

Änderungen des Bundespersonalvertretungsrechts aus Anlass der COVID-19-Pandemie

A. Überblick

Die COVID-19-Pandemie hat auch im Bereich der Arbeitnehmermitbestimmung zu erheblichen Verwerfungen geführt. Betriebsräte und Personalräte sind in ihrer **Gremienarbeit** durch behördlich angeordnete Schutzmaßnahmen sowie krankheits- oder quarantänebedingte Abwesenheiten einzelner oder mehrerer Mitglieder beeinträchtigt. Bislang finden Sitzungen und Beschlüsse nur bei physischer Anwesenheit einer hinreichenden Anzahl von Arbeitnehmervertretern statt. Die Zulässigkeit virtueller Verfahren (Video-, Chat- oder Telefonkonferenzen) und auch von Abstimmungen im Umlaufverfahren ist de lege lata zumindest mit großen rechtlichen Unsicherheiten behaftet (→ § 37 III Rn. 1). Auch der **Kontakt zwischen Arbeitnehmervertretung und Belegschaft** auf Betriebs- bzw. Personalversammlungen oder in Sprechstunden ist unter den gegebenen Umständen physisch nicht oder nur eingeschränkt möglich (§ 43 II). Zusätzlich ergaben sich namentlich im Bereich der Personalvertretung Probleme im Hinblick auf die im Frühjahr 2020 regulär abzuhaltenden **Wahlen** (Personalräte, Stufenvertretungen, Gesamtpersonalräte, Jugend- und Auszubildendenvertretung), deren Durchführung als Präsenzwahl nach den bisher geltenden Regeln der Wahlordnung ebenfalls nicht möglich war (→ WO § 19 Rn. 3; → § 26a Rn. 1).

Die Bundesregierung hat auf diese Probleme reagiert und sowohl für den Bereich des **Betriebsverfassungsrechts** als auch für den des Personalvertretungsrechts Regelungen auf den Weg gebracht. **§ 129 BetrVG** eröffnet nunmehr die Möglichkeit von Video- und Telefonkonferenzen betriebsverfassungsrechtlicher Gremien sowie von Betriebsversammlungen mittels audiovisueller Einrichtungen (vgl. Art. 5 Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20. Mai 2020, BGBl. I S. 1051). Sonderregelungen zu Wahlen sind im Bereich des Betriebsverfassungsrechts nicht erlassen worden. Im **Personalvertretungsrecht** finden sich Anpassungen zunächst in der auf Basis des § 115 BPersVG erlassenen **Wahlordnung** zum BPersVG (BPersVWO). Deren § 19a WO enthält Regelungen zur schriftlichen Stimmabgabe und Vorkehrungen für die Durchführung eingeleiteter und noch nicht abgeschlossener Wahlverfahren (Fünfte Verordnung zur Änderung der Wahlordnung zum Bundespersonalvertretungsgesetz vom 24. April 2020, BAnz. AT 28.4.2020 V 1). Weitere Änderungen betreffen unmittelbar das BPersVG (Art. 1 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 28. Mai 2020, BGBl. I S. 1063). Dort sichert ein neuer **§ 26a BPersVG** die Kontinuität der Arbeit von (Gesamt)Personalräten, Stufenvertretungen sowie von Jugend- und Auszubildendenvertretungen durch Einführung eines Übergangsmandats des im Amt befindlichen Gremiums bis zur Wahl einer neuen Vertretung. Die Regelung zu virtueller Gremienarbeit ist in einem neuen **§ 37 III BPersVG** enthalten. Virtuelle Sprechstunden sind nach **§ 43 II BPersVG** möglich. Eine virtuelle Personalversammlung ist – anders als für das Betriebsverfassungsrecht – nicht vorgesehen. Sowohl die Regelungen im Betriebsverfassungsrecht als auch diejenigen im Personalvertretungsrecht gelten **rückwirkend ab dem 1. März 2020** (Art. 19 II iVm Art. 5 Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20. Mai 2020; Art. 9 II iVm Art. 1 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie; Art. 2 Fünfte Verordnung zur Änderung der Wahlordnung zum Bundes-

personalvertretungsgesetz vom 24. April 2020). Zur Änderung der **Rahmen-MAVO der Katholischen Kirche** für die Zeit vom 1. April 2020 bis zum 31. März 2022 (§ 14 IV 4, 5 MAVO vgl. ZMV 2020, 134.

- 3 Obgleich der grundsätzliche Handlungsbedarf für die vorgenommenen Regelungen unbestritten war, gab es auf gewerkschaftlicher Seite erhebliche Bedenken vor allem im Hinblick auf die Zulassung virtueller Betriebs- bzw. Personalratssitzungen. In der seit einiger Zeit sowohl de lege lata als auch de lege ferenda geführten Diskussion verteidigen die Gewerkschaften das Prinzip der Präsenzsitzung und stehen entsprechenden Reformvorschlägen skeptisch gegenüber. Gleiches gilt für virtuelle Betriebs- bzw. Personalversammlungen. In beiden Gesetzgebungsverfahren setzten sich die Gewerkschaften deshalb für eine klare **zeitliche Begrenzung der Neuregelungen** ein, um auf diese Weise eine Vorentscheidung über etwaige dauerhafte Reformvorhaben zu vermeiden (vgl. hierzu *Hayen AuR* 2020, 249 sowie → § 37 III Rn. 8 f.). Nachdem die ursprünglichen Entwürfe noch weitergehende Bestimmungen enthalten hatten, ist die jetzige Regelung in diesem Sinne befristet: Die Neufassung des § 129 BetrVG gilt bis zum **31. Dezember 2020** (Art. 19 VI iVm Art. 6 Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20. Mai 2020), die Neuregelungen im **BPersVG** sowie in der **Wahlordnung** bis zum **31. März 2021** (Art. 9 V iVm Art. 2 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie; § 19a IV BPersVVO).

B. Änderung der Wahlordnung

§ 19a Sonderregelungen für die Personalratswahl 2020

(1) ¹Die Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe bei den Wahlen der Personalvertretungen in allen Dienststellen zulässig, wenn zum Zeitpunkt der Wahl die Möglichkeit der Stimmabgabe in der Dienststelle voraussichtlich nicht sichergestellt werden kann. ²Die Anordnung nach Satz 1 kann ausschließlich oder ergänzend zu einer persönlichen Stimmabgabe getroffen werden. ³ § 19 Satz 2 gilt entsprechend.

(2) ¹Die schriftliche Stimmabgabe nach Absatz 1 kann nachträglich angeordnet werden, wenn zunächst eine persönliche Stimmabgabe vorgesehen war. ²Bereits bekanntgemachte Wahlausschreiben sind entsprechend zu ergänzen. ³Für Bekanntmachungen können elektronische Informations- und Kommunikationsmittel genutzt werden. ⁴Werden die Wahlvorschläge nach Satz 3 bekanntgegeben, entfällt das Erfordernis einer zusätzlichen Übersendung nach § 17 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1.

(3) ¹Bestimmt der Wahlvorstand in den Fällen der Absätze 1 und 2 einen neuen Zeitpunkt für die Stimmabgabe und die Auszählung der Stimmen, bleiben bereits getroffene Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung der Wahl und eingereichte Wahlvorschläge bis zum 31. März 2021 gültig. ²Satz 1 gilt nicht, wenn die Wahl abgebrochen wird.

(4) Diese Sonderregelungen treten am 31. März 2021 außer Kraft.

Übersicht

| | Rn. |
|--|-----|
| I. Die Stimmabgabe bei der Personalratswahl nach den Vorschriften der BPersVVO nach bisherigem Recht | 1 |
| II. Die Ergänzungen der WO für die Wahlen im Jahr 2020 | 3 |
| 1. Anlass der Änderung | 3 |
| 2. Normgeschichte | 4 |
| III. Das Verfahren zur Stimmabgabe bis zur regulären Wahl 2020 | 6 |
| 1. Persönliche Stimmabgabe | 6 |
| 2. Schriftliche Stimmabgabe | 7 |
| 3. Onlinestimmabgabe | 9 |

| | |
|--|----|
| IV. Das Stimmabgabeverfahren nach § 19a BPersVVO | 10 |
| 1. Regeln für Wahlen nach Ergänzung der Wahlordnung | 10 |
| 2. Regeln für vor der Ergänzung eingeleitete und nicht abgeschlossene Wahlen .. | 19 |
| 3. Die vor der Ergänzung abgeschlossene Wahl | 22 |
| V. Der zeitliche Geltungsbereich des § 19a BPersVVO | 24 |
| VI. Die Auswirkungen des § 19a BPersVVO auf die weiteren Wahlen der weiteren Personalräte | 27 |

I. Die Stimmabgabe bei der Personalratswahl nach den Vorschriften der BPersVVO nach bisherigem Recht

Der Gesetzgeber des BPersVG hat sich bei der Normierung von Durchführungsvor- 1
schriften zur Wahl des Personalrats und der anderen Mitarbeitervertretungen nach
diesem Gesetz weitgehend enthalten. Auch die mit Vorbereitung und Durchführung der
Wahl überschriebenen Bestimmungen des § 23 BPersVG enthalten keine **konkreten An-
weisungen zur Wahlhandlung**. Der Gesetzgeber hat die Formulierung der erforderlichen
Vorgaben für die Durchführung der Wahl der **Bundesregierung** durch **Verordnungs-
ermächtigung** überlassen, § 115 BPersVG. Die Bundesregierung hat davon Gebrauch
gemacht und eine Wahlordnung zum BPersVG (**BPersVVO**, künftig **WO**) erlassen, die
zuletzt im Jahr 2005 geändert worden ist (Einzelheiten dazu → Rn. 3).

Die Wahlordnung in der bis zum März 2020 geltenden Fassung sieht als **Grundsatz** 2
eine Wahl durch anwesende Wahlberechtigte, eine sog. **Präsenzwahl** vor. In den §§ 15,
16 WO ist beschrieben, wie die im Wählerverzeichnis als Wahlberechtigte verzeichneten
Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in einem Wahlraum den Stimmzettel unbeobachtet
persönlich kennzeichnen und in einen Wahlumschlag legen können und wie der Wahl-
umschlag in einer Wahlurne aufgenommen wird. Dieser Vorgang geht für den **Regelfall
von der Anwesenheit des Wählers** im Wahllokal aus. Als **Ausnahme** hat der Verord-
nungsgeber die **schriftliche Stimmabgabe** unter den Voraussetzungen der §§ 17, 19 WO
vorgesehen.

II. Die Ergänzungen der WO für die Wahlen im Jahr 2020

1. Anlass der Änderung

Die Feststellungen über das Auftreten des Virus SARS-CoV-2 (Coronavirus) in der 3
Bundesrepublik Deutschland im ersten Quartal 2020 und die damit verbundenen **Ein-
schränkungen** der Bewegungsfreiheit tatsächlicher und rechtlicher Art (Erkrankung von
Beschäftigten und ihren Angehörigen, notwendige häusliche Betreuung von Kindern
infolge der Schließung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen, Erweiterung
der Möglichkeiten häuslichen Arbeitens, Schutzmaßnahmen nach dem Infektionsschutz-
gesetz uam) führte nicht nur zu erheblichen **Erschwernissen bei der Personalratsarbeit**.
Sie drohten auch, die in der Zeit vom **1. März 2020 bis 31. Mai 2020 anstehenden
Personalratswahlen** nach dem BPersVG nicht nach den Regeln von Gesetz und Wahl-
ordnung durchführen zu können. Es entstand **dringender Handlungsbedarf** auf Seiten
des Gesetz- und Verordnungsgebers.

2. Normgeschichte

Bevor der Bundesgesetzgeber das notwendigerweise zeitraubende Gesetzgebungsver- 4
fahren abschließen konnte, hat die Bundesregierung auf der Grundlage des § 115 Nr. 4

und Nr. 5 BPersVG mit der am 28. April 2020 in der im Bundesanzeiger (BAnz AT 28.4.2020 V 1) veröffentlichten **Fünften Verordnung zur Änderung der Wahlordnung zum Bundespersonalvertretungsgesetz vom 24. April 2020** nach § 19 BPersVVO (der Vorschrift über die schriftliche Stimmabgabe bei Nebenstellen und Teilen von Dienststellen) einen § 19a mit der Überschrift „Sonderregelungen für die Personalratswahl 2020“ eingefügt, Art. 1 Nr. 2 der Verordnung (Art. 1 Nr. 1 und Nr. 3 betreffen redaktionelle Anpassungen in der Inhaltsübersicht und im Text des § 6 WO; Art. 2 enthält die Vorschrift über das Inkrafttreten, Rn. 24). Die Änderungsverordnung enthält keine Bestimmungen zu den weiteren Vorschriften der Wahlordnung über die Stimmabgabe. Dennoch wirkt sich § 19a WO auch bei diesen Wahlen aus (→ Rn. 27 ff.).

- 5 Der Deutsche Bundestag hat danach das **Zweite Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes** und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1063) beschlossen. Die Einzelheiten zu den in Art. 1 des Gesetzes eingefügten, ergänzten und geänderten Vorschriften des BPersVG werden bei den entsprechenden Gesetzesvorschriften erläutert. Zu den parallel initiierten Änderungen in der Betriebsverfassung vgl. *Müller ArbRAktuell* 2020, 247 und *Däubler/Klebe NZA* 2020, 545.

III. Das Verfahren zur Stimmabgabe bis zur regulären Wahl 2020

1. Persönliche Stimmabgabe

- 6 Die im Wählerverzeichnis eingetragenen und damit wahlberechtigten Beschäftigten einer Dienststelle üben in der Vergangenheit ihr Wahlrecht durch **Abgabe eines Stimmzettels in einen Wahlumschlag** aus, § 15 I und II WO. Der Wahlvorstand hat für den Wahlvorgang die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen, § 16 WO (Bereitstellen eines Wahlraums mit Urne(n), Stimmzettel, Umschläge, Wahlzellen, Wählerverzeichnis ua), um die Vorgaben des Gesetzes über die geheime und unmittelbare Wahl und die Vorgaben der Wahlordnung über die Möglichkeit der persönlichen Stimmabgabe vor Ort zu erfüllen.

2. Schriftliche Stimmabgabe

- 7 Das Gebot der unmittelbaren Wahl aus § 19 I kann auch **durch schriftliche Stimmabgabe des Wählers selbst** (nicht eines Dritten) erfüllt werden (Rn. 14). Die Anwesenheit des Wählers am Wahltag im Wahlraum und die persönliche Abgabe des Stimmzettels dort ist nicht Voraussetzung. Es ist auch eine schriftliche Stimmabgabe unter Beachtung weiterer Formalien gestattet (§ 17 WO; das BetrVG sieht diese Möglichkeit nicht vor). **Voraussetzung** für die schriftliche Stimmabgabe als Ausnahme von der Präsenzwahl ist **die persönliche Verhinderung des Wählers oder der Wählerin**. Dieser Tatbestand setzt voraus, dass der Berechtigte einen auf seine Lebensumstände beruhenden Verhinderungsgrund angeben muss wie dienstliche Abwesenheit oder Krankheit. Die **Initiative** zur schriftlichen Stimmabgabe **muss vom Wähler ausgehen** („auf sein Verlangen“), um die Pflichten des Wahlvorstands zur Übersendung der notwendigen Unterlagen auszulösen.
- 8 Vom **Grundsatz der Eigeninitiative des Wählers** hat der Verordnungsgeber eine (weitere) **Ausnahme** vorgesehenen. Der **Wahlvorstand** kann von sich aus eine **schriftliche Stimmabgabe** neben der Präsenzwahl **anordnen**, wenn das Wahlrecht der Beschäftigten in einer nachgeordneten Dienststelle, die nicht selbständig nach § 6 II 1 ist, oder in Nebenstellen oder Teilen einer Dienststelle betroffen ist, die räumlich weit entfernt liegen und die nicht als selbständige Dienststellen gelten iSd § 6 III (→ § 6 Rn. 15 ff.), § 19 I

WO. In diesem Fall hat der Wahlvorstand den wahlberechtigten Beschäftigten von sich aus die in § 17 WO beschriebenen Unterlagen zu übersenden.

3. Onlinestimmabgabe

Eine **Stimmabgabe** mit Hilfe moderner **elektronischer Kommunikationsmittel** hat der **Verordnungsgeber** ebenso wenig vorgesehen wie der **Gesetzgeber** deren Verwendung bei der Personalratsarbeit. **Onlinewahlen waren nicht statthaft**. Mitarbeitervertretungen, die sich darüber hinwegsetzten, riskierten eine erfolgreiche Anfechtung der Wahl (Altwater/Noll § 16 WO Rn. 1a; Fischer/Goeres/Gronimus § 19 Rn. 6a; Ilbertz/Widmaier/Sommer § 19 Rn. 4a; LAG Hamburg 15.2.2018 – 8 TaBV 5/17, BeckRS 2018, 20356 zur Wahl eines Betriebsrats). 9

IV. Das Stimmabgabeverfahren nach § 19a BPersVVO

1. Regeln für Wahlen nach Ergänzung der Wahlordnung

Mit der Ergänzung der Verordnung durch § 19a WO ist das im bisherigen System bei der Stimmabgabe angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht in der Weise verändert worden, das die bisherige Ausnahme zur Regel erhoben worden ist. **Die Neuregelung erweitert die bisher eingeschränkte Befugnis** des Wahlvorstands, nur unter den Voraussetzungen des § 19 I 1 WO eine schriftliche Stimmabgabe anzuordnen. Nunmehr ist **eine Anordnung des Wahlvorstands zur schriftlichen Stimmabgabe in allen Dienststellen der Bundesverwaltung zulässig** (vgl. aber → Rn. 31). 10

Die Möglichkeit, nach § 19a I WO eine schriftliche Stimmabgabe anzuordnen, ist auch **nicht an die Mitwirkung** eines oder mehrerer Wahlberechtigten gebunden, **sondern an den allgemeinen Tatbestand**, dass zum Zeitpunkt der Wahl die Möglichkeit der Stimmabgabe in der Dienststelle voraussichtlich nicht sichergestellt werden kann. An Stelle einer Verhinderung aus Gründen im Bereich der Mitarbeiter als Voraussetzung einer Anordnung tritt eine allgemeine, alle betreffende Einschränkung, die im Konditionalhalbsatz eine Fülle von unbestimmten Rechtsbegriffen enthält. 11

Die Voraussetzung „wenn zum Zeitpunkt der Wahl die Möglichkeit der Stimmabgabe in der Dienststelle voraussichtlich nicht sichergestellt werden kann“ gibt dem Wahlvorstand wohl bewusst **einen umfangreichen Beurteilungsspielraum bei der Ausübung seiner Anordnungsbefugnis**, um im verlängerten Wahlzeitraum des § 26a BPersVG eine insoweit anfechtungsresistente Wahl des Personalrats durchführen zu können. Der Wahlvorstand kann zwar **nicht bedingungslos anordnen**, aber doch mit geringem bürokratischem Aufwand seine Entscheidung rechtfertigen, anstelle der nach wie vor auch im verlängerten Wahlzeitraum möglichen Präsenzwahl die schriftliche Stimmabgabe angeordnet zu haben. 12

Der Wahlvorstand hat bei seiner Entscheidung zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die schriftliche Stimmabgabe **zum Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Wahl** vorliegen oder nicht. Bei der Terminbestimmung ist der Wahlvorstand nicht gehalten, den Wahlzeitpunkt zu einer Zeit festzulegen, zu der die coronabedingten Bewegungseinschränkungen auf Seiten der Wählerschaft aufgehoben sein könnten. **Der Wahlvorstand ist berechtigt, die Wahlen unabhängig von den rechtlichen und tatsächlichen Vorgaben zum Betreten der Dienststelle zu bestimmen**. Zu den ungeschriebenen Pflichten des Wahlvorstands gehört es sogar, die durch den Gesetzgeber ermöglichten Zeiten eines Übergangsmandats des bisherigen Personalrats zu kurz wie möglich zu halten. Das Übergangsmandat sollte nicht über die für die Vorbereitung und Durchführung der Wahl 13

notwendige Zeit hinaus genutzt werden. Vielmehr sollte der neue Personalrat so rasch wie möglich gewählt werden und sich alsbald konstituieren.

- 14 Der Wahlvorstand hat für den in Aussicht genommenen Termin eine **prognostische Entscheidung** über die Möglichkeiten zu treffen, ob die Mitarbeiter die Dienststelle werden betreten können. Dabei sind die Normvoraussetzungen bereits gegeben, wenn die Präsenzwahl nicht sichergestellt werden kann. Die Möglichkeit muss nicht unwahrscheinlich oder gar unmöglich sein. Die normierte Voraussetzung für die schriftliche Stimmabgabe ist bereits gegeben, wenn **nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** davon ausgegangen werden kann, dass alle Wahlberechtigten im Wahlzeitraum das Wahllokal aufsuchen können. Da weder die Verantwortlichen in den Wissenschaften noch die verantwortlichen Politiker eine Aussage treffen, wann mit einer „Normalisierung“ des alltäglichen Berufslebens zu rechnen ist, dürfte eine Entscheidung des Wahlvorstands für eine schriftliche Stimmabgabe jedenfalls bis zum Jahresende 2020 nicht zu beanstanden sein.
- 15 Der Verordnungsgeber hat dem Wahlvorstand ferner die Möglichkeit gegeben, sich nicht nur für die eine oder andere Wahlart zu entscheiden. Nach § 19a I 2 WO ist er berechtigt, neben der **persönlichen Stimmabgabe die schriftliche Stimmabgabe anzuordnen**. Sollte eine Dienststelle so organisiert sein, dass viele Mitarbeiter regelmäßig in der Dienststelle präsent sein dürfen, kann ein Mischsystem entsprechend der §§ 15 bis 18 WO angeordnet werden. Die damit verbundene Mehrarbeit für den Wahlvorstand und die Wahlhelfer kann nicht zur Begründung für die ausschließliche schriftliche Stimmabgabe angeführt werden.
- 16 Entscheidet sich der Wahlvorstand für eine ausschließliche oder ergänzende schriftliche Stimmabgabe, so hat er den Wählern die für die schriftliche Stimmabgabe notwendigen **Unterlagen** nach § 17 I WO zu **übersenden**. Das folgt aus der Verweisung in § 19a I 3 WO auf § 19 2 WO.
- 17 Die Bundesregierung hat davon Abstand genommen, Vorschläge aus dem Schrifttum zum Betriebsverfassungsrecht zur Nutzung elektronischer Kommunikations- und Informationsmittel bei der Stimmabgabe umzusetzen und eine sog. **Onlinewahl** zu gestatten (*Harm/v. Steinau-Steinrück/Thüsing* BB 2016, 2677; *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [555]; *Schiefer/Worzalla* DB 2019, 2017 [2021]). Sie ist **weiterhin nicht statthaft** (vgl. zur Organisation der Wahl im Übrigen → Rn. 20).
- 18 Schließlich hat die Bundesregierung in § 19a III eine Regelung zum Schutz bereits getroffener Maßnahmen normiert. Unter bereits getroffenen Maßnahmen sind die Erfüllung der Vorgaben in den §§ 1–14 der WO zu verstehen. Sollte der Wahlvorstand infolge seiner erstmaligen oder nachträglichen Anordnung einer ausschließlichen oder ergänzenden Anordnung der schriftlichen Stimmabgabe gezwungen sein, einen **neuen Zeitpunkt für die Stimmabgabe** und die Auszählung der Stimmen festzulegen, so **bleiben** seine bisherigen Maßnahmen zur Vorbereitung und Durchführung der Wahl **gültig**. Er muss nicht alle bis zur Anordnung vorgenommenen Maßnahmen wiederholen. Nur wenn die Wahl abgebrochen wird, muss er alle Einzelschritte wiederholen. Um Missverständnisse zu vermeiden, bedarf es über den **Abbruch** der Wahl eines konkreten Beschlusses des Wahlvorstands.

2. Regeln für vor der Ergänzung eingeleitete und nicht abgeschlossene Wahlen

- 19 Soweit bis zur Veröffentlichung der Änderungsverordnung die Wahl nach den Vorschriften der bis dahin allein geltenden Regeln eingeleitet und damit die Präsenzwahl vorbereitet war, kann der Wahlvorstand nach den oben beschriebenen Regeln **nachträglich die schriftliche Stimmabgabe** anordnen (§ 19a II 1 WO) und die bekanntgemachten Wahlausschreiben ergänzen (§ 19a II 2 WO). Bekanntmachungen dieser Art

können auf elektronischem Weg publiziert werden (§ 19a II 3). In diesem Fall entfällt die Aushändigung oder Zusendung der veränderten Wahlvorschläge (§ 19a II 4).

Mit den Sätzen 3 und 4 finden sich **erstmalig im Bundespersonalvertretungsrecht Vorschriften** über die Verwendung der moderner **Informations- und Kommunikationstechnik**. Weder das Gesetz noch die Wahlordnung sahen anders als die Wahlordnung zum Betriebsverfassungsgesetz den Einsatz dieser Mittel vor. Im Betriebsverfassungsrecht können ua bei der Bekanntmachung der Wählerliste, des Wahlausschreibens und der Vorschlagslisten die im Betrieb vorhandene Informations- und Kommunikationstechnik genutzt werden. Unabhängig von den fehlenden Regeln im Bundespersonalvertretungsrecht ist im Schrifttum verbreitet die Auffassung vertreten, dass auch in diesem Bereich die in den Dienststellen vorhandene Technik bei der Vorbereitung und Durchführung der Wahl mit Ausnahme der Stimmabgabe genutzt werden könnte (ausführlich *Kersten PersV 2005*, 124 und 244; *Altwater/Noll § 19 Rn. 1c*; *Ilbertz/Widmaier/Sommer § 19 Rn. 4a*). Mit der Sonderregelung in § 19a II 3 WO, die jedenfalls für die Bekanntmachungen nach § 19a I und II WO gelten dürften, wird die Frage nach der **Anwendung moderner Medien im Wahlverfahren erneut nicht hinreichend geklärt**. Einerseits kann daraus gefolgert werden, der Verordnungsgeber habe eine entsprechende Formulierung gewählt, um die Möglichkeit überhaupt zu gestatten. Es lässt sich aber auch vertreten, der Normgeber habe nur die Rechtslage de lege lata verdeutlichen wollen. Angesichts dessen kann den Wahlvorständen geraten werden, nur im Anwendungsbereich der Sonderregelungen von moderner Technik Gebrauch zu machen, bis Gesetz und Verordnung eine umfassende und auch datenschutzrechtlich gesicherte Regelung enthalten.

Wegen der Geltung bereits durchgeführter Vorbereitungsmaßnahmen bei der nachträglichen Anordnung wird auf die Erläuterung in → Rn. 17 verwiesen. Der **Anwendungsbereich des § 19a III WO dürfte weitgehend die Fälle der nachträglichen Anordnung** betreffen.

3. Die vor der Ergänzung abgeschlossene Wahl

Das in → Rn. 19 beschriebene Verfahren der nachträglichen Anordnung setzt voraus, dass die Wahl noch nicht abgeschlossen war. Eine Bestimmung zu den bei der Veröffentlichung des § 19a WO **abgeschlossenen Wahlen fehlt**. Das ist konsequent, weil der Verordnungsgeber abgeschlossene Sachverhalte nicht regeln kann. Andererseits ist die Verordnung mit Wirkung vom 1. März 2020 in Kraft. Hätte ein Wahlvorstand davon Kenntnis gehabt, hätte er die schriftliche Stimmabgabe rechtlich wirksam anordnen können. So stellt sich die Frage, wie eine Wahl zu bewerten ist, **die angesichts der coronabedingten Umstände mit schriftlicher Stimmabgabe auf ausdrücklichen Hinweis oder entsprechender Empfehlung des Wahlvorstands** (Anordnung iSd Verordnung) durchgeführt worden ist und bei der die Voraussetzungen der §§ 17 und 19 WO nicht vorgelegen haben.

Diese Wahl ist zwar nicht nichtig, dürfte aber unwirksam und daher anfechtbar sein (LAG Hamburg 15.2.2018 – 8 TaBV 5/17, BeckRS 2018, 20356 zur Wahl eines Betriebsrats). Das ist unbefriedigend. Da in allen Änderungen und Ergänzungen sowohl der Wille des Verordnungsgebers wie der Wille des Gesetzgebers deutlich wird, auch rückwirkend ein rechtliches Umfeld zur Bildung von Personalvertretungen unter den veränderten Lebensumständen zu schaffen, kann für diesen Fall von einer **Normlücke** ausgegangen werden, die durch **analoge Anwendung** des § 19a II WO geschlossen werden kann. Der vormalige Wahlvorstand ist kraft nachwirkender Befugnis (Restmandat) berechtigt, die schriftliche Stimmabgabe nachträglich anzuordnen. Auf diese Weise wird der **Fehler im Wahlverfahren, der zur berechtigten Anfechtung führen kann, nachträglich geheilt**.

V. Der zeitliche Geltungsbereich des § 19a BPersVVO

- 24 § 19a ist rückwirkend am 1. März 2020 in Kraft getreten (Art. 2 der VO). Die in der Vorschrift getroffenen Sonderregelungen treten am 31. März 2021 außer Kraft. Die Stimmabgabe für die Wahl von Personalräten nach diesem Datum hat wieder nach den Regeln der §§ 15 ff. WO zu erfolgen.
- 25 Die amtliche Überschrift des § 19a WO trägt den Titel „Sonderregelungen für die Personalratswahl 2020“. Der Text der Verordnung enthält diese Einschränkung nicht. Derselbe Befund gilt für die zeitlich begrenzten Vorschriften der §§ 37 III, 43 II und 113 BPersVG. Lediglich § 26a BPersVG enthält den ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung für die Personalratswahl 2020. So ist unklar, ob ein Wahlvorstand, der bis März 2021 **nicht die reguläre Wahl** nach §§ 26, 26a BPersVG vorbereitet und durchführt, auf die Sonderregelungen des § 19a im zeitlichen Geltungsbereich zurückgreifen kann oder nicht.
- 26 Wird allein oder vorrangig auf den Wortlaut der Überschrift zu § 19a WO abgestellt, so müsste eine Anwendung der Vorschriften bei nicht regulären Wahlen im Zeitraum 1. März 2020 bis 31. März 2021 ausscheiden. Wird das Ziel des Gesetz- und Verordnungsgebers in die Auslegung einbezogen, Wahlen und die dazu gehörende Personalratsarbeit bei der Vorbereitung und Durchführung zu fördern und personalratslose Zeiten in Dienststellen zu vermeiden, so kann wegen der Diskrepanz zwischen Wortlaut und Zweck der Sonderregelungen von einem **Redaktionsversehen** in der Überschrift ausgegangen werden. Deshalb dürfen auch die Wahlvorstände, **die eine nicht nach §§ 26, 26a BPersVG gebotene Wahl** vorbereiten und durchführen, die **Sonderregelungen** des § 19a WO **nutzen**.

VI. Die Auswirkungen des § 19a BPersVVO auf die weiteren Wahlen der weiteren Personalräte

- 27 Die Änderungsverordnung vom 24. April 2020 enthält keine Vorschrift zur Stimmabgabe bei den Wahlen anderer Personalräte wie sie sich zB in § 25, § 28, § 40 WO finden. Es gibt auch keinen ausdrücklichen Verweis auf die weiteren Wahlen. Lediglich die **Stellung** des § 19a WO im Ersten Abschnitt des Ersten Teils der WO Gemeinsame Vorschriften über die Vorbereitung und Durchführung der Wahl gibt einen Hinweis darauf, dass die Sonderregelungen auch bei den weiteren Wahlen nachdem BPersVG und deren WO angewendet werden können. Im Einzelnen:
- 28 Die Stimmabgabe bei der **Verhältniswahl** nach § 25 WO und das Ankreuzen des Bewerbernamens nach § 28 II 2 WO bzw. nach § 30 III WO bei der **Personenwahl** sind die Stimmabgaben, die der Ordnungsgeber **in § 19a WO allgemein beschrieben hat**. § 19a WO ist die einschlägige Vorschrift für diese Vorgänge.
- 29 § 19a WO findet für die Wahl der **Vertreter der nichtständig Beschäftigten** kraft Bezugnahme der §§ 1 bis 30 WO in § 31 I ausdrücklich Anwendung. Diese Anordnung findet sich auch in § 32 WO für die Wahl des **Bezirkspersonalrats**. Der Bezirkswahlvorstand kann für die nach Möglichkeit gleichzeitig mit den Wahlen zum örtlichen Personalrat stattfindenden Wahlen zum Bezirkspersonalrat die schriftliche Stimmabgabe anordnen.
- 30 Auch für die Stimmabgaben bei den Wahlen nach dem **Hauptpersonalrat** und **Gesamtpersonalrat** finden die Sonderregelungen kraft Verweisung in § 42 I WO und § 45 WO Anwendung. Verweisungen dieser Art finden sich auch in den §§ 46, 47 über die Wahl der **Jugend- und Auszubildendenvertretungen und deren Stufenvertretungen**.

Die Wahl des **Vertrauensmannes in der Bundespolizei unterscheidet sich** von den Wahlvorgängen in den Personalräten erheblich; auf die Erläuterungen in → BPersVG § 85 Rn. 21 wird verwiesen. § 48 WO bestimmt für den Fall der Wahl mit Stimmzetteln eine Verfahrensweise, die **zwingend die Anwesenheit der Wähler** erfordert. Eine **Verweisung auf § 19a WO findet nicht statt**, auch nicht über eine Verweiskette. Deshalb kann der Wahlvorstand zur Wahl des Vertrauensmanns nicht die Sonderregelungen nutzen. Dasselbe gilt für die Wahl des **Vertrauensmanns der Ortskräfte** iSd § 91 II BBersVG, § 51 WO

Bei den Wahlen der Personalvertretungen im **Bundesnachrichtendienst** kommt § 19a WO durch eine allgemeine Verweisung in § 49 Eingangssatz WO zur Anwendung.

Die Beschäftigten in den **Dienststellen des Bundes im Ausland** können ihre Stimme bei den Wahlen zum Gesamt-, Haupt- und Bezirkspersonalrat bereits nach bisher geltendem Recht schriftlich abgeben, § 50 I WO. Das gilt auch für die Stimmabgabe der Beschäftigten nach § 91 I Nr. 3 S. 1 BPersVG bei der Wahl des **Personalrats im Auswärtigen Amt**, § 50 II WO.

C. Änderung des BPersVG

§ 26a [Sonderregelung für die Amtszeit des Personalrats]

¹Für die Personalratswahlen im Jahr 2020 gilt § 26 Satz 2 mit der Maßgabe, dass die **Amtszeit des Personalrats mit der Konstituierung beginnt**. ²Ist am Tage des Ablaufs der **regelmäßigen Amtszeit des Personalrates ein neuer Personalrat noch nicht gewählt** und **konstituiert**, führt der Personalrat die Geschäfte weiter, bis der neue Personalrat gewählt und zu seiner ersten Sitzung **zusammengetreten ist**, **längstens jedoch bis zum Ablauf des 31. März 2021**. ³Dies gilt entsprechend für die **Jugend- und Auszubildendenvertretungen**.

I. Normzweck

Die Norm reagiert auf die erheblichen rechtlichen Einschränkungen und faktischen Erschwerungen des physischen Kontakts zwischen Personen infolge der COVID-19-Pandemie („Corona-Krise“). Da sowohl die Wahl des Personalrats als auch seine Sitzungen zu physischen Kontakten führen, besteht die Gefahr von zeitlichen **Lücken in der Personalvertretung** durch Verzögerung der Wahlen oder der Aufnahme der Amtstätigkeit eines neu gewählten Personalrats. § 26a S. 2 glättet für diese Situation den Übergang vom alten auf den neuen Personalrat durch **Verlängerung der Amtszeit** des alten Personalrats bis zur Konstituierung des neuen Personalrats, längstens bis zum 31. März 2021 („Übergangsmandat“, BT-Drs. 19/19036, 2). § 26a S. 1 passt den Beginn der Amtszeit des neu gewählten Personalrats dieser Regelung an; sie beginnt nicht wie nach § 26 S. 2 mit der Wahl (→ § 26 Rn. 6) bzw. mit dem Ablauf der Amtszeit des alten Personalrats (→ § 26 Rn. 10), sondern erst mit der Konstituierung des neuen Personalrats (→ Rn. 9).

II. Geltungsbereich des § 26a

1. Zeitlicher Geltungsbereich

- 2 § 26a ist als von § 26 abweichende, **vorübergehende** Sonderregelung für die regulären Personalratswahlen im Jahre 2020 und die voraussichtlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie angelegt. Die Regelung tritt gem. Art. 3 I des zugrundeliegenden Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 28. Mai 2020 (BGBl. I S. 1063) rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft und wird gem. Art. 3 II iVm Art. 2 Nr. 1 desselben Gesetzes aufgehoben mit Wirkung ab 1. April 2021, ist also bis zum Ablauf des 31. März 2021 gültig.

2. Sachlicher Geltungsbereich

- 3 Die Norm gilt für die Personalratswahlen „im Jahr 2020“. Das sind alle **regelmäßigen Wahlen**, die im Kalenderjahr 2020 abgehalten wurden oder noch abzuhalten sind. Erfasst werden nur die regelmäßigen Wahlen iSd § 27 I, wie sich aus § 26a S. 2 ergibt. Darauf ist die Rückwirkung des Gesetzes zum 1. März 2020 abgestimmt (→ Rn. 2), die mit dem Beginn des Wahlzeitraums für die regelmäßigen Wahlen (§ 27 I) übereinstimmt. Zwar kann es auch bei vorzeitigen Neuwahlen gem. § 27 II zu COVID-19-bedingten Verzögerungen der Wahl oder der Konstituierung des Personalrats kommen, aber hier gilt die Sonderregel des § 27 III, wonach der alte Personalrat die Geschäfte weiterführt, bis der neue Personalrat gewählt ist (vgl. BT-Drs. 19/18696, 7). Lücken in der Vertretung, die sich aus einer Verzögerung der Konstituierung des aus der vorzeitigen Wahl hervorgegangenen Personalrats ergeben können, können schwerlich durch eine Analogie zu § 26a S. 2 geschlossen werden, sondern sind hinzunehmen, da sie auch sonst unter der Regel des § 27 III vorkommen können und der Gesetzgeber eine vorübergehende Maßnahme wie § 26a auf das praktisch besonders Wichtige – die regelmäßigen Wahlen – begrenzen können muss. Im Übrigen wird das Risiko einer COVID-19-bedingten Verzögerung der Konstituierung durch die nunmehr mit Rückwirkung zum 1. März 2020 geschaffene Möglichkeit virtueller Sitzungen des Personalrats (§ 37 III nF) gemindert. Das Risiko einer Verzögerung der Wahl wird durch § 19a WahlO gemindert (zur Anwendbarkeit für solche Wahlen s. → WO § 19a Rn. 26).

III. Voraussetzungen des Übergangsmandats (§ 26a S. 2)

- 4 Voraussetzung für den Eintritt der Amtszeitverlängerung ist, dass am Tage des **Ablaufs der regelmäßigen Amtszeit** ein neuer Personalrat noch nicht gewählt oder konstituiert ist. Das Ende der regelmäßigen Amtszeit des alten Personalrats ergibt sich aus § 26 (Ablauf von vier Jahren nach Amtsbeginn, spätestens Ablauf des 31. Mai des regulären Wahljahres, näher → § 26 Rn. 15 f.).
- 5 Der Personalrat ist nach der hier vertretenen Auffassung gewählt, wenn das Ergebnis der Wahl bekannt gemacht ist (→ § 26 Rn. 7). Bis zu diesem Zeitpunkt ist er **nicht gewählt**, und es kann daher der alte Personalrat weiter die Geschäfte führen. Die Ursache der Nichtdurchführung einer anstehenden Wahl ist unerheblich. Die COVID-19-Krise ist zwar Motiv für § 26a. Der konkrete Nachweis der Ursächlichkeit würde die Rechtssicherheit aber empfindlich beeinträchtigen, insbesondere das vertragliche Handeln des Dienstherrn gegenüber einzelnen Arbeitnehmern mit Unsicherheiten der personalvertre-

tungsrechtlichen Zuständigkeit des alten oder neuen Personalrats belasten. Das Gesetz lässt die formale Anknüpfung an das Wahljahr 2020 genügen. Selbst wenn die Verzögerung der Wahl nachweislich auf einem anderen Grund beruht, bleibt § 26a daher anwendbar. Zu beachten ist nur die Grenze des Rechtsmissbrauchs, die aber angesichts der bewussten Formalität des Gesetzes erst berührt ist, wenn Verzögerungen gezielt herbeigeführt werden, um die Zuständigkeit des alten Personalrats für einzelne Entscheidungen zu erhalten. Die Verletzung dieser Grenze führt dazu, dass § 26a nicht anzuwenden ist und ggf. personalvertretungsrechtliche Lücken hinzunehmen sind.

Auch nach Durchführung der regelmäßigen Wahl bleibt der alte Personalrat im Amt solange der neue Personalrat noch nicht **konstituiert** ist. Damit ist die erste Sitzung des neuen Personalrats nach der Durchführung der Wahl gem. § 34 I angesprochen, die der Wahlvorstand als das bis dahin maßgebliche Organ einzuberufen und bis zur Wahl des Wahlleiters (für die Durchführung der Wahl des Vorsitzenden usw.) zu leiten hat. Zweckmäßig wäre es, als konstituierenden Akt erst die Wahl des Vorsitzenden des neuen Personalrats zu betrachten, weil der Personalrat erst mit ihr seine rechtsgeschäftliche und sonstige Handlungsfähigkeit gewinnt, auf die es für die lückenlose Wahrnehmung der Befugnisse nach dem BPersVG ankommt. Doch ist die Konstituierung nach dem Wortlaut des Gesetzes schon mit dem **Zusammentritt** zur ersten Sitzung, also dem Moment der Sitzungseröffnung durch den Wahlleiter, gegeben. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt der alte Personalrat gem. § 26a S. 2 befugt. Das gilt auch hier unabhängig davon, ob die Konstituierung des Personalrats sich wegen der Einschränkungen zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie oder aus anderen Gründen verzögert hat (→ Rn. 5).

§ 26a gilt für das regelmäßige Ende der Amtszeit des Personalrats durch Ablauf seiner Amtszeit gem. § 26 und somit nur für die **regelmäßigen Wahlen**, die gem. § 27 I im Jahr 2020 durchzuführen sind. Für Neuwahlen infolge einer vorzeitigen Beendigung der Amtszeit gem. § 27 II, bleibt es bei der Regelung des § 27 III, die ein Übergangsmandat des alten Personalrats bis zur Wahl des neuen Personalrats vorsieht (→ Rn. 3).

IV. Umfang des Übergangsmandats (§ 26a S. 2)

Bei Vorliegen der Voraussetzungen (→ Rn. 4 ff) „führt der (alte) Personalrat die Geschäfte weiter“, bis der neue gewählt oder zu seiner ersten Sitzung zusammengetreten ist. Die Formulierung entspricht jener in § 27 III und in § 22 BetrVG und meint dasselbe: Der alte Personalrat bleibt einstweilen im Amt und wird mit einem Übergangsmandat ausgestattet (BT-Drs. 19/19036, 2). Seine Befugnis ist nach richtiger Ansicht **umfassend** und nicht auf die laufenden Geschäfte oder sonstwie beschränkt; er kann die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte in vollem Umfang ausüben (→ § 27 Rn. 54; ebenso die hM zu § 22 BetrVG, s. Richardi/*Thüsing* BetrVG § 22 Rn. 5; ebenso die hM zu § 21a BetrVG, Richardi/*Thüsing* BetrVG § 21a Rn. 19, bei allerdings aussagekräftigerem Wortlaut). Die Vornahme von Amtshandlungen, insbes. die Einleitung von Verfahren, ist auch dann nicht unzulässig, wenn sie voraussichtlich vor Ablauf der Amtszeit gem. § 26a nicht mehr beendet werden können (zur rechtlichen Behandlung unerledigter Amtshandlungen → § 26 Rn. 27). Die uneingeschränkte Amtsbefugnis entspricht dem Zweck, eine kontinuierliche Interessenvertretung sicherzustellen. Einschränkungen mit Blick auf den Übergangscharakter des Mandats sieht das Gesetz nicht vor, sie lassen sich auch aus der Gesetzesbegründung nicht ableiten. Die einschränkende Charakterisierung des Mandats in der Gesetzesbegründung („führen Geschäfte im Rahmen eines Übergangsmandats kommissarisch weiter“, BT-Drs. 19/18696, 2) ist ohne Bedeutung für die rechtliche Befugnis des alten Personalrats. Eine dem Übergangscharakter Rechnung tragende materielle Abgrenzung der Befugnisse ohne jeden Anhalt im Gesetz würde das Handeln des Dienstherrn gegenüber den Beschäftigten mit erheblichen Rechtsunsicher-

heiten belasten, die sich aus einer materiellen Abgrenzung der Befugnisse ergäben. Zu den Befugnissen und Pflichten des nach § 26a amtierenden Personalrats gehört bei noch ausstehender Wahl auch die **Bestellung des Wahlvorstandes**, falls diese entgegen § 20 noch nicht stattgefunden hat.

- 9 Das Mandat des alten Personalrats gem. § 26a **endet** mit der Konstituierung, dh mit dem ersten Zusammentreten des neuen Personalrats (näher → Rn. 6), spätestens, dh ohne ein Zusammentreten, mit Ablauf des 31. März 2021. Es endet ferner bei Fortfall der Dienststelle (→ Rn. 15).
- 10 Während der Amtsausübung nach § 26a genießen die Mitglieder des alten Personalrats den vollen **Kündigungs- und Änderungsschutz**, der Personalratsmitgliedern nach § 15 II 1 KSchG und § 47 I, II zusteht; denn das Schutzbedürfnis ist dasselbe. Der Ablauf der einjährigen Kündigungsschutzzeit nach § 15 II 2 KSchG beginnt mit dem erstmaligen Zusammentreten des neuen Personalrats (vgl. § 26a S. 2).

V. Anpassung der Amtszeit des neuen Personalrats (§ 26a S. 1)

- 11 § 26a S. 1 passt den Beginn der Amtszeit des neuen Personalrats an die Verlängerung der Amtszeit des alten Personalrats an, weil andernfalls eine Überschneidung der Amtszeiten beider Personalräte einträte. Die Amtszeit beginnt, wenn das Übergangsmandat des alten Personalrats gem. § 26a S. 2 endet, nämlich mit der Konstituierung des neuen Personalrats (→ Rn. 9). Der sonst geltende § 26 S. 2 stellt demgegenüber auf den Tag der Wahl bzw. auf den Ablauf der regulären Amtszeit des alten Personalrats ab (§ 26 S. 2); das würde bis zur Konstituierung beide Personalräte zuständig werden lassen. § 26a S. 1 gilt wie § 26a insgesamt nur für die regelmäßigen Wahlen, nicht für vorzeitige Wahlen gem. § 27 II (→ Rn. 3). Durch diese Verschiebung entsteht eine Lücke im **Kündigungs- und Versetzungsschutz** der Mitglieder des neuen Personalrats, der nach dem Wortlaut des § 47 erst mit Amtsbeginn einsetzt. Die Lücke ist durch analoge Anwendung des § 47 zu schließen (→ § 26 Rn. 14).

VI. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rückwirkung

- 12 § 26a gilt aufgrund der Rückwirkung ab dem 1. März 2020 und somit auch für Wahlen, die vor der Verabschiedung des Gesetzes am 7. Mai 2020 (BT-Prot. 158. Sitzung) bzw. seiner Verkündung am 25. Mai 2020 (BGBl. I S. 1063) abgehalten worden sind. Daraus resultierende Rückwirkungen unterliegen im Wesentlichen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

1. Nachträgliche Verlängerung der Amtszeit

- 13 Die **nach der Wahl angeordnete Verlängerung der Amtszeit** des alten Personalrats über die Zeit hinaus, für die er ursprünglich gewählt worden ist, begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Einwänden. Sie ist nicht unmittelbar am Demokratieprinzip des Art. 20 I GG zu messen, da es nicht um die Ausformung des staatlichen oder quasi-staatlichen Handelns geht, sondern um die Wahrnehmung der Interessen von Beschäftigten öffentlicher Dienststellen. Wenn hier von „demokratischer Legitimation“ gesprochen wird, so immer nur im schwächeren Sinne einer Strukturanalogie, die sich des Mehrheitsprinzips und der Repräsentation als Formen der Interessenwahrnehmung auf der Grundlage staatlicher Ermächtigung bedient, ohne sie damit zum Teil des demokratischen Geschehens im verfassungsrechtlichen Sinne werden zu lassen. Infolge-

dessen sind Regelungen wie § 26a BPersVG nicht den strengen Einschränkungen unterworfen, die nachträgliche Mandatsverlängerungen bei staatlichen Gesetzgebungsorganen verböten. Die Anforderungen an die Ausgestaltung der Legitimität des Personalrats sind gestaltbarer. Ihnen genügt § 26a angesichts der von der Pandemie ausgehenden Leib- und Lebens-Gefahr einerseits, der sachlich auf das Unvermeidliche begrenzten und zeitlich maßvollen Verlängerung der Amtszeit, die unterhalb der Grenze bleibt, die § 27 V für Fälle von weitaus geringerer Dringlichkeit erlaubt. Auch die Nachträglichkeit der Regelung hält dieser Prüfung stand, da die Mandatsverlängerung angesichts ihres vorübergehenden Charakters nicht zu einer Verfälschung des Willens der an der Wahl beteiligten Beschäftigten führt (zu etwaigen Rückwirkungen → Rn. 14).

2. Rückwirkende Heilung

§ 26a gilt aufgrund der Rückwirkung ab dem 1. März 2020 auch für Wahlen, die vor der Verabschiedung des Gesetzes am 7. Mai 2020 (BT-Prot. 158 Sitzung) bzw. seiner Verkündung am 25.5.2020 (BGBl. I S. 1063), abgehalten worden sind. Das bedeutet, dass die Amtszeit der von Wahlen in dieser Zeit betroffenen alten Personalräte **rückwirkend verlängert** wird und etwaige in der Verlängerungszeit vorgenommenen Maßnahmen, die ursprünglich infolge Ablaufs der Amtszeit nichtig (Beschlüsse) oder nicht der Personalvertretung zurechenbar (Realhandlungen) waren, nachträglich und mit Rückwirkung als solche eines im Amt befindlichen Personalrats zu beurteilen sind. Das entspricht dem Wortlaut und dem Zweck der Norm, da es schon vor dem 7. Mai 2020 COVID-19-bedingte Verzögerungen bei Wahl und Amtsübernahme gegeben haben kann, zumal die regulären Wahlen (§ 27 I) größtenteils in diese Zeit fallen. Die praktische Bedeutung dieser Einbeziehung liegt in der **Heilung** nichtiger Beschlüsse von Personalvertretungen, die, obgleich sie nach den seinerzeit maßgeblichen allgemeinen Regelungen nicht mehr im Amt waren, die Geschäfte wahrgenommen haben. Eine solche Heilung ist grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, solange sie nicht zu einer echten Rückwirkung führt. Das ist nicht der Fall, soweit es um rechtliche Folgen für Sachverhalte geht, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht abgeschlossen waren (BVerfG 17.12.2013, NVwZ 2014, 577 Rn. 42), worüber für den jeweiligen Einzelfall bzw. die jeweilige einzelne Rechtswirkung zu urteilen ist. So kann zB eine zwischen dem 1. März 2020 und dem 7./25. Mai 2020 (→ Rn. 12) von einem Personalrat abgeschlossene Dienstvereinbarung kraft § 26a rückwirkend ab Zustandekommen der Dienstvereinbarung gültig sein, obwohl dessen Amtszeit gem. § 27 I vor dem Abschluss der Vereinbarung abgelaufen war. Dagegen kann eine nach Ablauf der Amtszeit ausgesprochene Kündigung nicht wegen Nichtbeteiligung des seinerzeit nicht mehr mandatierten alten Personalrats nachträglich mit Inkrafttreten des § 26a unwirksam werden; hier würde ein abgeschlossener Sachverhalt rückwirkend anders behandelt. Zwar wäre selbst eine solche echte Rückwirkung zulässig, wenn ein Vertrauen auf die Beendigung des Mandats nicht entstanden sein kann. Dafür könnte man hier geltend machen, dass ein Übergangsmandat für Notsituationen auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in der Diskussion war (→ § 26 Rn. 6; zur klärenden Rückwirkung BVerfG 17.12.2013, NVwZ 2014, 577 Rn. 64 ff.). Doch gehörte eine Situation wie die vorliegende nicht zu den diskutierten Fällen. Außerdem ist eine echte Rückwirkung des § 26a, auch wenn ausnahmsweise zulässig, ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im Zweifel als nicht gewollt anzusehen.

VII. Bedeutung des § 26a für allgemeines Rest- bzw. Übergangsmandat

- 15 Nach überwiegend vertretener Auffassung kommt dem Personalrat ein Restmandat bei Auflösung der Dienststelle im Sinne des § 6 zu (→ § 26 Rn. 24, 25); ferner ist ihm nach richtiger Ansicht ein Übergangsmandat zuzubilligen, wenn aus der bisherigen Dienststelle neue Dienststellen formiert werden (näher → § 26 Rn. 24, 26). Diese Rechtsfortbildungen werden durch § 26a nicht desavouiert, da sie auf Situationen antworten, in denen ohne Rest- bzw. Übergangsmandat eine personalvertretungsrechtliche Interessenvertretung *ausgeschlossen* wäre, wogegen es in § 26a nur um die Bewältigung von *Erschwernissen* der Personalvertretung geht, für welche jene Dringlichkeit fehlt, die für die Begründung eines ungeschriebenen Übergangsmandats als entscheidend anzusehen ist und die daher gesetzlicher Regelung eher bedarf. Ferner spricht der vorübergehende Charakter des § 26a dagegen, ihm eine Aussage zum ungeschriebenen Übergangsmandat entnehmen zu können. § 26a selbst liefert allerdings keine Rechtsgrundlage für ein solches Rest- oder Übergangsmandat: Entfällt die Voraussetzung des § 6 BPersVG, entfällt das Mandat gem. § 26a. Es kann aber nach richtiger Ansicht ein Rest- oder Übergangsmandat nach Maßgabe der in → § 26 Rn. 25, 26 skizzierten Grundsätze entstehen (vgl. zu § 21a BetrVG ErfK/Koch, 20. Aufl., BetrVG § 21a Rn. 6; anders Richardi/Thüsing BetrVG § 21a Rn. 19).

VIII. Geltung der Regelung für andere Vertretungsorgane

1. Jugend- und Auszubildendenvertretungen

- 16 Gemäß § 26 S. 3 gilt die Regelung in S. 1 und S. 2 für Jugend- und Auszubildendenvertretungen entsprechend. Wie beim Personalrat endet die Amtszeit dieser Vertretungen stichtagsgenau ohne Rücksicht darauf, ob eine Wahl tatsächlich stattgefunden hat (§ 60 S. 2); wie beim Personalrat beginnt die Amtszeit einer gewählten Vertretung „mit der Wahl“ ohne Rücksicht darauf, ob die konstituierende Sitzung tatsächlich stattfinden kann. Es ergibt sich daher aus der COVID-19-Pandemie ein vergleichbares Risiko der personalvertretungsrechtlichen Diskontinuität. Die Ausführungen → Rn. 4 ff., 8 ff. gelten entsprechend.

2. Stufenvertretung

- 17 § 26a gilt über § 54 für Stufenvertretungen. Die dortige summarische Inbezugnahme erfasst den neu eingeführten § 26a; dies ist vom Gesetzgeber gewollt (BT-Drs. 19/19036, 2). Über den Verweis in § 56 auf § 54 I Hs. 1 gilt die Regelung ebenso für den Gesamtpersonalrat (BT-Drs. 19/19036, 2). Eine ausdrückliche Erstreckungsregelung wie in § 26a S. 3 war daher für diese Personalvertretungsorgane entbehrlich. Inhaltlich gelten → Rn. 4 ff., 8 ff. entsprechend.

§ 37 III [Sonderregelung für Personalratssitzungen]

(3) ¹Personalratsmitglieder können mittels Video- oder Telefonkonferenzen an Sitzungen teilnehmen, wenn

1. vorhandene Einrichtungen genutzt werden, die durch die Dienststelle zur dienstlichen Nutzung freigegeben sind,

2. vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Geschäftsordnung kein Mitglied des Personalrates unverzüglich nach Bekanntgabe der Absicht zur Durchführung der Sitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz diesen Verfahren gegenüber dem Vorsitzenden widerspricht und
3. der Personalrat geeignete organisatorische Maßnahmen trifft, um sicherzustellen, dass Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

²Eine Aufzeichnung ist unzulässig. ³Personalratsmitglieder, die mittels Video- oder Telefonkonferenz an Sitzungen teilnehmen, gelten als anwesend. ⁴§ 41 Absatz 1 Satz 3 findet mit der Maßgabe Anwendung, dass der Vorsitzende vor Beginn der Beratung die zugeschalteten Personalratsmitglieder feststellt und in die Anwesenheitsliste einträgt.

Übersicht

| | Rn. |
|--|-----|
| I. Normzweck und Normgeschichte | 1 |
| II. Grundlagen | 4 |
| 1. Regelungskonzept | 4 |
| 2. Zeitlicher Geltungsbereich | 8 |
| 3. Anwendbarkeit auf andere Interessenvertretungen | 11 |
| III. Voraussetzungen und Durchführung virtueller Sitzungen | 14 |
| 1. Überblick | 14 |
| 2. Nutzung freigegebener vorhandener Einrichtungen | 18 |
| 3. Kein Widerspruch eines Mitglieds des Personalrats | 21 |
| 4. Einhaltung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit | 25 |
| 5. Aufzeichnungsverbot | 29 |
| 6. Sicherstellung des Anwesenheitserfordernisses | 30 |
| IV. Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern | 31 |

I. Normzweck und Normgeschichte

Die Regelung ist Teil eines umfassenden Reformpakets (→ Überblick Rn. 1 f.), mit dessen Hilfe Probleme für die Arbeit der personalvertretungsrechtlichen Gremien infolge der **COVID-19-Pandemie** bewältigt werden sollen. Beratungen dieser Gremien finden bisher ausschließlich in Anwesenheit ihrer Mitglieder statt, was aber unter den gegebenen Umständen zu Schwierigkeiten führt: **Präsenzsitzungen können ganz unmöglich oder nur eingeschränkt möglich** sein, weil behördliche Maßnahmen zur Bewältigung der Pandemie Zusammenkünfte verbieten oder regulieren. Personalratsmitglieder können unter Umständen nicht physisch teilnehmen, weil sie dazu krankheitsbedingt, infolge von vorsorglicher häuslicher Isolation oder amtlich angeordneter Quarantäne oder auch wegen fehlender Kinderbetreuungsmöglichkeiten nicht instande sind (vgl. auch BT-Drs. 19/18696, 5).

Ohne gesetzgeberisches Eingreifen wären personalvertretungsrechtliche Gremien nicht in der Lage, ihre **Handlungs- und Beschlussfähigkeit** rechtssicher eigenständig dadurch herzustellen, dass Sitzungen in der Form von Telefon- oder Videokonferenzen oder durch Einrichten eines Chatrooms abgehalten werden oder im Umlaufverfahren Beschlüsse gefasst werden. **De lege lata** werden insoweit **Bedenken mit Blick auf das Erfordernis der Anwesenheit der Personalratsmitglieder nach § 37 I 1, II und das Prinzip der Nichtöffentlichkeit nach § 35 S. 1** erhoben (→ § 37 Rn. 7; *Altwater/Kröll* § 37 Rn. 2; zum BetrVG *Müller ArbRAktuell* 2020, 247 [248]; *Raab*, in: GK-BetrVG § 33 Rn. 10; *Richardi/Thüsing* BetrVG § 33 Rn. 3; *DKKW/Wedde* BetrVG § 33 Rn. 11). Weiterhin wird darauf verwiesen, dass eine virtuelle Sitzungsteilnahme von Arbeitnehmervertretern im deutschen Recht ausdrücklich nur in § 41a EBRG für Besatzungsmitglieder von Seeschiffen vorgesehen sei (*Däubler/Klebe NZA* 2020, 545 [546]; *Krois DB* 2020, 674 [677]; *Raab*, in: GK-BetrVG § 33 Rn. 10; gegen einen Umkehrschluss aber *Thüsing/Bedn BB* 2019, 372 [373 f.]). Das Bundespersonalvertretungsrecht enthält schließlich –

anders als einige Landesrechte (vgl. § 34 III Nr. 6 LPVG BW, § 37 III BayPVG; § 35 V 1 SächsPersVG) und anders als etwa das Mitarbeitervertretungsrecht der beiden christlichen Kirchen (§ 26 II 3 MVG-EKD; § 14 IX MAVO) – auch keine Regelung zu ausnahmsweise gegebenen Möglichkeiten eines Umlaufverfahrens (vgl. jetzt auch die Neuregelung in § 14 IV 4,5 MAVO in der vom 1. April 2020 bis zum 31.12.2022 gültigen Fassung, ZMV 2020, 134; zur Diskussion dort *Jonssen* ZMV 2020, 114). Zwar finden sich im Schrifttum in jüngerer Zeit zunehmend Stimmen, die virtuelle Sitzungen und Beschlüsse von Arbeitnehmervertretungen schon de lege lata zumindest in Form von Videokonferenzen generell (*Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1142 ff.]; *Fischer/Goeres/Gronimus* § 37 Rn. 14a; *Grandjot/Schulz* NZA-RR 2017, 393 ff.; *Ilbertz/Widmaier/Sommer* § 37 Rn. 6a; *Vogelgesang* PersV 2014, 251 [257]; zum BetrVG: *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [555 ff.]; *Günther/Böglmüller/Mesina* NZA 2020, 77 [78 f.]; *Hess*, in: Baker McKenzie [Hrsg.] Arbeitswelt 4.0, S. 35 [41]; *Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 f.; *Schiefer* DB 2019, 2017 [2020]; *Thüsing/Beden* BB 2019, 372 ff.) oder jedenfalls in Ausnahmefällen (zum BetrVG *Grimm* ArbRB 2020, 129 [130]; *Fitting* BetrVG § 33 Rn. 21b; *Krois* DB 2020, 674 [677]; vorsichtig *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [547]) für zulässig halten (zur Diskussion de lege ferenda → Rn. 9 f.). Mit Blick auf den Meinungsstand bestand aber das **Risiko, dass entsprechende Beschlüsse durch die Gerichte für unwirksam erklärt würden** (*Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [553]; vgl. dazu auch → Rn. 31 ff.). Angesichts des zwingenden Charakters der einschlägigen Bestimmungen (→ § 35 Rn. 4; → § 37 Rn. 5) konnte man auch nicht auf Regelungen in Geschäftsordnungen, Vereinbarungen zwischen Dienststelle und Personalvertretung zur Gestaltung virtueller Sitzungen oder auch nur „Stillhalteabkommen“ vertrauen (*Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [553]; zu solchen Vorschlägen: *Grimm* ArbRB 2020, 129 [130 f.]; *Krois* DB 2020, 674 [677 f.]; *Thüsing/Beden* BB 2019, 372 [377]). Die im Zuge der Paralleldiskussion zum Betriebsverfassungsrecht erfolgte Erklärung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 20.3.2020 zugunsten der Zulässigkeit virtueller Betriebsratssitzungen (https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Meldungen/2020/ministererklaerung-arbeit-der-betriebsraete-unterstuetzen.pdf;jsessionid=1ACE64E0CD74F851B1230755B01DB096?__blob=publicationFile&v=4; zuletzt abgerufen am 5.6.2020) schließlich vermochte schon aus rechtsstaatlichen Gründen keine Bindungswirkung zu entfalten (*Düwell* jurisPR-ArbR 15/2020 Anm. 1; *Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [553]). Der Aspekt der **Rechtssicherheit** wird dementsprechend in der Beschlussvorlage des Gesetzesentwurfs der Regierungsparteien ausdrücklich hervorgehoben (BT-Drs. 19/18696, 5).

- 3 Das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat hatte zunächst einen Formulierungsvorschlag vorgelegt, der neben der Möglichkeit virtueller Personalratssitzungen und Beschlussfassungen (auch im Umlaufverfahren) und der Zulassung audiovisueller Einrichtungen für Sprechstunden des Personalrats sowie für Personalversammlungen auch Regelungen zu personalvertretungsrechtlichen Beteiligungsverfahren in elektronischer Form vorsah und keine Befristung enthielt (https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/Downloads/referentenentwurfe/zweites-gesetz-zur-aenderung-des-bpersvg.pdf?__blob=publicationFile&v=5; zuletzt abgerufen am 6.7.2020). Im Hinblick auf Kritik der Gewerkschaften, die eine Vorwegnahme einer Dauerlösung zugunsten virtueller Sitzungen von Arbeitnehmervertretungen fürchteten, wurde der **Entwurf mehrfach überarbeitet** (vgl. dazu *Hayen* AuR 2020, 249). Die Änderungen im Bereich der Personalratstätigkeit **beschränken** sich jetzt auf Bestimmungen zu **Video- und Telefonkonferenzen** des Personalrats sowie auf die Option einer Personalratssprechstunde in Form einer Videokonferenz (zu dieser → § 43 II Rn. 2). Weggefallen sind insbesondere die Möglichkeit der Beschlussfassung im Umlaufverfahren, die Zulassung audiovisueller Übertragungen bei der Personalversammlung sowie Regelungen zum Beteiligungsverfahren mittels elektronischer Hilfsmittel. Gleichzeitig wurde die Regelung **befristet**, sie gilt nunmehr nur **bis zum 31.3.2021** (Art. 9 V iVm

Art. 2 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie; vgl. dazu noch → Rn. 9). Im Gesetzgebungsverfahren ist der von den Regierungsfractionen der CDU/CSU und der SPD eingebrachte Entwurf (BT-Drs. 19/18696) dann keiner Änderung mehr unterzogen worden und **rückwirkend zum 1.3.2020 in Kraft getreten** (Art. 9 II iVm Art. 1 Zweites Gesetz zur Änderung des Bundespersonalvertretungsgesetzes und weiterer dienstrechtlicher Vorschriften aus Anlass der COVID-19-Pandemie vom 28. Mai 2020, BGBl. I S. 1063; vgl. dazu noch → Rn. 8).

II. Grundlagen

1. Regelungskonzept

Die Neuregelung des § 37 III ermöglicht unter den kumulativen Voraussetzungen des Satz 1 Nr. 1–3 (→ Rn. 14 ff.) die **Teilnahme von Personalratsmitgliedern an Sitzungen mittels Video- oder Telefonkonferenzen**. Damit ist nicht etwa nur die virtuelle Zuschaltung einzelner Personalratsmitglieder zu einer Präsenzsitzung zugelassen, die Personalratssitzung kann vielmehr **insgesamt als reine Video- oder Telefonkonferenz** durchgeführt werden (vgl. auch die Begründung des Gesetzesentwurfs BT-Drs. 19/18696, 2: „Das Erfordernis, dass *die Personalvertretung* [Hervorh. v. Verf.] zu Sitzungen persönlich vor Ort zusammenkommen muss, entfällt.“; für § 129 BetrVG vgl. BT-Drs. 19/18753, 28 sowie *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [548]). Auf einer solchen Personalratssitzung können auch **Beschlüsse** gefasst werden, sie dient nicht nur der Information und Beratung. Anders als bei § 129 BetrVG lässt sich das zwar nicht ausdrücklich dem Text entnehmen, es entspricht aber dem Sinn und Zweck der Regelung und ersichtlich auch dem Willen des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 19/18696, 2).

Mit der Zulassung von Video- und Telefonkonferenzen stellt der Gesetzgeber klar, dass – jedenfalls für den Zeitraum vom 1. März 2020 bis zum 31. März 2021 – **virtuell gefasste Personalratsbeschlüsse nicht allein wegen einer Verletzung des Anwesenheitserfordernisses** gem. § 37 I 1, II unwirksam sind und auch **nicht** per se einen **Verstoß gegen das Prinzip der Nichtöffentlichkeit** nach § 35 S. 1 darstellen. Der Gesetzgeber greift im Text beide – die bisherige Diskussion beherrschenden – Aspekte ausdrücklich auf: In Bezug auf das Anwesenheitserfordernis bestimmt § 37 III 3, dass Personalratsmitglieder, die mittels Video- oder Telefonkonferenz an Sitzungen teilnehmen, **als anwesend gelten**. Diese Regelung ist auch deshalb erforderlich, da die Reform § 37 I und II unberührt lässt und das Anwesenheitserfordernis sowohl für die Stimmenmehrheit als auch die Beschlussfähigkeit grundsätzlich weiter Bestand hat. Weiterhin erlegt § 37 III 1 Nr. 3 dem Personalrat die **Pflicht** auf, mit geeigneten organisatorischen Maßnahmen sicherzustellen, dass **Dritte** vom Inhalt der Sitzung **keine Kenntnis** nehmen können.

Zulässig sind **Video- und Telefonkonferenzen**. In der vor der Pandemie geführten Diskussion um die Anerkennung virtueller Betriebsrats- oder Personalratssitzungen herrschte auch bei denjenigen, die sich *de lege lata* oder *de lege ferenda* für eine diesbezügliche Öffnung aussprachen, verbreitet Zurückhaltung gegenüber **Telefonkonferenzen**, da dort anders als bei Videokonferenzen die für eine Meinungsbildung wesentliche visuelle Wahrnehmung fehle (vgl. etwa *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1143]; *Grandjot/Schulz* NZA-RR 2017, 393 [398]; *Thüsing/Beden* BB 2019, 372 [374]; *Vogelgesang* PersV 2014, 251 [256]). Hier ist der Gesetzgeber weitergegangen, wohl auch mit Blick darauf, dass die technischen Voraussetzungen für eine Teilnahme aller Mitglieder einer Arbeitnehmervertretung jedenfalls für eine Telefonkonferenz in aller Regel gegeben sein dürften, während das bei einer Videokonferenz nicht unbedingt gesichert erscheint. Im Gesetzestext findet sich aber auch insoweit kein Vorrang der Video- vor der Telefon-

konferenz (*Fublrott/Fischer* NZA 2020, 490 [491]; vgl. dazu noch → Rn. 15). Andererseits ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die im ursprünglichen Entwurf des Bundesinnenministeriums und in einigen Länderrechten enthaltene Möglichkeit der Abstimmung im **Umlaufverfahren** gestrichen worden (→ Rn. 3; näher *Hayen* AuR 2020, 249). Damit hat der Gesetzgeber der verbreiteten Kritik an dieser Form der Beschlussfassung Rechnung getragen. Das Umlaufverfahren war auch schon im Vorfeld der aktuellen gesetzlichen Maßnahme ganz einhellig abgelehnt worden, da hierbei ein wirklicher Meinungsbildungsprozess nicht möglich sei (*Britz* PersV 2012, 450 [451]; *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [546]; *Krois* DB 2020, 674 [676]; *Thüsing/Beden* BB 2019, 372 [373]; *Vogelgesang* PersV 2014, 251 [255 f.]; vgl. auch schon BAG 4.8.1975, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4 [unter III]; 16.1.2003 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 [B I 2b]); anders soweit ersichtlich nur LAG München 6.8.1974, DB 1975, 1228 bei Behandlung „tatbestandlich klarer, einfach gelagerter Sachverhalte“).

- 7 Hinsichtlich des **Beschäftigtendatenschutzes** gelten in erster Linie die allgemeinen, sich aus dem Zusammenspiel von **DSGVO** und **BDSG** ergebenden Grundsätze. Soweit im Rahmen virtueller Personalratssitzungen **Beschäftigtendaten** einbezogen werden, dient dies der Ausübung oder Erfüllung der im BPersVG vorgegebenen Rechte und Pflichten der Personalvertretung (§ 26 I 1, VI BDSG), es kann aber auch eine Einwilligung nach Maßgabe des § 26 II BDSG vorliegen (vgl. hierzu *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1143]; *Schulze/Hemerich* ArbRAktuell 2020, 253 [254] sowie generell BeckOK DatenschutzR/*Riesenhuber* BDSG § 26 Rn. 194 ff.). Für die Frage nach der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Personalrats (zum Meinungsstand *ErfK/Franzen* BDSG § 26 Rn. 50; BeckOK DatenschutzR/*Riesenhuber* BDSG § 26 Rn. 195) ergeben sich aus der Regelung des § 37 III keine neuen Impulse. Jedenfalls hat der Personalrat bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten wie sonst auch die Vorgaben des Datenschutzes zu beachten (*Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1143 f.]; vgl. auch BAG 9.4.2019 NZA 2019, 1055 Rn. 47; BeckOK DatenschutzR/*Riesenhuber* BDSG § 26 Rn. 195a; *Weber*, in: GK-BetrVG § 80 Rn. 91). Darüber hinaus werden bei einer virtuellen Personalratssitzung auch **Daten der Personalratsmitglieder** selbst verarbeitet. Hier kann aber ebenfalls auf § 26 I 1 BDSG zurückgegriffen werden, da das Abhalten von Sitzungen in den Aufgabenbereich des Personalrats und seiner Mitglieder fällt, und es sich dabei wegen § 37 III ausdrücklich auch um virtuelle Sitzungen handeln kann. Geht der Personalrat davon aus, dass eine Video- oder Telefonkonferenz abgehalten werden muss, dann ist insoweit auch die datenschutzrechtliche Erforderlichkeit nach § 26 I 1 BDSG gegeben (vgl. dazu noch → Rn. 15; zum Verhältnis von Einwilligung und Widerspruchsrecht des Personalrats nach § 37 III 1 Nr. 2 → Rn. 24; zur datenschutzrechtlichen Bedeutung des Aufzeichnungsverbots → Rn. 29).

2. Zeitlicher Geltungsbereich

- 8 Das Gesetz **wirkt auf den 1. März 2020 zurück** (→ Rn. 3). Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber zunächst **Rechtssicherheit** für bereits in Gang gebrachte Wahlverfahren schaffen und ein Übergangsmandat der im Amt befindlichen Personalräte nachträglich zu legitimieren (→ § 26a Rn. 12 ff.). Wie im Betriebsverfassungsrecht, wo § 129 BetrVG ebenfalls Rückwirkung entfaltet, obwohl es dort keine Regelungen zum Wahlverfahren gibt, hat diese Regelungstechnik aber auch Bedeutung für die Geschäftsführung des Personalrats: Sitzungen und Beschlüsse, die in Form von Video- oder Telefonkonferenzen gefasst wurden, sind unter den Voraussetzungen des § 37 III nicht unwirksam (vgl. auch *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [548]). Das betrifft nicht nur eilbedürftige Entscheidungen, die unter den Vorzeichen der COVID-19-Pandemie getroffen werden mussten, sondern angesichts des klaren Wortlauts der Regelung sämtliche Handlungen des Personalrats.

Die zeitliche Begrenzung der Geltung der Regelung auf den 31. März 2021 ist vor allem auf die Initiative der Gewerkschaften zurückzuführen (→ Rn. 3). Die rechtspolitische Diskussion um die Digitalisierung der Betriebs- und Personalratsarbeit war zum Zeitpunkt der aktuellen Reform nicht abgeschlossen. Es gab zwar im Zuge dieser Diskussion verschiedene Anstöße zugunsten einer Zulassung virtueller Sitzungen und Beschlüsse von Arbeitnehmervertretungen (*Krause* Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, B 96 f.; *Krause* NZA 2016, 1004 [1007]; BMAS Weißbuch „Arbeit 4.0.“, 2017, 160 f. (https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=9), zuletzt abgerufen am 8.6.2020; vgl. ferner *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 ff.; *Britz* PersV 2012, 450 [451]; *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [557]; *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 409 [412]; *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 490 ff.; *Günther/Böglmüller/Mesina* NZA 2020, 77 [79]; *Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [554]; *Reinhard* ArbRB 2019, 154 [155]). Aber abgesehen davon, dass auch im Lager der Befürworter eine Tendenz sichtbar ist, virtuelle Formen der Beschlussfassung nur in Ausnahmesituationen zuzulassen, vergleichbar etwa derjenigen im Bereich der Seeschifffahrt gem. § 41a EBRG, und auch dann nur unter engen weiteren Voraussetzungen (*Krause* Digitalisierung der Arbeitswelt, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, B 96 f.; *Krause* NZA 2016, 1004 [1007]; *Tillmanns* FS BetrVG, 2020, 745 [749]; BMAS Weißbuch „Arbeit 4.0.“, 2017, 16; vgl. auch *Däubler* FS BetrVG, 2020, 115 [126]), bestehen bis heute namentlich von gewerkschaftlicher Seite auch grundsätzliche Einwände: Man fürchtet um die Qualität des Meinungsbildungsprozesses innerhalb der Arbeitnehmervertretung, verweist auf offene datenschutzrechtliche Fragen und äußert die Sorge, dass die Arbeitgeberseite aus Kostengesichtspunkten zunehmend Druck auf Betriebs- und Personalräte zur Abhaltung virtueller Sitzungen entfalten könnte (zusammenfassend *Hayen* AuR 2020, 249 ff.; vgl. auch *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [551]). Mit der Befristung trägt der Gesetzgeber den Bedenken Rechnung, dass unter den Vorzeichen der COVID-19-Pandemie bereits Vorentscheidungen zugunsten virtueller Betriebs- und Personalratssitzungen fallen.

Die bis zum 31. März 2021 gewonnenen Erfahrungen bei der Anwendung der Neu- 10
regelung sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers in den fortzuführenden Diskussionsprozess einfließen (BT-Drs. 19/18696, 12). Aus § 37 III lassen sich also **keine Vorgaben** für die **de lege ferenda** anstehende Reform des Personalvertretungsrechts entnehmen (vgl. zu § 129 BetrVG: *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [551]). Sie enthält aber auch für die nach dem 31. März 2021 aller Voraussicht nach wieder aufflammende Auseinandersetzung um die Zulassung virtueller Arbeitnehmervertretungssitzungen **de lege lata keine Richtungsentscheidung**. Dass überhaupt eine Regelung erfolgte und man sich nicht mit der Interpretation des geltenden Rechts mittels einer Ministererklärung begnügte, war dem Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit geschuldet (→ Rn. 2), kann also nicht als Argument gegen die Interpretationsfähigkeit der bis dahin geltenden Regelung verwendet werden (aA zu § 129 BetrVG *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 490 [491]). Umgekehrt lassen sich aus den unter großem zeitlichem Druck verabschiedeten und zudem klar befristeten Regelungen keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass ohne entsprechende gesetzliche Regelung auch in Zukunft jedenfalls Video- und Telefonkonferenzen unter Voraussetzungen wie den in § 37 III genannten zulässig wären.

3. Anwendbarkeit auf andere Interessenvertretungen

Die Regelung des § 37 III gilt kraft der Verweisungen in § 54 und § 56 auch für 11
Stufenvertretungen und **Gesamtpersonalräte** (vgl. auch BT-Drs. 19/18696, 10). Beide Vorschriften verweisen umfassend auf § 37 und damit jetzt auch auf § 37 III.

Für die **Einigungsstelle** enthält § 37 III keine Regelung. Auch die Einigungsstelle hat 12
aber grundsätzlich unter Anwesenheit aller Mitglieder zu verhandeln (→ § 71 Rn. 29)

und muss nach § 71 II 1 das Prinzip der Nichtöffentlichkeit wahren (→ § 71 Rn. 30). Damit stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit virtueller Beschlussfassungen auch dort. Da im Gegensatz zum Personalvertretungsrecht in § 129 BetrVG die Einigungsstelle ausdrücklich genannt wird, scheint auf den ersten Blick ein Umkehrschluss in Betracht zu kommen. Allerdings ist die Regelungstechnik bei § 129 BetrVG eine andere: Dort wurden die Sonderregelungen zur Geschäftsführung betriebsverfassungsrechtlicher Organe einheitlich in einer Vorschrift zusammengefasst, so dass in dieser Vorschrift auch alle betroffenen Organe aufgezählt werden mussten. Im Personalvertretungsrecht hat sich der Gesetzgeber hingegen für punktuelle Eingriffe im jeweiligen Normzusammenhang entschieden und die Video- und Telefonkonferenzen zunächst auf den Personalrat bezogen geregelt. Allerdings ging es bei dem Reformprojekt ersichtlich darum, für die Zeit der COVID-19-Pandemie die Handlungsfähigkeit personalvertretungsrechtlicher Organe insgesamt sicherzustellen. Auch wenn die Gesetzesmaterialien außerhalb des Personalrats unmittelbar nur die gesetzlichen Verweisungen in §§ 54, 56 und damit Stufenvertretungen und Gesamtpersonalräte erwähnen (→ Rn. 11), spricht bezogen auf die Einigungsstelle vieles für ein **Redaktionsversehen**. Ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht sichtbar geworden. Die Änderungen, die § 37 III hierbei erfuhr, betrafen die Einigungsstelle nicht, sie wird schon im ersten Gesetzesentwurf des Innenministeriums nicht erwähnt (zu diesem → Rn. 3). § 37 III ist also für die Zeit vom 1. März 2020 bis zum 31. März 2021 für **personalvertretungsrechtliche Einigungsstellenverfahren analog** anzuwenden.

- 13 Auch die **Jugend- und Auszubildendenvertretung** wird im Gegensatz zu § 129 BetrVG, und anders als bei § 26a PersVG (→ § 26a Rn. 16) im Gesetzestext nicht erwähnt. Auch insoweit ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nach § 61 V 1 abgehaltene Sitzungen und darin gefasste Beschlüsse nicht dem Risiko der Unwirksamkeit aussetzen wollte. Geht man zutreffend davon aus, dass in Ermangelung näherer Regelungen zu den Sitzungen dieses Gremiums – § 61 V 1 Hs. 2 verweist nur auf § 34 I und II – **generell** auch die §§ 35–37, 41 **entsprechend anzuwenden** sind (→ § 61 Rn. 29), so erfasst dies nunmehr auch die Regelung des § 37 III.

III. Voraussetzungen und Durchführung virtueller Sitzungen

1. Überblick

- 14 Das Gesetz nennt als **kumulative** Voraussetzungen für die Durchführung einer Video- oder Telefonkonferenz die **Nutzung** vorhandener und durch die Dienststelle zur dienstlichen Nutzung **freigegebener Einrichtungen** (§ 37 III 1 Nr. 1), das **Fehlen eines Widerspruchs** eines Personalratsmitglieds (§ 37 III 1 Nr. 2) sowie organisatorische Schutzmaßnahmen zur **Sicherstellung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit** (§ 37 III 1 Nr. 3). Diese Voraussetzungen sind im Vergleich zu dem zeitlich früher verabschiedeten § 129 BetrVG etwas präziser geregelt.
- 15 Der Wortlaut der Regelung enthält **keine zusätzlichen Voraussetzungen** und damit weder einen Hinweis auf das **Verhältnis virtueller zu Präsenzsitzungen** noch einen solchen zum **Verhältnis von Video- zu Telefonkonferenzen**. Die amtliche Begründung ist insoweit nicht eindeutig. Sie spricht zunächst von einer „neben die Präsenzsitzung tretende[n] Option“, später davon, dass die Regelung dem Erhalt der Handlungs- und Beschlussfähigkeit des Personalrats diene, „wenn Präsenzsitzungen [...] nicht durchgeführt werden können (BT-Drs. 19/18696, 10). Eine Interpretation der Vorschrift im Sinne einer rechtlich vorgegebenen Nachrangigkeit virtueller gegenüber Präsenzsitzungen lässt sich bei dieser Ausgangslage dem Gesetz nicht entnehmen. Zwar stellt § 37 III eine Reaktion auf die aktuellen durch die COVID-19-Pandemie bedingten Probleme der

Personalratsarbeit und damit auf eine besondere Ausgangssituation dar. Eine restriktivere Lösung hätte vielleicht auch den bisherigen Diskussionsstand besser abgebildet und den Ausnahmecharakter der Regelung noch deutlicher gemacht. Sie findet aber im Gesetzestext und den Materialien keinen hinreichenden Widerhall. Sie würde im Übrigen dem Personalrat in einem ohnehin schwierigen Handlungsumfeld zusätzliche Prüfpflichten auferlegen. Jedenfalls bestünde insoweit – zumal bei der rückwirkenden Anwendung der Regelung – ein weiter Beurteilungsspielraum, so dass auch die Reichweite einer gerichtlichen Kontrolle eines entsprechenden Nachrangigkeitsgrundsatzes begrenzt wäre. Dem Ziel des Gesetzgebers, durch die Neuregelung für den begrenzten zeitlichen Geltungsbereich der Regelung **Rechtssicherheit** zu schaffen und den Personalräten möglichst viel **Flexibilität** zu geben, wird die Annahme eines Wahlrechts des Personalrats deshalb am ehesten gerecht. Eine virtuelle Personalratssitzung ist demnach nicht nur dann zulässig, wenn eine herkömmliche Zusammenkunft unter physischer Anwesenheit einer beschlussfähigen Anzahl tatsächlich nicht möglich oder erschwert ist. Vielmehr ist für die Dauer der Geltung der aktuellen Regelung der Personalrat bzw. dessen Vorstand (§ 32 I 4) **frei** darin, **die eine oder andere Form der Beratung und Beschlussfassung** oder auch eine Kombination zwischen mehreren Formen zu wählen (zu § 129 BetrVG ebenso *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 490 [491]; *aA Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [548]). Daran ändert auch das Datenschutzrecht nichts: Hält der Personalrat die Voraussetzungen des § 37 III für gegeben und eine virtuelle Personalratsversammlung für erforderlich, dann ist die damit verbundene Datenerhebung auch datenschutzrechtlich erlaubt, § 26 I 1 BDSG (ebenso *Schulze/Hemerich* ArbRAktuell 2020, 253 [254]; vgl. auch → Rn. 7).

Bei seiner **Abwägung** sollte der Personalrat allerdings die in der rechtspolitischen 16 Diskussion gegenüber einer virtuellen Meinungsbildung geäußerten Einwände in seine Abwägungsentscheidung einfließen lassen (vgl. auch *Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [558]). Zusätzlich kann das **Widerspruchsrecht** der einzelnen Personalratsmitglieder gem. § 37 III 1 Nr. 2 als Regulativ wirken. Die Wahlfreiheit kann auch eingeschränkt sein, wenn die **technischen Möglichkeiten** für eine Videokonferenz nicht bei allen Personalratsmitgliedern gegeben sind. Solche Personalratsmitglieder sind nicht verhindert iSd § 31 I 2, für sie ist deshalb auch kein Ersatzmitglied zu berufen (vgl. aber *Müller* ArbRAktuell 2020, 247 [249], wonach dies fraglich sei). Vielmehr kann der Personalrat in einem solchen Fall eine virtuelle Sitzung nur in Form einer Telefonkonferenz durchführen, für diese ist heutzutage ein Fall der Verhinderung aus technischen Gründen nicht realistisch.

Voraussetzung ist auch nicht, dass zumindest mit einem Teil der Personalratsmitglieder eine Präsenzsitzung durchgeführt wird, zu der dann weitere (an der persönlichen Anwesenheit gehinderte) Mitglieder virtuell zugeschaltet werden müssten. Die Personalratssitzung kann **insgesamt als reine Video- oder Telefonkonferenz** durchgeführt werden (→ Rn. 4). 17

2. Nutzung freigegebener vorhandener Einrichtungen

Nach § 37 III 1 Nr. 1 ist Voraussetzung für eine virtuelle Sitzung, dass **vorhandene** 18 **Einrichtungen** genutzt werden, die **durch die Dienststelle zur dienstlichen Nutzung freigegeben** sind. Der Gesetzgeber geht also zunächst davon aus, dass die technischen Gegebenheiten für Video- und Telefonkonferenzen nicht vom Dienstherrn erst geschaffen werden müssen, sondern dass der Personalrat die **vorhandenen Möglichkeiten** nutzen muss. Neuanschaffungen kann der Personalrat nicht verlangen. Jedenfalls für Telefonkonferenzen werden auch stets die notwendigen Voraussetzungen vorliegen, so dass für die zeitlich begrenzte Geltungsdauer der Regelung zumindest diese – freilich weithin als problematisch angesehene (→ Rn. 6) – Möglichkeit virtueller Beratung und Beschlussfassung zur Verfügung steht. Unabhängig davon dürfte es im Interesse jeder Dienststelle

liegen, intern für eine technische Ausstattung zu sorgen, die effektive Personalratsarbeit möglich macht.

- 19 Das Gesetz verlangt die **Freigabe** der vorhandenen Einrichtungen zur dienstlichen Nutzung **durch die Dienststelle**. Auf diese Weise soll einerseits sichergestellt werden, dass die genutzten Anlagen den Anforderungen der **IT-Sicherheit** und des **Datenschutzes** genügen (zur Berücksichtigung der Art. 24 ff. DSGVO bei Einbeziehung privater Anbieter vgl. auch *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1144]). Zugleich wird die Verantwortung für die grundsätzliche Eignung der genutzten technischen Einrichtungen dem Personalrat abgenommen und in die Hand des Dienststellenleiters gegeben. Der Personalrat kann im Falle einer Freigabe durch die Dienststelle davon ausgehen, dass die Anforderungen der IT-Sicherheit und des Datenschutzes erfüllt sind (BT-Drs. 19/18696, 10). Die Freigabeentscheidung kann zwar, muss aber nicht in Zusammenhang mit der Abhaltung virtueller Personalratssitzungen stehen. Sie betrifft in der Sache nur die allgemeine dienstliche Nutzung technischer Einrichtungen. In jedem Fall obliegt die **Entscheidung, ob eine Video- oder Telefonkonferenz abgehalten wird, allein dem Personalrat** bzw. seinem Vorstand.
- 20 Kommt es im Laufe einer Sitzung zu **technischen Schwierigkeiten**, infolge derer einzelne oder mehrere Personalratsmitglieder nicht teilnehmen **können**, ist die Sitzung zu unterbrechen. Beendet ein Personalratsmitglied von sich aus die Zuschaltung, so kann die Sitzung weitergeführt bzw. können Beschlüsse gefasst werden, wenn weiterhin eine beschlussfähige Anzahl an Mitgliedern anwesend iSd § 37 III 3, 4 ist (*Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [548]); zur Anwesenheit vgl. noch → Rn. 30).

3. Kein Widerspruch eines Mitglieds des Personalrats

- 21 Nach § 37 III 1 Nr. 2 können Personalratsmitglieder der Durchführung einer Sitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung in der Geschäftsordnung **widersprechen**. Das Personalratsmitglied ist in diesem Fall nicht etwa nur persönlich zeitweilig verhindert, so dass ein Ersatzmitglied einzuberufen wäre (§ 31 I 2 iVm § 31 I 1), die virtuelle Sitzung ist dann insgesamt unzulässig. Der Widerspruch muss unverzüglich nach **Bekanntgabe der Absicht zur Durchführung einer virtuellen Sitzung** erfolgen. Der oder die Vorsitzende des Personalrats muss also spätestens mit der Ladung bzw. der Mitteilung der Tagesordnung nach § 34 II 1, 3 eine entsprechende Information an die übrigen Mitglieder des Personalrats geben und dabei auch angeben, ob eine Video- oder eine Telefonkonferenz oder eine Kombination aus beiden geplant ist. Die Information über die Durchführung einer virtuellen Sitzung ist auch dann erforderlich, wenn bei regelmäßig zur selben Tageszeit stattfindenden Sitzungen üblicherweise keine Ladung erfolgt, sondern nur die Tagesordnung mitgeteilt wird. Das Gesetz verlangt aber nicht, dass die Personalratsmitglieder mit der Mitteilung der Absicht zur Durchführung einer virtuellen Sitzung auf die Widerspruchsmöglichkeit hingewiesen werden, ein solcher Hinweis dürfte aber zur Vermeidung von Konflikten sinnvoll sein.
- 22 Für den **Widerspruch** bestehen **keine Formanforderungen**, er kann also (fern-)mündlich, schriftlich oder in Textform nach § 126b BGB erfolgen. Eine Begründungspflicht sieht das Gesetz ebenfalls nicht vor, die verfahrensrechtlichen Anforderungen sind bewusst niederschwellig gehalten. Das hat allerdings auch die Konsequenz, dass für die Frage, was als **unverzüglich** iSd § 121 BGB (ohne schuldhaftes Zögern) zu gelten hat, dem Personalratsmitglied keine längere Bedenkfrist zur Verfügung steht. Dabei kann zwar auch die Dauer einer für den konkreten Fall oder in einer Geschäftsordnung vorgesehen Ladungsfrist eine Rolle spielen, in der Regel muss der Widerspruch aber spätestens am Tag nach Zugang der Ladung dem oder der Vorsitzenden zugehen. Bei Eilsitzungen ist der Widerspruch sofort mitzuteilen.
- 23 Die Widerspruchsmöglichkeit steht unter dem **Vorbehalt einer abweichenden Regelung durch die Geschäftsordnung**. Nähere Voraussetzungen enthält das Gesetz insoweit

nicht. Die Geschäftsordnung kann also entweder genauere Anforderungen für das Widerspruchsverfahren regeln (etwa Form- oder Begründungsanforderungen), für den Widerspruch ein bestimmtes Quorum festsetzen (BT-Drs. 19/18696, 10), statt des Widerspruchsverfahrens ein Zustimmungsverfahren vorsehen, bei dem alle oder eine Mehrheit von Personalratsmitgliedern aktiv für eine virtuelle Personalratssitzung stimmen müssen (BT-Drs. 19/18696, 10), die Geschäftsordnung kann die Entscheidung über das Abhalten einer virtuellen Sitzung aber auch ganz in die Hände des oder der Vorsitzenden bzw. des Vorstands geben.

Erteilen die Personalratsmitglieder – etwa auf der Basis einer Geschäftsordnung – **24** ausdrücklich ihre Einwilligung in schriftlicher oder elektronischer Form, stellt dies zugleich eine **datenschutzrechtliche Einwilligung nach § 26 II BDSG** dar. Wird kein Widerspruch erhoben und nehmen die Personalratsmitglieder ohne weitere Erklärung an der virtuellen Sitzung teil, dann genügt dies zwar für eine datenschutzrechtliche Einwilligung nicht, da diese nicht durch bloßes Schweigen oder konkludent erfolgen kann (vgl. ErfK/*Franzen* BDSG § 26 Rn. 44). Dennoch ist die Datenverarbeitung schon nach § 26 I BDSG zulässig, da der Personalrat mit der Sitzung nach § 37 III eine gesetzliche Aufgabe wahrnimmt (→ Rn. 7). Deshalb steht auch einer Geschäftsordnung, die auf der Basis des § 37 III 1 Nr. 2 dem Vorstand die Möglichkeit gibt, ganz von einer Erklärung der Personalratsmitglieder abzusehen, datenschutzrechtlich nichts entgegen.

4. Einhaltung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit

Die Regelung des § 37 III 1 Nr. 3 erlegt dem Personalrat die Pflicht auf, die **Einhaltung** **25** **des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit** sowohl im Rahmen der Vorbereitung als auch bei der Durchführung einer virtuellen Sitzung sicherzustellen. Das betrifft einen zentralen Aspekt der bisherigen Diskussion (→ Rn. 2, 9). Der Gesetzgeber geht (realistischerweise) davon aus, dass es einen absoluten Schutz vor Kenntnismahme des Inhalts durch Dritte nicht geben kann. Der Personalrat müsse aber „das in seiner Einflussosphäre Stehende tun“. (BT-Drs. 19/18696, 10; kritisch insoweit zum BetrVG *Müller* ArbBRaktuell 2020, 247 [248]). Da Video- und Telefonkonferenzen für die im Gesetz vorgesehene Zeit ausdrücklich möglich sind, verfängt gegenwärtig das Argument nicht, wonach bereits die abstrakte Gefahr einer Verletzung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit gegen die Zulassung virtueller Personalratssitzungen spreche (aA *Müller* ArbBRaktuell 2020, 247 [248]; zur vorherigen Diskussion vgl. etwa *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [553 f., 556]; *Grandjot/Schulz* NZA-RR 2017, 393 [395 ff.]; *Thüsing/Beden* BB 2019, 372 [374 f.]). Der Gesetzgeber hat sich momentan dazu entschieden, die Grenze erst bei **konkreten Gefährdungen** zu ziehen.

Die Sicherstellung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit obliegt nach der Konzeption **26** des § 37 sowohl der Dienststelle als auch dem Personalrat. Aus der Regelung des § 37 III 1 Nr. 1 folgt zunächst, dass die abstrakte **Prüfung der Eignung technischer Anlagen** für die Zwecke der IT-Sicherheit und des Datenschutzes dem Personalrat abgenommen und der **Dienststelle** überantwortet ist: Der Personalrat darf nur von der Dienststelle freigegebene Einrichtungen nutzen (→ Rn. 18). Im **Verantwortungsbereich des Personalrats** liegt aber die Sicherstellung der Nichtöffentlichkeit durch **vorbereitende und sitzungsbegleitende Maßnahmen**. Verantwortlich ist nach dem Gesetzestext der Personalrat insgesamt (vgl. zum BetrVG *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [548]). Das entspricht auch dem aus den Materialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers: In der Gesetzesbegründung zu § 129 BetrVG werden insoweit eine Verschlüsselung der Verbindung sowie die Wahl eines nichtöffentlichen Raums während der Dauer der Sitzung erwähnt (BT-Drs. 19/18753, 28). Das sind Aufgaben, die dem oder der **Vorsitzenden** im Rahmen der Sitzungsvorbereitung zufallen, sofern er darauf Einfluss hat, entsprechende Einstellungen bei den zur Verfügung stehenden Anlagen also überhaupt noch möglich sind und

nicht vom System vorgegeben werden. Weiterhin sollen aber auch die **zugeschalteten Personalratsmitglieder** zu Protokoll versichern, dass sich nur teilnahmeberechtigte im Raum befinden und unverzüglich darauf hinweisen, wenn jemand den Raum betritt (BT-Drs. 19/18696 sowie zum BetrVG BT-Drs. 19/18753, 28). Ist letzteres der Fall, muss wiederum der oder die Vorsitzende die Sitzung unterbrechen. Der in der Gesetzesbegründung weiterhin enthaltene Hinweis, dass die „Zuschaltung von Personalratsmitgliedern von Orten außerhalb der Dienststelle, etwa im Rahmen des mobilen Arbeitens oder der Telearbeit“ nur in Ausnahmefällen erfolgen sollte, kann angesichts des Wortlauts und der Konzeption der gesetzlichen Regelung insgesamt nicht als Hinweis darauf verstanden werden, dass der Gesetzgeber auch rechtlich von einer Nachrangigkeit virtueller gegenüber Präsenzsitzungen ausgeht (dazu generell → Rn. 15). Unter mehreren technisch und faktisch bestehenden Möglichkeiten soll nur diejenige gewählt werden, bei der eine Gefährdung der Nichtöffentlichkeit weniger wahrscheinlich ist.

- 27 Das Gesetz selbst enthält keine Vorgaben, wie die Gewährleistung der Nichtöffentlichkeit zu sichern ist. Dem Personalrat ist bei der Frage der Eignung der konkreten vorbereitenden organisatorischen Maßnahmen zur Sicherstellung der Nichtöffentlichkeit ein **Beurteilungsspielraum** zuzubilligen. In jedem Fall muss auch gewährleistet sein, dass ein virtueller Zugang zu den Unterlagen der Sitzung nur für die Personalratsmitglieder möglich ist, etwa durch Ablage in passwortgeschützten Bereichen. Der oder die Vorsitzende sollte weiterhin die zugeschalteten Personalratsmitglieder zu Beginn daran erinnern, dass keine andere Person im Raum sein darf. Für den Beginn einer Videokonferenz wird in der Literatur bisweilen auch ein Kameranachschwenk vorgeschlagen, mittels dessen das Personalratsmitglied zeigen könne, dass keine weitere Person zugegen sei (vgl. etwa *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1143]). Erforderlich ist das nicht, die in der Gesetzesbegründung erwähnte Protokollerklärung erscheint hier sachgerecht und wirkt anders als der punktuelle Kameranachschwenk auch noch während des Sitzungsverlaufs. Stellt der oder die Vorsitzende während einer Sitzung fest, dass eine nicht teilnahmeberechtigte Person sich Zugang zum virtuellen Konferenzraum verschafft hat oder in einem Raum anwesend ist, von dem aus ein zugeschaltetes Personalratsmitglied an der Sitzung teilnimmt, ist die Sitzung zu unterbrechen, bis die Nichtöffentlichkeit wiederhergestellt ist.
- 28 Der **Schutzzweck des Prinzips der Nichtöffentlichkeit** ergibt sich aus dem **Personalvertretungsrecht** und **nicht aus dem Datenschutzrecht**. Es geht darum, eine von Einflüssen Dritter unabhängige Willensbildung innerhalb des Personalrats sicherzustellen (→ § 35 Rn. 3) und nicht in erster Linie um den Schutz persönlicher Daten. Allerdings werden im Rahmen virtueller Personalratssitzungen auch persönliche Daten von Personalratsmitgliedern und gegebenenfalls von Beschäftigten verarbeitet. Die dem Personalrat in § 37 III 1 auferlegten Maßnahmen entsprechen aber in der Sache zugleich den Anforderungen nach Art. 5 I lit. f, 32 DSGVO (vgl. dazu auch *Schulze/Hemerich* ArbRAktuell 2020, 253 [254]; *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 490 [491]).

5. Aufzeichnungsverbot

- 29 Ebenso wie § 129 I 2 BetrVG verbietet das Gesetz ausdrücklich die **Aufzeichnung** einer Video- oder Telefonkonferenz (§ 37 III 2). Damit wird zugleich der datenschutzrechtliche Grundsatz der **Datenminimierung nach Art. 5 I c DSGVO** umgesetzt (*Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1144]). Die Regelung ist insofern eine bedeutsame Änderung, als man bislang eine Tonbandaufzeichnung zu Protokollzwecken (§ 41) jedenfalls dann für zulässig hielt, wenn alle Mitglieder der Arbeitnehmervertretung einverstanden waren (→ § 41 Rn. 11; *Däubler/Klebe* NZA 2020, 545 [549]). Damit war zugleich eine datenschutzrechtliche Grundlage in Form einer Einwilligung nach § 26 II BDSG gegeben (vgl. dazu *Beden/Rombey* BB 2020, 1141 [1143]). Darauf kommt es nach dem aktuellen Gesetz nicht mehr an, da ohnehin keine Aufzeichnung erlaubt ist.

6. Sicherstellung des Anwesenheitserfordernisses

§ 37 III 3 und 4 regeln die Sicherstellung des Anwesenheitserfordernisses. Personalratsmitglieder, die mittels Video- oder Telefonkonferenz an Sitzungen teilnehmen, **gelten als anwesend** und können damit bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit nach § 37 II Hs. 1 sowie der Stimmenmehrheit bei Abstimmungen nach § 37 I 1 mitgezählt werden. Bezüglich des Verfahrens wird die Regelung des § 41 I 3 modifiziert. Die eigenhändig von allen Teilnehmern zu unterschreibende Anwesenheitsliste wird durch eine Liste ersetzt, welche der oder die **Vorsitzende vor Beginn der Beratung erstellt**. Diese Regelung vereinfacht das Verfahren im Verhältnis zu § 129 I 3 BetrVG noch einmal; dort haben die Teilnehmer ihre Anwesenheit in Textform gem. § 126b BGB zu bestätigen.

IV. Rechtsfolgen von Verfahrensfehlern

Für Verfahrensfehler bei der Durchführung einer Personalratssitzung gelten zunächst die **allgemeinen Grundsätze** (→ § 35 Rn. 16, → § 37 Rn. 34 ff.). **Besonders schwerwiegende und offenkundige Fehler**, welche auf die Willensbildung des Personalrats Einfluss haben konnten, führen zur **Nichtigkeit eines Beschlusses** (→ § 37 Rn. 37). Bezüglich des Prinzips der Nichtöffentlichkeit manifestiert sich insoweit auch dessen Zweck, der darin besteht, die Willensbildung der Personalratsmitglieder frei von Einflüssen Dritter auszugestalten. Weder sollen Dritte aktiv auf die Personalratsmitglieder einwirken noch sollen diese überhaupt während ihrer Diskussion auf außenstehende Zuhörer Rücksicht nehmen müssen (→ § 35 Rn. 3). Soweit Dritte bei einer Sitzung anwesend sind, ist ein Beschluss deshalb ungültig, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass er ohne deren Teilnahme anders gefasst worden wäre (→ § 35 Rn. 16; SächsOVG 7.4.1988 NWwZ-RR 1999, 777). Im Bereich des Betriebsverfassungsrechts hat das BAG entschieden, dass zwar das Gebot der Nichtöffentlichkeit von Betriebsratssitzungen (§ 30 S. 4 BetrVG) grundsätzlich als wesentlich für die Wirksamkeit eines in der Sitzung gefassten Beschlusses anzusehen ist. Ein wesentlicher, zur Unwirksamkeit des gefassten Beschlusses führender Verstoß gegen § 30 S. 4 BetrVG komme aber nur in Betracht, wenn **zumindest ein Betriebsratsmitglied** vor der Behandlung eines Tagesordnungspunktes die Anwesenheit einer nicht teilnahmeberechtigten Person **ausdrücklich beanstandet** hat und diese anwesend bleibt (BAG 30.9.2014, AP BetrVG 1972 § 99 Nr. 144 Rn. 51; vgl. auch → § 31 Rn. 37a).

Führt der Personalrat eine Video- oder Telefonkonferenz mit **Einrichtungen durch, die nicht von der Dienststelle freigegeben sind**, liegt zwar ein Verstoß gegen § 37 III 1 Nr. 1 vor. Ein in einer solchen Sitzung gefasster Beschluss ist aber **nicht automatisch unwirksam**. Der Zweck der Regelung besteht darin, hinsichtlich der IT-Sicherheit und des Datenschutzes Mindeststandards zu gewährleisten und zugleich den Personalrat insoweit von einer Prüfpflicht zu entlasten (→ Rn. 19). Aber auch nicht von der Dienststelle freigegebene Anlagen können den entsprechenden Anforderungen genügen. Außerdem muss es zu nicht zu konkreten Vorfällen gekommen sein, so dass die Personalratssitzung ungestört abließ. Die Unwirksamkeit eines Beschlusses hängt demnach nach den oben (→ Rn. 31) dargelegten Grundsätzen von den **Umständen des Einzelfalls** ab, es müssen sich konkrete, über die bloße Nutzung einer nicht freigegebenen Einrichtung hinausgehende Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass die Willensbildung des Betriebsrats beeinflusst worden sein könnte (vgl. auch → Rn. 34).

Die Durchführung einer virtuellen **Personalratssitzung trotz Widerspruchs eines Personalratsmitglieds** und ohne entsprechende Regelung in der Geschäftsordnung (§ 37 III 1 Nr. 2) stellt einen wesentlichen Verfahrensfehler dar. **Nimmt** das betreffende Personal-

ratsmitglied dann auch **nicht** an der Sitzung **teil**, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschluss anders ausgefallen ist als im Falle der Mitwirkung des betreffenden Betriebsratsmitglieds. Zugleich sind Widerspruch und Nichtteilnahme als Beanstandung im Sinne der Rechtsprechung des BAG zu sehen, so dass in einem solchen Fall der **Beschluss unwirksam** ist (vgl. auch *Lütkehaus/Powietzka* NZA 2020, 552 [553]). Beugt sich das Personalratsmitglied aber einer (nicht in einer Geschäftsordnung vorgesehenen) Mehrheitsentscheidung und nimmt es an einer Video- oder Telefonkonferenz teil, dann führt der Verstoß gegen § 37 III 1 Nr. 2 nach den oben (→ Rn. 31) dargelegten Grundsätzen nicht zur Nichtigkeit.

- 34** Wird eine Personalratssitzung anberaumt oder durchgeführt, obwohl es **an geeigneten organisatorischen Maßnahmen zur Sicherstellung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit fehlt** (§ 37 III 1 Nr. 3), dann handelt es sich um einen wesentlichen Verfahrensfehler. Gleichwohl ist auch ein solcher Beschluss **nicht automatisch unwirksam**. Nach allgemeinen Grundsätzen ist das nur der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Verfahrensfehler sich auf die Willensbildung ausgewirkt hat und der Fehler von mindestens einem Personalratsmitglied beanstandet wurde (→ Rn. 31; *aA Jesgarzewski/Holzendorf* NZA 2012, 1021 [1022]). Lässt sich nicht feststellen, dass Außenstehende sich virtuellen Zutritt zur Video- oder Telefonkonferenz verschafft haben, dann bleibt der Verfahrensfehler insoweit ohne Folgen. Heimliches Zuschalten oder Mithören Dritter führt nicht zur Unwirksamkeit eines virtuell gefassten Beschlusses (vgl. auch *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [555]; *Grandjot/Schulz* NZA-RR 2017, 393 [397]; *Thüsing/Bedn* BB 2019, 372 [375 f.]).
- 35** Bei virtuellen Personalratsbeschlüssen ergeben sich unter Geltung der gegenwärtigen Regelung hinsichtlich des **Anwesenheitserfordernisses** keine spezifischen Probleme. Beschlüsse sind weiterhin nur wirksam, wenn sie von einem beschlussfähigen Gremium mit Mehrheit gefasst werden, es reicht aber nun virtuelle Anwesenheit nach § 37 III 3, 4 (→ Rn. 31).
- 36** Nach der auf das Personalvertretungsrecht übertragbaren (→ § 79 Rn. 120) Rechtsprechung des BAG führen Beschluss- oder sonstige Mängel, die allein im **Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats** liegen, jedenfalls in Fällen der Mitwirkung im Wege der Anhörung wie bei § 102 BetrVG nicht zu einer fehlerhaften Beteiligung der Arbeitnehmervertretung und damit auch nicht zur Unwirksamkeit von entsprechenden Maßnahmen des Arbeitgebers. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber von der mangelhaften Beschlussfassung des Betriebsrats hätte wissen müssen oder sogar weiß – solange er nur nicht selbst durch sein Verhalten den Mangel mitveranlasst hat (BAG 4.8.1975, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4 [unter III] zu einem Beschluss im Umlaufverfahren; 16.1.2003, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 [B II 2b cc]; *Richardi/Thüsing* BetrVG § 102 Rn. 128 ff.).

§ 43 II [Sonderregelung für Sprechstunden des Personalrats]

(2) ¹Die Sprechstunde kann mittels Videokonferenz abgehalten werden, wenn

1. vorhandene Einrichtungen genutzt werden, die durch die Dienststelle zur dienstlichen Nutzung freigegeben sind,
2. dies in der Geschäftsordnung des Personalrates vorgesehen ist und
3. der Personalrat geeignete organisatorische Maßnahmen trifft, um sicherzustellen, dass Dritte vom Inhalt der Sprechstunde keine Kenntnis nehmen können.

²Eine Aufzeichnung ist unzulässig.

- 1** Für die Art und Weise der Durchführung von Sprechstunden enthielt das BPersVG bislang keine Regelungen. Ob und vor allem **in welcher Form der Personalrat Sprechstunden abhält, obliegt seiner Entscheidung**, ebenso wie im Betriebsverfassungsrecht

dem Betriebsrat (*Weber*, in: GK-BetrVG § 39 Rn. 17). Insofern ging man im Betriebsverfassungsrecht bisher soweit ersichtlich einhellig davon aus, dass der Betriebsrat Sprechstunden **auch mittels Videotelefonat** durchführen konnte, sofern dabei datenschutzrechtliche Vorgaben eingehalten wurden (*Fündling/Sorber* NZA 2017, 552 [554]; *Grimm* ArbRB 2020, 129 [132]; *Günther/Böglmüller/Mesina* NZA 2020, 77 [78]). Im Personalvertretungsrecht ist das nicht anders, so dass die Regelung des § 43 II Sprechstunden in Form von Videokonferenzen nicht erst ermöglicht (vgl. aber BT-Drs. 19/18696, 11), sondern ihre Zulässigkeit nur **klarstellt** und gewisse **Regeln** aufstellt. § 129 BetrVG enthält hier überhaupt keine Regelung.

Die Videokonferenz tritt als „**zusätzliche Option**“ (BT-Drs. 19/18696, 11) neben die **2** überkommenen Formen der Sprechstunden. Dem Personalrat soll, so der Wille des Gesetzgebers, ein zusätzliches Instrument zur Kommunikation mit den Beschäftigten an die Hand gegeben werden. Die Sprechstunde unter physischer Anwesenheit wird weiterhin als Regelfall angesehen (BT-Drs. 19/18696, 5). Allerdings enthält das Gesetz ebenso wie bei der Personalratssitzung (→ § 37 III Rn. 15) **kein rechtlich vorgegebenes Rangverhältnis**. Im Übrigen sind die Voraussetzungen hinsichtlich der Anforderungen an die genutzten Anlagen (§ 43 II 1 Nr. 1) sowie an die Verhinderung der Kenntnisnahme durch Dritte (§ 43 II 1 Nr. 3) denen bei virtuellen Personalratssitzungen nachgebildet (vgl. dazu → § 37 III Rn. 18 ff., → Rn. 25 ff.). Der Schutzzweck bei § 37 III 1 Nr. 3 besteht allerdings in erster Linie in der Wahrung des Grundsatzes der Nichtöffentlichkeit. Das passt hier an sich nicht. Die Anforderungen für virtuelle Personalratssitzungen erfüllen aber zugleich diejenigen des Datenschutzes (→ § 37 III Rn. 28), so dass die Parallele insofern doch stimmig erscheint. Ebenso wie bei virtuellen Personalratssitzungen ist eine **Aufzeichnung untersagt**, § 43 II 2 (→ § 37 III Rn. 29).

Gegenüber der bisherigen Rechtslage ist die Handlungsfreiheit des Personalrats inso- **3** fern leicht eingeschränkt, als eine Sprechstunde mittels Videokonferenz nunmehr in der **Geschäftsordnung** vorgesehen sein muss (§ 43 II 1 Nr. 2). Das gibt dem Personalrat immerhin Anlass, dort insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorgaben noch einmal in Bezug zu nehmen (zur Geltung des § 26 BDSG für den Personalrat → § 37 III Rn. 7).

§ 113 [Barrierefreiheit für Beschäftigte mit Behinderungen]

Soweit in diesem Gesetz **elektronische Kommunikationsmöglichkeiten eröffnet werden**, sind diese auch für Beschäftigte mit Behinderungen **barrierefrei zugänglich und nutzbar zu gestalten**.

Die Regelung soll zur Inklusion der Beschäftigten mit Behinderung beitragen und ist zur Vermeidung von Wiederholungen in den Einzelvorschriften zentral in dieser Vorschrift verankert worden (BT-Drs. 19/18696, 8).

