

/ Die Betriebsparteien in der Corona-Krise: Gemeinsam einsam? - Umsetzbarkeit mitbestimmter Maßnahmen während der aktuellen Pandemie

Noerr

3/30/2020

Arbeitsrecht | Corona Crisis Center

Die Corona-Pandemie stellt Unternehmen vor enorme Herausforderungen gerade auch dann, wenn Arbeitsplätze erhalten und gesichert werden sollen. Denn viele wichtige Maßnahmen wie die Einführung von sozialen Verhaltensvorgaben (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), Maßnahmen zum Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), die Einführung von Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) oder Betriebsferien (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) und sie begleitende Maßnahmen wie die Versetzung von Mitarbeitern (in das Home Office, § 99 BetrVG) erfordern in Betrieben mit Betriebsrat seine Mitwirkung (soweit - wie häufig - keine tarifliche Regelung besteht). Das setzt allerdings einen handlungsfähigen Betriebsrat voraus. Dessen Handlungsfähigkeit wird in vielen Unternehmen aber durch - richtige und wichtige - Maßnahmen wie Kontaktverbote und „Social Distancing“ zur Vermeidung der Ausbreitung des Coronavirus (Covid-19; SARS-CoV-2) zunehmend in Frage gestellt. Diskutiert werden deshalb zurzeit intensiv Möglichkeiten, den Betriebsrat ordnungsgemäß zu beteiligen, ohne dass sich der Betriebsrat - wie bislang überwiegend für erforderlich gehalten wurde - physisch zusammensetzen muss. Ziel ist dabei, kurzfristig und rechtssicher Maßnahmen zum Schutz des Unternehmens und seiner Mitarbeiter umsetzen zu können. Die Politik - namentlich Bundesarbeitsminister Hubertus Heil - möchte dabei natürlich helfen. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über Gestaltungsoptionen und eine Orientierung für die betriebliche Praxis.

Das Problem - Betriebsratsbeschlüsse müssen von den physisch anwesenden Betriebsratsmit-gliedern unter Ausschluss Dritter erfolgen

Nach der Konzeption des Betriebsverfassungsgesetzes handelt der Betriebsrat als Kollegialorgan. Er bildet seinen gemeinsamen Willen durch Beschluss (§ 33 Abs. 1 BetrVG), der natürlich ordnungsgemäß zustande gekommen sein muss. Dazu muss der Betriebsrat nach der Rechtsprechung des BAG „beschlussfähig iSd. § 33 BetrVG sein und sich auf einer Betriebsratssitzung aufgrund einer mit den Vorschriften des BetrVG in Einklang stehenden Ladung mit dem jeweiligen Sachverhalt befasst und durch Abstimmung eine einheitliche Willensbildung herbeigeführt haben“ (BAG v. 15. April 2014 - 1 ABR 2/13 [B], Rn. 20). Ein ordnungsgemäßer Betriebsratsbeschluss erfordert danach, dass der Beschluss nach § 33 Abs. 1 BetrVG mit der Mehrheit **der Stimmen der anwesenden Mitglieder** gefasst wird. Ein Betriebsrat ist nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder **an der Beschlussfassung teilnimmt**, § 33 Abs. 2 BetrVG. Die Beschlussfassung setzt ferner eine ordnungsgemäße Ladung der Betriebsratsmitglieder unter Mitteilung der Tagesordnung voraus, § 29 Abs. 2 und 3 BetrVG. Betriebsratssitzungen dürfen darüber hinaus nicht öffentlich stattfinden (§ 30 S. 4 BetrVG).

Diese Voraussetzungen sind innerhalb der Vorgaben für Quarantäne, Social Distancing usw. nur schwer zu erfüllen. Was ist, wenn einzelne Betriebsratsmitglieder an Covid-19 erkrankt sind, einem behördlichen Beschäftigungsverbot unterliegen oder sich aus Angst vor Ansteckung weigern, an der Betriebsratssitzung teilzunehmen?

Virtuelle Alternativen?

Nachdem im Hinblick auf die Arbeitswelt 4.0 bereits (zu Recht) ausführlich von nahezu allen Seiten die technologische „Zurückgebliebenheit“ des Betriebsverfassungsrechts beklagt wurde, wird in der aktuellen Situation dennoch das Heil vermehrt zunächst in technologischen Alternativlösungen gesucht. Diese sind - in absteigender Reihenfolge - namentlich:

- ▶ Betriebsratssitzung via Videokonferenz (WebEx, FaceTime, Skype),
- ▶ Betriebsratssitzung via Telefonkonferenz,

- ▶ Umlaufbeschlüsse per E-Mail, WhatsApp oder vergleichbarer Messengerdienste.

Befeuert wurde diese Diskussion insbesondere durch die - gut gemeinte - Ministererklärung des Bundesarbeitsministers Hubertus Heil vom 23.03.2020, in der es unter anderem heißt:

„Wir sind der Meinung, dass in der aktuellen Lage, wenn beispielsweise die Teilnahme an einer Präsenzsitzung zu Gefahren für das Leben oder die Gesundheit der Betriebsratsmitglieder führt oder wegen behördlicher Anordnungen nicht möglich ist, auch die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz einschließlich online gestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype, zulässig ist.“

Diese Meinung des Ministeriums ist sicher ein guter erster Schritt. Den bisherigen gerichtlichen Vorgaben wird sie aber nicht gerecht. Warum?

Videokonferenzen und ihre Risiken

Eine Beschlussfassung per **Videokonferenz** kann nach teilweise von namhaften BAG-Richtern (vgl. APS/Koch, BetrVG § 102 Rn. 142) und führenden Kommentaren (Fitting, BetrVG § 33 Rn. 21c) vertretener Auffassung zulässig sein, soweit ihr kein Betriebsratsmitglied widerspricht. Sie kann nämlich gewährleisten, dass die Mitglieder des Betriebsrates i.S.d. BetrVG persönlich anwesend sind – auch wenn sie sich nicht gemeinsam in einem Raum befinden –, da sie die Möglichkeit haben sich gegenseitig nicht nur zu hören, sondern auch zu sehen. Dafür lassen sich gute Argumente finden. Allerdings kann auch bei einer Videokonferenz nicht ausgeschlossen werden, dass ein unberechtigter Dritter an der Beschlussfassung des Betriebsrates teilnimmt. Dies gilt selbst dann, wenn der Raum, in dem sich die an der Betriebsratssitzung teilnehmenden Betriebsratsmitglieder befinden, vollständig von der Videokamera einsehbar ist. Denn auch in diesem Fall bestehen technische Möglichkeiten, an der Videokonferenz unbefugt teilzunehmen. Dies gilt selbst für den Fall, dass die berechtigte Teilnahme an der Videokonferenz verschlüsselt wird. Das mag man als schwaches Argument betrachten, weil schließlich auch bei physischen Betriebsratssitzungen theoretisch an der Wand oder Tür gelauscht werden kann. Der Betriebsrat hat es bei physischen Sitzungen aber leichter, dies zu kontrollieren.

Telefonkonferenzen

Bei einer **Telefonkonferenz** des Betriebsrats kann ggf. zwar sichergestellt werden, dass die Betriebsratsmitglieder direkt miteinander kommunizieren und somit auf die Willensbildung der anderen Mitglieder direkt Einfluss nehmen können. Dennoch entspricht sie grds. nicht den Anforderungen des BetrVG. Denn den Grundsatz der Nichtöffentlichkeit von Betriebsratssitzungen einzuhalten, kann bei einer Telefonkonferenz nicht gewährleistet werden. Schließlich kann vom Betriebsrat technisch nicht ausgeschlossen werden, dass Dritte unberechtigt an der solchen Konferenz teilnehmen.

Umlaufbeschlüsse

Einigkeit besteht in der Rechtsprechung, dass ein so genannter **Umlaufbeschluss** aus mehreren Gründen unzulässig ist (LAG Köln v. 25.11.1998 - 2 TaBV 38/98; LAG Hamm v. 17.08.2007 – 10 TaBV 37/07). Nicht möglich ist deshalb, dass der Betriebsratsvorsitzende eine Beschlussvorlage an die einzelnen Betriebsratsmitglieder, z. B. via E-Mail, sendet, die dann die Möglichkeit haben, darüber mit „Ja“, „Nein“ oder einer Enthaltung abzustimmen.

Gilt etwas anderes aufgrund der Ministererklärung vom 23.03.2020?

Nein, an dieser Rechtslage hat auch die Ministererklärung des Bundesarbeitsministers nichts geändert. Sie kann die gesetzlichen Vorgaben nicht aushebeln, weil das BetrVG keine Möglichkeit für den Minister vorsieht, die bestehenden gesetzlichen Regelungen, z. B. durch den Erlass einer entsprechenden Verordnung, zu ändern. Diesbezüglich ist der Gesetzgeber gefragt. In dem Ende 2017 in Kraft getretenen § 41 a Europäische Betriebsräte-Gesetz (EBRG) ist die Zulässigkeit neuer Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten zur Gewährleistung der Teilnahme an Betriebsratssitzungen eines Europäischen Betriebsrats

allerdings ausdrücklich nur für Besatzungsmitglieder von Seeschiffen zugelassen, wenn diese sich auf See oder in einem ausländischen Hafen befinden. Voraussetzung für die Zulässigkeit ist ua, dass sichergestellt ist, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen. Eine vergleichbare Vorschrift für andere Betriebsratsgremien als Seebetriebsräte fehlt bislang.

Was tun, wenn man sich nicht auf virtuelle Sitzungen verlassen möchte?

Praktisch wird das Problem einer Alternative zur physischen Sitzung nur, wenn keine hinreichende Zahl an Betriebsratsmitgliedern bereit oder (rechtlich und/oder tatsächlich) in der Lage ist, an einer physischen Sitzung teilzunehmen.

An gesetzliche Fristen gebundene Maßnahmen

Handelt es sich um eine fristgebundene Maßnahme (§§ 99, 102 BetrVG), liegt das „Problem“ zunächst beim Betriebsrat, der sich fristgemäß zurückäußern muss. Gelingt ihm dies nicht, kann der Arbeitgeber die mitbestimmungspflichtige Maßnahme durchführen. Dieses Ergebnis der Risikoverteilung bei fristgebundenen Maßnahmen ist nicht so einseitig, wie es auf den ersten Blick wirkt. Denn dem Betriebsrat kommen in der Situation einer Pandemie mehrere praktische Erleichterungen zugute:

- ▶ Für infolge Quarantäne oder Erkrankung verhinderte Mitglieder (§ 25 BetrVG), können (und müssen dann auch) Ersatzmitglieder geladen werden.
- ▶ Kommen aus den vorgenannten Gründen nicht genügend Mitglieder zusammen, ist der Betriebsrat abweichend vom Gesetzeswortlaut nach der Rechtsprechung des BAG auch mit weniger als der Hälfte seiner Mitglieder beschlussfähig (BAG v. 18.08.1982 - 7 AZR 437/80). Denn ist der Betriebsrat auch nach Einrücken aller zur Verfügung stehenden Ersatzmitglieder nicht mehr vorschriftsmäßig besetzt, stellt die Rechtsprechung zur Ermittlung der Beschlussfähigkeit analog § 22 BetrVG auf die Zahl der **tatsächlich zur Verfügung** stehenden Betriebsratsmitglieder ab. Es reicht dann im Ergebnis aus, dass die Hälfte aller tatsächlich zur Verfügung stehenden Betriebsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt.
- ▶ Weigert sich ein Betriebsrat aus bloßer Furcht vor einer Ansteckung, sollte und kann vorsorglich ebenfalls ein Ersatzmitglied geladen werden. Denn ohne konkrete Anhaltspunkte einer erhöhten Ansteckungsgefahr spricht viel dafür, dass man die bloße Befürchtung einer Ansteckung nicht als Verhinderungsgrund anerkennen wird.

Eilbedürftige Maßnahmen ohne gesetzliche Fristbindung

Die vorstehenden Erleichterungen, insbesondere die Reduktion der Zahl der erforderlichen Betriebsratsmitglieder, greifen auch dann ein, wenn es um zeitkritische, wichtige Maßnahmen geht, für deren Abschluss keine gesetzlichen Fristen existieren, aber nicht lange aufgeschoben werden können, um keine Arbeitsplätze zu gefährden, wie z.B. der Abschluss von Betriebsvereinbarungen zur Einführung von sozialen Verhaltensvorgaben (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), Maßnahmen zum Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG), zur Einführung von Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) oder Betriebsferien (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG), aber auch Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen oder die Beteiligung bei notwendig werdenden Massenentlassungen.

Darüber hinaus sind in der Praxis folgende Maßnahmen denkbar:

- ▶ Nutzung von (desinfizierten, ggf. umfunktionierten oder angemieteten) Räumen, in denen die Social Distancing- und Hygiene-Vorgaben gewahrt werden. Nutzung von Schutzkleidung.
- ▶ Verlagerung von Betriebsratsarbeit in Ausschüsse, sodass sich weniger Mitglieder treffen müssen, um Beschlüsse vorzubereiten und - soweit zulässig - wirksam beschließen zu können.

Fazit

Da es dem Gesetzgeber - anders als im Aktienrecht, in dem virtuelle Hauptversammlungen möglich sind (vgl. § 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie) - bislang nicht gelungen ist, das BetrVG derart an die aktuelle Situation anzupassen, dass

virtuelle Betriebsratssitzungen und -beschlüsse zweifelsfrei möglich sind, ist bei ihnen Zurückhaltung geboten. Die Ministererklärung von Herrn Bundesminister Heil ändert daran nichts. Bevor „neue“ Technologien zum Einsatz kommen, um Betriebsratsbeschlüsse zu bewirken, sollten daher zunächst herkömmliche Alternativen ausgeschöpft werden. Dabei greifen nach der Rechtsprechung des BAG bei Verhinderung von Betriebsratsmitgliedern nicht nur rechtliche Erleichterungen (§ 22 BetrVG analog), sondern darüber hinaus sind auch praktische Maßnahmen möglich, die ein tatsächliches Umfeld schaffen, in dem der Betriebsrat keiner (unangemessenen) Infektionsgefahr ausgesetzt ist. Insbesondere bei Maßnahmen, die eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben (Betriebsvereinbarungen zur Kurzarbeit, Interessenausgleich und Sozialplan, Massenentlassung), sollte erst, wenn wirklich alle herkömmlichen Alternativen ausgeschöpft sind, auf virtuelle Möglichkeiten der Durchführung einer Betriebsratssitzung zurückgegriffen werden. Dabei gilt eindeutig die oben skizzierte Rangfolge: am vorzugswürdigsten ist eine Videokonferenz, am unsichersten ein Umlaufbeschluss via E-Mail oder Messenger. Unabhängig davon, welche Maßnahme getroffen werden soll: Wichtig zur Meisterung der derzeitigen Herausforderungen ist eine professionelle und lösungsorientierte Zusammenarbeit.

Haben Sie Fragen? Kontaktieren Sie gerne: [Patrick Mückl](#) oder Sophia-Clara Schulte

Praxisgruppe: [Arbeitsrecht](#)



Corona Crisis Center

Wir haben eine Task Force eingerichtet, die die Situation laufend im Hinblick auf die Auswirkungen für das Geschäft von Unternehmen analysiert.

[>> Zum Crisis Center](#)

Contact Person



Dr. Patrick Mückl

Mitglied der Practice Group Arbeitsrecht

Mitglied der Practice Group Restrukturierung & Insolvenz

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

T +49 211 49986227