

Agile Mitbestimmung

Lösungen für
Mobile und Agile Work,
Matrixorganisation sowie
Technologisierung

Herausgegeben von

Holger Dahl

und

Dr. Burkard Göpfert, LL.M. (Columbia University, New York)

Mit Beiträgen von

Bettina Bauer; Dr. Kai Bodenstedt; Katrin Braas;
Stefan von Broich; Dr. Burkard Göpfert; Tobias Hannemann;
Daniel Hartmann; Dr. Rüdiger Helm; Paula Klenk;
Peter Krebühl; Dr. Steffen Krieger; Jakob Lange; Ralf Leifeld;
Dr. Anna Lohmann; Dr. Daniel Ludwig; Thomas Müller;
Dr. Marc Reuter; Jörg Towara; Anabel Weinzierl;
Thomas Wahlig; Dr. Andreas Wiegrefe

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Alle im Buch verwendeten Begriffe verstehen sich geschlechterneutral. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet – entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat lediglich redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

ISBN: 978-3-8005-1905-7

dfv Mediengruppe

© 2024 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Druckvorstufe: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Beltz Grafische Betriebe GmbH, 99947 Bad Langensalza

Printed in Germany

Vorwort

„Agile Mitbestimmung“ ist kein Widerspruch, sondern in vielen deutschen Unternehmen Ausdruck einer gelebten Mitbestimmungskultur.

„Zunftvertreter“ beider Seiten haben sich zusammengefunden, ihre Erfahrungen regelmäßig auszutauschen. Daraus ist der vorliegende Sammelband hervorgegangen. Wir danken allen Mitautorinnen und -autoren für die Zeit, die sie neben der vielen Arbeit für dieses Buch aufgewendet haben und wünschen allen Leserinnen und Lesern viel Spaß und Gewinn bei der Lektüre.

Frankfurt/München, März 2024

Holger Dahl
Dr. Burkard Göpfert

Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter

Bauer, Bettina	Assessorin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin, TowaRA:Arbeitsrecht, Köln, sowie Doktorantin, Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg
Bodenstedt, Dr. Kai, LL.M. (Edinburgh)	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, DLA Pieper, Hamburg
Braas, Katrin	Rechtsanwältin, Assoziierte Partnerin, Gleiss Lutz, Frankfurt
Broich, Stefan von	Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Trebeck & von Broich Rechtsanwälte PartG mbB, Köln
Göpfert, Dr. Burkard, LL.M. (Columbia University, New York)	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, KLIEMT.Arbeitsrecht, München
Hannemann, Tobias	Rechtsanwalt, Berlin
Hartmann, Daniel	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Ulrich Weber & Partner mbB, Köln/Stuttgart
Helm, Dr. Rüdiger, LL.M. (Cape Town)	Rechtsanwalt, huber.mücke.helm Menschenrechte im Betrieb, München
Klenk, Paula	Rechtsanwältin, LNS Bochum
Krebühl, Peter	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Krebühl Biere Rechtsanwälte, Frankfurt am Main
Krieger, Dr. Steffen	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Gleiss Lutz, Düsseldorf
Lange, Jakob	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei Schütte, Lange & Kollegen, Wiesbaden
Leifeld, Ralf	Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, LNS Bochum
Lohmann, Dr. Anna	Associate, Rechtsanwältin, KLIEMT.Arbeitsrecht, München

Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter

Ludwig, Dr. Daniel	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, CMS Deutschland, Hamburg
Müller, Thomas	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Manske & Partner, Nürnberg
Reuter, Dr. Marc	Rechtsanwalt, Trebeck & von Broich Rechtsanwälte PartG mbB, Köln
Towara, Jörg	Partner, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und zertifizierter Datenschutzbeauftragter, TowaRA:Arbeitsrecht, Köln
Weinzierl, Anabel	Senior Associate, Rechtsanwältin und Sachanwältin für Arbeitsrecht, KLIEMT.Arbeitsrecht, München
Wahlig, Thomas	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Pusch Wahlig Workplace Law, Berlin
Wiegrefe, Dr. Andreas	Partner, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Watson Farley & Williams LLP, Hamburg/München

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI

A. Agile Work

(von Broich/Reuter/Müller)

I. Einleitung	1
II. Scrum	1
1. Wesentliche Merkmale	1
2. Rollen	2
a) Stakeholder	2
b) Product Owner	2
c) Scrum Master	2
d) Entwickler	2
3. Ablauf	2
III. Fallbeispiel I.....	2
IV. Fallbeispiel II	3
V. Crowdfunding	3
1. Grundsätzliches	3
2. Internes/externes Crowdfunding.....	4
VI. Fallbeispiel – Crowdfunding	5
VII. Mitbestimmung bei der Einführung agiler Arbeit	5
1. Informations- und Beratungsrechte	5
a) § 90 BetrVG	5
b) § 106 BetrVG	6
2. Beteiligungsrechte gemäß §§ 111 ff. BetrVG	6
a) Betriebsänderung	6
b) Fazit	11
c) Interessenausgleich.....	11
d) Sozialplan.....	12
VIII. Mitbestimmung bei der Ausgestaltung von Scrum/interner Crowdwork	13
1. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.....	13
2. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.....	13
3. § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG.....	14

Inhaltsverzeichnis

4. § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG.....	15
a) Anwendungsbereich	15
b) Reichweite und Grenze des Mitbestimmungsrechts.....	16
5. Weitere Mitbestimmungstatbestände.....	18
IX. Delegation von Mitbestimmung an Gruppen	18
1. Grundlagen	18
2. Voraussetzungen	19
a) Arbeitsgruppe	19
b) Rahmenvereinbarung	19
3. Umfang und Grenzen der Aufgabendelegation.....	20
4. Regelungskompetenz.....	21
5. Praktische Umsetzung	21
X. Ergebnis/Ausblick	22
XI. Anhang: Beispiel BV Agiles Arbeiten	22

B. Mobile Work – Chancen und Regelungsnotwendigkeiten

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber

(Wiegrefße)

I. Einleitung	27
II. Begriffsbestimmungen	27
III. Aktueller Stand	29
1. Gesetzesvorhaben	29
2. Derzeitige Rechtslage	30
a) Weisungsrecht des Arbeitgebers.....	30
b) Einrichtungspflicht des Arbeitgebers und Aufwendungs- ersatzanspruch der Mitarbeitenden.....	33
c) Einzuhaltende Arbeitsschutz- und Sicherheitsaspekte	35
IV. Einschlägige Mitbestimmungstatbestände bei der Einführung von mobiler Arbeit	36
1. Bisherige Gesetzeslage	37
a) Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	37
b) Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten.....	39
c) Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	40
2. Einführung von § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG	41
a) Anwendungsbereich	41
b) Reichweite und Inhalt.....	42
3. (Fehlende) Neuerungen durch die Einführung des § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG.....	45

V.	Änderungen in der operativen Arbeit des Betriebsrats bei mobiler Arbeit	46
VI.	Schlussbemerkung	47

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat
(Towara/Bauer)

I.	Einleitung	48
II.	Der Begriff „mobile Arbeit“	49
	1. Der Begriff „mobile Arbeit“ vor Inkrafttreten des BRMG ...	49
	2. Der Begriff „mobile Arbeit“ nach Inkrafttreten des BRMG ..	50
	a) Gesetzesbegründung zum BRMG	50
	b) Literatur	50
	3. Stellungnahme	51
III.	Vor- und Nachteile mobiler Arbeit	51
	1. Vor- und Nachteile aus Arbeitnehmersicht	51
	2. Vor- und Nachteile aus Arbeitgebersicht	52
IV.	Mitbestimmung bei mobiler Arbeit vor Inkrafttreten des BRMG	52
	1. Rechtsprechung	52
	a) Die Einführung mobiler Arbeit („Ob“)	53
	b) Die Ausgestaltung mobiler Arbeit („Wie“)	53
	2. Literatur	54
	a) Die Einführung mobiler Arbeit („Ob“)	54
	b) Die Ausgestaltung mobiler Arbeit („Wie“)	54
V.	Mitbestimmung bei mobiler Arbeit nach Inkrafttreten des BRMG	56
	1. § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG	56
	2. Verhältnis zu anderen Mitbestimmungstatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG	57
	a) Literatur	57
	b) Stellungnahme	57
	3. Reichweite der Mitbestimmung nach 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG	57
	a) Mobile Arbeit und erfasste Personenkreise sowie einzelne Arbeitnehmer	58
	b) Mobile Arbeit und Zeitumfang	59
	c) Mobile Arbeit und Ort	60
	d) Mobile Arbeit und Aufwändungsersatz	61

Inhaltsverzeichnis

VI. Veränderungen der Arbeit des Betriebsrats/Herausforderungen und Lösungen für die Praxis.	63
VII. Fazit	64

C. (Globale) Matrixorganisation

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber (Bodenstedt)

I. Einleitung	65
II. Begriffsbestimmungen/Rechtliche Grundlagen	66
1. Begriff der Matrixorganisation	66
2. Rechtliche Grundlagen	67
III. Mitbestimmungsrechtliche Fragestellungen in der Matrixorganisation	68
1. Einführung der Matrixorganisation als Betriebsänderung?	69
2. Mitbestimmung in der Matrixorganisation	70
3. Mitbestimmung bei der Einstellung von betriebsfremden Matrixmanagern.	70
4. Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen auf betriebsfremde Matrixmanager	72

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat (Leifeld/Klenk)

I. Einleitung	73
II. Begriffsbestimmungen und Lagedarstellung	73
1. Begriffsbestimmungen.	73
a) Matrixorganisation	73
b) Betriebsbegriff in der Matrix	74
2. Lagedarstellung	75
a) Personelle Einzelmaßnahmen	76
b) Soziale Angelegenheiten	78
c) Wirtschaftliche Angelegenheiten	79
III. Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen auf die Matrix-Führungskräfte	81
1. Anwendbarkeit.	81
2. Ausländische Matrix-Führungskräfte und Betriebsvereinbarungen	84
IV. Ausübung der Mitbestimmung in der Matrix-Organisation.	86

V.	Herausforderungen und Lösungen	87
	1. Mehrfachzuordnung und Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen	87
	2. Globalität/Matrix-Führungskräfte aus dem Ausland	88
	3. Zuständigkeiten	89

D. Technologisierung

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber

(Ludwig)

IT-Mitbestimmung neu denken – Wege aus der Innovationsfalle	91	
I.	Einleitung	91
II.	Entfall des Mitbestimmungsrechts	92
	1. Vorrang von Gesetz und Tarifvertrag (§ 87 Abs. 1 Es. BetrVG)	92
	2. Keine Überwachungsabsicht durch die Arbeitgeberin	93
	3. Keine Verhaltens- oder Leistungsdaten	93
	4. Kein Entscheidungsspielraum für die Arbeitgeberin	94
III.	Grenzen des Mitbestimmungsrechts	94
	1. Abgrenzung zum Datenschutzrecht	94
	2. Technische Veränderungen nicht durchsetzbar	95
IV.	Neujustierung der Mitbestimmung	96
V.	Fazit	97

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat

(Lange)

I.	Einleitung	98
II.	Rechtliches	98
	1. Allgemeines	98
	2. Besonderheiten	99
III.	Handlungsempfehlungen	100
	1. Zuständigkeit	101
	2. Geltungsbereich	101
	3. Begriffsbestimmungen	102
	4. Systembeschreibung/Module	102
	5. Zugriffs- und Berechtigungskonzept	103
	6. Ausschluss von Leistungs- und Verhaltenskontrolle	104

Inhaltsverzeichnis

7. Kontrollmöglichkeiten des Betriebsrats.	106
8. Datenschutzrechtliche Fragestellungen	106
9. Compliance-Untersuchungen.	107
10. Einigungsstelle.	108

E. Arbeitsentgelt von Betriebsratsmitgliedern

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber *(Wahlig)*

I. Einleitung	111
II. Grundzüge der Vergütung von Betriebsratsmitgliedern	112
1. Betriebsratstätigkeit als Ehrenamt	112
2. Schutz vor wirtschaftlichen und beruflichen Nachteilen.	112
3. Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot	113
III. Schwerpunktkonstellationen in der Praxis	113
1. Bestimmung der Untergrenze zulässiger Betriebsrats- vergütung	114
a) Benachteiligungsverbot des § 78 Satz 2 BetrVG	114
b) Mindestniveau des § 37 Abs. 4 BetrVG	114
2. Bestimmung der Obergrenze zulässiger Betriebsrats- vergütung	115
3. Problemstellung durch die BGH-Entscheidung.	115
IV. Auswirkungen des BGH-Urteils in der Praxis	117
1. Reichweite der Legalitätspflicht und Business Judgement Rule	117
a) Reduzierung der Vergütung	118
b) Rückzahlungsforderung der (vermeintlichen) Überzahlung	119
c) Strafbarkeit bei Unterlassen der Rückforderung?	122
d) Zusammenfassung	124
2. Wer kann einen Prozess anstreben und wie soll sich der Arbeitgeber vor Gericht verhalten?	124
V. Reaktion der Arbeitsgerichte und des Gesetzgebers auf das BGH-Urteil.	126
1. Entscheidungen post BGH.	126
a) ArbG Braunschweig, 5.7.2023 – 3 Ca 132/23; 3 Ca 138/23.	126
b) LAG Baden-Württemberg, 26.5.2023 – 12 TaBV 1/23 . . .	127
c) LAG Rheinland-Pfalz, 12.1.2023 – 2 Sa 116/22	128
d) ArbG Emden, 5.7.2023 – 2 Ca 280/22 E	128

2. BAG-Rechtsprechung	129
3. Ausblick	130
a) Aussage und Wirkung des BGH-Urteils	130
b) Tätigwerden des Gesetzgebers	132
VI. Praxistipp	135

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat
(Krebühl)

I. Einleitung	136
II. Grundlage: Arbeitsbefreiung und Entgeltschutz nach dem Entgeltausfallprinzip	137
III. Vergleichsgruppenbildung	138
IV. Berechnung des Arbeitsentgelts bei freigestellten Betriebsrats- mitgliedern	141
V. Beförderungen von freigestellten Betriebsratsmitgliedern	143
VI. Berechnung des Arbeitsentgelts bei nicht freigestellten Betriebsratsmitgliedern	144
VII. Regelung durch Betriebsvereinbarung	146
VIII. Fazit	146

F. Anpassung der Betriebsstrukturen an die neue Arbeitswelt

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber
(Göpfert/Weinzierl/Lohmann)

I. Betriebsräte in Start-ups	147
II. Entscheidung des BAG	148
III. Statusfeststellung in der Start-up-Szene	150
IV. Die Auswirkungen der BAG-Entscheidung auf die Start-up-Szene	152
V. § 3 BetrVG: Betriebsstruktur	153
VI. Fazit: Zwischen Legitimation und Effektivität	154

Inhaltsverzeichnis

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat (Hannemann)

I.	Einleitung	155
II.	Ausgangspunkt: Gesetzliche Betriebsratsstruktur und Betriebsbegriff	155
	1. Das Grundmodell der Betriebsverfassung	155
	2. Der Betriebsbegriff des BetrVG.	157
III.	Herausforderungen im Zusammenhang mit abweichenden Arbeitgeberstrukturen in Bezug auf die Betriebsratsstruktur.	159
IV.	Lösung durch „§ 3 BetrVG“-Vereinbarung (TV/BV)?	161
	1. Überblick über die Norm und Grundsätze	161
	2. Einzelheiten zu ausgewählten Tatbeständen	164
	a) § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BetrVG – unternehmenseinheitlicher Betriebsrat	164
	b) § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BetrVG – zusammengefasste Betriebe	166
	c) § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG – Spartenbetriebsrat	167
	d) § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG – andere Betriebsratsstrukturen	169
	3. Rechtsfolgen, § 3 Abs. 4 und 5 BetrVG.	171
	4. Regelungswege	173
	a) Tarifvertrag	173
	b) Betriebsvereinbarung	174
	c) „Warnhinweise“ für Regelungen in TV und BV	175
	5. Nutzen von Vereinbarungen nach § 3 BetrVG für Betriebe, Unternehmen und Konzerne in Matrix-Strukturen oder in anderen Arbeitsformen wie agiler Arbeit bzw. Mobile Working?	176
	a) § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BetrVG – „Unternehmensbetriebsrat“	176
	b) § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BetrVG	178
	c) § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	178
	d) § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG	180
V.	Ergebnis	181

G. Arbeitszeit

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber (Krieger)

I.	Arbeitszeitbegriff	183
II.	Bisherige Rechtslage zur Arbeitszeiterfassung	184

III.	„Stechuhr-Urteil“ des EuGH vom 14.5.2019 – C-55/18	184
IV.	Beschluss des BAG vom 13.9.2022 – 1 ABR 22/21	185
	1. Sachverhalt	185
	2. Entscheidungsgründe	186
	3. Auswirkungen für Arbeitgeber	186
	a) Anforderungen an das Zeiterfassungssystem	186
	b) Wer ist zur Zeiterfassung verpflichtet?	187
	c) Wessen Arbeitszeit ist zu erfassen?	187
	d) Rechtsfolgen bei Unterlassen	188
	4. Auswirkungen auf die Mitbestimmung des Betriebsrats	189
	a) § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	189
	b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	191
	c) § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG	193
V.	Referentenentwurf des BMAS vom 27.3.2023 – lege ferenda	194
VI.	Geltende Rechtslage: Herausforderungen und Lösungsansätze . .	196
	1. Datenschutz	196
	2. Ständige Erreichbarkeit	198
	3. Arbeitszeitrechtliche Einordnung von Reisezeiten	199
	4. Vertrauensarbeitszeit	200
VII.	Fazit	201

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat
(Helm)

Drei Adjektive für die Mitbestimmung – Das Initiativrecht des BR auf Arbeitszeiterfassung		202
I.	„Verloren und doch gewonnen“	202
II.	Warum „verloren“? – Keine Entscheidung über ein Initiativ- recht bei technischen Einrichtungen	202
III.	Warum „gewonnen“? – Entscheidung zur Mittelbereitstellungs- pflicht	203
IV.	Initiativrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG	204
V.	Was gilt, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit nicht erfassen möchte?	206
VI.	Drei Adjektive	207
	1. Erstes Adjektiv: objektiv	207
	2. Zweites Adjektiv: verlässlich	208
	3. Drittes Adjektiv: zugänglich	209

Inhaltsverzeichnis

VII. Betriebsratswissen	210
VIII. Und die Datenerhebung?	210
IX. Rechtsdurchsetzung	211
X. LAG München vom 22.5.2023	211
XI. Bedeutung für die einzelnen Beschäftigten – Überstunden- prozess	213
XII. Fazit	214

H. Digitalisierung der Betriebsratsarbeit

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber (Braas)

I. Einleitung	215
II. Interne Kommunikation des Betriebsrats	215
III. Sitzung und Beschlussfassung des Betriebsrats	215
1. Anwendungsbereich	216
2. Voraussetzungen	217
a) Vorrang der Präsenzsitzung	217
b) Regelung in der Geschäftsordnung	217
c) Widerspruchsrecht	217
d) Sicherstellung der Nichtöffentlichkeit	218
3. Anwesenheitsliste	219
4. Folgen von Verfahrensfehlern	219
5. Kosten	221
a) Kosten der präsenten Sitzungsteilnahme	221
b) Bereitstellung der Sachmittel	222
IV. Betriebsratsinterne Wahlen	224
V. (Betriebs-)Versammlung	225
VI. Einigungsstelle	226
VII. Kommunikation mit dem Arbeitgeber/Mitbestimmungsprozesse	226
1. Mitbestimmung	226
a) Mitbestimmung in sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten	226
b) Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten	227
2. Abschluss Betriebsvereinbarung, Interessenausgleich und Sozialplan	228
3. Praxisbeispiel: Gestaltung der Beteiligung des Betriebsrats bei Digitalisierungsprojekten	229

Abschnitt 2 – Perspektive Betriebsrat
(Hartmann)

I.	Einleitung	231
II.	Die virtuelle Betriebsratssitzung nach § 30 Abs. 2 BetrVG	231
	1. Anwendungsbereich	232
	2. Grundsatz der Präsenzsitzung	232
	3. Voraussetzungen für die Durchführung von virtuellen Betriebsratssitzungen	233
	a) Regelungen in der Geschäftsordnung	233
	b) Kein Widerspruch	235
	c) Grundsatz der Nichtöffentlichkeit	236
	4. Weitere allgemeine Regelungen und betriebsratsinterne Wahlen	236
	5. Technische Ausstattung und Kosten der virtuellen Sitzungen	238
III.	§ 79a BetrVG – Datenschutz	239
IV.	Beteiligungsrechte bei Künstlicher Intelligenz	241
V.	Kommunikation mit den Mitarbeitenden	242
	1. Die virtuellen Betriebsversammlungen	243
	2. Die virtuellen Sprechstunden	243
	3. Betriebliches Intranet, digitaler Newsletter und Social Media	244
VI.	„Agile“ Betriebsratsarbeit	246
VII.	Kommunikation des Arbeitgebers	247
	1. Digitale Betriebsvereinbarung	247
	2. Digitale Unterrichtung durch den Arbeitgeber	248
	Literaturverzeichnis	251
	Sachregister	261

F. Anpassung der Betriebsstrukturen an die neue Arbeitswelt

Abschnitt 1 – Perspektive Arbeitgeber

I. Betriebsräte in Start-ups

Betriebsräte in Start-ups klingt nicht gerade wie Topf und Deckel. Dennoch ist dieses Phänomen in den letzten Jahren gehäuft zu finden: Betriebsratsgründungen in der Start-up-Szene. Als Beispiele hierfür können Start-ups wie Lieferando, Flaschenpost oder auch Gorillas dienen. Mit derartigen Bestrebungen einer Betriebsratsgründung gingen nicht selten gerichtliche Streitigkeiten einher: Gerade aus Gründerperspektive scheint die Entwicklung fremd zu sein und wird nicht selten als persönlicher Angriff verstanden. Gleichwohl wird sie proaktiv seitens der Arbeitnehmer vorangetrieben. Auch die Gewerkschaft ver.di unterstützt die Arbeitnehmer in diesem Vorhaben, wie etwa die Betriebsratsgründung bei Hello Fresh zeigt.¹

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung ist eine spannende Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2021 ergangen, die gerade mit Blick auf die Start-up-Szene eine neue Dimension erreicht. Das BAG entschied zum unternehmenseinheitlichen Betriebsrat, konkret zu § 3 BetrVG. Trotz der aktuellen Entwicklungen in der Start-up-Szene sind die aussagekräftigen und wegweisenden Feststellungen, die in diesem Urteil getroffen wurden, bei vielen unberücksichtigt geblieben. Das kann auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden: In Deutschland gibt es bislang kaum Betriebsräte, die auf Akklamation der Mitarbeiter gewählt werden und dabei unternehmenseinheitlich, unabhängig von etwaigen Standorten, zuständig sind. Darüber hinaus ist ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat bislang überwiegend als unwichtig eingestuft worden. Überdies ist die Norm des § 3 BetrVG zwar vielen bekannt, die meisten wissen aber nicht, wofür sie Anwendung finden soll. Dabei wird teilweise sogar so weit gegangen, die Regelung als einen „Betriebsunfall des Gesetzgebers“ zu bezeichnen. Doch wie die jüngsten Entwicklungen zeigen, sollte sich gerade in der Start-up-Szene mit dieser Entscheidung auseinandergesetzt werden. So kann sich bereits in einem frühen Entwicklungsstadium der Betriebsratsgründung entsprechend verhalten und auf diese Weise Risiken einer Betriebsratsgründung nach § 3 BetrVG vermieden werden.

¹ Tagesspiegel v. 9.2.2023, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/berliner-wirtschaft/betriebsrat-fur-hellofresh-wahlvorbereitung-kann-starten-9320321.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

- 3 Neben der Bedeutung dieser Entscheidung aus Start-up-Sicht gehen mit ihr auch schwierige Fragen zum Legitimationszweck einher. Demzufolge ist sich in diesem Zusammenhang auch mit anderen Legitimationsthemen auseinanderzusetzen. Dabei wird letztlich die Thematik der Abwägung in den Fokus rücken, konkret zwischen der Legitimationsfrage einerseits und der Effektivitätsfrage andererseits.

II. Entscheidung des BAG²

- 4 Im März 2021 befasste sich das BAG in einer Entscheidung mit einem nach § 3 Abs. 3 BetrVG gewählten unternehmenseinheitlichen Betriebsrat. Dabei wies das BAG darauf hin, dass ein Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG, einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat zu wählen, bis zu einer gegenteiligen Beschlussfassung („actus contrarius“) der Arbeitnehmer bestehen bleibt. Änderungen der betrieblichen Strukturen innerhalb des Unternehmens haben dabei keine Auswirkungen auf den Beschluss der Arbeitnehmer. Bei der Aufnahme anderer Betriebe in die Unternehmensstruktur bleibt ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat bestehen. Ein bei einem der aufgenommenen Betriebe bestehender Betriebsrat geht unter. Dies gilt jedoch nur, solange im Rahmen von verschiedenen Organisationsmaßnahmen kein gemeinsamer Betrieb mit einem weiteren Unternehmen entsteht. In diesem Fall ist ein Betriebsrat nach den gesetzlichen Strukturen zu wählen.
- 5 Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:
- 6 Die beteiligte Arbeitgeberin beschäftigt an mehr als 30 Standorten etwa 4.600 Mitarbeiter. Bei ihrer Rechtsvorgängerin fand im Jahr 2002 eine Abstimmung der Arbeitnehmer über die Errichtung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats statt. Zu diesem Zeitpunkt bestand weder eine tarifliche Regelung nach § 3 Abs. 1 BetrVG noch war ein Betriebsrat bei ihr gebildet worden. Die Mehrheit der Arbeitnehmer stimmte für die Wahl eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats. Dieser wurde daraufhin erstmals im Jahr 2002 sowie auch in der Folgezeit gewählt. Im Anschluss kam es zu diversen Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers: Es fanden Verschmelzungen und Übertragungen statt. Im Jahr 2012 übertrug die Rechtsvorgängerin einen Teilbereich auf eine weitere GmbH. Aufgrund dieser Übertragung kann nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen der Rechtsvorgängerin und der Arbeitgeberin ein gemeinsamer Betrieb gegründet wurde. Im Jahr 2014 wurde eine weitere GmbH unter Auflösung auf die Rechtsvorgängerin verschmolzen. Bei dieser GmbH bestand zum Zeitpunkt der Auflösung ein Betriebsrat. Im Laufe der Zeit wurden an mehreren Standorten der Arbeitgeberin Betriebsräte gewählt. Die an diesen Standorten gewählten Betriebsräte errichteten schließlich einen Gesamtbetriebsrat. Im Jahr 2019 wurde eine weitere GmbH auf die Arbeitgeberin verschmolzen. Auch bei

² BAG, 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337.

II. Entscheidung des BAG

dieser GmbH bestand an einem Standort ein Betriebsrat, der nach der Verschmelzung zunächst zurücktrat, einen Wahlvorstand zur Neuwahl bestellte und schließlich nach der Verschmelzung erneut gewählt wurde.

Es wurde schließlich beantragt, u. a. festzustellen, dass keine unternehmenseinheitliche betriebsratsfähige Organisation mehr besteht. 7

Folgende Feststellungen des BAG sind hervorzuheben: 8

Ein Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG setzt voraus, dass dieser von mindestens drei Arbeitnehmern des Unternehmens veranlasst ist.³ Eine besondere Form ist hierfür nicht vorgeschrieben. § 3 Abs. 3 BetrVG ist in seinen Voraussetzungen abschließend: Die Wahl aufgrund eines Beschlusses der Arbeitnehmer ist nur „im Fall des Abs. 1 Nr. 1a“ zulässig. Daraus folgt, dass ein solcher Arbeitnehmerbeschluss zur Bildung eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats nur für *ein* Unternehmen mit mehreren Betrieben erfolgen kann. Daran fehlt es etwa, wenn lediglich ein Hauptbetrieb und mehrere Kleinbetriebe nach § 4 Abs. 2 BetrVG bestehen, da letztere dem Hauptbetrieb zuzuordnen sind. 9

Ein nach § 3 Abs. 3 BetrVG wirksam gefasster Beschluss verliert nicht allein durch Zeitablauf seine Wirkung. Dies folgt aus gesetzessystematischen Erwägungen und dem Sinn und Zweck der Regelung: Für die tarifliche Regelung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1a BetrVG ist ausdrücklich anerkannt, dass eine solche getroffene Regelung erst mit dem Tarifvertrag endet, unabhängig von einer betriebsverfassungsrechtlichen Wahlperiode. Hätte der Gesetzgeber für § 3 Abs. 3 BetrVG eine andere Regelung gewollt, wäre eine solche aufgenommen worden. Überdies dient die Regelung des § 3 Abs. 3 BetrVG dem Sinn und Zweck, die Bildung einer Interessenvertretung in einem Unternehmen mit lediglich kleinen Betrieben zu erleichtern. Ein solches Bedürfnis besteht dauerhaft, ebenfalls unabhängig von einer betriebsverfassungsrechtlichen Wahlperiode. 10

Die Dauerwirkung des Beschlusses findet ihr Ende in einem sog. *actus contrarius*. Das bedeutet, dass eine Rückkehr zur gesetzlichen Betriebsverfassung und die Wahl von Einzelbetriebsräten nur dann möglich ist, wenn eine erneute Abstimmung der Belegschaft erfolgt. 11

Betriebliche Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers innerhalb des Rahmens von § 3 BetrVG haben keine Auswirkungen auf einen unternehmenseinheitlichen Betriebsrat. Verschmelzungen und Übertragungen führen nicht selten zu einem Anstieg der Arbeitnehmerzahl im Unternehmen. § 13 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der die Schwankungen der Arbeitnehmerzahl abschließend im Betriebsverfassungsgesetz regelt, ist auf einen Beschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG nicht anwendbar. Die Übernahme von Betrieben im Zuge von Verschmelzungen führt nicht dazu, dass die Abstimmung nach § 3 Abs. 3 BetrVG ihre Wirkung verliert. Vielmehr schafft § 3 Abs. 3 BetrVG die Möglichkeit, dass ein Betriebsrat für ein gesamtes Unternehmen gewählt wird. Dabei sind die gesetzlichen Be- 12

³ Vgl. hierzu BAG, NZA 2021, 1337, 1340, Rn. 33.

triebsstrukturen und die diese beeinflussenden möglichen Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers nicht von Bedeutung.

- 13 Belegschaften von neu hinzukommenden Betrieben werden ab diesem Zeitpunkt von dem unternehmenseinheitlichen Betriebsrat repräsentiert. Wie die Übernahme der hinzukommenden Betriebe organisiert wird, bspw. durch Eingliederung, ist irrelevant. Der unternehmenseinheitliche Betriebsrat bleibt vielmehr bestehen. Ein Betriebsrat, der bei einem der übernommenen Betriebe gebildet wurde, geht unter. Die hier entstehende Lücke der demokratischen Legitimation, dass der unternehmenseinheitliche Betriebsrat nicht von der Belegschaft des hinzukommenden Betriebs gewählt wurde, ist hinzunehmen. Damit vergleichbar sind Fallkonstellationen, in denen Arbeitnehmer erst nach der Wahl des Betriebsrats Betriebsmitglieder geworden sind. Gerechtfertigt werden kann die Lücke mit der Erwägung, dass hinzukommende Arbeitnehmer, die den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat ablehnen, jederzeit die Möglichkeit haben, durch einen entsprechenden *actus contrarius* (Gegenabstimmung) den unternehmenseinheitlichen Betriebsrat zu Fall zu bringen.
- 14 Die Grenze findet der Belegschaftsbeschluss nach § 3 Abs. 3 BetrVG in Umstrukturierungen, die sich nicht mehr in dessen Rahmen bewegen, also über betriebliche Organisationsentscheidungen des Arbeitgebers hinausgehen. Das ist der Fall, wenn zwischen mehreren Unternehmen ein gemeinsamer Betrieb besteht. Für unternehmensübergreifende Repräsentationseinheiten verleiht § 3 BetrVG den Arbeitnehmern keine Gestaltungsmöglichkeit. § 3 BetrVG spricht nur von *einem* Unternehmen. In so einem Fall ist der Betriebsrat fortan wieder nach den gesetzlichen Strukturen zu wählen.

III. Statusfeststellung in der Start-up-Szene

- 15 Diese BAG-Entscheidung ist insbesondere mit Blick auf die Start-up-Szene spannend: Viele Start-ups stehen derzeit vor einem Kulturwandel. Neben gestiegenen Zinsen und der Bankenkrise in den USA wird die Refinanzierung von Start-ups zunehmend schwieriger. Nicht nur große Unternehmen, wie beispielsweise Google, Amazon⁴ oder der Facebook-Konzern Meta⁵ müssen Personalabbaumaßnahmen im fünfstelligen Bereich vornehmen. Wie die kürzlichen Entwicklungen zeigen, macht eine Kündigungswelle auch vor der Start-up-Branche

4 Stern v. 23.3.2023, <https://www.stern.de/digital/online/google--amazon-und-co--wie-der-traumjob-im-silicon-valley-zum-albtraum-wurde-33302918.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

5 Handelsblatt v. 14.3.2023, <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/facebook-konzern-noch-einmal-10-000-mitarbeiter-meta-steht-vor-naechstem-deutlichen-stellenabbau/29035696.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

III. Statusfeststellung in der Start-up-Szene

nicht Halt.⁶ Das österreichische Nachhilfe-Start-up Gostudent, das Berliner Start-up Urban Sports Club oder auch das Berliner Mobilität-Start-up Tier Mobility mussten sich von einigen Mitarbeitern trennen.⁷ Das Umfeld der Start-up-Szene ist ein anderes geworden. In einer solchen Zeit des Umbruchs und der Unsicherheit werden Mitarbeitervertretungen attraktiver und der Ruf nach ihnen lauter. So muss sich etwa das Start-up Sumup damit auseinandersetzen.⁸ Die medienräftige Entwicklung der Betriebsratsgründung bei der Smartphone-Bank N26 verdeutlicht, dass eine solche der Start-up-Szene grundsätzlich fremd ist.⁹ In der Start-up-Szene herrschen flache Hierarchien. Es besteht *ein* Team. Es herrscht ein Miteinander anstelle eines Gegeneinanders. Viele der Gründer sehen diese Entwicklung daher kritisch, andere unterstützen ihre Beschäftigten bei der Betriebsratsgründung.¹⁰ Einige empfinden dies sogar als einen persönlichen Angriff gegen sich selbst. Fakt ist, diese Entwicklung ist in den anhaltenden unsicheren Zeiten selten aufzuhalten. Die Gründer stehen vor der Entscheidung, wie sie damit umgehen möchten: eine defensive Haltung oder die Rolle des proaktiven Unterstützers einnehmen. Für ersten Weg entschied sich wohl der Lieferdienst Gorillas. Laut Medienberichten wurde versucht, die Betriebsratswahlen durch strukturelle Veränderungen im Unternehmen zu Fall zu bringen.¹¹ Dennoch sollte die Rolle des proaktiven Unterstützers aus Gründersicht keinesfalls unterschätzt werden. Die Vorteile von Mitarbeitern als zukünftigen Betriebsratsmitgliedern, mit denen bereits vor einer solchen Entwicklung stets eine gute Zusammenarbeit stattgefunden hat, sollten bei der Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Auswirkungen einer Betriebsratsgründung auf Akklamation der Mitarbeiter ist eine gute Zusammenarbeit zwischen Gründer und Betriebsrat – gerade aus Gründersicht – von enormer Bedeutung.

6 Handelsblatt v. 7.2.2023, <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/kuendigungswelle-diese-deutschen-start-ups-und-tech-firmen-bauen-stellen-ab/28965910.html> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

7 Gründerszene v. 8.9.2022, <https://www.businessinsider.de/gruenderszene/business/massenentlassungen-in-der-deutschen-startup-szene-sept-2022/> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

8 Finance Forward v. 20.12.2021, <https://financefwd.com/de/sumup-betriebsrat/> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

9 Zeit Online v. 13.8.2020, <https://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2020-08/betriebsrat-n26-arbeitsbedingungen-einstweilige-verfuegung-management> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

10 Business Insider v. 27.4.2023, <https://www.businessinsider.de/wirtschaft/meta-facebook-mitarbeiter-in-deutschland-waehlen-betriebsrat/> (zuletzt aufgerufen am 7.11.2023).

11 Süddeutsche Zeitung v. 24.11.2023, <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/gorillas-betriebsrat-arbeitsgericht-berlin-1.5472240> (zuletzt abgerufen am 7.11.2023).

IV. Die Auswirkungen der BAG-Entscheidung auf die Start-up-Szene

- 16 Bedeutung erlangt die Entscheidung des BAG vom 24.3.2021 – 7 ABR 16/20 für ein Start-up, wenn in diesem ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat gewählt wird und das Start-up weiterwächst. Auch nach weiterem Wachstum besteht ein unternehmenseinheitlicher Betriebsrat grundsätzlich fort. Für dieses Szenario lohnt sich ein genauerer Blick auf die Entscheidung des BAG. Nach dem BAG ist entscheidend, ob die ursprüngliche Identität gleichbleibt.¹² Dieser Punkt ist der Dreh- und Angelpunkt, denn anders gewendet: Hat sich die ursprüngliche Identität verändert, ist der ursprüngliche durch Akklamation entstandene unternehmenseinheitliche Betriebsrat nicht mehr anzuerkennen. Wann die ursprüngliche Identität noch gewahrt bzw. nicht mehr gewahrt ist, ist eine Abwägungsentscheidung. Maßgebend ist das Demokratieprinzip, auf der einen Seite im Sinne der Anerkennung des Wahlergebnisses eines unternehmenseinheitlichen Betriebsrats auf Grundlage des BetrVG und auf der anderen Seite im Sinne einer angemessenen Interessenvertretung, einen dem Interesse der Beschäftigten in ihrer Variabilität angemessenen Vertreter zu finden.
- 17 Die Anerkennung eines Wahlergebnisses einer Betriebsratswahl hat im Allgemeinen einen hohen Schutz und Stellenwert. Ein einmal gewählter Betriebsrat hat grundsätzlich Bestandsschutz. Das ergibt sich daraus, dass eine Nichtigkeit einer Betriebsratswahl faktisch nie gegeben ist. Hierzu müssten offensichtliche und grobe Verstöße gegen wesentliche Grundsätze des im Betriebsverfassungsrecht kodifizierten Wahlrechts vorliegen. Diese müssen so gravierend sein, dass auch der Anschein einer dem Gesetz entsprechenden Wahl nicht mehr besteht.¹³ Mit anderen Worten: Die Betriebsratswahl müsste „den Stempel der Nichtigkeit auf der Stirn tragen“.¹⁴ Auch eine Anfechtbarkeit einer Betriebsratswahl im Sinne des § 19 BetrVG ist nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich. Nach § 19 Abs. 1 BetrVG muss gegen wesentliche Vorschriften über das Wahlrecht, die Wählbarkeit oder das Wahlverfahren verstoßen worden sein, eine Berichtigung nicht erfolgt sein und zudem müsste der Verstoß geeignet gewesen sein, das Wahlergebnis zu ändern oder jedenfalls zu beeinflussen. Schließlich hat eine wirksame Anfechtung nur zur Folge, dass der Betriebsrat mit Ex-nunc-Wirkung sein Amt verliert.¹⁵ Bis zur Rechtskraft der Entscheidung bleibt der gewählte Betriebsrat im Amt.¹⁶ Sämtliche Beteiligungsrechte des Betriebsrats muss der Arbeitgeber bis dahin wahren.

12 BAG, 24.3.2021 – 7 ABR 16/20, NZA 2021, 1337.

13 BAG, 27.7.2011 – 7 ABR 61/10, NZA 2012, 345.

14 St. Rspr.: vgl. BAG, 20.4.2005 – 7 ABR 44/04, NZA 2005, 1426; BAG, 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, NZA-RR 2012, 186.

15 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 19 Rn. 68.

16 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, § 19 Rn. 69.