

Rundbrief

ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte



Homeoffice →

← Office

»Return to Office« - ohne Mitbestimmung?

Rechte des BR bei der Einschränkung von „Homeoffice“ | Seite 3

Die Wirtschaftsverteher

Der Wirtschaftsausschuss als wichtiges Hilfsorgan des Betriebsrats | Seite 10

Das neue Hinweisgeberschutzgesetz

Fortschritte, Lücken und was für die Beschäftigtenvertretungen zu tun ist | Seite 18

Betriebsratsanhörung und Ausschreibung nicht nachholbar

BAG stärkt Beteiligung bei personellen Maßnahmen | Seite 26



Arbeitnehmer-
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der vor mehr als 20 Jahren gegründeten Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, München, Münster, Nürnberg/Ansbach, Offenburg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

www.arbeitnehmer-anwaelte.de

»Return to Office« - ohne Mitbestimmung?

Rechte des BR bei der Einschränkung von „Homeoffice“

Blickt man in die Wirtschaftsteile und Feuilleton-Seiten der deutschen Tageszeitungen, so scheinen die Messen für die Arbeit im Homeoffice bereits gelesen zu sein - zumindest in der schönen neuen Arbeitswelt der Softwareentwickler und Internetdienstleister. Im Frühjahr 2023 ist kaum eine Woche ins Land gezogen, ohne dass irgendein Promi der Startup- und IT-Welt öffentlichkeitswirksam der mobilen Arbeit eine Absage erteilt hätte. Aber wie sieht es mit der Mitbestimmung des Betriebsrats aus?

→ Trendwende?

Sam Altman, der Geschäftsführer der Firma OpenAI, erklärte die liberalen Homeoffice-Regeln, die während der Pandemie von 2020 bis 2022 weltweit eingeführt worden waren, im vergangenen Mai für „ein gescheitertes Experiment“. Fast gleichzeitig brandmarkte der trotz seiner allwöchentlichen Social-Media-Kapriolen von Teilen der IT-Branche immer noch ernst genommene Tesla- und Twitter-Chef Elon Musk die Arbeit im Homeoffice rundheraus als „moralisch falsch“. Und sogar die für besonders liberale und belegschaftsfreundliche Arbeitsbedingungen berühmte Firma Google hat im Juni 2023 öffentlich verlautbart, dass sie künftig auf einer Büro-Anwesenheit ihrer Beschäftigten an mindestens drei Tagen pro Woche bestehen wolle.

Freilich haben es Unternehmen in der Praxis nicht leicht, solch markige Statements auch in die Tat umzusetzen. Der aus ihrer Sicht immer noch



extrem angespannter Arbeitsmarkt der IT-Branche macht es Beschäftigten weiterhin relativ einfach, den Arbeitgeber zu wechseln – auch wenn die jüngsten Personalabbaumaßnahmen bei namhaften IT-Arbeitgebern bereits das Ende dieser goldenen Jahre einzuläuten scheinen. Und neben solchen arbeitsmarktspezifischen Herausforderungen sind natürlich auch noch die sehr unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Regelungen der verschiedenen Länder zu beachten, in denen sich die IT-Unternehmen in den vergangenen Jahren niedergelassen haben. In Deutschland ist hier neben dem individualarbeitsrechtlichen Schutz der einzelnen Beschäftigten vor einseitiger Arbeitgeberwillkür vor allem an die Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 99 und § 87 Betriebsverfassungsgesetz zu denken.

Individualrechtlicher Rahmen

Individualrechtlich, also auf Ebene der einzelnen Arbeitsverhältnisse, kann es eindeutige vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geben, die dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein gewisses Maß von mobiler Arbeit – insbesondere von zuhause aus – einräumen. Abhängig von den gewählten Formulierungen können sich solche Ansprüche gegenüber ungünstigeren Betriebsvereinbarungen durchsetzen und auch nach dem Wegfall einer Betriebsvereinbarung bestehen bleiben. Außerdem muss der Rückruf in den Betrieb individualrechtlich zumindest dem Maßstab des „billigen Ermessens“ gerecht werden, nach dem der Arbeitgeber sein Weisungsrecht auszuüben hat (§ 106 Gewerbeordnung).

Beteiligung des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen

Und wie sieht es betriebsverfassungsrechtlich aus? Was die Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen betrifft, ist aus Betriebsratsicht leider Vorsicht geboten. Eine „Return-to-Office“-Anweisung – also die Aufforderung, künftig wieder schwerpunktmäßig im Büro zu arbeiten – berührt zwar in der Regel diese Beteiligungsrechte. Das Bundesarbeitsgericht hat im Oktober 2021 in einer Grundsatzentscheidung die Rechtsprechung der Instanzgerichte zu dieser Frage bestätigt und bekräftigt, dass die Anweisung, die Arbeitsleistung künftig nicht mehr ganz oder teilweise von zu Hause aus, sondern wieder ausschließlich im Büro zu erbringen, eine Versetzung im Sinn von § 95 Absatz 3, § 99 BetrVG darstellt, weil sich durch diese Anweisung „das gesamte Bild ihrer Tätigkeit aus der Sicht eines betrieblichen Betrachters verändert“. Aber zugleich hat das Bundesarbeitsgericht auch festgestellt, dass der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer solchen Versetzung nicht gemäß **§ 99 Absatz 2 Nr. 4 BetrVG** mit Blick auf die typischen Nachteile verweigern kann, die Beschäftigten wegen einer solchen Anweisung drohen (etwa Schwierigkeiten bei der Kinderbetreuung), sofern die Rückkehr-Anweisung die Umsetzung einer dahingehenden unternehmerischen Entscheidung darstellt, die „auf sachlich nachvollziehbaren, plausiblen Gründen beruht“.



Anders als bei Einzelmaßnahmen, die sich tatsächlich nur auf einzelne Beschäftigte beziehen, steht Betriebsräten also bei der massenhaften Umsetzung einer „Return-to-Office“-Entscheidung nur dann ein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 Absatz 2 Nr. 4 BetrVG zu, wenn die unternehmerische Entscheidung „weder Hand noch Fuß hat“, oder ggf. auch dann, wenn einzelnen Beschäftigten besonders extreme Nachteile drohen, die das Ausmaß der typischen Probleme einer Rückkehrpflicht ins Büro weit übersteigen.

Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Ausgestaltung der mobilen Arbeit

Allerdings können „Return-to-Office“-Entscheidungen unter bestimmten Umständen durchaus Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 87 BetrVG auslösen. Seit Juli 2021 gibt es in **§ 87 Absatz 1 Nr. 14 BetrVG** das ausdrückliche Mitbestimmungsrecht bei der „Ausgestaltung von mobiler Arbeit“, wenn diese „mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird“.

Zwar hat dieses neue Mitbestimmungsrecht nun bereits seinen zweiten Jahrestag gefeiert, seine Reichweite ist aber immer noch weitgehend ungeklärt. Insbesondere hatten die deutschen Arbeitsgerichte offenbar noch keine geeignete Gelegenheit, die Frage zu entscheiden, ob Betriebsräten bei der Regelung des zeitlichen Umfangs der mobilen Arbeit ein Mitbestimmungsrecht zusteht – also bei der Regelung des Anteils der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit der Beschäftigten. Bislang ist also offen, ob der Arbeitgeber vor der Entscheidung, ob die Beschäftigten künftig nach dem Google-Vorbild wieder an drei von fünf Wochentagen im Büro erscheinen müssen oder ob vielleicht auch nur eine Anwesenheit an zwei oder auch nur an einem der fünf Wochenarbeitstage ausreicht, eine Einigung mit dem Betriebsrat über diese Frage erzielen muss. Bejaht man diese Frage, würde das zugleich eine Regelungskompetenz der Einigungsstelle für dahingehende Regelungen bedeuten (§ 87 Absatz 2 BetrVG).

Einigkeit besteht in diesem Kontext in der juristischen Fachliteratur nur insoweit, als die vollständige Abschaffung der mobilen Arbeit mitbestimmungsfrei möglich sein soll. Dies geht bereits aus dem Wortlaut der neuen Mitbestimmungsvorschrift hervor. Auch die Begründung der Gesetzesinitiative der Bundesregierung spricht eine eindeutige Sprache. Betriebsräte, die Einwände gegen eine teilweise „Return-to-Office“-Entscheidung der Arbeitgeberseite haben, sollten daher immer zunächst genau prüfen, ob es dem Arbeitgeber im Ernstfall auch möglich wäre, die mobile Arbeit insgesamt abzuschaffen. Denn das könnte der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei entscheiden – komplett am Betriebsrat vorbei. In einem solchen Fall könnten Betriebsräte im ersten Verhandlungstermin zur „Return-to-Office“-Regelung mit einer simplen Erpressung der Arbeitgeberseite konfrontiert werden, wonach das Gremium entweder der neuen Arbeitgeberregelung (etwa einer 3/2-Tage-Regelung nach dem Google-Vorbild) vorbehaltlos zustimmen möge oder sich eben damit abfinden müsse, dass künftig alle Beschäftigten wieder zu 100 % zurück ins Büro kommen.

Wenn der Arbeitgeber dies aber tatsächlich überhaupt nicht durchsetzen kann, etwa weil es eindeutige individualarbeitsrechtliche Abreden mit den Beschäftigten gibt, weil im Betrieb gar nicht mehr genug Arbeitsplätze für alle Beschäftigten vorhanden sind oder weil sich die Beschäftigten eine derartige Anweisung schlichtweg nicht bieten lassen und nötigenfalls „mit den Füßen abstimmen“, also sich einen anderen Arbeitgeber suchen würden, der ihnen bessere Arbeitsbedingungen bietet, dann ist genug Raum für eine Auseinandersetzung über die Einzelheiten der „Return-to-Office“-Anweisung – insbesondere über den Anteil der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit, also über die Frage, ob die Beschäftigten künftig zum Beispiel wieder an drei von fünf Wochentagen im Büro erscheinen müssen oder nur an zwei von fünf.

Mobile Arbeit keine »freiwillige Leistung«

Gerade die Mitbestimmung beim Anteil der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit wird nun von interessierter Seite vehement bestritten. Fast alle Anwältinnen und Anwälte der ausschließlich auf Arbeitgeberseite tätigen deutschen Großkanz-

leien vertreten derzeit mit dem Brustton der Überzeugung, dass auch insoweit kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehen soll. Dies verwundert, denn die Begründung der Gesetzesinitiative der Bundesregierung ist insoweit eindeutig. So heißt es auf Seite 23 der Gesetzesbegründung zur Reichweite des Mitbestimmungstatbestands des neuen § 87 Absatz 1 Nr. 14 BetrVG:



„Das Mitbestimmungsrecht betrifft die inhaltliche Ausgestaltung der mobilen Arbeit. Dazu gehören zum Beispiel **Regelungen über den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit**, über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit in Bezug auf mobile Arbeit oder über den Ort, von welchem aus mobil gearbeitet werden kann und darf. Es können Regelungen zu konkreten Anwesenheitspflichten in der Betriebsstätte des Arbeitgebers, zur Erreichbarkeit, zum Umgang mit Arbeitsmitteln der mobilen Arbeit und über einzuhaltende Sicherheitsaspekte getroffen werden“.



Konsequenterweise wird in der betriebsverfassungsrechtlichen Aufsatz- und Kommentarliteratur zu dieser Frage überwiegend auch nichts anderes vertreten. Allerdings besteht eine hartnäckige Minderheit der Kommentatorinnen und Kommentatoren darauf, dass aus der Tatsache, dass der Arbeitgeber allein entscheiden könne, ob überhaupt mobile Arbeit gestattet wird, darauf geschlossen werden müsse, dass auch der Anteil der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit ohne Mitbestimmung des Betriebsrats festgelegt werden könne. Zur Begründung verweisen diese Autorinnen und Autoren auf die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zu den Mitbestimmungsrechten der § 87 Absatz 1 Nr. 8, 9 und 10 BetrVG bei freiwilligen Entgelten oder ähnlichen geldwerten Leistungen der Arbeitgeberseite: Da kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Arbeitgeberentscheidung besteht, ob der Belegschaft überhaupt eine freiwillige Entgeltleistung zukommen soll, könne auch kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Höhe dieser freiwilligen Leistung angenommen werden. Der sogenannte „Dotierungsrahmen“ solcher freiwilligen Leistungen soll daher mitbestimmungsfrei festgelegt werden können. Diese Grundsätze sollen nach Auffassung der Mitbestimmungsgegner entsprechende Anwendung bei der Frage nach dem Anteil der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit finden, da es sich auch insoweit um eine „freiwillige Leistung“ der Arbeitgeberseite handle.

Auf den allerersten Blick mag das überzeugen. Liest man die Argumentation aber ein zweites Mal, so bemerkt man, wie sehr der Vergleich zwischen den beiden Sachverhalten hinkt. Denn tatsächlich handelt es sich bei der mobilen Arbeit überhaupt nicht um eine „Leistung“ der Arbeitgeberseite wie bei § 87 Absatz 1 Nr. 8, 9 und 10 BetrVG. Freiwillige Leistungen des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der Nr. 10 beziehen sich entweder auf die Zahlung von Geldbeträgen oder auf die Gewährung geldwerter Vorteile im Sinne des Steuerrechts, etwa bei der Überlassung eines Dienstwagens zur Privatnutzung. Nichts anderes gilt im Kontext der Nr. 8 und Nr. 9. Ob sich ein Arbeitgeber nun entscheidet, Werkswohnungen zu schaffen oder einen Betriebskindergarten einzurichten – all das kostet ihn Geld. Die Folge

der Gewährung einer tatbestandsmäßigen freiwilligen Leistung im Sinne dieser Vorschriften ist daher stets eine Vermögensverschiebung: Nach der Leistung hat der Arbeitgeber weniger und haben die Beschäftigten mehr Vermögen als vor der Leistung. Der Arbeitgeber gibt also etwas aus der Hand, das den Beschäftigten geldwert zugutekommt. Und dies ist der Grund dafür, dass der Betriebsrat hierüber nicht mitentscheiden soll. Denn nach der Grundkonzeption des kollektiven Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland ist die Frage, ob die Arbeitgeberseite ihr Vermögen zu Gunsten der in ihrem Unternehmen beschäftigten Menschen schmälern soll, dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen. Nach der Konzeption des Tarifvorbehalts des § 77 Absatz 3 BetrVG sollen solche Leistungen nur Gewerkschaften erzwingen können – und zwar notfalls im Wege des Arbeitskampfs, nicht etwa vor der Einigungsstelle.

Dies verdeutlicht, warum diese Grundsätze nicht zur Nr. 14 passen. Denn die Gestattung von mobiler Arbeit ist gerade keine freiwillige „Leistung“ wie eine Geldleistung. Beschäftigte erhalten durch sie gerade keinen geldwerten Vorteil. Sie müssen ganz im Gegenteil mit steigenden Kosten rechnen, was steuerrechtlich durch die in § 4 Absatz 5 Satz 1 Nr. 6c Einkommensteuergesetz geregelte sog. „Homeoffice-Pauschale“ ja auch bereits Berücksichtigung findet. Der Arbeitgeber wiederum wird durch die Gestattung gerade nicht „ärmer“. Er büßt kein Vermögen ein, das seiner Belegschaft zugutekommt. Die Gestattung von mobiler Arbeit erweist sich im Gegenteil als eher kostengünstiger, weil kurzfristig Energie-, Reinigungs- und ähnliche Unterhaltskosten und mittelfristig auch Pacht- oder Mietkosten für Räume gespart bzw. durch Untervermietung eigener Räume sogar erzielt werden können. Der Arbeitgeber „leistet“ also keine mobile Arbeit. Er „gestattet“ bzw. „ermöglicht“ sie, indem er den Beschäftigten freiwillig entsprechende Angebote zur Anpassung der arbeitsvertraglichen Bestimmungen zum Ort der Arbeitsleistung macht.

Daher verbietet es sich, die Rechtsprechungsgrundsätze zu den gemäß § 87 Absatz 1 BetrVG nur teilweise mitbestimmungspflichtigen freiwilligen Leistungen zu übertragen. Es bleibt bei der naheliegenden Auslegung des § 87 Absatz 1 Nr. 14 BetrVG, was ja auch die Gesetzesbegründung der Bundesregierung unzweideutig erklärt: Zum Mitbestimmungsrecht gehören auch „Regelungen über den zeitlichen Umfang mobiler Arbeit“, also über den Anteil der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit.

Der Umfang der mobilen Arbeit in der Einigungsstelle

Werden sich Arbeitgeber und Betriebsrat bei dieser Frage nicht einig, entscheidet die Einigungsstelle „unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen“ (§ 76 Absatz 5 Satz 3 BetrVG). Auch nach der hier vertretenen Auffassung wird die Forderung der Arbeitgeberseite nach einer Rückkehr der Beschäftigten ins Büro daher im Regelfall keineswegs folgenlos bleiben. Die Arbeitgeberseite wird sich allerdings gute Gründe zurechtlegen müssen, weshalb sie der Auffassung ist, dass es einer Rückkehr „ins

Office“ bedarf, und in welchem konkreten Umfang dies erforderlich sein soll. Der Betriebsrat wird dieser Auffassung im Einigungsstellenverfahren ggf. sehr konkret widersprechen müssen. Hier werden es Betriebsratsgremien aus denjenigen Betrieben leichter haben, die auf mittlerweile mehr als drei Jahre reibungslose Remote-Arbeit zurückblicken. Hier wird es der Arbeitgeberseite in der Einigungsstelle keineswegs leicht fallen, in belastbarer Weise herauszuarbeiten, warum die Rückkehr ins Büro unbedingt erforderlich sein soll.

Trotzdem dürfte es in den meisten solcher Einigungsstellenverfahren überwiegend auf eine Kompromisslösung hinauslaufen, die eine gewisse Anwesenheit der Beschäftigten im Büro vorsieht. Mit Blick auf die Belastungen, die mit der Leistung mobiler Arbeit einhergehen, und mit Blick auf die besonderen Herausforderungen, denen Betriebsräte und Gewerkschaften begegnen, wenn sie versuchen, Belegschaften anzusprechen und betriebliche Demokratie im Homeoffice-Arbeitsalltag Wirklichkeit werden zu lassen, ist dies ja vielleicht auch keine ganz schlechte Entwicklung ...

Siehe:

- Giulia Carbonaro: „Homeoffice: Müssen Arbeitnehmer:innen bald wieder ins Büro gehen?“, Euronews vom 25.07.2023, <https://de.euronews.com/next/2023/07/25/homeoffice-mussen-arbeitnehmerinnen-bald-wieder-ins-buro-gehen>
- Zum Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen aus dem Homeoffice (hier: alternierende Telearbeit) zurück ins Büro: Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 20.10.2021, Aktenzeichen 7 ABR 34/20, NZA 2022, Seite 494; ebenso bereits Landesarbeitsgericht München, Beschluss vom 31.07.2018, Aktenzeichen 7 TaBV 19/18, ArbRAktuell 2019, 106; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 10.09.2014, Aktenzeichen 12 Sa 505/14, www.justiz.nrw.de
- Begründung der Bundesregierung ihres Vorschlags eines neuen § 87 Absatz 1 Nr. 14 BetrVG: Bundestagsdrucksache 19/28899, <https://dip.bundestag.de/drucksache/entwurf-eines-gesetzes-zur-f%C3%B6rderung-der-betriebsratswahlen-und-der-betriebsratsarbeit/253084>
- Zu einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Regelung des Anteils der mobilen Arbeit an der Gesamtarbeitszeit:
 - Ablehnend: Erfurter Kommentar/Kania, 23. Auflage 2023, § 87 BetrVG, Randnummer 137; Oberthür, MDR 2021, Seite 969; Überblick bei Fitting, BetrVG, 31. Auflage 2022, § 87, Randnummer 591
 - Bejahend: Düwell/Kohte, BetrVG, § 87, Randnummer 157; Richardi/Maschmann, BetrVG, 17. Auflage 2022, § 87, Randnummer 989f; GK-BetrVG/Gutzeit, § 87, Randnummer 1130; DKW/Klebe, BetrVG, § 87, Randnummer 387; Eylert, AuR 2022, Seite 292; Grambow, NJW 2012, Seite 2074, Randnummer 15 ff.



Rechtsanwalt Daniel Weidmann

Fachanwalt für Arbeitsrecht
Berlin

Die Wirtschaftsversther

Der Wirtschaftsausschuss als wichtiges Hilfsorgan des Betriebsrats

Die regulären Betriebsratswahlen sind schon mehr als ein Jahr her, die neuen Gremien haben vielleicht schon Verhandlungen geführt und erste Erfolge erzielt. Häufig stehen für neue Betriebsräte die sozialen und personellen Angelegenheiten im Vordergrund. Aber auch die wirtschaftliche Lage muss im Auge behalten werden. Dabei hilft in größeren Unternehmen der Wirtschaftsausschuss.



- Während bei der Arbeitszeit, der Urlaubsplanung, technischen Einrichtungen und vielem mehr (den sog. sozialen Angelegenheiten) sowie bei Einstellungen, Versetzungen, Ein- und Umgruppierungen (den personellen Angelegenheiten) der Betriebsrat mitbestimmt bzw. zumindest ein eingeschränktes Vetorecht hat, entscheidet der Arbeitgeber in wirtschaftlichen Angelegenheiten weitgehend allein. Ein sehr wichtiges Beteiligungsrecht gibt es zwar bei Betriebsänderungen; hier kann der Betriebsrat Einfluss in Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen nehmen, die der

Arbeitgeber mit ihm führen muss. Aber Mitsprache bei sonstigen wirtschaftlichen Entscheidungen – wo soll investiert, wo soll gespart werden, sollen neue Produkte angeboten werden? – hat der Betriebsrat grundsätzlich nicht.

Solche Mitsprache steht aber dem Wirtschaftsausschuss zu. Er wird in Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmern gebildet und



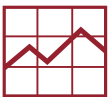
„hat die Aufgabe, wirtschaftliche Angelegenheiten mit dem Unternehmer zu beraten und den Betriebsrat zu unterrichten“. § 106 Betriebsverfassungsgesetz



Da der WA somit eine Verbindungsstelle zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist, erlaubt er dem Betriebsrat nicht nur Einblick, sondern auch mittelbare Einflussnahme auf wirtschaftliche Entscheidungen.

Unterstützung durch den Wirtschaftsausschuss

Der Wirtschaftsausschuss ist Hilfsorgan für den Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat. Seine Mitglieder werden vom Betriebsrat für die Dauer seiner Amtszeit bestimmt. Besteht ein Gesamtbetriebsrat mehrerer Betriebe in einem Unternehmen, so wählt dieser die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses. Der Ausschuss besteht aus mindestens drei und höchstens sieben Beschäftigten, die dem Unternehmen angehören müssen. Über die Größe innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens bestimmt der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat selbst. Mindestens ein (Gesamt-)Betriebsratsmitglied muss dabei sein. Die weiteren Mitglieder kann das Gremium auch aus der übrigen Belegschaft bestellen.



Wer eignet sich für den Wirtschaftsausschuss?

Im ersten Schritt entscheiden die (Gesamt-)Betriebsratsmitglieder, wen sie für persönlich und fachlich geeignet halten. Kennen sie zum Beispiel eine Kollegin, die gerne mit Zahlen arbeitet, loyal und vertrauenswürdig ist, könnte sie geeignet sein. Der (Gesamt-)Betriebsrat kann sie fragen, ob sie bereit ist, ihn im Wirtschaftsausschuss zu unterstützen.

Das Gesetz stellt keine konkreten Anforderungen an die Auswahl. Die Mitglieder des Wirtschaftsausschusses müssen keine vertieften Vorkenntnisse haben oder gar Betriebswirtschaftslehre studiert haben. Fachlich geeignet sind Personen, die fähig sind, die Unterrichtung über wirtschaftliche Angelegenheiten nachzuvollziehen und zu verstehen. Wichtig sind praktische Erfahrungen im Betrieb, die zum Verständnis der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Gegebenheiten des Unternehmens ausreichen. Zu den Kriterien persönlicher Eignung zählen zum Beispiel Zuverlässigkeit, Loyalität und Diskretion. Die Entscheidung trifft der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat. Der Arbeitgeber hat kein Mitentscheidungsrecht.

Der Arbeitgeber muss die Mitglieder für die Tätigkeit im Wirtschaftsausschuss von der Arbeit freistellen. Die Vergütung darf selbstverständlich nicht gemindert werden. Behinderungen oder Störungen der Tätigkeit im Ausschuss sind verboten.

Achtung: Besonderen Kündigungsschutz, wie ihn die Betriebsratsmitglieder genießen, haben die Mitglieder wegen ihrer Tätigkeit im Wirtschaftsausschuss aber nicht. Das müssen Gremien bei der Auswahl unbedingt berücksichtigen.



Was ist bei der Bestellung zu beachten?

Wenn der Betriebsrat bzw. Gesamtbetriebsrat den Wirtschaftsausschuss bestellt, muss er mehrere Beschlüsse fassen. Bevor er die konkreten Mitglieder bestellt, muss er zunächst mit der Mehrheit der Stimmen der Anwesenden einen Beschluss über die Größe fassen, also beschließen, wie viele Mitglieder der Ausschuss insgesamt haben soll. Eine gesetzliche Regelung zu einem gleichberechtigten Verhältnis von Männern und Frauen gibt es nicht, eine paritätische Besetzung ist aber vorteilhaft. Das Gremium bestellt im nächsten Schritt jedes Mitglied einzeln mit einfacher Stimmenmehrheit durch Beschluss. Es ist zweckmäßig, für jeweils ein Mitglied je ein Ersatzmitglied für den Fall der Verhinderung des ordentlichen Mitglieds zu bestellen.



Welche Informationen bekommt der Wirtschaftsausschuss?

Das Gesetz zählt viele Beispiele für die wirtschaftlichen Angelegenheiten auf, die der Wirtschaftsausschuss mit dem Unternehmer zu beraten hat und über die er den Betriebsrat unterrichten muss (§ 106 Absatz 3 BetrVG):

1. die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens;
2. die Produktions- und Absatzlage;
3. das Produktions- und Investitionsprogramm;
4. Rationalisierungsvorhaben;
5. Fabrikations- und Arbeitsmethoden, insbesondere die Einführung neuer Arbeitsmethoden;
- 5a. Fragen des betrieblichen Umweltschutzes;
- 5b. Fragen der unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten gemäß dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz;
6. die Einschränkung oder Stilllegung von Betrieben oder von Betriebsteilen;
7. die Verlegung von Betrieben oder Betriebsteilen;
8. den Zusammenschluss oder die Spaltung von Unternehmen oder Betrieben;
9. die Änderung der Betriebsorganisation oder des Betriebszwecks;
- 9a. die Übernahme des Unternehmens, wenn hiermit der Erwerb der Kontrolle verbunden ist, sowie
10. sonstige Vorgänge und Vorhaben, welche die Interessen der Arbeitnehmer des Unternehmens wesentlich berühren können.

Über diese Angelegenheiten muss der Arbeitgeber den Wirtschaftsausschuss rechtzeitig und umfassend informieren. Kommt er dieser Pflicht nicht eigeninitiativ nach, sollte der Wirtschaftsausschuss selbst Informationen verlangen und dabei sehr konkret beschreiben, welche Auskünfte erteilt werden sollen. Unterstützung bei der Frage danach, wie solche Anfragen formuliert werden, können Gewerkschaften bieten.



Und wenn der Arbeitgeber nicht informieren will?

Gerade wenn es den Betriebsrat noch nicht lange gibt oder wenn es Konflikte zwischen den Betriebsparteien gibt, wenn Arbeitgeber sich nicht in die Karten schauen lassen wollen oder den Betriebsrat behindern wollen, verweigern sie häufig die Herausgabe von Informationen. Der Betriebsrat muss in diesen Fällen kein langwieriges Gerichtsverfahren führen, um sein Recht auf Unterrichtung durchzusetzen. Das Gesetz sieht hier eine schnellere Lösung über die Einigungsstelle vor.

Wird eine Auskunft über wirtschaftliche Angelegenheiten des Unternehmens im Sinn des § 106 BetrVG entgegen dem Verlangen des Wirtschaftsausschusses nicht, nicht rechtzeitig oder nur ungenügend erteilt und kommt hierüber zwischen Unternehmer und Betriebsrat eine Einigung nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle. Diese ruft der Betriebsrat an, nicht der Wirtschaftsausschuss, der nur ein Hilfsorgan ist. Die Einigungsstelle ist, anders als die Sitzungen der Arbeitsgerichte, nicht öffentlich. Die sensiblen wirtschaftlichen Daten werden also besser geschützt.

Die Einigungsstelle entscheidet über die Auskunftspflicht des Unternehmers im konkreten Fall. Sie entscheidet auch, wenn das Verlangen des Wirtschaftsausschusses sich auf eine regelmäßig wiederkehrende Unterrichtung über eine bestimmte Angelegenheit richtet. Sie ist für Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Gesamtbetriebsrat bzw. Betriebsrat über konkrete Modalitäten der Unterrichtungs- und Vorlagepflicht des Unternehmers gegenüber dem Wirtschaftsausschuss zuständig. Besteht hingegen Streit darüber, ob eine Frage überhaupt zu den wirtschaftlichen Angelegenheiten gemäß § 106 BetrVG gehört, ist nicht die Einigungsstelle zuständig, sondern das Arbeitsgericht.



Konflikte um die Einigungsstelle

Die Anrufung der Einigungsstelle kann beim Arbeitgeber auf Widerstand stoßen, wenn er die Kosten scheut und die Herausgabe der Informationen vermeiden oder verzögern möchte. Ignoriert der Arbeitgeber das Schreiben des Betriebsrats bzw. Gesamtbetriebsrats zur Anrufung der Einigungsstelle oder kommt keine Einigung über den Vorsitz und die Anzahl der Beisitzer zustande, kann der (Gesamt-)Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dass die Einigungsstelle eingesetzt wird.

Der Vorteil ist, dass dieses Gerichtsverfahren wesentlich schneller ist als das übliche gerichtliche Beschlussverfahren. Es gibt nur zwei Instanzen, das Landesarbeitsgericht trifft die endgültige Entscheidung. Am Arbeitsgericht entscheidet der Richter oder die Richterin allein, ohne ehrenamtliche Richter. Die Ladungs- und Schriftsatz-

fristen sind verkürzt. Auch die Frist für die Beschwerde gegen die erstinstanzliche Entscheidung ist verkürzt, nämlich auf zwei Wochen, innerhalb derer die Beschwerde auch begründet werden muss.



Sonderfälle Tendenzbetriebe und Gemeinschaftsbetriebe

In sogenannten Tendenzbetrieben, also in Unternehmen und Betrieben, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen, dürfen Betriebsräte keine Wirtschaftsausschüsse bestellen (§ 118 Absatz 1 Satz 2). Achtung: Der Kreis der echten Tendenzbetriebe ist klein. Betriebsräte sollten sich beraten lassen, ob ihr Arbeitgeber wirklich unter die Ausnahmegvorschrift fällt. Keinesfalls genügt zum Beispiel die Gemeinnützigkeit, um der Wirtschaftsausschusspflichtigkeit zu entgehen.

Zur Bildung von Wirtschaftsausschüssen in gemeinsamen Betrieben mehrerer Unternehmen (Gemeinschaftsbetrieben) gibt es unterschiedliche Rechtsauffassungen. Im Gemeinschaftsbetrieb ist ein Betriebsrat für die Arbeitnehmer mehrerer Unternehmen zuständig und verhandelt in unternehmensübergreifenden Angelegenheiten auch gemeinsame Betriebsvereinbarungen. Nicht immer sind in allen am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen mehr als 100 Arbeitnehmer tätig. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird ein Wirtschaftsausschuss für ein Unternehmen gebildet, nicht für mehrere.

Daher können bei der Bildung von Wirtschaftsausschüssen im Gemeinschaftsbetrieb Diskussionen mit dem Arbeitgeber entstehen. Ist dieser über die Gründung nicht erfreut, könnte er die Zusammenarbeit verweigern und sich darauf berufen, dass der Wirtschaftsausschuss unwirksam bestellt worden sei oder nur für diejenigen Unternehmen zu bilden sei, die mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigen.

Es sprechen jedoch viele Argumente dafür, dass in einem gemeinsamen Betrieb auch ein gemeinsamer Wirtschaftsausschuss zu bilden ist. Hat nur ein beteiligtes Unternehmen mehr als 100 Arbeitnehmer, soll die Bildung eines einheitlichen Wirtschaftsausschusses für die Gruppe der Trägerunternehmen in analoger Anwendung des § 106 ebenfalls möglich sein. Der Schwellenwert von 100 Arbeitnehmern knüpft an den Organisationsaufwand des Betriebsrats in den wirtschaftlichen Angelegenheiten an. In kleinen wirtschaftlichen Einheiten wäre der Aufwand der Gründung des Wirtschaftsausschusses dem Arbeitgeber nicht zumutbar. Sind aber in einem Gemeinschaftsbetrieb insgesamt mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt, ist der Betriebsrat gerade nicht nur für die wirtschaftlichen Angelegenheiten einer kleinen Einheit zuständig. Mit allen Entscheidungen der beteiligten Unternehmen, die den gemeinsamen Betrieb betreffen, muss sich der Betriebsrat befassen. Er darf daher einen Ausschuss für die Gruppe der beteiligten Unternehmen bestellen.



Vorgehen bei Blockaden durch den Arbeitgeber

Falls ein Arbeitgeber sich in diesen komplexen Fällen darauf beruft, dass die Bildung im gemeinsamen Betrieb in unzulässiger Weise erfolgt sei oder dass es sich um einen Tendenzbetrieb handle und ein Wirtschaftsausschuss überhaupt nicht zulässig sei, hat der (Gesamt-)Betriebsrat verschiedene Möglichkeiten zu reagieren.

Der Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat muss mit dem Arbeitgeber nicht abstimmen, ob und wie er den Wirtschaftsausschuss bestellt. Wenn er den Ausschuss bestellt hat, sollte dieser den Arbeitgeber zu den Sitzungen einladen. Reagiert oder erscheint arbeitgeberseitig niemand, gibt es die Möglichkeit, ein Beschlussverfahren einzuleiten, um gerichtlich feststellen zu lassen, dass der Ausschuss wirksam bestellt wurde. Ein solches Verfahren kann sich allerdings lange hinziehen, hierfür braucht das Gremium Geduld.

Alternativ kann der Wirtschaftsausschuss beim Arbeitgeber trotz der verweigten Zusammenarbeit konkrete Informationen in wirtschaftlichen Angelegenheiten anfordern. Der Betriebsrat kann bei Meinungsverschiedenheiten und auch, wenn die Information überhaupt nicht erteilt wird, die Einigungsstelle anrufen. Reagiert der Arbeitgeber auch hierauf nicht oder lehnt er die Verhandlung ab, kann der Betriebsrat das kurze gerichtliche Verfahren zur Einsetzung der Einigungsstelle einleiten.



Offensichtlich unzuständig?

Das Arbeitsgericht weist den Antrag auf Errichtung der Einigungsstelle nur zurück, wenn diese offensichtlich unzuständig ist. Das ist in § 100 Arbeitsgerichtsgesetz ausdrücklich geregelt, denn über die Einsetzung von Einigungsstellen sollen die Arbeitsgerichte im Interesse beider Betriebsparteien zügig entscheiden können. Ob die Gerichte hierbei auch prüfen müssen, ob der Ausschuss wirksam gebildet wurde, ist in der Rechtsprechung umstritten.

Eine Auseinandersetzung über die wirksame Bildung des Wirtschaftsausschusses führt nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Köln nicht zur offensichtlichen Unzuständigkeit. Die Einigungsstelle müsse diese Frage zu Beginn selbst behandeln, wenn sie ihre eigene Zuständigkeit prüft. Es müsse nur ein konkretes Auskunftsverlangen des Wirtschaftsausschusses geben, über das (Gesamt-)Betriebsrat und Arbeitgeber streiten und für welches die Einigungsstelle in Frage kommt.

Nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg gehört zur Prüfung der „offensichtlichen Unzuständigkeit“ der Einigungsstelle beim Streit, ob dem Wirtschaftsausschuss die Auskünfte zu erteilen sind, auch die Frage, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses vorliegen. Seien diese Voraussetzungen offensichtlich nicht gegeben, sei der Antrag auf Einsetzung einer Einigungsstelle zurückzuweisen. Die Anforderungen an die Annahme einer solchen offensichtlichen Unzuständigkeit sind aber hoch. Sobald es in einer Rechtsfrage, wie der Frage nach der zulässigen Bildung des Ausschusses im

gemeinsamen Betrieb, unterschiedliche Meinungen in der juristischen Literatur oder unterschiedliche Rechtsprechung gibt, dürfte eine offensichtliche Unzuständigkeit nicht anzunehmen sein. Auch ein Tendenzbetrieb müsste eindeutig erkennbar sein, damit der Antrag im Einsetzungsverfahren abgewiesen wird.

Halten das Arbeitsgericht und ggf. das Landesarbeitsgericht die Einigungsstelle nicht für offensichtlich unzuständig, bestellen sie eine bestimmte Person zum Vorsitzenden der Einigungsstelle und setzen die Zahl der Beisitzer fest. Die Person des oder der Vorsitzenden muss unparteiisch sein. Zum Beispiel können ehemalige und aktive Richterinnen der Arbeitsgerichte und Landesarbeitsgerichte bestimmt werden. Möglich sind auch solche Einigungsstellenvorsitzenden, die diese Tätigkeit hauptberuflich ausüben. Über die Anzahl der Beisitzenden entscheidet auch das Arbeitsgericht bzw. Landesarbeitsgericht. Die Zahl richtet sich nach der Komplexität des Regelungsgegenstands und den sonstigen Besonderheiten des Einzelfalls.

Der Betriebsrat sollte sorgfältig überlegen, wen er als Einigungsstellenvorsitzende vorschlägt. Gute Tipps können Gewerkschaften und Kanzleien für Arbeitnehmer geben.

Für die Betriebsräte, die einen Wirtschaftsausschuss durchsetzen wollen, bleibt das Risiko bestehen, dass die Einigungsstelle sich wegen unwirksamer Bestellung des Ausschusses für unzuständig erklärt. Jedenfalls ist dann aber schneller Klarheit geschaffen als in einem langwierigen, die vertrauensvolle Zusammenarbeit belastenden Beschlussverfahren. Und vor allem in Betrieben mit neu gegründeten Betriebsräten ist es wichtig, dass die Betriebsparteien überhaupt einmal gemeinsam an den Verhandlungstisch kommen. Mit Hilfe der unparteiischen Vorsitzenden können Konflikte schneller ausgeräumt werden, was sich positiv auf die weitere gemeinsame Arbeit auswirken kann.



Praxishinweis

Solange es im Unternehmen keine großen Änderungen oder Konflikte gibt, liegt manchmal wenig Aufmerksamkeit auf der Wirtschaftsausschuss-Arbeit – oft genug wird ein WA noch nicht einmal gebildet, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Setzt dann der Arbeitgeber plötzlich beispielsweise die Verlagerung der Produktion ins Ausland auf die Tagesordnung, fehlt dem Betriebsrat der Ein- und Durchblick bei den wirtschaftlichen Angelegenheiten. Mit einem aktiven WA könnte der Betriebsrat gleich mit dem nötigen Vorverständnis in die Informations- und Verhandlungsrunden gehen. Auch ohne Betriebsänderung hängen viele Mitbestimmungsthemen mit wirtschaftlichen Fragen zusammen – welchen Zwängen unterliegt das Unternehmen, welche Handlungsspielräume gibt es usw. Über die Einigungsstelle kann ein Betriebsrat mit WA Informationen teilweise schneller erzwingen als ohne WA. Nicht zuletzt kann der WA nach dem Gesetz auch einen Beitrag zum betrieblichen Umweltschutz leisten.

Dort, wo die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, sollten die (Gesamt-)Betriebsräte Wirtschaftsausschüsse bestellen. Schulungen und nötigenfalls rechtliche Unterstützung sorgen für eine nutzbringende Arbeit des Ausschusses.

Siehe:

- Fitting/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier/Schelz, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Auflage, § 107, Randnummer 10 ff.; Däubler/Klebe/Wedde/Däubler, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage, § 107, Randnummer 18 ff. – unter anderem zur Bildung des WA
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.12.2019, Aktenzeichen 1 ABR 35/18, www.bundesarbeitsgericht.de – Einigungsstelle bei wiederkehrenden Auskünften
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 12.02.2019, Aktenzeichen 1 ABR 37/17, www.bundesarbeitsgericht.de – Einigungsstelle nicht zuständig für den Streit über die Einordnung als wirtschaftliche Angelegenheit
- Salamon, Der Wirtschaftsausschuss bei einem Gemeinschaftsbetrieb im Unternehmen, NZA 2017, Seite 891
- Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 27.05.2016, Aktenzeichen 10 TaBV 28/16, www.justiz.nrw, gegenüber Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.10.2020, Aktenzeichen 10 TaBV 2/20, justizportal.justiz-bw.de – Streit um wirksame WA-Bestellung im Einigungsstelleneinsetzungsverfahren
- Erfurter Kommentar/Koch, 23. Auflage, ArbGG, § 100 – zum Einigungsstelleneinsetzungsverfahren, unter anderem zur Beisitzerzahl



Rechtsanwältin Julia Windhorst

Fachanwältin für Arbeitsrecht

Wiesbaden

Das neue Hinweisgeberschutzgesetz

Fortschritte, Lücken und was für
die Beschäftigtenvertretungen zu tun ist

Whistleblowing ist schon seit vielen Jahren ein Thema. Nach zähen Verhandlungen gilt in Deutschland seit 02.07.2023 das neue Hinweisgeberschutzgesetz. Es soll Hinweisgeber, die auf Missstände im beruflichen Umfeld aufmerksam machen, schützen. Hierfür sollen betrieblich und extern Meldestellen eingerichtet werden. Was bedeuten die neuen Regelungen in der Praxis, und wo liegen Chancen und Risiken für Beschäftigte und deren Vertretungen?



- „Im Übrigen gilt ja hier derjenige, der auf den Schmutz hinweist, für viel gefährlicher als der, der den Schmutz macht.“ – Was Kurt Tucholsky über das Deutschland der 1920er-Jahre schrieb, gilt noch heute und wohl weltweit. Whistleblower sind, gerade im beruflichen Kontext, stark von erheblichen Repressalien bedroht. In Deutschland, wie auch in anderen europäischen Staaten, konnte der Schutz dieser Personen bisher als unzureichend bezeichnet werden. Die europäische Hinweisgeberschutz-Richtlinie von 2019 sollte das ändern und verpflichtete die europäischen Staaten, bis 17.12.2021 entsprechende Gesetze zu schaffen. In Deutschland geschah bis dahin nichts.

Erst nachdem die EU-Kommission deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland einleitete und hohe Strafzahlungen drohten, kam Bewegung in das Gesetzgebungsverfahren. Die mehrheitlich CDU-geführten Länder im Bundesrat verweigerten jedoch zunächst ihre Zustimmung zu einem Entwurf der Regierung aus SPD, Grünen und FDP, und das Gesetz geriet in den Vermittlungsausschuss, in dem es Federn lassen musste. Wir werfen einen näheren Blick auf das neue Gesetz, das nun mit beachtlicher Verspätung in Kraft trat.

Wer wird geschützt?

Auf der Hinweisgeberseite erfasst das Gesetz Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangen und diese melden wollen. Das sind in erster Linie Beschäftigte des jeweiligen Unternehmens oder der Dienststelle, aber auch alle anderen Personen, die im beruflichen Kontext Informationen erlangen. Erfasst werden zum Beispiel auch Geschäftsführer, Praktikanten, Leiharbeiter, Beschäftigte von Drittunternehmen, Zulieferer, Auftragnehmer und auch bereits Bewerber und schon ausgeschiedene ehemalige Beschäftigte.

Wer wird verpflichtet?

Verpflichtet werden durch das Gesetz alle privaten und öffentlichen Arbeitgeber. Eine gewichtige Ausnahme ist, dass Arbeitgeber mit unter 50 üblicherweise Beschäftigten keine interne, betriebliche Meldestelle einrichten müssen. Beschäftigte dieser Arbeitgeber sind aber dennoch durch das Gesetz geschützt: Sie können für ihre Meldungen externe Meldestellen nutzen, sollen vor Repressalien geschützt sein und unterfallen den Regelungen zur Veröffentlichung von Meldungen.

Um welche Art Hinweise geht es?

Unter die Regelungen des Hinweisgeberschutzgesetzes fallen Hinweise zum einen zu Verstößen gegen sämtliche deutschen Strafgesetze. (Hier geht das Gesetz über die Hinweisgeber-Richtlinie hinaus, die nur Verstöße gegen EU-Recht betrifft.) Im Arbeitskontext ist zunächst an einige klassische Tatbestände des Strafgesetzbuches wie Untreue, Betrug, Bestechlichkeit und Bestechung, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, Fälschung technischer Aufzeichnungen (zum Beispiel Arbeitszeitaufzeichnungen) oder Straftaten gegen die Umwelt zu denken. Strafvorschriften



finden sich außerdem zu einem großen Teil nicht im Strafgesetzbuch selbst, sondern im sogenannten Nebenstrafrecht. Für den Schutz von Betriebsräten und weiteren Gremien besonders relevant sind die Straftatbestände des § 119 Absatz 1 Betriebsverfassungsgesetz: das Benachteiligungs- und Begünstigungsverbot, das Behinderungs- und Störungsverbot sowie das Wahlbehinderungs- und Wahlbeeinflussungsverbot.

Gemeldet werden können außerdem **Ordnungswidrigkeiten**, also Verstöße gegen Vorschriften, die mit einem Bußgeld bewehrt sind, aber nur sofern diese Vorschriften dem Schutz von Leben, Leib, Gesundheit oder dem Schutz von Rechten der Arbeitnehmer oder deren Vertretungsorganen dienen. Auch hier gibt es zahlreiche Regelungen, die nicht allgemein bekannt und ohne ausgiebige Recherche schwer zu finden sind. Für den Arbeitnehmerschutz besonders relevant sind die Bußgeldvorschriften des Mindestlohngesetzes (dort § 21), des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (§ 16) und des Arbeitszeitgesetzes (§ 22). Für den Schutz von Betriebsräten interessant ist § 121 BetrVG, der die verspätete, unvollständige, falsche oder unterlassene Erfüllung von Aufklärungs- und Auskunftspflichten aus § 90 BetrVG (Bauvorhaben, Anlagen, Arbeitsplätze), § 92 BetrVG (Personalplanung), § 99 Absatz 1 BetrVG (personelle Einzelmaßnahmen), §§ 106, 108 BetrVG (Wirtschaftsausschuss) und § 111 BetrVG (Betriebsänderungen) durch Arbeitgeber sanktioniert.

Das Gesetz erfasst außerdem Äußerungen von Beamten, die einen Verstoß gegen deren Verfassungstreue darstellen, sowie eine sehr lange Liste von Verstößen gegen nationale und europäische Vorschriften, die Themen wie Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Produktsicherheit, Sicherheit im Straßen-, Eisenbahn-, See- und Luftverkehr, den Umwelt- und Strahlenschutz, die Lebensmittelsicherheit, Verbraucherrechte, den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, den Datenschutz, die IT-Sicherheit, Handels- und Gesellschaftsrecht und einiges mehr betreffen.

Das Hinweisgeberschutzgesetz ist bezüglich des Anwendungsbereichs daher reichlich unübersichtlich, und für potentielle Hinweisgeber wird oft schwer zu beurteilen sein, ob sie mit dem, was sie melden wollen, ein Hinweisgeber im Sinn des neuen Gesetzes sind. Man ist zwar auch dann geschützt, wenn man nur „hinreichenden Grund zu der Annahme hatte“, dass die gemeldeten „Informationen Verstöße betreffen, die in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen“ (§ 8 Absatz 1, § 33 Absatz 1 HinSchG). Offenbar wird insoweit aber eine Prüfung vom Hinweisgeber erwartet, von der das Gesetz nicht sagt, wie intensiv und gewissenhaft sie zu erfolgen hat.

Nicht erfasst werden Verstöße gegen rein unternehmensinterne Vorgaben und Richtlinien wie zum Beispiel Compliance-Regeln. Betriebs- und Dienstvereinbarungen können hier einen weitergehenden Schutz vorsehen, woran oft auch der Arbeitgeber Interesse haben wird.

Die gemeldeten Hinweise müssen sich nicht gegen den Arbeitgeber richten. Auch der Hinweis, ein anderer Beschäftigter verstoße gegen die erfassten Vorschriften, fällt unter den Schutz des Gesetzes.

Wie wird gemeldet?

Das neue Hinweisgeberschutzgesetz sieht zwei Meldewege vor, die gleichwertig nebeneinander bestehen und zwischen denen Hinweisgebende frei wählen können: eine externe Meldestelle, die der Bund beim Bundesamt für Justiz errichtet (sowie ggf. weitere Meldestellen der Länder), und eine interne betriebliche Meldestelle. Dieses Wahlrecht besteht selbstredend nur dort, wo auch eine interne Meldestelle besteht. Eine Pflicht zur Einrichtung einer internen Meldestelle besteht nämlich erst ab in der Regel 50 Beschäftigten. Bis zu einer Größe von in der Regel 249 Beschäftigten bleibt Arbeitgebern zur Einrichtung der internen Meldestelle Zeit bis 17.12.2023. Ab einer Größe von 250 Beschäftigten müssen Arbeitgeber bereits seit 02.07.2023 eine interne Meldestelle haben. Achtung, die „interne“ Meldestelle kann vom Arbeitgeber auch fremdvergeben werden. Oft wird diese Aufgabe an eine Rechtsanwaltskanzlei ausgelagert, die aber, um die Unabhängigkeit zu wahren und Interessenkonflikten vorzubeugen, nicht auch in Angelegenheiten des Arbeitgebers beauftragt sein sollte. Die interne Meldestelle kann auch mit Beschäftigten des Arbeitgebers besetzt wer-

den. Diese müssen mit der notwendigen Fachkunde ausgestattet werden und handeln in Bezug auf die Amtsführung weisungsfrei. Hierbei muss besonders darauf geachtet werden, dass die Unabhängigkeit dieser Beschäftigten gewahrt bleibt und Interessenkonflikte vermieden werden. Das HinSchG gibt den Beschäftigten der internen Meldestelle allerdings keinen besonderen Kündigungsschutz, und sie arbeiten laufend mit sensiblen Daten, deren unbefugte Weitergabe bußgeldbewehrt ist.

Verfahren

Nachdem ein Verstoß gemeldet wurde, bestätigt die Meldestelle den Eingang binnen **sieben Tagen** und prüft, ob der behauptete Verstoß unter das Hinweisgeberschutzgesetz fällt. Ggf. prüft die Meldestelle sodann die Stichhaltigkeit des Hinweises, hält Kontakt mit dem Hinweisgeber und fragt nötigenfalls nach weiteren Informationen. Nach spätestens **drei Monaten** muss die Meldestelle den Hinweisgeber über geplante und ergriffene Folgemaßnahmen und deren Gründe informieren. Die Folgemaßnahmen, die die interne Meldestelle ergreifen kann, sind in § 18 HinSchG geregelt und beinhalten insbesondere die Durchführung eigener interner Untersuchungen, die Abgabe des Verfahrens für weitere Ermittlungen an eine Behörde oder eine bei dem Arbeitgeber bestehende Compliance-Abteilung, das Verweisen des Hinweisgebers an eine andere zuständige Stelle sowie das Abschließen des Verfahrens, zum Beispiel aus Mangel an Beweisen.

Die Meldestellen sind vom Arbeitgeber mit den notwendigen Befugnissen auszustatten (§ 12 Absatz 4 HinSchG). Weitere Maßnahmen, die auf die Ahndung des Verstoßes oder das Verhindern zukünftiger weiterer Verstöße zielen, ergreift jedoch nicht die Meldestelle. Wenn es eines Einschreitens des Arbeitgebers bedarf, muss die Meldestelle den Arbeitgeber also über den Verstoß unterrichten.

Das HinSchG schützt nicht nur die Meldung bei einer Meldestelle. Auch das „An-die-Öffentlichkeit-Gehen“ mit Verstößen kann durch das Hinweisgeberschutzgesetz geschützt sein, wenn ein besonderer Notfall bzw. eine besondere Gefahr besteht oder wenn zuvor eine Meldung an eine externe Meldestelle erfolgt ist und diese innerhalb der Rückmeldungsfrist keine geeigneten Folgemaßnahmen ergriffen hat oder wenn überhaupt keine Rückmeldung erfolgt ist. Das Veröffentlichen wird im Gesetz – ebenso missverständlich wie uneinheitlich – als „Offenlegung“ (§ 3 Absatz 5) und als „Offenlegen“ bezeichnet (§ 32).

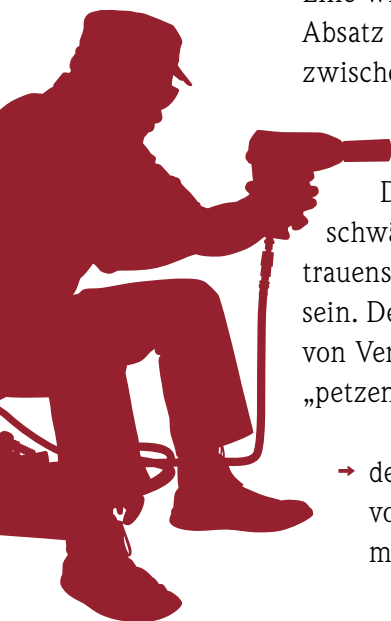
Schutz der Hinweisgeber

Mit Regeln zum Hinweisgeberschutz will man letztlich dafür sorgen, dass Rechtsverstöße nicht unter den Teppich gekehrt werden. Hierzu muss sichergestellt sein, dass diejenigen, die die Verstöße melden, hierdurch keine Nachteile erleiden. Eine effektive Möglichkeit, Hinweisgeber vor Repressalien zu schützen, ist die Wahrung von **Anonymität**. Dementsprechend war im Gesetzesentwurf auch die Verpflichtung der Meldestellen vorgesehen, anonyme Hinweise entgegenzunehmen. In der

Praxis haben sich hierfür bereits IT-Systeme etabliert, die die Kommunikation in beide Richtungen ermöglichen, ohne dass die Meldestelle die Identität des Hinweisgebers erfährt. Im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde die Verpflichtung jedoch gestrichen. Übrig geblieben ist in § 16, § 27 HinSchG, dass die Meldestelle auch anonym eingehende Meldungen bearbeiten „sollte“ – offenbar eine reine Empfehlung, die noch schwächer ist als eine Soll-Vorschrift, die wenigstens gute Gründe fordert, wenn man von ihr abweichen will. Diese reine Empfehlung gilt sogar für die externen, staatlichen Meldestellen; auch sie haben aus dem neuen Hinweisgeberschutzgesetz keine Pflicht zur Entgegennahme anonymen Hinweise.

Die Meldestellen sind jedoch zum **Schutz der Identität** der hinweisgebenden Person verpflichtet. Dies gilt jedenfalls dann, wenn diese nicht mit Absicht oder grob fahrlässig falsche Informationen meldet. Die Preisgabe der Identität an den Arbeitgeber – etwa, damit dieser weitere Maßnahmen ergreifen kann, oder zur weiteren Ermittlung in einer Compliance-Abteilung – ist darum grundsätzlich nur mit Einwilligung des Hinweisgebers erlaubt. Sollte die Meldestelle das Verfahren jedoch an eine Verwaltungs- oder Strafverfolgungsbehörde abgeben, ist schon wegen der nötigen Beweiserhebung damit zu rechnen, dass die Behörde die Mitteilung der Identität von der Meldestelle verlangt. Die Meldestelle wäre dann hierzu verpflichtet (§ 9 Absatz 2 HinSchG).

Das Hinweisgeberschutzgesetz **verbietet**, als weiteres Schutzelement, **Repressalien** gegen die hinweisgebenden Personen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der gemeldete Verstoß zutreffend ist oder die Person jedenfalls hinreichenden Grund zu dieser Annahme hatte. Dass eine Kündigung oder Abmahnung als eine solche Repressalie gilt, liegt auf der Hand. Ob aber in der Praxis auch Fälle wie Mobbing oder Nichtbeförderung erfasst und effektiv verhindert werden können, bleibt abzuwarten. Eine wichtige Erleichterung bietet das Hinweisgeberschutzgesetz immerhin in § 36 Absatz 2 mit der Vermutungsregel, die den notwendigen Ursachenzusammenhang zwischen Hinweis und Repressalie unterstellt.



Schutz beschuldigter Personen vor falschen Hinweisen

Die Kehrseite des Whistleblower-Schutzes liegt auf der Hand: Wo das „Anschwärzen“ gefördert wird, kann es erstens zu einem (Arbeits-)Klima des Misstrauens kommen, und zweitens kann es eine Einladung zu Falschbeschuldigungen sein. Dem ersten Problem begegnet das Gesetz dadurch, dass es nur bestimmte Arten von Verstößen erfasst und somit nicht dazu aufruft, jeden Fehler eines Kollegen zu „petzen“. Das zweite Problem wird dadurch angegangen, dass

- der Hinweisgeber keinen Anspruch auf Schutz seiner Identität hat, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige Informationen über Verstöße meldet (§ 9),

- der Schutz vor Repressalien nur besteht, wenn der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der Annahme hatte, dass die gemeldeten oder offengelegten Informationen der Wahrheit entsprechen (§ 33 Absatz 1),
- das Veröffentlichen unrichtiger Informationen über Verstöße verboten und bußgeldbewehrt ist (§ 32 Absatz 2, § 40 Absatz 1) und
- der Hinweisgeber bei einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Meldung oder Offenlegung unrichtiger Informationen Schadensersatz leisten muss (§ 38).

Dass sich die zuständigen Stellen erst einmal mit einem unberechtigten Vorwurf beschäftigen, verhindert das Gesetz allerdings nicht (§ 9 Absatz 4, § 18 Nr. 1, § 29 Absatz 2). Die Betriebsparteien müssen bei der Ausgestaltung der Whistleblower-Regeln im Betrieb die gegensätzlichen Interessen der Hinweisgeber und der Betroffenen gleichermaßen im Auge behalten.

Mitbestimmung

Die Einrichtung und Gestaltung interner Hinweisgebersysteme beschäftigt Arbeitgeber, Dienststellen und Arbeitnehmervertretungen zur Zeit stark. Arbeitgeber dürften in vielen Fällen ein Interesse haben, eigene Meldesysteme zur Verfügung zu stellen, um die direkte Weitergabe empfindlicher Informationen an externe Stellen zu vermeiden. Dies muss zudem innerhalb der gesetzlichen Umsetzungsfristen geschehen. Betriebs- und Personalräte haben Informations- und Mitbestimmungsrechte, die auch durch Auslagerung an externe Dienstleister nicht umgangen werden können und ohne deren Berücksichtigung eine Umsetzung nicht stattfinden darf.

Es ist damit zu rechnen, dass vielfach unternehmensweit einheitliche Meldestellen eingerichtet werden. Sofern ein **Gesamtbetriebsrat** gebildet ist, ist daher dessen Zuständigkeit zu bedenken. Auch die Zuständigkeit des **Konzernbetriebsrats** wäre möglich, wenn eine gemeinsame interne Meldestelle mehrerer Unternehmen gebildet werden soll (§ 14 Absatz 2 HinSchG). Die zuständige Arbeitnehmervertretung ist zunächst rechtzeitig und umfassend, also beispielsweise über den Planungsstand, die Art der Umsetzung, die vorgesehene Besetzung und Ausstattung der Meldestelle, die vorgesehenen technischen Einrichtungen etc. zu **informieren** (§ 80 Absatz 2 BetrVG bzw. § 66 Absatz 1 Bundespersonalvertretungsgesetz und entsprechende landesrechtliche Vorschriften). Die Arbeitnehmervertretung kann ggf. einen **Sachverständigen** hinzuziehen (§ 80 Absatz 3 BetrVG, § 46 Absatz 1 BPersVG).

Das Gesetz lässt für die konkrete Gestaltung des Meldesystems einen erheblichen Ausgestaltungsspielraum. Dies unter anderem bei der Frage der Einrichtung im Betrieb oder der Vergabe an einen Dritten, der Eröffnung anonymer Meldewege, der Abgrenzung der Kompetenzen der Meldestelle, konkreter Folgemaßnahmen sowie der Bestimmung und Überwachung von Löschfristen. Da die Regelungen ein **Ordnungsverhalten** der Beschäftigten im Betrieb betreffen und potentiell zur Überwachung geeignete **technische Einrichtungen** kaum zu vermeiden sein dürften, hat

die Arbeitnehmervertretung innerhalb des Gestaltungsspielraums ein zwingendes Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. Absatz 1 Nr. 1 und 6 BetrVG bzw. § 80 Absatz 1 Nr. 18, 21 BPersVG, das sie auch initiativ nutzen kann.

In Bezug auf die notwendige Fachkunde der Meldestellen-Mitarbeiter bzw. der damit einhergehenden **Bildungsmaßnahmen** hat die Arbeitnehmervertretung außerdem ein Mitbestimmungsrecht nach § 97 Absatz 2 BetrVG bzw. § 78 Absatz 1 Nr. 13, § 80 Absatz 1 Nr. 10 BPersVG.

Da das Gesetz eine notwendige Fachkunde vorschreibt, kann die Arbeitnehmervertretung bei der geplanten **Einstellung** oder **Versetzung** eines Beschäftigten als Meldestellen-Mitarbeiter unter Umständen die Maßnahme verweigern und sich dabei auf § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG bzw. § 78 Absatz 1 Nr. 1 und ggf. Nr. 3, 4 BPersVG beziehen, wenn sie davon ausgeht, dass der Beschäftigte die notwendige Fachkunde nicht vorweisen kann.

Fazit

Der Gesetzgeber hat die europäische Hinweisgeberschutz-Richtlinie umgesetzt und damit den Schutz von Whistleblowern verbessert. Dieser Schutz ist jedoch lückenhaft. Insbesondere fehlt eine Pflicht zur Einrichtung anonymer Meldesysteme; insoweit geht der Gesetzgeber auch bei externen, staatlichen Meldestellen nicht mit gutem Beispiel voran. Dass Hinweisgebende frei zwischen interner und externer Meldestelle entscheiden können, ist zwar zu begrüßen und angesichts der hierüber geführten Diskussionen keine Selbstverständlichkeit, andererseits aber ein schwacher Trost, wenn am Ende beide Meldestellen in einem späteren Verwaltungs- oder Strafverfahren die Identität des Hinweisgebers preisgeben müssen.

Die Arbeitnehmervertretungen bestimmen unter verschiedenen Einzelaspekten beim betrieblichen Hinweisgeberschutz mit. Sie können und sollten diese Mitgestaltungsspielräume nutzen, um die Schwachstellen des Gesetzes im Sinne der Beschäftigten bestmöglich auszugleichen.

Siehe:

- Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen (Hinweisgeberschutzgesetz – HinSchG), www.gesetze-im-internet.de/hinschg
- Hinweisgeberschutz-Richtlinie (EU 2019/1937) vom 23.10.2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1937&qid=1695289069470>
- Wedde, Mitbestimmung beim Whistleblowing, CuA 3/2023, Seite 14
- Bayreuther, Hinweisgeberschutz und Betriebsverfassung, NZA 2023, Seite 666



Rechtsanwalt Kevin Thiel
Stuttgart

Betriebsratsanhörung und Ausschreibung nicht nachholbar

BAG stärkt Beteiligung bei personellen Maßnahmen

Vor jeder Einstellung und Versetzung muss der Arbeitgeber (außer in kleinen Betrieben) die Zustimmung des Betriebsrats einholen. Wird die Zustimmung verweigert und will der Arbeitgeber die Maßnahme trotzdem durchführen, muss er beim Arbeitsgericht beantragen, die Zustimmung zu ersetzen. Das klappt oft nicht so, wie es das Gesetz vorsieht. Einige Fehler kann der Arbeitgeber noch im laufenden Gerichtsverfahren beseitigen. Manchmal muss er aber auch von vorne anfangen. Zwei jüngere BAG-Entscheidungen sind für die Praxis der Betriebsräte wichtig.

- Betriebsräte haben relativ oft damit zu tun, dass sie zwar rechtzeitig vor der Einstellung oder Versetzung vom Arbeitgeber angehört werden, aber die Stelle nicht innerbetrieblich ausgeschrieben wurde. Manchmal holt der Arbeitgeber die Ausschreibung dann kurzerhand im laufenden arbeitsgerichtlichen Verfahren nach. Auch häufig ist, dass Betriebsräte von Einstellungen oder Versetzungen erst erfahren, wenn sie schon erfolgt sind – die BR-Anhörung wurde vergessen oder nicht für nötig gehalten, zum Beispiel weil der Arbeitgeber die Maßnahme nicht als Einstellung oder Versetzung im Sinn des Gesetzes ansah. Dann gibt es natürlich ein Bedürfnis, die Maßnahme nicht rückgängig machen zu müssen. Zu beiden Konstellationen hat das Bundesarbeitsgericht im Oktober 2022 Klarstellungen zugunsten der Betriebsräte geleistet.





§ 99 Absatz 1 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz:

»In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung zu unterrichten (...) und die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen.«

§ 101 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz:

»Führt der Arbeitgeber eine personelle Maßnahme (...) ohne Zustimmung des Betriebsrats durch (...), so kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, die personelle Maßnahme aufzuheben.«

1 Keine nachgeholte Anhörung ohne vorherige Aufhebung (1 ABR 18/21)

In einem der entschiedenen Fälle ging es um die Versetzung eines Mitarbeiters in eine neu eingerichtete Abteilung – eine Maßnahme, die der Arbeitgeber zunächst gänzlich ohne Beteiligung des Betriebsrats durchführte. Der Betriebsrat beantragte demzufolge vor dem Arbeitsgericht, den Arbeitgeber dazu zu verpflichten, die Versetzung aufzuheben (§ 101 BetrVG). In diesem gerichtlichen Verfahren erklärte der Arbeitgeber, die Versetzung zurückzunehmen, und die Betriebsparteien erklärten das Verfahren übereinstimmend für erledigt.

Noch am selben Tag aber bat der Arbeitgeber den Betriebsrat um Zustimmung zur beabsichtigten „erneuten“ Versetzung desselben Mitarbeiters auf dieselbe Stelle und erklärte außerdem, die Versetzung vorläufig durchzuführen (§ 100 BetrVG). Zu diesem Zeitpunkt war der betreffende Arbeitnehmer bereits seit geraumer Zeit in der neu eingerichteten Abteilung beschäftigt und sollte dort ohne faktische Unterbrechung weiter beschäftigt werden.

Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung, so dass der Arbeitgeber beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung beantragte. Das Landesarbeitsgericht Köln gab dem Arbeitgeber Recht und ersetzte die Zustimmung des Betriebsrats, da es keinen Grund für die Zustimmungsverweigerung sah. Es vertrat die Auffassung, der Arbeitgeber habe unter anderem durch die Beteiligung des Betriebsrats und die Einleitung des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens hinreichend deutlich Abstand von der ursprünglichen Maßnahme genommen. Die Versetzung tatsächlich rückgängig zu machen, sei „pure Förmerei“ und gesetzlich nicht gefordert, so das LAG.

Einflussnahme des Betriebsrats vor einer Besetzungsentscheidung

Anders das BAG: Es hob den LAG-Beschluss auf und begründete dies im Wesentlichen damit, dass sowohl der Wortlaut als auch der Sinn und Zweck des § 99 BetrVG es gebieten, eine Maßnahme tatsächlich rückgängig zu machen, sofern die Arbeitgeberin den Betriebsrat nicht vor der Durchführung der Maßnahme beteiligt hat.

Der Zweck des Beteiligungsrechts des § 99 BetrVG, nämlich die Möglichkeit der Einflussnahme auf eine noch zu treffende unternehmerische Entscheidung, kann nur gewahrt werden, wenn dies der tatsächlichen Entscheidung vorangeht. Allein die Äußerung, eine Maßnahme „zurückzunehmen“ und von nun an nur noch vorläufig durchzuführen, löst keine „neue“ personelle Maßnahme aus, zu der die Zustimmung nach § 99 BetrVG eingeholt werden muss bzw. kann und welche vorläufig nach § 100 BetrVG durchgeführt werden kann.

§ 101 BetrVG soll das Beteiligungsrecht sichern

Es folgt aus § 101 BetrVG, dass der Arbeitgeber eine bereits vorläufig durchgeführte personelle Maßnahme zunächst tatsächlich aufheben muss, um sie schließlich danach ordnungsgemäß durchführen zu können. § 101 BetrVG gibt dem Betriebsrat die Möglichkeit, eine personelle Maßnahme zwangsweise aufheben zu lassen, die nicht im Einklang mit § 99 BetrVG bzw. § 100 BetrVG eingeleitet wurde. Gäbe man dem Arbeitgeber die Möglichkeit, eine personelle Maßnahme betriebsverfassungswidrig zunächst vorläufig durchzuführen und sodann durch Nachholung der Betriebsratsbeteiligung quasi zu heilen, so liefe dies dem Zweck des § 101 BetrVG zuwider.

Der Beschluss ist zu begrüßen. Fast überrascht es, dass es (erneut) einer höchststrichterlichen Klarstellung bedurfte, da der Wortlaut des § 99 BetrVG eindeutig ist („vor“ der Maßnahme). Bereits 2018 hatte das BAG einen ähnlich gelagerten Fall entschieden. Wo seitens der zweiten Instanz noch angenommen wurde, durch eine nachgeholte Anhörung käme der Arbeitgeber umhin, die Maßnahme rückgängig zu machen, betonte das BAG nun die Einflussmöglichkeit des Betriebsrats auf unternehmerische Personalentscheidungen, und verteidigte außerdem die Systematik des § 101 BetrVG.

In der Literatur wurde die Entscheidung teilweise kritisiert. Dass eine Maßnahme tatsächlich rückgängig zu machen ist, bevor eine neue Maßnahme ordnungsgemäß mit Betriebsratsbeteiligung eingeleitet werden kann, ist aber im Hinblick sowohl auf den Zweck des § 101 BetrVG als auch die Gesetzessystematik richtig. Die Auffassung des LAG Köln hätte dazu geführt, dass Arbeitgeber personelle Maßnahmen stets zunächst auch ohne Anhörung umsetzen und so lange hätten aufrechterhalten könnten, wie nicht der Betriebsrat ein Verfahren zur Aufhebung der Maßnahme eingeleitet hätte. Ein Risiko hätte dies für den Arbeitgeber nicht bedeutet, da er die Aufhebung der Maßnahme nicht ernstlich hätte befürchten müssen, da er die Anhörung noch kurz vor Entscheidung hätte nachholen können. Damit wäre der Aufhebung der Maßnahme nach § 101 BetrVG praktisch der Boden entzogen. Demgegenüber schreibt das BAG richtig:

» „Mit der Vorschrift des § 101 BetrVG sollte dem Betriebsrat ein Werkzeug an die Hand gegeben werden, welches gewährleistet, dass der Arbeitgeber Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats achtet und die betriebsverfassungsrechtliche Ordnung einhält. Dies ist nur sichergestellt, wenn der Arbeitgeber im Fall einer unterbliebenen Beteiligung ein – ordnungsgemäßes – Zustimmungersuchen allein bei vorheriger Aufhebung der ursprünglichen Maßnahme an den Betriebsrat richten kann (...).“

BAG 11.10.2022, 1 ABR 18/21, Randnummer 34

Nicht der Betriebsrat muss personelle Maßnahmen aufdecken und die Mitbestimmung einfordern, sondern der Arbeitgeber ist in der Pflicht, zur ordnungsgemäßen Durchführung einer Maßnahme eine Anhörung rechtzeitig durchzuführen.

2 Keine Nachholung der Ausschreibung im Zustimmungsersetzungsverfahren (1 ABR 16/21)

In dem anderen Fall, über den das BAG am selben Tag entschieden hat, wurde um die Ersetzung der Zustimmung zu mehreren Versetzungen gestritten. Der Arbeitgeber hörte den Betriebsrat zu den Versetzungen an und teilte seine Absicht mit, die Maßnahme vorläufig durchzuführen (§ 100 BetrVG). Eine nach § 93 BetrVG geforderte interne Stellenausschreibung war bis zum Zeitpunkt der Anhörung unterblieben. Der Betriebsrat verweigerte die Zustimmung und begründete dies unter anderem mit der unterbliebenen Ausschreibung. Der Arbeitgeber leitete das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren ein und holte vorsorglich die interne Stellenausschreibung nach. Das Landesarbeitsgericht Köln gab dem Arbeitgeber Recht und meinte, die erforderliche Stellenausschreibung habe während des gerichtlichen Zustimmungsersetzungsverfahrens nachgeholt werden können.

Aktivierung des innerbetrieblichen Arbeitsmarktes

Das BAG hob auch hier den Beschluss des Landesarbeitsgerichts auf. Die innerbetriebliche Ausschreibung kann nicht im Zustimmungsersetzungsverfahren nachgeholt werden. Denn die innerbetriebliche Ausschreibung dient neben der Transparenz für die Belegschaft auch dazu, den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren, indem der Belegschaft ermöglicht wird, sich auf freie Stellen zu bewerben. Der die Belegschaft vertretende Betriebsrat hat ein legitimes Interesse daran, dies durch seine Forderung nach einer solchen Ausschreibung zu ermöglichen.

§ 99 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz:

»Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn (...) 5. eine nach § 93 erforderliche Ausschreibung im Betrieb unterblieben ist (...).«

§ 100 Betriebsverfassungsgesetz:

»(1) Der Arbeitgeber kann, wenn dies aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, die personelle Maßnahme (...) vorläufig durchführen, bevor der Betriebsrat sich geäußert oder wenn er die Zustimmung verweigert hat. (...)

(2) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat unverzüglich von der vorläufigen personellen Maßnahme zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich ist, so hat er dies dem Arbeitgeber unverzüglich mitzuteilen. In diesem Fall darf der Arbeitgeber die vorläufige personelle Maßnahme nur aufrechterhalten, wenn er innerhalb von drei Tagen beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats und die Feststellung beantragt, dass die Maßnahme aus sachlichen Gründen dringend erforderlich war.

(...).«

Holt der Arbeitgeber die Stellenausschreibung aber erst im Laufe des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach, so hat der Arbeitgeber die Entscheidung zur Besetzung der Stelle bereits getroffen. Selbst wenn der Arbeitgeber gegenüber weiteren Bewerbern offen wäre: Es besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmer des Betriebs den Eindruck haben, der Arbeitgeber habe seine Entscheidung schon getroffen, und dass sie bei einer nachgeholten Ausschreibung von vornherein von einer eigenen Bewerbung absehen, weil sie sich keinen Erfolg davon versprechen.

Das BAG lässt allerdings offen, ob eine Ausschreibung ausnahmsweise dann nachgeholt werden kann, wenn die Stellenbesetzung so dringend ist, dass eine vorherige Ausschreibung zeitlich nicht möglich ist. Im entschiedenen Fall kam es darauf nicht an. Jedenfalls müsste, so das BAG, die Notwendigkeit der Stellenbesetzung „plötzlich und unerwartet“ eintreten.

Es ist richtig, dass eine nachgeholte Stellenausschreibung dazu führen kann, dass Arbeitnehmer von einer Bewerbung absehen, wenn bereits die Zustimmung zu einer konkreten Maßnahme beantragt wurde. Dies würde dem Zweck der innerbetrieblichen Ausschreibung zuwiderlaufen – und damit auch dem eigens in § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG aufgenommenen Zustimmungsverweigerungsgrund. Wo die Anhörung zu einer personellen Maßnahme erfolgt ist, ist die Personalentscheidung bereits gefallen. Wozu sich noch bewerben, werden die Beschäftigten sich fragen. Genau dies muss verhindert werden, und so ist diese kurz ausgefallene Entscheidung des BAG in ihrer bestechenden Schlichtheit richtig.

Ausblick

In der Praxis bringen beide BAG-Entscheidungen vom Oktober 2022 Klarheit zugunsten der Arbeitnehmerbeteiligung.

Bisher war die Frage nicht höchstrichterlich geklärt, ob der Arbeitgeber eine interne Stellenausschreibung im Zustimmungsersetzungsverfahren nachholen kann. Das klare Nein des BAG hierzu erleichtert die Betriebsratstätigkeit im Zusammenhang mit personellen Maßnahmen. Allerdings nützt der Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Absatz 2 Nr. 5 BetrVG nur denjenigen Betriebsräten etwas, die es vor dem Besetzungsverfahren nicht versäumt haben, vom Arbeitgeber die innerbetriebliche **Stellenausschreibung zu verlangen**. Da es durchaus vorkommt, dass ein solches Verlangen im Prozess bestritten wird, empfiehlt es sich zudem, das Verlangen schriftlich zu äußern und in den Betriebsratsunterlagen zu dokumentieren.

Das BAG fordert mit beiden Beschlüssen die Disziplin der Arbeitgeber ein: Vor einer Besetzungsentscheidung hat der Arbeitgeber sowohl die interne Stellenausschreibung als auch die Betriebsrats-Anhörung durchzuführen, da ansonsten deren Zweck verfehlt würde. Dies ist so wichtig, dass vom Arbeitgeber nun ausdrücklich verlangt wird, eine ohne Anhörung erfolgte Versetzung erst einmal rückgängig zu machen,

bevor die Anhörung nachgeholt wird. Die naheliegende Ausflucht, dass das inzwischen leider nicht mehr möglich sei, weil es die frühere Stelle nicht mehr gebe, gesteht das BAG dem Arbeitgeber nicht zu: Es müsse **nicht unbedingt eine „Rückversetzung“** erfolgen, sondern der Arbeitgeber könne auch dadurch Abstand von der Maßnahme nehmen, dass der Einsatz auf der neuen Stelle zumindest vorübergehend unterbleibe. Mit anderen Worten: Notfalls muss der Versetzte freigestellt werden. Ungeklärt bleibt die Frage, wie lange der Arbeitgeber Abstand von der ursprünglichen Maßnahme nehmen muss, bevor er eine neue personelle Maßnahme einleiten kann. Eine „juristische Sekunde“ dürfte nicht ausreichen. Möglicherweise genügen dem BAG aber wenige Tage für eine ausreichende Zäsur.

Keine Rolle hat in den vorgestellten Entscheidungen die Pflicht des Arbeitgebers gespielt, die Besetzung einer Stelle mit einem **arbeitslosen schwerbehinderten Menschen** zu prüfen (§ 164 Absatz 1 SGB IX, bis 31.12.2017: § 81). Wird hiergegen bei einer **Einstellung** (bei einer Versetzung gilt nach dem BAG anderes!) verstoßen, kann dies zur Zustimmungsverweigerung nach § 99 Absatz 2 Nr. 1 BetrVG berechtigen. Offen ist, ob das BAG seine Erwägungen zur innerbetrieblichen Stellenausschreibung auch auf diese Prüfpflicht übertragen würde. Dies liegt nahe: Denn wenn eine Besetzungsentscheidung erst einmal getroffen ist – oft in Verbindung mit einer vorläufigen Maßnahme –, hat es wenig Erfolgsaussicht, wenn der Arbeitgeber auf einen Hinweis des Betriebsrats nachträglich die Stelle bei der Arbeitsagentur meldet. Die Meldung nach § 164 SGB IX führt, anders als die interne Stellenausschreibung, zwar nicht zu einer Einladung zur eigenen Bewerbung, sondern erst einmal zu Vermittlungsvorschlägen der Bundesagentur für Arbeit. Aber so bekommt der Arbeitgeber die Möglichkeit, die Besetzung der Stelle mit einem arbeitslosen schwerbehinderten Menschen auch dann zu prüfen, wenn er sich letztlich zu einer anderen Besetzung entschließt. Erfolgt die Meldung an die Agentur hingegen nachträglich, ist die Besetzungsentscheidung bereits gefallen, und die Menschen mit Schwerbehinderungen (und Gleichgestellten) hatten keine Chance auf den besetzten Arbeitsplatz.

Betriebsräte sollten es sich zur Gewohnheit machen, sich bei Einstellungen die Einhaltung des § 164 SGB IX nachweisen zu lassen, und bei Nichteinhaltung eine Zustimmungsverweigerung erwägen.



Siehe:

- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 11.10.2022, Aktenzeichen 1 ABR 18/21, NZA 2023, Seite 182 (Aufhebung von: Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 21.05.2021, Aktenzeichen 9 TaBV 42/20, www.justiz.nrw.de) – keine Zustimmungsersetzung ohne vorherige Aufhebung
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 11.10.2022, 1 ABR 16/21, www.bundesarbeitsgericht.de (Aufhebung von: Landesarbeitsgericht Köln, Beschluss vom 28.08.2020, 10 TaBV 8/19, www.justiz.nrw.de) – keine Nachholung der innerbetrieblichen Ausschreibung im Zustimmungseretzungsverfahren
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 21.11.2018, Aktenzeichen 7 ABR 16/17, NZA 2019, Seite 711 – Nachholung der Anhörung hindert nicht Aufhebung der Einstellung
- Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 17.06.2008, Aktenzeichen 1 ABR 20/07, NZA 2008, Seite 1139 – bei Versetzungen keine Zustimmungsverweigerung wegen Verstoßes gegen die Prüfpflicht nach SGB IX



Rechtsanwältin Lea Sophia Wittig, LL.M.

Frankfurt am Main

Zur Beachtung

- Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

Unsere Kanzleien

10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte

Marion Burghardt*, Christian Fraatz*, Dieter Hummel, Mechtild Kuby*, Nils Kummert*, Sebastian Baunack*, Dr. Lukas Middel*, Sandra Kunze*, Dr. Silvia Velikova*, Damiano Valgolio*, Anne Weidner*, Daniel Weidmann*, Dr. Raphaël Callsen*, Wolfgang Daniels*, Anna Gilsbach, LL.M., Benedikt Rüdesheim, LL.M.*, Micha Heilmann, Janine Kaldeweier, Eleonora Storm
Immanuelkirchstraße 3 - 4

10405 Berlin

Telefon: 030 4467920 | Fax: 030 44679220

info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de

22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft

Klaus Müller-Knapp, Jens Peter Hjort*, Manfred Wulff*, Andreas Bufalica*, Daniela Becker, Simon Dilcher*, Dr. Julian Richter*, Christopher Kaempf*, Dr. Ragnhild Christiansen*, Marek Beck, LL.M.*, Carolin Warnecke, Madlen Lübker*, Morten Kramme

Kaemmererufer 20

22303 Hamburg

Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de

24116 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)

Simon Dilcher*, Dr. Julian Richter*

Kronshagener Weg 105

24116 Kiel

Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124

kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de

28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen

Dieter Dette*, Michael Nacken*, Dr. jur. Pelin Ögüt*, Markus Barton*, Simon Wionski*, Christoph Gottbehüt, Mira Gathmann*, Paul Troeger, Antonia Kuksa, Tomke Pietruska, Joachim Lubkowitz

Bredenstraße 11

28195 Bremen

Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599

kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

30165 Hannover | Arbeitnehmeranwälte Hannover

Eva Büchele*, Sebastian Büchele-Stoffregen*, Sabrina Burkart*, Ute Kahl*,
Annika Wheeler*, Svenja Meergans, Christine Matern, Norbert Schuster

Schulenburg Landstraße 20b

30165 Hannover

Telefon: 0511 700740 | Fax: 0511 7007422

info@arbeitnehmeranwaelte-hannover.de | www.arbeitnehmeranwaelte-hannover.de

44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein

Ingelore Stein*

Kampstraße 4A (Krügerpassage)

44137 Dortmund

Telefon: 0231 3963010 | Fax: 0231 822014

arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

48145 Münster | Meisterernst Düsing Manstetten

Klaus Kettner*, Veronica Bundschuh*, Marius Schaefer*, Elena Gabel

Oststraße 2

48145 Münster

Telefon: 0251 520910 | Fax: 0251 5209152

info@meisterernst.de | www.meisterernst.de

60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte

Detlef Büdel*, Udo Rein*, Nina Krüger*, Christine Zedler*,
Anne-Kathrin Rothhaupt*

Petersstraße 4

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069 13385810 | Fax: 069 133858114

anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

**60322 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann*, Yvonne Geilen*, Jan Brückmann*,
Kathrin Poppelreuter*, Kathrin Schlegel*, Ronja Best*,
Lea Sophia Wittig, Jan Tretow*, Dr. Dietrich Growe*

Falkensteiner Straße 77

60322 Frankfurt

Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821

mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen

Reinhard Schütte*, Jakob T. Lange*, Julia Windhorst, LL.M.*,
Thorsten Lachmann*

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon: 0611 9500110 | Fax: 0611 95001120

info@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

70176 Stuttgart | Bartl Mausner Horschitz /Anwaltskanzlei

Ewald Bartl*, Benja Mausner*, Alexandra Horschitz*, Kevin Thiel

Johannesstraße 75

70176 Stuttgart

Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320

info@arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de | www.arbeitnehmeranwaelte-stuttgart.de

77652 Offenburg | MARKOWSKI Arbeitsrecht - Kanzlei für Arbeitnehmer:Innen und Betriebsräte

Jürgen Markowski*, Julia Deiss*

Turmstraße 3

77652 Offenburg

Telefon: 0781 96052440 | Fax: 0781 96052449

kanzlei@markowski-arbeitsrecht.de | www.markowski-arbeitsrecht.de

79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus

Michael Schubert*,

Berater für kollektives Arbeitsrecht: Prof. Dr. Sérgio Fortunato

Wilhelmstraße 10

79098 Freiburg

Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024

kanzlei@hegarhaus.de | www.hegarhaus.de

80336 München | kanzlei huber.mücke.helm - Menschenrechte im Betrieb

Michael Huber, Matthias Mücke*, Dr. Rüdiger Helm, LL.M.,

Susanne Gäbelein, Christine Steinicken*, Andreas von Fumetti

Schwanthalerstraße 73

80336 München

Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661

kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

90429 Nürnberg | Manske & Partner

Beate Schoknecht*, Sabine Feichtinger*, Thomas Müller*,
Dr. Sandra B. Carlson*, LL.M., Andreas Bartelmeß*, Judith Briegel*,
Georg Sendelbeck*, Axel Angerer*, Magdalena Wagner*, Sebastian Lohneis*,
Sabrina Eckert*, Tobias Hassler*

Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

Bärenschanzstraße 4

90429 Nürnberg

Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

91522 Ansbach | Manske & Partner (Zweigstelle)

Andreas Bartelmeß* u. a.

Karlsplatz 2

91522 Ansbach

Telefon: 0981 97780800

kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de

* Fachanwälte für Arbeitsrecht

Impressum

→ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von den Rechtsanwälten

- **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**
Kaemmererufer 20
22303 Hamburg
Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999
kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de
Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816



Redaktion

Rechtsanwalt Dr. Julian Richter,
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer (www.brak.de) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation_01 · netzwerk für digitale gestaltung
www.formation01.com
- Autorenportraits: Autoren