Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen

Stellungnahme

Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.04.2021 (Drucksache 19/28899) zzgl. Anträge

Zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses Arbeit und Soziales am 17. Mai 2021 (127. Sitzung) eines Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) vom 21.04.2021

Bundesverband der Arbeitsrechtler in Unternehmen e.V. (BVAU)

© BVAU e.V. (Stellungnahme vom 11. Mai 2021)

BVAU e.V. I Drächslstraße 4 I 81541 München I info@bvau.de I www.bvau.de
VR Nr.: 3686 (AG Heidelberg) I Steuer-Nr. / VAT Reg No: 143/236/02493 (FA München)
Vertretungsberechtigter Vorstand i.S.d. § 26 BGB: Alexander R. Zumkeller (Präsident) I Prof. Dr. Rupert Felder (1. Vizepräsident)

Vorangestellt werden soll der Stellungnahme, dass der BVAU durchgängig auf für den betrieblichen Praktiker relevante Sachverhalte Bezug nimmt und eine politische Stellungnahme wo möglich meidet. Im Fokus der Stellungnahme steht daher nicht eine prinzipiell-dogmatische Betrachtung, sondern die Fragestellung der Umsetzbarkeit, Praktikabilität, Aufwand und Kosten.

1 Zusammenfassung

Der Entwurf wird zumindest dem Namen und selbst gestellten Anspruch, die Förderung der Betriebsratsarbeit – und nota bene der vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber – in einer digitalen Arbeitswelt voranzutreiben, nicht gerecht.

Die Versuche, Vereinfachungen zu ermöglichen, sowohl in der Betriebsratswahl wie auch in der Betriebsratsarbeit, sind anzuerkennen, bleiben jedoch weit hinter dem Möglichen und von den Betriebspartnern wie auch Belegschaften gewünschten Optionen zurück.

Vermisst wird insbesondere die Legalisierung von heute bereits in anderen Feldern vielfach umgesetzten elektronischen Wahlen, virtuellen Betriebsversammlungen, virtuellen gemeinsamen Verhandlungen oder vereinfachter Regelungen zum Abschluss von Vereinbarungen (formfreier Abschluss von Betriebsvereinbarungen) sowie die Klarstellung, dass die „Auslage“ von Betriebsvereinbarungen auch elektronisch erfolgen kann.

Erforderlich wäre angesichts der Masse an Software-Programmen, inkludiert Updates und Upgrades, die jedes Unternehmen überrollt, eine Klarstellung, dass § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht bei blosser Eignung (so contra legem seit BAG, 14.09.1984 - 1 ABR 23/82) von technischen Einrichtungen (Software-Produkten) zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle greift, sondern nur bei der Bestimmung der technischen Einrichtungen eben hierzu - wie der Gesetzestext an sich vorsieht; völlig ausreichend wäre das vom BAG bereits postulierte Verwertungsverbot von Tatsachen, die ohne Wahrung des Mitbestimmungsrechts erkannt wurden (BAG v. 29.10.1997 – 5 AZR 508/96) oder aber die verbindliche Erklärung des Arbeitgebers, dass die Anwendung nicht zur Überwachung von Leistung und Verhalten herangezogen wird, wodurch das Mitbestimmungsrecht auf Null reduziert würde, da der eigentliche mitbestimmungspflichtige Sachverhalt entfiele. Die Transaktionsaufwände in der Praxis sind aber gerade in diesem Bereich immens, und häufig nur, um eben eine Betriebsvereinbarung abzuschliessen des Inhalts dass keinerlei Leistungs- und Verhaltensdaten, die ausgewertet werden könnten, genutzt werden. Stattdessen soll eine vorbehaltlose Heranziehung Sachverständiger bei sog. KI-Produkten postuliert und damit die Transaktionsaufwände nochmals potentiell deutlich erhöht werden.

Inhaltsverzeichnis

1 Zusammenfassung 2

2 Zu den einzelnen Vorhaben 4

2.1 Vereinfachtes Wahlverfahren für Betriebsräte, Art. 1 Nr. 1 - 3 4

2.2 Virtuelle Sitzungen von Betriebsräten, Art. 1 Nr. 4 – 7 5

2.3 Vereinfachtes Wahlverfahren für die Jugend- und Auszubildendenvertretung, Nr 8 – 11 7

2.4 Elektronische Unterschrift, Nr 12 - 13 7

2.5 Datenschutz, Nr. 15 8

2.6 Sachverständige bei Einführung oder Anwendung von KI, Nr 15 9

2.7 Erweiterung des Katalogs in § 87 um mobile Arbeit, Nr. 16 11

2.8 Initiativrecht des BR bei Berufsbildung mit Einigungsstelle, Nr. 19 11

3 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft 13

3.1 Anhebung der Schwellenwerte: Zusatzbelastung nicht unter 12 Mio EUR 13

3.2 Einführung Einigungsstelle Berufsbidung und Mitbestimmung mobile Arbeit nicht unter 8,3 Mio – 16 Mio EUR 13

3.3 Systematische Berechnungsfehler 14

4 Stellungnahme zu den weiteren Anträgen 15

4.1 Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke et al 15

4.2 Antrag der Abgeordneten Carl-Julius Cronenberg et al 15

4.3 Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann et al 15

2 Zu den einzelnen Vorhaben

2.1 Vereinfachtes Wahlverfahren für Betriebsräte, Art. 1 Nr. 1 - 3

Die Anhebung des Schwellenwertes 50 auf 100 wahlberechtigte Arbeitnehmer für das verpflichtende und 100 auf 200 wahlberechtigte Arbeitnehmer für das konsensuale vereinfachte Wahlverfahren scheint wenig sachliche Begründung zu finden und ist nur teilweise zweckdienlich.

Die unternehmerische Grössenklasse bis unter 10 Beschäftigte erfasste im Jahr 2019 3,1 Mio Betriebe, 10 bis unter 50 Beschäftigte 357.937 Betriebe, 50 bis unter 250 Beschäftigte 73.823 Betriebe, 250 bis unter 500 9.363 Betriebe und rund 7.200 grössere Betriebe (statista 2021). Das tendenziell grösste Potential für zusätzliche Betriebsräte liegt daher in der Grössenklasse 10 – 50 Beschäftigte. Eine Anhebung des Schwellenwerts bewirkt daher eine Potentialvergrösserung von allenfalls rund 10%, da die bisherigen Schwellenwerte die weitaus meisten Betriebe erfassen. Damit erschliesst es sich nicht, wie durch Anhebung der Schwellenwerte insbesondere in den Betrieben mit grösstem Potential (10 – 50 Beschäftigte) Anreize für Betriebsratswahlen geschaffen werden sollen.

Wenn ein vereinfachtes Verfahren eingeführt bzw. ausgedehnt wird, stellen sich also und zudem Fragen:

Weshalb den Schwellenwert auf gerade 100 Wahlberechtigte anheben?

Weshalb ab Schwellenwert 100 ein Konsensualmodell?

Weshalb das vereinfachte Verfahren nicht wirklich vereinfachen?

Vereinfachungen wären insbesondere (i) einstufiges Verfahren statt zweistufigem Verfahren, (ii) Entfall des schwer handzuhabenden Geschlechterquote aus § 15 II für das vereinfachte Verfahren, (iii) grundsätzliche Option für Schriftwahl, (v) grundsätzliche Möglichkeit elektronischer Wahlen.

Eine Vielzahl ebenfalls bedeutender Wahlen werden bereits heute in Absenz durchgeführt (zB Wahlen von Kammern, Selbstverwaltungsorganen, und wie vorgesehen elektronische Stimmabgabe bei Sozialwahlen).

Gerade in der Pandemie hat sich gezeigt, dass die Organisation einer für das vereinfachte Verfahren erforderlichen Versammlung, und dies zwei Mal hintereinander, insbesondere in ländlichen Räumen erheblichen Schwierigkeiten begegnet, wenn und soweit die Gebote des Infektionsschutzes eingehalten werden sollen.

Die Umstellung vom regulären auf das vereinfachte Verfahren der Betriebsratswahl wirkt sich zudem mit zunehmender Betriebsgrösse dramatisch kostensteigernd aus. Betrachtet man nur den Mehraufwand durch Präsenz von Beschäftigten, dürfte hier ein Faktor 4 vorliegen: ist der Gang zur Urne bei regulären Wahlen mit im Schnitt unter 15 Minuten zu veranschlagen, dürfte eine Versammlung – derer es zwei geben muss – auf eine Stunde zu veranschlagen sein. Bei einem Durchschnittsverdienst in Deutschland von 3.994 EUR (eine

40-h-Woche unterstellt) beträgt je Beschäftigtem der Absenzaufwand damit 45,90 EUR statt 5,74 EUR bei der Urnenwahl. Beteiligen sich nur 50 Beschäftigte an der Wahl, sind das bereits Mehrkosten in Höhe von rund 2.000 EUR (zzgl AG-Anteile SV) je Betrieb. Werden von den rund 60.000 zusätzlich denkbaren Betrieben des angehobenen Schwellenwertes nur 10% erreicht, sind das rund 6.000 Betriebe, verursachend einen Gesamtzusatzaufwand von 12 Mio EUR; hinzugerechnet müssten zudem noch Arbeits- und damit Produktionsausfall, Hallenmiete, evtl. Logistikaufwendungen etc.

Fazit:

Es ist nicht ersichtlich, dass das angestrebte Ziel einer höheren Durchdringung der Betriebe mit Betriebsräten durch die Änderungen erreicht werden könnte, und wenn, dann zu unverhältnismässigem Kostenaufwand.

Empfehlung:

Ein tatsächlich vereinfachtes Verfahren (einzügig), das zudem auch virtuell durchführbar ist, könnte sich als Alternative erweisen. In der jetzigen Fassung ist der Entwurf unpraktikabel und ist, da trotz höherer Kosten die angestrebten Ergebnisse nicht werden erzielt werden können, als unverhältnismässig abzulehnen.

2.2 Virtuelle Sitzungen von Betriebsräten, Art. 1 Nr. 4 – 7

In der Pandemie hat sich gezeigt – im Übrigen bereits vor entsprechenden gesetzlichen Übergangsregelungen – dass virtuelle Betriebsratssitzungen sinnvoll sind und sicher durchgeführt werden können.

Ausserhalb der Pandemie ist insbesondere bei Betrieben mit bundesweit vertretener Belegschaft, zB Aussendienst oder Filialisten, die virtuelle Sitzung insbesondere bei den Betriebsratsmitgliedern selbst beliebt und von ihnen ersucht, um z.B. unproduktive Reisezeiten zu vermeiden und Privatleben mit Berufsleben besser zu vereinbaren. Umso mehr trifft dies für Gesamt- und Konzernbetriebsratsgremien zu, da deren Mitglieder noch häufiger geografisch weit auseinander beschäftigt werden. Zu Recht sind seit 2017 so auch Sitzungen von Seebetriebsräten selbstverständlich virtuell durchführbar.

Die Notwendigkeit eines gesetzlichen Vorrangs der Präsenzsitzung ist nicht nachvollziehbar. Es ist richtig, dass Sitzungen und Verhandlungen in Präsenz eine andere Qualität der Partizipation darstellen können. Von Bedeutung ist dies aber eher themen- oder konfliktbezogen statt hinsichtlich einer mengenmässigen Vorgabe („Vorrang“). Ebenso wenig kann nachvollzogen werden, weshalb die Sitzung nicht virtuell stattfinden kann, wenn mindestens ein Viertel der Betriebsräte dies einfordern. Insbesondere in kleinen Betriebsratsgremien kann dies dazu führen, dass eine kleine Minderheit virtuelle Sitzungen verhindern kann – auch z.B. in Pandemie-Situationen. Ein Durchsetzungsrecht der Mehrheit, zumindest bei gegebenem sachlichem Grund schiene hier angebracht; das Beschlussverfahren wäre hier wegen seiner Dauer als Konfliktlösungsmöglichkeit nicht angebracht. Vielmehr sollte der Minderheit, wenn ihr denn überhaupt ein Vetorecht

eingeräumt wird, dies nur bei katalogartig definierten Gründen – etwa bei bereits nachgewiesenem Bruch der Geschlossenheit der Sitzung – zugestanden werden.

Die Bestätigung der Sitzungsteilnahme in Textform scheint anachronistisch und nicht erforderlich. Die meisten virtuellen Sitzungs-Systeme verfügen über eine automatisch erzeugte Teilnehmerliste. Ein Screenshot dieser, oder aber ein Screenshot der Videos der Teilnehmer im gemeinsamen virtuellen Raum, genügt der Absicherung der Präsenz ebenso.

Soweit häufig vordergründig mit dem erhöhten Schutz der Vertraulichkeit argumentiert wird, deren Einhaltung vermeintlich nicht garantiert werden könnte, wird vergessen, dass eine Vielzahl gewisslich noch vertraulicherer Angelegenheiten in Unternehmen, insbesondere globalen Konzernen, längst virtuell umfassend erörtert, beraten und entschieden werden. Eine Ausnahmesituation des Betriebsrates kann insoweit schwer erkannt werden.

Fazit:

Im Grundsatz ist zu begrüssen, dass virtuelle Sitzungen der Gremien zulässig – und damit eine längst geübte Praxis – legalisiert wird. Einzelne Punkte wie Vorrang der Präsenz, Teilnahmebestätigung und Minderheitenveto sollten moderner gefasst und korrigiert werden.

Unabdingbar ist, dass diese Regelungen für sämtliche Gremien des Betriebsverfassungsgesetzes – nota bene auch des Sprecherausschussgesetzes, also den Konzernsprecherausschuss - gelten, also neben dem Betriebsrat auch dem Gesamtbetriebsrat, den Konzernbetriebsrat für den die Gründe noch mehr greifen sowie Ausschüsse dieser Gremien, wie auch dem Europäischen Betriebsrat.

Ausserdem muss die Regelung auch für Verhandlungssitzungen mit der Arbeitgeberseite und die Einigungsstelle gelten, ein Auslaufen der Regelung des § 129 Abs. 2 BetrVG zum 30.06.2021 darf nicht stattfinden. Dies auch, da diese einen grösseren Wirkungsbereich denkbarere Einigungsstellenvorsitzenden eröffnet und damit die Unparteilichkeit und Akzeptanz gegenüber einer bisherigen Übung, auf geografisch näher liegende Einigungsstellenvorsitzende zurückzugreifen, fördern könnte. Virtuelle Einigungsstellen können zügiger (da keine Anreisezeiten und grössere Zugriffsmöglichkeit auf sonst verhinderte Einigungsstellenvorsitzende), und damit im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes rascher zu Befriedung führen, und können zudem kostenschonender sein.

Schliesslich scheint widersinnig, einerseits allerorten mobile Arbeit / Homeoffice zu fördern und Ansprüche hierauf zu regeln, andererseits betriebsverfassungsrechtlichen Gremien genau dies, mobile Arbeit, de facto zu verwehren.

Empfehlung:

Virtuelle Verfahren sollten aus Praktikersicht für sämtliche betriebsverfassungsrechtlichen Gremien (einschliesslich derer des Sprecherausschussgesetzes und europäischen Betriebsrätegesetzes), einschliesslich Beratungen mit der Arbeitgeberseite und der

Einigungsstelle, eingeführt werden. Die formalen Hürden – Teilnehmerverzeichnis und Sperrminorität – sollten auf ein absolutes Minimum reduziert werden.

2.3 Vereinfachtes Wahlverfahren für die Jugend- und Auszubildendenvertretung, Nr 8 – 11

Es gelten die zum vereinfachten Wahlverfahren für Betriebsräte getätigten Ausführungen entsprechend

2.4 Elektronische Unterschrift, Nr 12 - 13

Dass Betriebsvereinbarungen auch ohne Schriftform abgeschlossen werden können sollen ist zu begrüssen. Das Herumreichen von Unterschriftsmappen – auch im Umlaufverfahren - ist anachronistisch, und gerade wenn und soweit Arbeitgebervertreter und Betriebsratsvertreter an unterschiedlichen Standorten lokalisiert sind mitunter nicht einfach und zeitraubend.

Unbefriedigend indes ist der Bedarf der „qualifizierten elektronischen Signatur“. Diese Hürde scheint zu hoch angesetzt. Es bedarf hierfür aufwändiger Hardware, Software und Zertifikate:

Für eine Einzellösung sprechen wir von einem Anschaffungsaufwand von um die 400 EUR – D-Trust Signaturkarte, Kartenlesegerät, Middleware.

Aus praktischer Sicht kommt allerdings hinzu, dass Signaturkarten grundsätzlich personenbezogen sind. Je nach Struktur und Grösse des Betriebs, der Arbeitnehmervertretung (Betriebsratsvorsitzender, Stellvertreter, Ausschüsse etc.) und der Zuständigkeiten der Arbeitgebervertreter (z.B. verschiedene Personalverantwortliche), bedarf es also gleich einer Vielzahl von Karten, Kartenlesegeräten und Softwarezertifikaten.

Weiterhin ist die Installation vorzunehmen. In vielen Unternehmen sind, aus Sicherheitsgründen, z.B. die USB-Anschlüsse von PCs gesperrt, firewalls gesetzt etc. In einem globalen Unternehmen ist ein Einverständnis der häufig im Ausland ansässigen Zentrale und IT-Leitung kaum zu erhalten, auch, da dort kein Verständnis für in einzelnen Ländern gegebene komplizierte Verfahrensweisen herbeizuführen ist. Die der Sicherheit – Informationsschutz wie auch Datenschutz – dienenden firewalls lassen den Datenfluss zudem nicht zu.

Die Erfahrung von Syndikusrechtsanwaltskollegen, die vor ähnlichen Herausforderungen standen und stehen, lassen zu, festzuhalten, dass in mindestens der Hälfte der globalen Unternehmen solche Installationen nicht umzusetzen sind. Soweit dies doch möglich wird, summieren sich Installation, Freigaben etc. je Betrieb (abhängig von der Zahl der Nutzer) auf etliche tausend EUR im zumindest 5-stelligen Bereich.

Es kann nicht nachvollzogen werden, weshalb nicht einfachere, den Unterzeichner ebenfalls hinreichend identifizierenden elektronische Lösungen in Betracht gezogen werden. Insoweit

ist als kurios zu bezeichnen, dass ein Betriebsrat einen Sachverständigen für mehrere zehntausend EUR per einfacher eMail beauftragen kann, ein Rauchverbot für die Belegschaft aber eine qualifizierte elektronische Unterschrift nach dem Signaturgesetz erforderlich macht. Auch die Anhörung des Betriebsrats zu Kündigungen und Versetzungen und die Stellungnahme des Betriebsrats sind seit Jahrzehnten formfrei (zB Fax, eMail, elektronische workflows).

Fazit:

Die Möglichkeit der elektronischen Unterschrift ist als längst überfällig zu begrüssen. Die Hürden müssen jedoch herabgesetzt werden, einer elektronischen Unterschrift nach dem Signaturgesetz bedarf es nicht. Zumindest für die Regelungsgegenstände des § 87 BetrVG sollte eine einfache elektronische Unterschrift ausreichen, für den Abschluss von Interessenausgleichen und Sozialplänen könnte über höhere Anforderungen nachgedacht werden.

Empfehlung:

Wenn der Gesetzgeber nicht einfache Textform als hinreichend ansehen möchte, um Betriebsvereinbarungen abzuschliessen, so sollte dennoch eine Lösung, die deutlich hinter den Erfordernissen des Signaturgesetz liegen, herangezogen werden. Der Markt bietet solche einfachen, kostengünstige Lösungen an. Die elektronische Form könnte auch überlegt werden, nur im Einvernehmen der Betriebsparteien zu wählen, oder für bestimmte Regelungsgegenstände – etwa §§ 87, 99 BetrVG – ausdrücklich zuzulassen.

2.5 Datenschutz, Nr. 15

Es ist zu begrüssen, dass die Erforderlichkeit des Einhaltens der DSVGO / BDSG durch den Betriebsrat unzweideutig bestätigt wird.

Im Übrigen begegnen dem Entwurf der Regelung massive rechtspraktische Bedenken:

Ist der Arbeitgeber der für die Verarbeitung auch von Daten des Betriebsrats verantwortliche Stelle, ist unabdingbar, dass der Arbeitgeber ein Einsichts- und Weisungsrecht hinsichtlich der Erhebung, Speicherung und Verarbeitung der vom Betriebsrat erfassten Daten hat. Unzweifelhaft muss die Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragen sodann auf den Betriebsrat erstreckt werden und z.B. das Verfahrensverzeichnis führen. Als verantwortliche Stelle müsste der Arbeitgeber auch in die Lage versetzt werden, den Auskunftsanspruch von Beschäftigten und ehemaligen Beschäftigten nachzukommen und also Zugriff auf die Daten des Betriebsrats eingeräumt bekommen.

Schon bisher ist der Betriebsrat nach allgemeiner Auffassung Teil der datenverarbeitenden Stelle „Arbeitgeber“. Indes meint das BAG hierzu, dass Betriebsräte in eigener Verantwortung für die Einhaltung des Datenschutzes zu sorgen haben und es ist mit Blick auf die zu wahrende Unabhängigkeit nicht Sache des Arbeitgebers sei, ihm insoweit Vorschriften zu machen (BAG, 7 ABR 23/11 vom 18.07.2012).

Gerade der Betriebsrat verfügt über eine Reihe hochsensibler Daten – z.B. im Fall der Anhörung zu personenbedingten Kündigungen über Krankheitsthemen, Vergütung, familiäre Daten, Schwerbehinderteneigenschaft, ggf auch Diagnosen und Prognosen von Krankheiten.

Verantwortung, in der Folge auch Haftung, und Verantwortung für den Datenschutz sind untrennbar. Entweder wird der Arbeitgeber verantwortliche Stelle für die Datenhaltung des Betriebsrats, wie im Entwurf vorgesehen, mit den dann logischen Folgen des Einsichts- und Weisungsrechts, oder aber der Betriebsrat als Gremium ist verantwortliche Stelle, womit Einsichts- und Weisungsrecht des Arbeitgebers entfielen und aber noch die Rolle des Datenschutzbeauftragten geklärt werden müsste.

Fazit:

Die Manifestierung, dass Datenschutzrecht auch für das Betriebsratsgremium und deren Mitglieder gilt, ist zu begrüssen.

Die Rechtspraktikabilität erfordert indes, dass der Betriebsrat selbst datenverarbeitende Stelle ist und nicht Teil der „datenverarbeitenden Stelle Arbeitgeber“, da der Arbeitgeber ohne entsprechende Einsichts- und Weisungsrechte seine Aufgaben als datenverarbeitende Stelle nicht wahrnehmen kann. Es müsste klargestellt werden, dass sich Auskunftsansprüche von Beschäftigten hinsichtlich des Datenbestandes gegen den Betriebsrat richten.

Die Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Regierungsfraktionen vom 07.05.2021 helfen diesem strukturellen Mangel nicht ab, wenngleich er bei einer angenommenen alleinigen Daten-Verantwortlichkeit des Betriebsrats zu begrüssen ist.

Empfehlung:

Klarstellung, dass entweder der Betriebsrat Teil der verantwortlichen Stelle ist, sodann Ausstattung des Arbeitgebers auch mit Weisungs- und Informationsrechten des Datenverantwortlichen, oder klare Herausnahme des Betriebsrats aus der „verantwortlichen Stelle Arbeitgeber“, Definition der Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragten auch für den Betriebsrat und Richtung aller Ansprüche – etwa Auskunftsansprüche – bezüglich der betriebsrätlichen Datenhaltung ausschliesslich gegen den Betriebsrat

2.6 Sachverständige bei Einführung oder Anwendung von KI, Nr 15

Die ungeprüfte und als erforderlich indizierte Beiziehung von Sachverständigen in Themenbereichen der künstlichen Intelligenz birgt im Zweifel mehr Konfliktpotential denn die bisherigen, bewährten Regelungen zunächst auf internen Sachverstand zurückgreifen zu müssen, und dann im Erforderlichkeitsfall auch auf Externe zugreifen zu können.

Heute bestehen Konflikte der Betriebsparteien allenfalls hinsichtlich der Erforderlichkeit eines (externen) Sachverständigen. In den Bereichen des § 87 BetrVG ist dies auf Einzelfälle beschränkt, in der Praxis finden sich diese Konflikte eher im Bereich des Vorfelds der Verhandlungen zu einem Interessenausgleich.

Das liegt insbesondere daran, dass mittlerweile – anders als in den 1980er-Jahren - die meisten Betriebsratsgremien vüber Betriebsratsmitglieder verfügen, die selbst ausreichend Sachverstand haben. Ist dies nicht der Fall, steht der Weg offen Ausschüsse nach § 28 BetrVG mit sachverständigen Arbeitnehmern zu besetzen. Zudem kann der Betriebsrat die zur Seite Stellung sachkundiger Arbeitnehmer, § 80 Abs. 2 BetrVG, verlangen.

Die Fiktion der Erforderlichkeit der Heranziehung eines Sachverständigen in KI-Fragen führt indes zu neuen, bisher nicht gekannten, Konfliktpotentialen: einmal zum Konflikt, ob es sich bei der einzuführenden Software überhaupt um „KI" handelt, denn viele Hersteller bewerben ihre Software zwar mit „KI", beinhaltet indes lediglich nicht offengelegte Algorithmen einer Standard-Software und ist weit entfernt von tatsächlicher KI.

Es fehlen somit Legaldefinitionen einerseits von „KI" und andererseits des „Sachverständigen".

Bleiben wird der Konflikt, in welchem Umfang bzw. bis zu welchem Zeitaufwand ein externer Sachverständiger erforderlich ist – Erfahrungen, die in den 1980er-Jahren gemacht wurden. Eine Unendlichkeitsfiktion wäre letztlich verfassungsrechtlich bedenklich. Zudem wird ein weites Feld für Berater eröffnet, hinsichtlich derer sich mitunter ein Konflikt ergeben kann, ob und inwieweit diese „Sachverständige" sind, da der Begriff des Sachverstandes keinerlei gesetzlicher oder verbandlicher Prüfung und Gewähr unterliegt.

Fazit:

Es ist nicht zielführend, externe Sachverständige für KI als per se erforderlich zu bestimmen. Im Gegenteil, es werden alte Konfliktfelder hierdurch wieder geöffnet und neue erschlossen.

Ohne Legaldefinition von KI und Sachverstand, und zudem einer zeitlichen Eingrenzung, werden durch die Regelung mehr Konflikte eröffnet als Meinungsunterschiede befriedet. Die Regelung sollte daher entfallen. Eine Ergänzung des – durch die Rechtsprechung ausgedehnten § 87 Abs. 1 Nr 6 BetrVG – bedarf es in der Tat nicht.

Notwendig wäre zumindest, eine Begrenzung des zeitlichen Aufwandes festzulegen und den Nachweis tatsächlichen Sachverstandes zu definieren. Ausserdem sollte an eine Möglichkeit der Zertifizierung von „KI"-Lösungen im Rahmen einer ggf paritätisch besetzten „Bundesprüfkommission" überprüft werden mit etwa einem Siegel für unbedenklichen Einsatz in Unternehmen – denn wir werden in Zukunft über immer wieder die gleichen Produkte und Produktkategorien sprechen.

Empfehlung:

Praktiker befürchten weniger eine Befriedung oder höhere Akzeptanz in der Belegschaft denn die Eröffnung neuer Konfliktpotentiale auf längere Sicht hin. Auf Grund der durchgängig ausreichenden Regelungen der stufenweisen Heranziehung zunächst internen und sodann externen Sachverstandes streichen der Regelung. Andernfalls Einführung einer klaren Legaldefinition zu KI, zu Sachverständigen und eines Höchstumfanges der Beratungen.

2.7 Erweiterung des Katalogs in § 87 um mobile Arbeit, Nr. 16

Die Erweiterung des Mitbestimmungskatalogs des § 87 Abs. 1 BetrVG um die Ausgestaltung mobiler Arbeit ist inhaltlich nicht erforderlich, da die möglichen Mitbestimmungsrelevanten Themenbereiche bereits umfassend geregelt sind. § 87 Abs. 1 Nr. 1 (Ordnung des Betriebes), Nr. 6 (technische Einrichtungen), Nr. 7 (Verhütung von Arbeitsunfällen), § 89 (Arbeitsschutz), § 90 Abs 1 Nr 4 (Planung der Arbeitsplätze), § 80 Abs. 1 Nr 1 (Überwachung des Einhaltens von Gesetzen) bieten bereits heute eine hinreichende Regelungsdichte.

Hingegen fehlen auch nur im Ansatz die erforderlichen Gegenstücke, namentlich und insbesondere Anspruch des Arbeitgebers auf Gewährleistung von Daten- und Informationsschutz, zB durch ein Zutrittsrecht zu gewährleisten, weiterreichende gesetzliche Absicherungen gegen Unfälle durch die BG (z.B. das Holen eines Getränks fällt nicht unter den gesetzlichen Unfallversicherungsschutz, BSG Urt. v. 05.07.2016 Az B 2 U 5/15R, Wege im Homeoffice – auch zum eigentlichen Arbeitsplatz selbst – sind nicht generell unfallversichert, LSG NRW Urt. v. 09.11.2020, Az L 17 U 487/19), oder insbesondere bei dem zunehmenden Wunsch von Beschäftigten auch im (insbesondere in Grenzregionen) Ausland Arbeitsleistungen virtuell zu erbringen die steuerlichen und / oder sozialversicherungsrechtlichen Rahmenregelungen.

Fazit:

Die Neuregelung bringt allenfalls zusätzliche Rechtsklarheit. Indes ist sie inhaltlich überflüssig, da hinreichend viele ausdifferenzierte Mitbestimmungstatbestände bestehen. Es fehlen wichtige Begleitregelungen zu Daten- und Informationsschutz, Unfallschutz, Steuer- und Sozialversicherungsrecht.

Empfehlung:

Die Regelung scheint lediglich einem politischen Programmsatz denn der praktischen Erforderlichkeit zu folgen. Daher ist eine ersatzlose Streichung angebracht.

Die Ergänzung des § 6 SGB VII, wie die Formulierungshilfe der Regierungsfraktionen für einen Änderungsantrag vom 07.05.2021 beinhaltet, wird im Grundsatz begrüsst, aber als unzureichend empfunden. Der Versicherungsschutz ist auf die alltäglichen Verrichtungen, die für eine Tätigkeit im „Homeoffice“ getätigt werden, zu erstrecken. Die Beschäftigten dürfen insoweit nicht auf jahrelange Instanzenwege verwiesen werden.

2.8 Initiativrecht des BR bei Berufsbildung mit Einigungsstelle, Nr. 19

Ein völlig neuartiges Instrument wäre der Einsatz der Einigungsstelle ohne Einigungszwang im Rahmen der Personalplanung, soweit keine Einigung über den Bedarf der Berufsbildung besteht. Die Einigungsstelle ist ein Konfliktlösungsinstrument, §§ 77 II, 87 II BetrVG besonderer Art im Betriebsverfassungsgesetz, neben dem gerichtlichen Beschlussverfahren. Die Eigenart beider Konfliktlösungsinstrumente ist indes nachgerade die Lösung eines Konflikts, nicht dessen Offenhaltung. Eine Ausnahme findet sich aus dem verfassungsrechtlichen Verbot des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb lediglich bei der Einigungsstelle im Rahmen von

Interessenausgleichsverhandlungen und findet seine Begrenzung ohnedies im fallweise erzwingbaren Sozialplan, der verhandlungstechnisch üblicher Weise mit dem Interessenausgleich verknüpft wird.

Die Einigungsstelle soll entsprechend der Begründung denn auch „eine moderierende Funktion zwischen den Parteien“ übernehmen. Dies ist dann jedoch eine Moderation oder Mediation. Ein Anspruch der Parteien auf eine Mediation wäre damit sachgerechter.

Unabdingbar notwendig wären hier Einschränkungen der Dauer des Verfahrens. Die Erfahrungen aus den Einigungsstellenverfahren im Zusammenhang mit Interessenausgleichen zeigt, dass, bis eine hinreichend gefestigte Rechtsprechung zur Feststellung des Scheiterns der Verhandlungen, Jahre auf sich warten lassen wird.

Zudem sollte ein Sperrvorbehalt normiert werden analog § 87 I Eingangssatz BetrVG für die Fälle des Vorliegens gesetzlicher oder tariflicher Regelungen sowie des Bestehen einer freiwilligen Betriebsvereinbarung zu dem Regelungsgegenstand.

Fazit:

Wenn hinsichtlich der Konflikte bei der Berufsbildung iSd § 96 BetrVG als erforderlich angesehen sollte, ein gesondertes Verfahren einzuführen, sollte dieses durch eine Mediations- oder Moderatorenregelung, nicht jedoch durch eine Einigungsstelle erfolgen. Externe Beisitzer sollten ausgeschlossen sein, da eine Erzwingbarkeit einer Regelung nicht gegeben ist und insoweit erhöhte Ansprüche an die Medianten nicht gegeben sind. Eine zeitmässige Einschränkung sollte dringend überprüft werden, zudem sollte unzweideutig geregelt werden dass bei Erklärung des Scheiterns der Mediation oder Moderation diese zu beenden ist, auch da erzwungene Mediationen dem Wesen der Mediation fremd sind.

Empfehlung:

Grundsätzlich reicht das betriebsverfassungsrechtliche Instrumentarium auch hier aus. Wenn nichtsdestoweniger eine Mediation in dieser Farge politisch angestrebt ist, sollte eben dieses Verfahren auch beschrieben werden und konsequent geregelt sein, inklusive des Rechts der einseitigen Beendigung des Verfahrens.

3 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft

Der von der Bundesregierung eingeschätzte Erfüllungsaufwand von rund 4 Mio EUR wird um ein vielfaches überstiegen werden.

3.1 Anhebung der Schwellenwerte: Zusatzbelastung nicht unter 12 Mio EUR

Die Umstellung vom regulären auf das vereinfachte Verfahren der Betriebsratswahl für zusätzliche Betriebsgrössen (Anhebung der Schwellenwerte) wird nicht erwähnt. Hierzu bereits die Ausführungen oben. Der zu erwartende Mehraufwand für die Wirtschaft wird im zweistelligen Millionenbereich mit 12 Mio EUR eher niedrig angesetzt liegen.

3.2 Einführung Einigungsstelle Berufsbildung und Mitbestimmung mobile Arbeit nicht unter 8,3 Mio – 16 Mio EUR

Der Sachaufwand für Arbeitgeber wird alleine wegen der möglichen Einigungsstelle in der Berufsbildung und der standardmässigen Hinzuziehung eines Sachverständigen bei KI auf rund 4 Mio EUR geschätzt. Zu Grunde gelegt werden Einigungsstellenkosten in Höhe von 7.500 EUR, für IT-Sachverständige ein Tagessatz von 833 EUR.

Der Erfahrung der Praktiker nach sind diese Einschätzungen eher am untersten Rand der tatsächlichen Aufwände.

Sachverständige, insbesondere im IT-Bereich, sind, soweit sie nach der JVEG zu vergüten wären, mit 125 EUR /h (Nr. 11.4 der Anlage 1 zur JVEG), entsprechend einem Tagessatz von 1.000 EUR. Es dürfte allgemein bekannt sein, dass auf dem freien Markt höhere Sätze einverlangt werden. Die Dauer der Hinzuziehung dürfte, an Erfahrungen der Einführung von SAP und ISDN in den 1980er und 1990er Jahren, bei 3 bis 4 Tagen im Durchschnitt liegen. Die Berechnungsbasis ist daher unrichtig angenommen. Bei den von der Bundesregierung angenommenen 1.370 Fällen von Betriebsräten mit Beratungswunsch ergibt sich mithin ein Kostenaufwand von 4,1 Mio bis 5,5 Mio EUR.

Einigungsstellen werden insbesondere dann, wenn bereits zuvor langwierige Vorverhandlungen erfolgten, eingerichtet. Es entspricht der damit auch leicht nachzuvollziehenden Praxiserfahrung, dass eine Einigungsstelle nicht unter 2 bis 5 Sitzungstagen abgehandelt wird. Bei Kosten eines Vorsitzenden je Sitzungstag von 1.500 EUR und je Seite nur eines externen Beisitzers von 7/10 dieses Betrages, also 1.050 EUR, sind dies reine externe Aufwände in Höhe von 3.600 EUR/Tag, je Einigungsstelle mithin 7.200 EUR bis 18.000 EUR. Hinzuzurechnen sind noch die internen Personalaufwendungen des Arbeitgebers und Betriebsrats, auf Basis des für diese Personengruppe sehr niedrig gegriffenen Durchschnittsentgelts in Höhe von 3.994 EUR/Mt, sind dies, bei nur einem innerbetrieblichen Beisitzer je Seite, je Tag und Teilnehmer 184 EUR, mithin zusätzlich 736 EUR bis 1.840 EUR. Dazu kommen Fahrkosten der externen Beisitzer, Raumkosten, Verpflegungskosten, sodass in Summe eine Einigungsstelle in der Spanne zwischen 10.000 EUR und 25.000 EUR anzusetzen sind. Bei den niedrig angesetzten Fallzahlen, die die Bundesregierung annimmt, sind dies jährlich 4,2 Mio bis 10,5 Mio EUR für Einigungsstellen

für mobile Arbeit und etwa denselben Betrag für Einigungsstellenverfahren hinsichtlich beruflicher Qualifikation.

3.3 Systematische Berechnungsfehler

Der Gesetzesbegründung nach sind die Daten über die Kosten im Wesentlichen von Betriebsräten, Gewerkschaften und gewerkschaftsnahen Einrichtungen erhoben worden. Diese Institutionen verfügen nicht über das erforderliche Datenmaterial, insbesondere zu Nebenkosten.

Ein weiterer systematischer Fehler liegt in der Betrachtung der Erfahrungen aus der Vergangenheit. Wird das Ziel des Gesetzes, die Anzahl der Betriebsräte zu steigern, erreicht, steigen damit auch diese Kosten linear mit der Zunahme der Gremien.

Selbst, würden diese Zahlen im Durchschnitt der Richtigkeit entsprechen, werden im Einzelfall diese Werte deutlich übertroffen werden. Dem einzelnen Unternehmen nützt nicht ein niedriger Durchschnittswert, sondern ist getroffen von den bei ihm selbst tatsächlich anfallenden Kosten. Angesichts der derzeitigen schwierigen Lage gerade der Betriebe im KMU-Bereich, scheinen selbst die zu niedrig angesetzten Belastungen als unverhältnismässig, zumal eine Gewähr der Entlastung durch das dritte Bürokratieentlastungsgesetz nicht vorliegt, dass gerade diese hierdurch belasteten Betriebe entlastet würden.

4 Stellungnahme zu den weiteren Anträgen

4.1 Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke et al

Soweit der dortige Antrag auf die Unternehmensmitbestimmung abhebt, vermag er zu den Einwänden der Praktikerseite zu dem Gesetzesentwurf nichts beizutragen. Indes ist festzuhalten, dass ein weiteres Beteiligungsrecht neben §§ 106, 111 ff BetrVG im Falle von Restrukturierungen mit einer Verlagerung in die Aufsichtsratsebene mehr Fragen aufwirft denn ggf. lösungsorientiert ist. Allenfalls, wenn damit die vorbenannten betrieblichen Beteiligungsrechte entfielen, könnte diesem Gedanken an sich nähergetreten werden. Nicht aufgelöst würde damit aber immer noch, dass die betriebliche Mitbestimmung nicht ohne Weiteres mit der Unternehmensmitbestimmung gleichläuft, nur als ein Beispiel etwa Gemeinschaftsbetriebe nicht erfasst wären.

4.2 Antrag der Abgeordneten Carl-Julius Cronenberg et al

Der Antrag geht in Wesentlichen Punkten mit den Forderungen der Praktiker einher.

Virtuelle Betriebsratswahlen, virtuelle Betriebsratsarbeit bis hin zur virtuellen Betriebsversammlung, für alle betrieblich relevanten Gremien, beschleunigen und vereinfachen sämtliche Prozesse im Interesse aller Beteiligten; im Detail wird auf die Ausführungen zu oben 2. verwiesen.

Zudem zeigt die Praxiserfahrung, dass die Teilnahme an virtuellen Betriebsratssitzungen signifikant höher ist denn bei Präsenzversammlungen, naturgemäss insbesondere im „white collar“ Bereich und somit die Partizipation der Belegschaften tatsächlich erhöht. Dass hierzu keine Statistiken vorhanden sind, ergibt sich vereinfacht gesagt aus der bisherigen Nichtstatthaftigkeit, nicht sdesto weniger sind einige sehr grosse Softwareunternehmen in Deutschland bekannt, die dies einvernehmlich mit den Betriebsvertretungen und mit grossem Teilnahmeerfolg praktizieren.

4.3 Antrag der Abgeordneten Jutta Krellmann et al

Eine Definition des Betriebes, der von einem Leitungsapparat abgekoppelt wird, wird in der Praxis erheblichen Problemen gegenüberstehen, da ein arbeitgeberseitiger Verhandlungspartner dann nicht einfach zu bestimmen sein wird, ebenso wenig, gegen wen sich betriebsrätliche Verhandlungsansprüche umsetzen lassen.

Änderungen der Betriebsorganisation mindestens 6 Monate zuvor dem Betriebsrat mitzuteilen, begegnet insoweit praktischen Bedenken, als solche Entscheidungen einmal häufig in globale Entscheidungen eingebunden sind, die in aller Regel kurzfristiger verlaufen, zudem jegliche Transformation, die in den nächsten Jahren etliche Betriebe als erforderlich treffen wird, wettbewerbsbenachteiligend verzögern würde.

Eine Ausweitung der Möglichkeiten aus § 3 BetrVG, andere Strukturen als die gesetzlich vorgesehenen zu vereinbaren, ist vom Ansatz her zu begrüssen. Bedenken finden sich bei

einer Ausweitung auf ausländische Einheiten, insbesondere auch hinsichtlich verbindlicher Regelungen, da unabdingbare Voraussetzung zunächst eine Angleichung der Mitbestimmungsrechte und Wirksamkeit von Vereinbarungen sowie diese zu verhandelnden Gremien wäre; dies überforderte den nationalen Gesetzgeber und wäre allenfalls auf europäischer Ebene für den europäischen Rechtsraum umsetzbar.

Bezüglich des Vorschlags, dass Betriebsvereinbarungen erst Geltung erlangen sollen, wenn eine tarifzuständige Gewerkschaft nicht widerspricht, verkennen die Antragsteller die Trennung von betrieblicher Mitbestimmung und tariflichen Durchsetzungsrechten im deutschen Rechtssystem sowie den verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundsatz der negativen Koalitionsfreiheit.

Der Wunsch der Einräumung von zwingenden Mitbestimmungsrechten beinhaltet teils enteignungsähnliche Eingriffe (z.B. Höhe der Aufstockung bei Kurzarbeitergeld, Übernahme von Minderheitenbeteiligungen) die aus Praktikersicht abzulehnen sind, da langwierige Rechtsstreitigkeiten bis vor das Bundesverfassungsgericht Entscheidungen deutlich verzögern dürften und in keines Beteiligten Interesse stehen. Andererseits erfasst § 111 BetrVG z.B. bereist die auf einheitlicher Entscheidung beruhende schrittweisen Rationalisierungsmassnahmen.

Die Vorschläge in Summe sind daher als nicht praxistauglich zu bezeichnen.