

Betriebsratstätigkeit im Betrieb – Mobiles Arbeiten für Betriebsräte?

Rechtsanwalt Dr. Andreas Schönhöft und Rechtsanwalt Nabil Oelze, LL. M.*

Durch die Notwendigkeiten in der Pandemie haben auch die Betriebsräte in vielen Unternehmen in Deutschland die ersten und oftmals auch positiven Erfahrungen mit dem Mobilien Arbeiten gemacht. In vielen Unternehmen gehört das Mobile Arbeiten, soweit es die Tätigkeit der Arbeitnehmer zulässt, mittlerweile zu einer etablierten Form der Zusammenarbeit. Nicht ganz ausgeschlossen ist allerdings, dass es nach einem Abklingen der Pandemie arbeitgeberseitig wieder zu einer stärkeren Beschränkung des Mobilien Arbeitens kommt. Auch wenn das Betriebsrätemodernisierungsgesetz (Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz – BetrModG) v. 14.6.2021, BGBl. 2021 I 32) weit hinter dem zurückgeblieben ist, was man sich für eine moderne Betriebsratsarbeit gewünscht hätte, hat der Gesetzgeber mit der Ermöglichung der digitalen Betriebsratssitzungen nach § 129a BetrVG einen vermeintlich weiteren Schritt für das Mobile Arbeiten von Betriebsräten getan. In vielen Unternehmen häufen sich die Anfragen von Betriebsratsmitgliedern nach Betriebsratstätigkeit in Mobiler Arbeit. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit die Betriebsratstätigkeit überhaupt außerhalb der Betriebsratssitzungen nach § 129a BetrVG in mobiler Form durchgeführt werden darf und welche Absprachen zwischen den Betriebsparteien hierfür möglich sind. Diese sensiblen Fragen müssen mit Blick auf die ständige, gefestigte Rechtsprechung des BAG, dass Betriebsratstätigkeit im Betrieb stattzufinden hat, einer besonders kritischen Prüfung unterzogen werden. Darüber hinaus darf nicht außer Acht gelassen werden, dass große Teile der Arbeitnehmer aufgrund der Eigenart ihrer Tätigkeit nicht in der Lage sein dürften, diese gleichermaßen außerhalb des Betriebs auszuüben. Der nachfolgende Beitrag setzt sich daher kritisch mit den Fragen der Mobilien Arbeit von Betriebsräten nach der aktuellen Gesetzeslage auseinander und prüft etwaige Handlungsmöglichkeiten für die Praxis.

I. Aktuelle Rechtslage zur Betriebsratstätigkeit im Betrieb

1. Rechtsprechung zum Grundsatz der Betriebsratstätigkeit im Betrieb

Das BAG¹ hat zu der Frage, wo Betriebsratstätigkeit zu verrichten ist, erstmals in seinem Urteil vom 31.5.1989 Stellung genommen. In diesem Grundsatzurteil hatte es entschieden, dass auch das freigestellte Betriebsratsmitglied im Betrieb erreichbar und für erforderliche Betriebsratsarbeit zur Verfügung stehen muss. Zur Begründung führte das BAG an, dass sonst weitere (nicht freigestellte) Betriebsratsmitglieder herangezogen werden müssten, um etwaige vor Ort zu erledigende Betriebsratsarbeit zu verrichten. Weiter wurde ausgeführt, dass das Betriebsratsmitglied nur von seiner Pflicht zur vertragsgemäßen Arbeitsleistung freigestellt sei, nicht aber von der Verpflichtung, während der Arbeitszeit im Betrieb anwesend zu sein. Auf den durch das BAG aufgestellten Grundsatz haben nachfolgende Entscheidungen ihrerseits stets Bezug genommen, so dass durchaus von einer ständigen Rechtsprechung des BAG gesprochen werden kann.² Es existiert inzwischen eine Vielzahl von Entscheidungen des BAG und anderer Instanzen, welche sich trotz unterschiedlichster Sachverhaltskonstellationen jeweils auf den genannten Grundsatz berufen.³ So begründete das BAG die Pflicht des Betriebsratsmitglieds zur Anwesenheit im Betrieb, um erreichbar zu sein und für erforderliche Betriebsratsarbeit zur Verfügung zu stehen, aus der gesetzlichen Rechtsfolge der Freistellung.⁴ Außerdem ändere sich für Betriebsratsmitglieder, die vor ihrer Freistellung ihre Arbeitsleistung nicht oder nicht nur im Betrieb zu erbringen hatten, aufgrund

der Freistellung für Betriebsratstätigkeit der Ort der Leistungserbringung ganz oder teilweise zu dem Ort, an dem der Betriebsrat seinen Sitz hat.⁵ Diese grundsätzliche Anwesenheitspflicht im Betrieb wird nur dann durchbrochen, soweit dies für das freigestellte Betriebsratsmitglied zur Erfüllung der obliegenden Aufgaben als Betriebsrat erforderlich sei.⁶

Ausnahmen vom Grundsatz des BAG sind nur vereinzelt in der Rechtsprechung zu finden. Das ArbG Köln entschied zB im Lichte der Corona-Pandemie, dass die Pflicht, sich im Betrieb am Sitz des Betriebsrats für anfallende Betriebsratstätigkeit bereitzuhalten, dann nicht besteht, wenn die Betriebsaufgaben am Betriebsitz nicht in zumutbarer Weise (iSd § 275 III BGB) wahrgenommen werden können. Dies gelte auch dann, wenn der Arbeitgeber rechtlich verpflichtet sei, ein Tätigwerden vom Wohnsitz aus anzubieten.⁷ Wenngleich die Relevanz dieser Entscheidung durch das BetrModG vom 14.6.2021⁸ und der damit geschaffenen Möglichkeit des Abhaltens virtueller Betriebsratssitzungen als begrenzt anzusehen ist, sollte sie dennoch kurze Erwähnung finden. Denn denkbar sind theoretisch auch andere Fallkonstellationen, in denen die Betriebsratsarbeit am Sitz des Betriebs aus anderen Gründen im Einzelfall nicht zumutbar sein könnte. Das ArbG Frankfurt a. M.⁹ hatte wiederum darüber zu entscheiden, ob die Arbeitgeberin dazu berechtigt

Schönhöft/Oelze: Betriebsratstätigkeit im Betrieb – Mobiles Arbeiten für Betriebsräte?(NZA 2022, 1441)

1442

gewesen ist, die örtliche Anwesenheit des Betriebsratsvorsitzenden im Betrieb ausnahmslos anzuordnen. In dem Betrieb existierte eine ungekündigte Gesamtbetriebsvereinbarung zur Arbeitszeitregelung, die es den übrigen Arbeitnehmern unter Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten ermöglichte, eigenverantwortlich über den Arbeitsort sowie Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit zu entscheiden. Zudem hatte der Betriebsratsvorsitzende vor seiner Freistellung eine „Homeoffice-Vereinbarung“ mit der Arbeitgeberin getroffen. Das ArbG sah in der ausnahmslosen Anordnung der Arbeitgeberin eine Behinderung der Betriebsratsarbeit iSd § 78 BetrVG. Das ArbG begründete seine Entscheidung mit der Organisationshoheit des Betriebsrats und führte ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der gefestigten Rechtsprechung des BAG lediglich oberflächlich aus, dass „von dieser grundsätzlichen Verpflichtung zur Anwesenheit am Sitz des Betriebs des Betriebsrates abgewichen werden (kann), denn jeder Grundsatz lässt auch Ausnahmen zu“.¹⁰ Die über Jahre gefestigte Rechtsprechung des BAG und weiterer Instanzgerichte mit der Begründung auszuhebeln, dass jeder Grundsatz auch Ausnahmen zuließe, kann nicht überzeugen. Vielmehr wird übersehen, dass auch das BAG die Notwendigkeit von einem Abweichen des Grundsatzes erkannt hat. Hierzu ist aber notwendig, dass die Betriebsratstätigkeit ein Ableisten von Betriebsratsarbeit außerhalb des Betriebs zwingend notwendig werden lässt.¹¹ Das Vorliegen einer Betriebsvereinbarung und die Möglichkeit einer Inanspruchnahme Mobilen Arbeitens durch die anderen Arbeitnehmer führen nach dem BAG darüber hinaus für sich genommen nicht zu einen Anspruch des Betriebsrats auf Mobiles Arbeiten oder sogar einer Benachteiligung gem. § 78 BetrVG.¹² Hinzu kommt, dass Betriebsratstätigkeit als Ehrenamt regelmäßig keine Arbeit im Sinne der arbeitsvertraglichen Vereinbarungen darstellen dürfte¹³, so dass Betriebsräten ein Berufen auf die Anwendbarkeit von kollektiven Vereinbarungen zum Mobilen Arbeiten schon aus diesem Grund verwehrt ist. Die in vielen Unternehmen vereinbarten betrieblichen Regelungen zum Mobilen Arbeiten sind auf die Betriebsratstätigkeit nicht anwendbar, da Gegenstand der Vereinbarungen regelmäßig nur die Voraussetzungen der Erbringung der Arbeitsleistung an einem anderen Ort sind. Eine Berechtigung oder sogar ein Anspruch von Betriebsräten auf Mobiles Arbeiten lässt sich hiermit nicht begründen.

2. Gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz der Betriebsratstätigkeit im Betrieb

Gesetzliche Ausnahmen vom Grundsatz der Betriebsratstätigkeit im Betrieb des BAG wurden in jüngster Zeit aufgrund zwingender Notwendigkeiten der Corona-Pandemie durch den Gesetzgeber – teilweise nur zeitlich befristet – erlassen.

a) Einführung des § 129 BetrVG

Als erste wesentliche Ausnahme erließ der Gesetzgeber während der Corona-Pandemie die bis zum 7.4.2023 befristete Sonderregelung des § 129 BetrVG. Dieser im BetrVG neu implementierte Paragraph lässt die Möglichkeit von Betriebsversammlungen und Versammlungen nach den §§ 53 und 71 BetrVG mittels audiovisueller Einrichtungen zu, sofern sichergestellt ist, dass Dritte von deren Inhalt keine Kenntnis nehmen können. Gleiches gilt für die Durchführung von Einigungsstellen. Der Gesetzgeber wollte hiermit die Voraussetzungen dafür schaffen, dass der Betriebsrat die Funktionsfähigkeit des Gremiums während der Pandemie gewährleisten kann. Es sollte darüber hinaus vermieden werden, dass aufgrund von Kontaktbeschränkungen, geringer Impfquoten und steigender Infektionszahlen die Beschlussfähigkeit des Betriebsrats teilweise unmöglich wird.¹⁴ Je nach Verlauf der Pandemie und der öffentlichen Diskussion ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber die Anwendung des § 129 BetrVG über den 7.4.2023 hinaus verlängert oder sogar dauerhaft etabliert.

b) Anpassung des § 30 BetrVG

Mithilfe des noch näher zu beleuchtenden BetrModG vom 14.6.2021 hat der Gesetzgeber in § 30 BetrVG die dauerhafte Möglichkeit implementiert, bei Vorliegen der Voraussetzungen ua Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz stattfinden zu lassen. Hierfür ist zunächst erforderlich, dass die Voraussetzung für eine solche Teilnahme in der Geschäftsordnung bei gleichzeitiger Sicherstellung des Vorrangs der Präsenzsitzung festgelegt wurde und nicht mindestens ein Viertel des Betriebsrats der Durchführung innerhalb einer von dem Vorsitzenden festgelegten Frist widersprochen hat. Wie bereits als Voraussetzung aus § 129 BetrVG ist darüber hinaus auch bei Anwendung des § 30 BetrVG sicherzustellen, dass Dritte vom Inhalt der Konferenzen keine Kenntnis nehmen können.

3. Richterliche Ausnahmen vom Grundsatz der Betriebsratstätigkeit im Betrieb

Vom Grundsatz, dass Betriebsratstätigkeit im Betrieb stattfindet, gibt es auch nach aktueller Rechtslage von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahmen. Diese gelten sowohl für freigestellte als auch nichtfreigestellte Betriebsräte gleichermaßen. Sowohl nichtfreigestellte Betriebsratsmitglieder als auch freigestellte Betriebsratsmitglieder sind von Erbringung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung befreit, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Bei freigestellten Betriebsratsmitgliedern vermutet lediglich § 38 BetrVG bereits zu ihren Gunsten, dass sie in ihrer Arbeitszeit im Betrieb (erforderliche) Betriebsratstätigkeit ausüben.¹⁵ Das hat aber nur zur Folge, dass das Betriebsratsmitglied von seiner beruflichen Tätigkeit, nicht aber von seiner Anwesenheitspflicht im Betrieb freigestellt ist.¹⁶ Insoweit verlangt das Betriebsverfassungsgesetz neben einer Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit auch den Nachweis der Erforderlichkeit der Tätigkeit außerhalb des Betriebs durch das Betriebsratsmitglied. Die Freistellung führt dazu, dass an die Stelle der Arbeitspflicht die Verpflichtung des Betriebsratsmitglieds tritt, während und im Umfang seiner Arbeitszeit im Betrieb am Sitz des Betriebsrats, dem es angehört, anwesend zu sein und sich zur Wahrnehmung

betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben zur Verfügung zu halten.¹⁷ Sollte aufgrund von Erforderlichkeit sowohl für freigestellte, als auch für nichtfreigestellte Betriebsratsmitglieder ausnahmsweise eine Betriebsratstätigkeit außerhalb des Betriebsortes notwendig werden, ist das Betriebsratsmitglied verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers nachzuweisen, dass es sich dort der Erfüllung betriebsverfassungsrechtlich erforderlicher Aufgaben widmet.¹⁸ Dabei gelten grundsätzlich für beide Gruppen von Betriebsratsmitgliedern die gleichen Anforderungen an das Vorliegen der Erforderlichkeit, da § 38 BetrVG einen Unterfall der Generalklausel des § 37 II darstellt.¹⁹ Das BAG sieht eine Möglichkeit der freigestellten Betriebsratsmitglieder zur Ausübung ihrer Betriebsratstätigkeit außerhalb des Betriebs nur dann als gegeben an, wenn es zur Erfüllung konkreter Betriebsratsaufgaben im Einzelfall erforderlich ist.²⁰ Welche Tätigkeiten als erforderlich anzusehen sind, obliegt einer Einzelfallprüfung. So hat das BAG das Vorliegen erforderlicher Betriebsratstätigkeit zB verneint, wenn das Betriebsratsmitglied anlasslos als Zuhörer an einer Gerichtsverhandlung teilnimmt.²¹ Sofern und soweit der Betriebsrat selbst Beteiligter eines Beschlussverfahrens ist, wurde die Erforderlichkeit wiederum bejaht.²² Hat der Arbeitgeber Zweifel an der Erforderlichkeit der Betriebsratstätigkeit oder daran, dass das Betriebsratsmitglied außerhalb des Betriebs einer Betriebsratstätigkeit nachkommt, kann er von ihm stichwortartige Angaben zu seiner Tätigkeit verlangen. Hierbei müssen die Angaben dem Arbeitgeber zumindest eine Plausibilitätskontrolle ermöglichen.²³ Inwieweit Betriebsratstätigkeit im Mobilem Arbeiten pauschal ohne nähere Einzelfallbegründung erforderlich sein kann, erscheint daher mehr als fraglich. Der alleinige Wunsch des Betriebsrats nach Mobilem Arbeiten, ohne dass es für die konkrete Betriebsratsaufgabe notwendig ist, wird das Kriterium der Erforderlichkeit nicht erfüllen. Eine Betriebsratstätigkeit, die ausschließlich im Mobilem Arbeiten oder im Homeoffice erledigt werden kann, erscheint kaum vorstellbar. Auch wenn Arbeitgebern bei den Anforderungen an die Erforderlichkeit sicherlich ein Ermessensspielraum zuzugestehen ist, geht es ja schließlich auch neben seinem finanziellen Interesse²⁴ um die vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat. Deshalb wird man doch mindestens einen begründeten Anlass zu Gewährung von mobiler Arbeit de lege lata verlangen müssen.

II. Änderung der Rechtslage durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz

Wenngleich auch durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz Ausnahmen vom Grundsatz der Betriebsratstätigkeit im Betrieb gemacht wurden, lässt sich weder aus dem geänderten § 30 BetrVG noch aus dem § 129 BetrVG eine grundsätzliche Abkehr hiervon erkennen. Sowohl § 129 BetrVG als auch § 30 BetrVG beziehen sich nur auf Betriebsratssitzungen oder Ausschusssitzungen und lassen keine generelle Betriebsratstätigkeit außerhalb des Betriebs bzw. im Mobilem Arbeiten zu. Vielmehr geht der zeitlich unbefristet geltende § 30 BetrVG nach seinem eindeutigen Wortlaut weiterhin grundsätzlich von Betriebsratssitzungen in Präsenz aus (§ 30 I 5 BetrVG). Die nur punktuell vorgenommenen gesetzlichen Änderungen liegen auf der Linie der Rechtsprechung, die den Grund der Anwesenheit am Sitz des Betriebs vor allem darin sieht, dass der Betriebsrat dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber als Ansprechpartner zur Verfügung stehen muss. In den Betriebsratssitzungen wiederum ist dies regelmäßig nur begrenzt der Fall. Insoweit sprechen die punktuellen Ausnahmen des Gesetzgebers auch inhaltlich nicht für eine generelle Öffnung der Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeit außerhalb des Sitzes des Betriebs. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung zum BetrModG. § 30 BetrVG soll die Teilnahme an Betriebsratssitzungen mittels Video- oder Telefonkonferenz möglich machen und damit eine für die Betriebsratsarbeit sachgerechte und dauerhafte Regelung schaffen, die zugleich einen wesentlichen Beitrag zur Digitalisierung der Betriebsratsarbeit leistet.²⁵ Der Wille einer generellen Erlaubnis von Mobilem Arbeiten von Betriebsräten lässt sich allerdings weder der Gesetzesbegründung noch den

Protokollen der Plenarsitzungen zum Gesetzentwurf entnehmen. Der Gesetzgeber hat mit der Überarbeitung des § 30 BetrVG zwar erstmalig die Möglichkeit geschaffen, Betriebsratssitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz abzuhalten, gleichzeitig hat er aber auch ausdrücklich in § 30 I 5 BetrVG klargestellt, dass Betriebsratssitzungen vorrangig als Präsenzsitzung stattzufinden haben. In § 30 II wurde lediglich eine Ausnahme hiervon geschaffen. Trotz der Erfahrungen in der Corona-Pandemie sah der Gesetzgeber offensichtlich in Kenntnis der gefestigten Rechtsprechung keinen weitergehenden Handlungsbedarf. Mit der formulierten strengen Regelung bringt der Gesetzgeber damit klar zum Ausdruck, dass Betriebsratstätigkeit vor Ort abzuleisten ist. Der Gesetzgeber hat sich offensichtlich mit der Anwesenheitsfrage von Betriebsratsmitgliedern im Betrieb befasst und sich bewusst auf die zitierte Ausnahmvorschrift beschränkt. In Ermangelung einer weitgehenden Regelung muss de lege lata daher weiter davon ausgegangen werden, dass im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung Betriebsratsarbeit vor Ort im Betrieb auszuüben ist.

III. Regelungsmöglichkeit von Mobilem Arbeiten für Betriebsräte im Betrieb

1. Nichtgewährung Mobilen Arbeitens als Benachteiligung gem. § 78 BetrVG

Fraglich ist es, ob der Arbeitgeber aus dem Benachteiligungsverbot des § 78 BetrVG gehalten sein könnte, Betriebsratstätigkeit im Mobilem Arbeiten zuzulassen. Generell gilt, wie bereits festgestellt, dass Betriebsratstätigkeit auch außerhalb des Betriebs möglich ist, wenn die Abwesenheit vom Betriebssitz erforderlich ist, dh die Betriebsratsarbeit diese zwingend notwendig werden lässt. Die notwendige Erforderlichkeit wird sich, wie bereits festgestellt, aber allein mit dem Wunsch nach einer Tätigkeit im Mobilem Arbeiten nicht ausreichend begründen lassen. Dies gilt unabhängig davon, dass § 78 BetrVG vorschreibt, dass unter anderem Mitglieder des Betriebsrats in der Ausübung ihrer Tätigkeit weder gestört oder behindert, noch benachteiligt oder begünstigt werden dürfen. Als Benachteiligung ist hierbei jede Schlechterstellung zu verstehen, die im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern auftritt und die nicht auf sachlichen Gründen be-

Schönhöft/Oelze: Betriebsratstätigkeit im Betrieb – Mobiles Arbeiten für Betriebsräte?(NZA 2022, 1441)

1444

ruht. Es genügt alleine die objektive Schlechterstellung gegenüber Nichtbetriebsratsmitgliedern.²⁶ Dies zugrunde gelegt könnte die Nichtgewährung von Mobilem Arbeiten durch den Arbeitgeber eine Benachteiligung darstellen. Insbesondere dann, wenn Betriebsratsmitgliedern vor erfolgter Amtsübernahme seitens des Arbeitgebers das Mobile Arbeiten ermöglicht wurde oder anderen Arbeitnehmern diese Möglichkeit generell offensteht. Dem muss zunächst entgegengehalten werden, dass das BAG²⁷ bereits mehrfach bestätigt hat, dass sich aufgrund der Freistellung von der Arbeitspflicht für Betriebsratstätigkeit für das Betriebsratsmitglied der Leistungsort der Tätigkeit des Betriebsrats ändert. Das BAG hat hierzu in einem Fall, in dem ein Betriebsratsmitglied ursprünglich im Außendienst und nicht am Sitz des Betriebs tätig war, im Rahmen des Anspruchs auf Fahrkostenerstattung zum Sitz des Betriebs klar Stellung genommen.²⁸ Das BAG führte hierzu aus, dass die Kosten durch die Änderung des Leistungsortes als Betriebsrat entstanden und damit nicht erstattungsfähig sind. Die Freistellung befreie das Betriebsratsmitglied zwar von seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung, an deren Stelle trete allerdings die Pflicht, sich am Sitz des Betriebs für dort anfallende Betriebsratsaufgaben bereitzuhalten.²⁹ Das BAG stellt in diesem Zusammenhang klar, dass weder § 78 S. 2 BetrVG noch die §§ 37, 38, 40 BetrVG jedweden „Nachteil“ des einzelnen Betriebsratsmitglieds aus der Betriebsratstätigkeit ausgleichen sollen. Insbesondere sei es nach dem BAG sogar so, dass nachteilige Folgen für ein freigestelltes Betriebsratsmitglied größer sein können als für ein nicht freigestelltes Betriebsratsmitglied. Der Gesetzgeber habe in den §§ 37, 38 BetrVG Maßnahmen getroffen, etwaige Nachteile dort auszugleichen, wo er dieses für notwendig

erachtet habe.³⁰ Auftretende Nachteile sind demnach in gewissem Maße hinzunehmen, wenn sie sich aus der Tätigkeit des Betriebsrats ergeben oder wenn das Mitglied an dieser Situation selbstständig mitgewirkt hat und daher weniger schutzbedürftig ist.³¹ Als selbstständiges Mitwirken an der Situation muss sowohl die Annahme des Betriebsratsamtes als auch der Freistellung verstanden werden. Wenngleich eine Vielzahl von Unternehmen mittlerweile Betriebsvereinbarungen zum Mobilien Arbeiten ihrer Arbeitnehmer nutzt, lässt sich hieraus bei Nichtanwendung auf Betriebsräte für diese Beschäftigtengruppe regelmäßig keine Ungleichbehandlung im Mobilien Arbeiten ableiten. Richtig ist zwar, dass in der Regel alle Betriebsvereinbarungen auf (freigestellte) Betriebsratsmitglieder anzuwenden sind.³² Wie bereits festgestellt, werden Betriebsvereinbarungen zum Mobilien Arbeiten sich aber auf die gelegentliche Erbringung der Arbeitsleistung an einem anderen Arbeitsort beziehen und damit als Ausnahme nicht auf Betriebsräte anwendbar sein.³³ Ob eine explizite Einbeziehung von Betriebsräten bzw. eine Ausweitung auf Tätigkeiten, die nicht als Arbeit einzuordnen sind, möglich ist, erscheint mehr als fraglich und wird im Folgenden noch zu prüfen sein. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung und Gewährung von Mobilem Arbeiten wird sich regelmäßig weder aus Art. 3 GG noch aus § 78 BetrVG herleiten lassen.

2. Vereinbarungen zum Mobilem Arbeiten für Betriebsräte

Nach alledem stellt sich die Frage, ob – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen – auch Betriebsräten das Mobile Arbeiten ermöglicht werden könnte. Ob der Abschluss einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat zur Inanspruchnahme und zum Umfang Mobilen Arbeitens durch das Betriebsratsgremium überhaupt möglich ist, erscheint nach oben dargelegter Rechtslage zumindest fraglich. Zwar haben Arbeitgeber und Betriebsrat sicherlich einen gewissen Ermessensspielraum bei der Frage, ob die Betriebsratstätigkeit außerhalb des Betriebs erforderlich ist. Aufgrund der geltenden Rechtsprechung wird sich dieser Spielraum jedoch stets an einem begründeten Einzelfall und zumindest an einem konkreten Anlass messen lassen müssen. Weiterhin muss hinterfragt werden, ob die generelle Gewährung Mobilen Arbeitens oder sogar der Abschluss einer Regelvereinbarung gegebenenfalls einen Begünstigungstatbestand iSd § 78 BetrVG darstellt. Eine Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds liegt in jeder Zuwendung, die diesem nicht aufgrund seines Arbeitsverhältnisses zusteht.³⁴ Erforderlich ist hierbei ein Ursachenzusammenhang, dh die Begünstigung muss wegen der Betriebsratstätigkeit erfolgen.³⁵ Die Gewährung der Möglichkeit des Mobilen Arbeitens ohne Rechtsgrundlage könnte zunächst gegen das Begünstigungsverbot verstoßen, da ein gesetzlicher Anspruch hierauf nicht besteht. Käme es zu einer Gewährung Mobilen Arbeitens durch den Arbeitgeber, ohne dass eine solche Möglichkeit auch Nichtbetriebsratsmitgliedern ermöglicht wird, läge demnach eine Begünstigung vor. Soweit allerdings eine kollektivrechtliche Regelung auch für Nichtbetriebsratsmitglieder zu den Voraussetzungen der Mobilen Arbeit besteht, liegt eine Begünstigung nicht vor. Allerdings kommt es bei der Erbringung der Tätigkeiten im Mobilen Arbeiten sowohl bei Arbeitnehmern im Betrieb als auch den Betriebsratsmitgliedern entscheidend darauf an, dass die geschuldete Tätigkeit für eine Ausübung im Mobilen Arbeiten geeignet ist. Insbesondere mit Blick auf die Betriebsratsmitglieder darf hierbei nicht außer Acht gelassen werden, dass die durch das BAG und den Gesetzgeber aufgestellten Grundsätze insbesondere dem Schutz der Interessen des Arbeitgebers und der Sicherstellung einer konsequenten Interessenwahrnehmung aller Arbeitnehmer dienen sollen. Auch wenn zuzugestehen ist, dass Arbeitnehmer im Mobilen Arbeiten gegebenenfalls auch telefonisch durch den Betriebsrat vertreten werden können, steht dieser Art der Amtsausübung von Betriebsratsmitgliedern die Rechtsprechung des BAG entgegen. Das BAG verlangt, dass Betriebsratstätigkeit im Betrieb stattzufinden hat und hat eine telefonische Erreichbarkeit von

Betriebsräten ausdrücklich als nicht ausreichend erachtet.³⁶ Die naheliegende Begründung, dass Betriebsräte im Mobilen Arbeiten für den Arbeitgeber genauso erreichbar sind, verkennt, dass es hierauf gar nicht ausschließlich ankommt. Der Betriebsrat muss auch für die Arbeitnehmer erreichbar sein, damit diese ihn auf dienstlichem Weg jederzeit erreichen können. In Unternehmen, in denen Arbeitnehmer auf Grund der Eigenart ihrer Tätigkeit weiterhin im Betrieb ohne eigene dienstliche Kommunikationsmittel tätig sind, wird das kaum möglich sein. Wie bereits erläutert hat sich durch die Gesetz-

Schönhöft/Oelze: Betriebsratstätigkeit im Betrieb – Mobiles Arbeiten für Betriebsräte?(NZA 2022, 1441)

1445

entwicklung an dieser als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung nichts geändert. Es ist daher davon auszugehen, dass eine kollektivrechtliche Vereinbarung zur generellen Ableistung von Betriebsratstätigkeit in Mobiler Arbeit oder zur Mobilen Arbeit an einzelnen Tagen pro Woche aufgrund der Eigenart der Tätigkeit zwischen den Betriebsparteien nicht wirksam abgeschlossen werden kann. Neben der ständigen Rechtsprechung in Bezug auf den Leistungsort für Betriebsratstätigkeit, oder auch dem begrenzten Nachteilsausgleich bei Wahrnehmung des Betriebsratsamtes, wird dieses Ergebnis insbesondere durch die gesetzliche Regelung des § 30 I 5 BetrVG gestützt. Denkbar sind hingegen Absprachen mit einzelnen Betriebsräten aufgrund konkreter betriebsverfassungsrechtlicher Aufgaben und eines regelmäßig wiederkehrenden Anlasses (zB Vor- und Nachbereitung einer Sitzung durch den Ausschussvorsitz an Tagen der Sitzung). Auch wenn hier sicher die Redensart „Wo kein Kläger, da kein Richter“ gelten wird, sind Arbeitgeber – um sich nicht dem Vorwurf der Willkür auszusetzen – gut beraten, die klaren Vorgaben der Rechtsprechung zu beachten.

IV. Fazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Grundsatz über den Leistungsort der Betriebsratsarbeit im Betrieb des BAG weiterhin fortbesteht. Betriebsratsarbeit hat demnach grundsätzlich am Betriebssitz zu erfolgen, wobei Ausnahmen hiervon nur dann möglich sind, wenn die Betriebsratsarbeit dies erforderlich macht. Hierzu bedarf es zumindest eines begründeten Anlasses im Einzelfall. Eine generelle Gewährung von Mobilem Arbeiten von Betriebsräten wird nach aktueller Rechtslage ausscheiden müssen. Die aufgezeigten Ausnahmen legen insbesondere unter dem Eindruck der jüngsten gesetzlichen Anpassungen keine Änderung dieser Einschätzung nahe. Auch unter Zugrundelegung der Anforderungen an das Betriebsratsamt, mithin die Sicherstellung einer flächendeckenden Interessenvertretung aller Arbeitnehmer im Betrieb, scheint sich die Tätigkeit im Betriebsratsamt nicht mit einer Tätigkeit im Mobilen Arbeiten vereinbaren zu lassen. Ob die Gerichte jedoch nach wie vor an diesem Grundsatz festhalten werden, mag nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden können. Mobiles Arbeiten für Betriebsratsmitglieder wird in vielen Fällen sicherlich als wünschenswert angesehen und erscheint in Zeiten voranschreitender Digitalisierung durchaus zeitgemäß. Auch ist es nicht im Interesse des Arbeitgebers, das Ehrenamt des Betriebsrats durch veraltete Arbeitsweisen weiter unattraktiv zu gestalten, dennoch eröffnet die skizzierte Rechtslage den notwendigen Freiraum für etwaige betriebliche Anpassungen nicht. Betriebsratstätigkeit außerhalb des Betriebs muss weiterhin zwingend erforderlich sein, um im Einzelfall rechtlich zulässig zu sein. Der alleinige Wunsch, Betriebsratstätigkeit im Mobilen Arbeiten ausführen zu wollen, erfüllt die Anforderungen an die von der Rechtsprechung verlangte Erforderlichkeit nicht. Ausnahmen hiervon sind zB bei einem fehlenden Arbeitsplatz, fehlenden Schutzkonzepten in Pandemielagen oder für Tätigkeiten denkbar, die im begründeten Einzelfall besondere Ruhe verlangen. Bis zu einer entsprechenden Lockerung der über Jahre eindeutig gefestigten Rechtsprechung des BAG und der Instanzgerichte oder bis zur

gesetzlichen oder höchstrichterlichen Klarstellung von Ausnahmen, die vom oben genannten Grundsatz abweichen, wird man daher rechtskonform der Rechtsprechung des BAG folgend davon ausgehen können, dass Betriebsratsarbeit grundsätzlich vor Ort im Betrieb zu erfolgen hat.

* Der Autor Schönhöft ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Fachanwalt für Steuerrecht, Wirtschaftsmediator Senior Director in Hamburg; der Autor Oelze ist Rechtsanwalt in Bühl, Baden-Württemberg.

¹ BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313.

² BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313; 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/06, NZA 2007, 1301 Rn. 14; 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 20; 24.2.2016 – 7 ABR 20/14, BAGE 154, 207 Rn. 14 = NZA 2016, 831; 18.5.2016 – 7 AZR 401/14, NZA 2016, 1212 Rn. 24; 28.9.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335 Rn. 30; 25.10.2017 – 7 AZR 731/15, NZA 2018, 538 Rn. 22; 28.7.2020 – 1 ABR 5/19, BAGE 171, 355 Rn. 31 = NZA 2021, 1417.

³ LAG Rheinland-Pfalz 8.11.2007 – 9 TaBV 37/07, BeckRS 2008, 51721 Rn. 21; LAG Berlin-Brandenburg 30.1.2014 – 18 TaBV 1052/13, BeckRS 2014, 69484 Rn. 48; LAG Berlin-Brandenburg 27.11.2015 – 8 Sa 1391/15, 8 Sa 1426/15, BeckRS 2016, 66764 Rn. 57; LAG Baden-Württemberg 17.9.2019 – 19 Sa 15/19, NZA-RR 2020, 19 Rn. 55; LAG Rheinland-Pfalz 21.10.2020 – 7 Sa 426/19, BeckRS 2020, 30588 Rn. 85; LAG Rheinland-Pfalz 28.4.2021 – 7 TaBV 9/20, BeckRS 2021, 29954 Rn. 119.

⁴ BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/06, NZA 2007, 1301 Rn. 14; 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 20.

⁵ BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 Rn. 20 = NZA 1992, 72.

⁶ BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313 (unter 3).

⁷ ArbG Köln 24.3.2021 – 18 BVGa 11/12, NZA-RR 2021, 375.

⁸ Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz – BetrModG) v. 14.6.2021, BGBl. 2021 I 32.

⁹ ArbG Frankfurt a. M. 3.8.2016 – 6 BV 846/15, BeckRS 2016, 133834.

¹⁰ ArbG Frankfurt a. M. 3.8.2016 – 6 BV 846/15, BeckRS 2016, 133834 Rn. 21.

¹¹ Fitting BetrVG, 31. Aufl. 2022, BetrVG § 38 Rn. 78, 83.

¹² S. hierzu näher unter III 1.

¹³ BAG 28.9.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335.

¹⁴ BT-Drs. 20/188, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie 6.12.2021, S. 50.

¹⁵ BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313 Rn. 12 (unter 3); 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221 Rn. 19; LAG Berlin-Brandenburg 30.1.2014 – 18 TaBV 1052/13, BeckRS 2014, 69484 Rn. 48; 27.11.2015 – 8 Sa 1391/15, 8 Sa 1426/15, BeckRS 2016, 6674; BAG 24.2.2016 – 7 ABR 20/14, BAGE 154, 207 Rn. 14 = NZA 2016, 831; 28.7.2020 – 1 ABR 5/19, BAGE 171, 355 Rn. 31 = NZA 2021, 1417; LAG Rheinland-Pfalz 28.4.2021 – 7 TaBV 9/20, BeckRS 2021, 29954.

¹⁶ BAG 24.2.2016 – 7 ABR 20/14, BAGE 154, 207 Rn. 14 = NZA 2016, 831.

¹⁷ StRspr., vgl. BAG 25.10.2017 – 7 AZR 731/15, NZA 2018, 538 Rn. 22.

¹⁸ BAG 21.2.1978 – 1 ABR 54/76, NJW 1978, 2216 Ls.

¹⁹ Fitting BetrVG § 37 Rn. 17.

²⁰ BAG 31.5.1989 – 7 AZR 277/88, NZA 1990, 313 Rn. 12 (unter 3); 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 Rn. 20 = NZA 1992, 72; 24.2.2016 – 7 ABR 20/14, BAGE 154, 207 Rn. 14 = NZA 2016, 831.

21 BAG 19.5.1983 – 6 AZR 290/81, BAGE 42, 405 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 44 = NJW 1983, 2720 Ls. = BeckRS 9998, 149583.

22 BAG 19.5.1983 – 6 AZR 290/81, BAGE 42, 405 = AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 44 = NJW 1983, 2720 Ls. = BeckRS 9998, 149583.

23 BAG 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, BAGE 79, 263 Rn. 27 = NZA 1995, 961; ArbG Karlsruhe 15.9.2015 – 2 Ca 122/15, BeckRS 2016, 66124.

24 BAG 15.3.1995 – 7 AZR 643/94, BAGE 79, 263 = NZA 1995, 961.

25 BT-Drs. 19/28899 v. 22.4.2021, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz), S. 2.

26 BAG 25.10.2017 – 7 AZR 731/15, NZA 2018, 538 Rn. 24.

27 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/02, NZA 2007, 1301.

28 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/02, NZA 2007, 1301.

29 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 Rn. 22 = NZA 1992, 72.

30 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 Rn. 21 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/02, NZA 2007, 1301.

31 BAG 28.8.1991 – 7 ABR 46/90, BAGE 68, 224 Rn. 21 = NZA 1992, 72; 13.6.2007 – 7 ABR 62/02, NZA 2007, 1301 Rn. 14.

32 BAG 10.7.2013 – 7 ABR 22/12, NZA 2013, 1221; ArbG Frankfurt a. M. 3.8.2016 – 6 BV 846/15, BeckRS 2016, 133834.

33 BAG 28.9.2016 – 7 AZR 248/14, NZA 2017, 335.

34 Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 78 Rn. 28.

35 Fitting BetrVG § 78 Rn. 22.

36 BAG 24.2.2016 – 7 ABR 20/14, BAGE 154, 207 Rn. 15 = NZA 2016, 831.