beratung mit Stimmenmehrheit – und in § 76 III 4 BetrVG – die Beschlüsse der Einigungsstelle sind schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und Arbeitgeber und Betriebsrat zuzuleiten – enthalten. Darüber

hinaus können durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung nähere Einzelheiten des Verfahrens geregelt werden. Soweit keine derartigen Regelungen bestehen oder Gestaltungsspielräume offenbleiben, bestimmt die Einigungsstelle das Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen selbst (BAG, BeckRS 9998, 171853). Allerdings sind hierbei anerkannte Verfahrensgrundsätze einzuhalten (*Fitting*, a. a. O.).

Einer dieser Verfahrensgrundsätze ist es, dass zumindest die abschließende Beratung und Beschlussfassung der Einigungsstelle in Abwesenheit anderer Personen als der Einigungsstellenmitglieder erfolgt. Anderenfalls ist der Spruch der Einigungsstelle unwirksam, vgl. BAG, BeckRS 9998, 149738. Diese abschließende Beratung hat zudem mündlich zu erfolgen, vgl. *Fitting*, a. a. O., § 76, Rn. 75.

Für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit von virtuellen Einigungsstellenberatungen lässt sich – unabhängig von dem nun geschaffenen Arbeit-von-morgen Gesetz vom 23.4.2020, welches nur bis zum 31.12.2020 Geltung hat – festhalten, dass diese gesetzlich nicht geregelt sind. Aufgrund der Vergleichbarkeit zu den Betriebsratsitzungen per Videokonferenz lässt sich jedoch der entsprechende Meinungsstand hierzu zumindest teilweise heranziehen (zum derzeitigen Meinungsstand bei Videokonferenz-Betriebsratsitzungen vgl. *Günther/Böglmüller/Mesina*, NZA 2020, 77 und *Fündling/Sorber*, NZA 2017, 552).

Auch hier hat sich eine h. M. bzgl. der Zulässigkeit bislang nicht herauskristallisieren können. Die Stimmen in der Literatur, die die Beschlussfassungen des Betriebsrats per Videokonferenz für unzulässig erachten, führen im Wesentlichen an, dass ein Verstoß gegen das Anwesenheitserfordernis bei der Abstimmung nach § 33 I 1 BetrVG vorliege und gegen den Nichtöffentlichkeitsgrundsatz aus § 30 S. 4 BetrVG verstoßen werde. Hingegen halten die Befürworter eine Sitzung und Beschlussfassung per Videotechnik dann für rechtmäßig, wenn eine offene Abstimmung erfolge und sämtliche Betriebsratsmitglieder bei der Abstimmung hörbar und sichtbar zugeschaltet seien, vgl. *ErfK/Koch*, BetrVG, § 33 Rn. 3. Denn Ziel der Regelung des § 33 I 1 BetrVG sei es, eine unmittelbare Kommunikation zu gewährleisten und dies sei mit den heutigen technischen Möglichkeiten auch ohne körperliche Anwesenheit möglich (*Fündling/Sorber*, a. a. O.).

Althoff/Sommer: Einigungsstellenverfahren per Videokonferenz – ein Weg in die Zukunft?(ArbRAktuell 2020, 250)

252

3. Was bedeutet die neue Rechtslage für das Einigungsstellenverfahren?

Die neue Rechtslage schafft vorübergehende Rechtssicherheit und ermöglicht es Betriebsräten, deren Ausschüssen sowie den Beteiligten in Einigungsstellen für einen begrenzten Zeitraum, Sitzungen und Beschlussfassungen mittels Video- und Telefonkonferenz einschließlich online gestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype durchzuführen. Dabei können sowohl einzelne teilnahmeberechtigte Personen zugeschaltet oder die Sitzung kann ausschließlich als Video- oder Telefonkonferenz mit den teilnahmeberechtigten Personen durchgeführt werden. Es soll jedoch sichergestellt sein, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können. Die zugeschalteten Beisitzer können z. B. zu Protokoll versichern, dass nur teilnahmeberechtigte Personen in dem von ihnen genutzten Raum anwesend sind. Sobald nicht teilnahmeberechtigte Personen den Raum betreten, ist hierüber unverzüglich zu informieren.

Zu beachten ist, dass nach der Gesetzesbegründung die Nutzung von Video- und Telefonkonferenzen lediglich als zusätzliche Option neben die hergebrachte Durchführung von Sitzungen unter physischer Anwesenheit der Teilnehmer vor Ort als Regelfall treten. Der Vorsitzende der Einigungsstelle hat sein Ermessen dahingehend auszuüben, dass eine Präsenzsitzung der gesetzliche Regelfall ist. Für die Sitzungen im Rahmen einer Video- oder

Telefonkonferenz bedarf es deswegen immer sachlicher Gründe (wie z. B. öffentlich-rechtliche Kontaktsperrern). Da der Spruch der Einigungsstelle seinerseits gerichtlich überprüfbar ist, sollte zunächst stets geprüft werden, ob etwaige Hygiene- und Sicherheitsbestimmungen nicht auch im Rahmen einer Präsenzveranstaltung gewährleistet werden können.

Nicht zuletzt dürften sich auch die Kosten der Einigungsstelle, die gemäß § 76 a BetrVG vom Arbeitgeber zu tragen sind, bei der Durchführung des Einigungsstellenverfahrens per Videokonferenz reduzieren. Aufwändige Reisetätigkeiten entfallen sowohl für die Vorsitzenden als auch für die (honorarberechtigten) Beisitzer.

III. Ausblick

Es bleibt die Frage, welche Grundsätze nach dem 31.12.2020 gelten werden. Die Diskussion über die Wirksamkeit entsprechender Beschlüsse, die durch Telefon- oder Videokonferenz zustande gekommen sind, zeigt auf, dass Regelungsbedarf besteht. Insbesondere fordern Arbeitgeberverbände bereits seit längerem, dass Betriebsräte auch per Videokonferenz Sitzungen und Beschlüsse durchführen sollten. Es ist davon auszugehen, dass die Arbeit von Betriebsräten in Zukunft noch einmal deutlich digitaler sein wird, wie auch immer man zu dieser Entwicklung stehen mag.

Die gegenseitigen Argumente pro und contra Beschlussfassungen per Videokonferenz lassen sich größtenteils auf das Einigungsstellenverfahren übertragen. Denn das Erfordernis der Mündlichkeit ist nicht mit körperlicher Anwesenheit gleichzusetzen. Verhindert werden soll lediglich eine Beschlussfassung im schriftlichen Umlaufverfahren (*Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. Rn. 96; *Fitting*, a. a. O., Rn. 75). Sinn und Zweck dieses Verfahrensgrundsatzes in der Einigungsstelle ist, dass die Parteien letztmalig in den Dialog miteinander treten mit dem Ziel, bestehende Meinungsverschiedenheiten beizulegen und eine gütliche Einigung zu erzielen.

Für die Möglichkeit einer Videokonferenz in der abschließenden Beratung und Abstimmung spricht zusätzlich der zu beachtende Unterschied, dass der Gesetzgeber beim Einigungsstellenverfahren gerade keine gesetzliche Regelung zur Anwesenheit geschaffen hat, wie es § 33 I 1 BetrVG für den Betriebsratsbeschluss vorsieht.

Auch bei der Videokonferenz muss gewährleistet sein, dass zumindest die abschließende Beratung und Beschlussfassung der Einigungsstelle in Abwesenheit anderer Personen als der Einigungsstellenmitglieder erfolgt und somit sichergestellt wird, dass Dritte vom Inhalt der Beratung und Beschlussfassung keine Kenntnis nehmen können. Die heutigen marktgängigen Konferenzsysteme bieten hierzu jedoch die Möglichkeit verschlüsselter Kommunikation.

Eine mutwillige, heimliche und damit unzulässige Aufzeichnung durch Teilnehmer ist technisch sicherlich möglich, jedoch auch kein abgrenzbares Kriterium, welches zur Verneinung der Zulässigkeit von Videokonferenzen führen sollte. Denn schließlich ist bei dem heutigen Stand der Technik und dem Einsatz von Smartphones und Tablets eine solche Aufzeichnung auch unter körperlich Anwesenden denkbar. Eine Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit ist somit ebenfalls gegeben, denn die Gefahr unbemerkter Zuschauer oder Zuhörer ist nicht erkennbar größer.

Dem stehen auch die oben genannten Formvorschriften beim Abschluss einer Betriebsvereinbarung nicht entgegen. Gemäß § 77 II 2. Halbsatz BetrVG sind diese nicht einschlägig, wenn die Betriebsvereinbarung auf einem Spruch der Einigungsstelle basiert. Somit dürfte auch der Abschluss einer Betriebsvereinbarung per Videokonferenz in der Einigungsstelle möglich sein.

IV. Fazit

Schon heute ist es sowohl nach der Auslegung der Verfahrensgrundsätze zum Einigungsstellenverfahren als auch nach dem Arbeit-von-Morgen-Gesetz möglich, das Einigungsstellenverfahren vollständig per Videokonferenz durchzuführen. Dies gilt sowohl für die Verhandlung als auch für die abschließende Beratung und Beschlussfassung. Selbst der Abschluss einer Betriebsvereinbarung durch Spruch der Einigungsstelle dürfte durch Videokonferenz möglich sein, da § 76 III 4 BetrVG gerade nicht festlegt, dass die schriftliche Niederlegung des Einigungsstellenvorsitzenden und seine Unterschrift in körperlicher Anwesenheit der Beisitzer erfolgen muss.

Dennoch wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung auch nach

Althoff/Sommer: Einigungsstellenverfahren per Videokonferenz – ein Weg in die Zukunft?(ArbRAktuell 2020, 250)

253

Beendigung der Corona-Pandemie eine dauerhafte gesetzliche Regelung implementiert. Vorbilder stellen hierbei nicht nur die jetzt geschaffene temporäre Regelung im Arbeit-von-Morgen-Gesetz da, sondern ebenfalls das Aktiengesetz, welches mit § 108 IV AktG Beschlüsse des Aufsichtsrats per Videokonferenz zulässt und das Europäische Betriebsräte-Gesetz – (EBRG), welches bereits mit § 41 a EBRG die Möglichkeit zur Videokonferenz für Seebetriebsräte geschaffen hat.