

5.3 Vorschlagsrecht

- 1956** Der Betriebsrat hat im Rahmen seiner Beratungsfunktion nicht nur das Recht, zu den Überlegungen des Arbeitgebers eigene Vorschläge einzubringen, vielmehr kann er nach § 92 Abs. 2 BetrVG überhaupt die Initiative zur Einführung einer Personalplanung und zu ihren Einzelaspekten ergreifen. Auch wenn der Arbeitgeber solchen Vorschlägen nicht folgt, so wird er doch wenigstens im Rahmen der ihm insoweit auferlegten Prüfungspflicht gehalten sein, die hierfür maßgebenden Daten aus der EDV mit dem Betriebsrat im Hinblick auf die hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen zu beraten.

Fitting, § 92 Rdn. 34

Auch insoweit sind dem Betriebsrat die erforderlichen Unterlagen bereits dann zur Verfügung zu stellen, wenn er sich im Stadium der Prüfung bestimmter Vorschläge befindet.

Schneider, in: D/K/K/W, § 92 Rdn. 44

- 1957** Für die Personalvertretungen ergibt sich ein derartiges Vorschlagsrecht u.a. aus § 68 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG, nach dem Maßnahmen beantragt werden können, die der Dienststelle und ihren Angehörigen dienen, wobei hierzu z.B. die Planung und die Durchführung von Qualifikationsmaßnahmen entsprechend den sich verändernden Anforderungen an das Personal gehören.

6 Mitbestimmung bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer

6.1 Allgemeines

- 1958** Will der Arbeitgeber in allgemein gültiger Weise das Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb regeln und damit die Ordnung des Betriebes gestalten, so unterliegen derartige Regelungen und Anweisungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bzw. § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG der Mitbestimmung.

§ 87 BetrVG – Mitbestimmungsrechte

(1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

1. *Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb;*
2. *...*
- (2) *...*

- 1959** Dass auch bei der Erhebung von Personaldaten (z.B. Anweisung zur Ausfüllung bestimmter Formulare) oder beim Einsatz der EDV (z.B. Anweisung zur Benutzung bestimmter Eingänge unter Bedienung einer Stechuhr) die Ordnung im Betrieb geregelt und den Mitarbeitern ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wird, durch das erst die Verarbeitung ihrer Daten ermöglicht wird, liegt auf der Hand. So ist festzustellen, dass

dieser Mitbestimmungstatbestand für den Datenschutz bei nicht automatisierter Datenerhebung oder Bekanntgabe von Daten in der Rechtsprechung Gewicht gewonnen hat.

Da nach Auffassung des BAG

1960

stünd. Rechtspr. vgl. AP Nr. 7,8,10 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes; ferner BAG, DB 1990, 483 f. und 893 f.; NZA 1997, 1062; DB 1999, 2218; ebenso das BVerwG für den gleichlautenden Mitbestimmungstatbestand im BPersVG, BVerwG, PersR 1991, 139; PersR 1990, 259; PersR 1989, 364, jeweils mit Nachweisen

die Ordnung des Betriebes durch Maßnahmen zur Sicherung eines ungestörten Arbeitsablaufs und des reibungslosen Zusammenlebens/Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb geregelt wird, ist es für die Mitbestimmung zudem irrelevant, ob primär das Verhalten oder die betriebliche Ordnung betroffen ist; vielmehr verschmelzen die beiden Alternativen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bzw. § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG zu einem Tatbestand.

Vgl. BVerwG, PersR 1990, 259: „Dieser einheitliche Tatbestand umfasst die Gesamtheit der Regelungen, die einen störungsfreien und reibungslosen Ablauf des Lebens in der Dienststelle gewähren sollen.“

Mit anderen Worten: Mitbestimmung setzt bei Maßnahmen des Arbeitgebers ein, die das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer betreffen. Diese begriffliche Abgrenzung ist wesentlich, da andererseits Maßnahmen, die das Arbeitsverhalten der Mitarbeiter betreffen, mitbestimmungsfrei ergriffen werden können. Mitbestimmungsfrei ist auch die bloße Standardisierung des Ordnungsverhaltens.

Vgl. auch BAG, RDV, 2013, 85 zur fehlenden Mitbestimmung bei der Einführung von Laufzetteln: „Die Verwendung von Laufzetteln, auf denen der Erhalt von Arbeitsmitteln und Zutrittsberechtigungen einschließlich erforderlicher Belehrungen vermerkt ist, unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Die bloße Standardisierung des Ordnungsverhaltens bewirkt keine Zuordnung des Ordnungsverhaltens.“

Das Arbeitsverhalten wird reglementiert, wenn Anweisungen erteilt werden, die sich auf die Erledigung der Arbeit beziehen und damit eine Konkretisierung der sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten zum Inhalt haben. Mitbestimmungsfrei sind somit nach Rechtsprechung des BAG

1961

vgl. die Nachweise bei Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 42

nicht nur sog. arbeitsnotwendige Maßnahmen, d.h. Anweisungen und Regelungen, ohne die der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht ordnungsgemäß nachkommen könnte, sondern auch solche, die der Arbeitsleistung ggf. auch nur mittelbar

Fitting, § 87 Rdn. 66

dienen. Die Mitbestimmung findet damit dort ihre Grenze, wo die Erfüllung der Aufgaben der Dienststelle (des Betriebes) – insbesondere die Dienstaussübung im eigentlichen Sinne – im Vordergrund steht.

Vgl. hierzu auch das BAG, RDV 2003, 21 = ZTR 2002, 604 zur Mitbestimmung bei der Einführung von Namensschildern:

„1. Die Anordnung zum Tragen von Namensschildern auf der Dienstkleidung von Fahrern im öffentlichen Nahverkehr ist als Regelung der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Beschäftigten (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) mitbestimmungspflichtig.

2. Ob eine Anordnung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten oder das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betrifft, beurteilt sich nicht nach den

subjektiven Vorstellungen, die den Arbeitgeber zu der Maßnahme bewogen haben. Entscheidend ist der objektive Regelungszweck, der sich nach dem Inhalt der Maßnahme und der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens bestimmt.

3. Eine das Ordnungsverhalten betreffende Maßnahme wird nicht dadurch mitbestimmungsfrei, dass sie in einem Randbereich das Arbeitsverhalten berührt.“

Kein Mitbestimmungsrecht besteht daher bei der Einführung von Laufzetteln, mit denen der Erhalt von Arbeitsmitteln und Zugangsberechtigungen einschließlich erforderlicher Belehrungen vermerkt ist.

BAG, RDV 2013, 85; vgl. auch ArbG Cottbus, Beschluss vom 16.2.2011 – 2 BV 11/11: Der Betriebsrat hat kein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung von Erhebungsbögen, in denen die Arbeitnehmer ihre tägliche jeweilige Arbeitszeit ausfüllen müssen.

1962 Grundsätzlich erfasst die Mitbestimmung – im Gegensatz zu konkreten Einzelanweisungen zur Erledigung arbeitsvertraglicher Pflichten – alle Regelungen des Arbeitgebers, wenn ein einheitliches Verhalten der Arbeitnehmer oder einer Arbeitnehmergruppe im Betrieb angestrebt wird. Unerheblich ist, wie die Regelung umgesetzt wird, also z. B. im Rahmen einer Betriebsordnung, einer Dienstanweisung oder als Zusatz zum Arbeitsvertrag.

Fitting, § 87 Rdn. 68; Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 47

1963 Nach Auffassung des BAG

RDV 2003, 87 = NZA 2003, 166 zur Einführung einer Meldepflicht von Redakteuren einer Wirtschaftszeitung über private Aktiengeschäfte

ist das Mitbestimmungsrecht zunächst nicht deshalb ausgeschlossen, wenn sog. Ethikregeln nicht per Direktionsrecht eingeführt werden können,

vgl. hierzu vorstehend Rdn. 880

sondern einer gesonderten Vereinbarung mit den Beschäftigten bedürfen, da

„Vereinbarungen dieser Art nicht individuellen Bedürfnissen der Arbeitnehmer, sondern einem Koordinationsinteresse des Arbeitgebers Rechnung tragen. Der einzelne Arbeitnehmer hat, wenn überhaupt, nur geringe Möglichkeiten, durch den Einsatz persönlicher Verhandlungsstärke eine in seinem Interesse liegende Vertragsgestaltung zu erreichen. Ob der Arbeitgeber aber eine Maßnahme einseitig anordnet oder ihr durch das Vertragsrecht Geltung zu verschaffen sucht, ist für das Eingreifen des Mitbestimmungsrechts nicht entscheidend. Gegenstand der Mitbestimmung in den sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist nicht die äußere Form einer Maßnahme, sondern deren Inhalt.“

1964 Zutreffend sieht dagegen das LAG Hamm

RDV 2007, 32, zum Verbot der Privatnutzung von Internet und E-Mail-Verkehr

in einer arbeitgeberseitigen Anordnung, Betriebsmittel nicht für private Zwecke zu nutzen, keine mitbestimmungspflichtige Regelung des Ordnungsverhaltens. Vielmehr handelt es sich um eine konkrete Arbeitsanweisung, die Mitarbeiter beim/im Umgang mit dienstlichen Geräten des Arbeitgebers bei Ausübung ihrer vertraglichen Tätigkeit – im Grunde selbstverständlich – zu beachten haben. Allein bei der Frage, in welcher Weise ggf. gestattete Privatnutzung im Einzelnen genutzt werden darf, ist der Betriebsrat tangiert.

Gleichmaßen ist zu unterscheiden beim Erlass sog. Social Media Guidelines. Zeigen sie den Mitarbeitern nur die geltende Rechtslage zur Nutzung sozialer Netzwerke im Betrieb auf, ist die Regelung mitbestimmungsfrei.

Forst, ZD 2012, 247

Auf darüber hinausgehende Regelungen des Ordnungsverhaltens trifft § 87 Abs. 1 Nr. 1 zu.

Frings/Wahlers, BB 2011, 3126; Oberwetter, NJW 2011 1417; Günther, ArbRAktuell, 2013, 223

Nicht dem Ordnungsverhalten zugeordnet hat das BAG

NZA 2015, 885 = RDV 2015, 255

Regelungen zu im Rahmen von Beurteilungsverfahren vorgesehenen Mitarbeiterbefragungen. Die Mitbestimmung folgte es aber aus § 94 BetrVG.

Vgl. vorstehend Rdn. 1927

6.2 Fallbeispiele

Dass die Rechtsprechung die fallbezogene Umsetzung dieser abstrakten Abgrenzung mitbestimmungspflichtiger und mitbestimmungsfreier innerbetrieblicher Regelungen und Anweisungen nicht immer völlig widerspruchsfrei vorgenommen hat, wird in der Literatur **1965**

vgl. Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 43 f.; Fitting, § 87 Rdn. 66

zu Recht kritisch angemerkt.

So hat das BAG Mitbestimmung beim Tragen von Namensschildern bejaht, **1966**

NZA 2002, 1299, wenn das – wie hier bei Straßenbahnschaffnern – für die geschuldete Arbeitsleistung nur untergeordnete Bedeutung hat

bei der Anordnung der Angabe des vollen Namens, d.h. auch der Angabe von Vornamen, bei der Absenderangabe von dienstlicher Post verneint.

Vgl. BAG, RDV 2000, 23 = DB 1999, 2218; zustimmend u. a. Fitting, § 87 Rdn. 73

Während das BVerwG **1967**

BVerwG, PersR 1991, 138

Mitbestimmung bei der Anordnung sog. Krankengespräche verneint, vertritt das BAG die – unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes vom Ergebnis her begrüßenswerte – gegenteilige Auffassung.

BAG, RDV 1995, 175 = PersR 1995, 267 = BB 1995, 1188: „Die Führung formalisierter Krankengespräche zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes einer nach abstrakten Kriterien ermittelten Anzahl von Arbeitnehmern ist gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Es handelt sich dabei um das Verhalten der Arbeitnehmer in Bezug auf die betriebliche Ordnung und nicht um das Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst.“

Fraglich ist, inwieweit die Organisation des in § 84 Abs. 2 SGB IX im Fall länger andauernder Krankheit geregelten betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) der Mitbestimmung unterliegt, **1968**

Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 51 und 204; Gagel, NZA 2004, 1359; vgl. aber auch Balders/Lepping, NZA 2005, 854; Namensdorf/Natzel, DB 2005, 1794; Kieper/Schierbaum, CuA 12/2012, 25 mit positiven Beispielen von Instanzgerichten

da im Einzelfallmanagement die diesbezüglichen Abläufe und das der Mitarbeiterbeteiligung eingeräumte Initiativ- und Kontrollrecht gesetzlich in § 84 Abs. 2 SGB IX vorgegeben sind bzw. von dem Willen des Beschäftigten abhängen.

Zum Informationsrecht der Mitarbeitervertretung über für das BEM in Betracht kommende Beschäftigte vgl. BAG, RDV 2012, 192 sowie vorstehend Rdn. 851, 1015.

Anders liegt es bei der Anordnung zur Teilnahme an Eignungstests (z.B. im Hinblick auf Alkohol- oder Drogenabhängigkeit).

Zur individualrechtlichen Voraussetzung vgl. vorstehend Rdn. 733, 805

1969 Eine Meldepflicht bei Verspätungen

BAG, ArbuR 1978, 278

soll das Ordnungsverhalten betreffen, während vom Arbeitnehmer in Form von Tätigkeitsberichten oder Tagesnotizen zu erstellende arbeitsbegleitende Papiere

BAG, DB 1981, 1144; zu den weitgehend abweichenden Stimmen der Literatur vgl. bei Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 50

oder das Führen von Abwesenheitslisten

BVerwG, RDV 1990, 259: „Eine Anordnung des Dienststellenleiters, dass sich Beschäftigte vor Verlassen des Dienstgebäudes während der Abwesenheit in eine Abwesenheitsliste einzutragen haben, regelt die Erfüllung dienstlicher Aufgaben der Beschäftigten. Sie steht mit der zu erbringenden Arbeitsleistung in unmittelbarem Zusammenhang.“

oder die Anordnung zur Bedienung von Zeiterfassungsgeräten

BVerwG, PersR 1992, 505 = RDV 1993, 32 = CR 1993, 159: „Eine Anordnung zur Benutzung eines Zeiterfassungsgeräts dient grundsätzlich nicht der Regelung der Ordnung in der Dienststelle oder des Verhaltens der Beschäftigten, sondern bezieht sich auf die Erfüllung der Dienstpflicht des einzelnen Beschäftigten und auf die von ihm zu erledigenden Aufgaben.“

nicht die Ordnung oder das Verhalten der Beschäftigten, sondern unmittelbar die Erfüllung der Arbeitspflicht des einzelnen Beschäftigten und die von ihm zu erledigenden Aufgaben betreffen sollen.

BVerwG, PersR 1992, 505; ebenso das BAG, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 – Ordnung des Betriebes für ein mit als Schlüssel funktionierenden codierten Ausweiskarten zu bedienendes Zugangskontrollsystem; a.A. Klebe, in: D/K/K/W, § 87, Rdn. 53

1970 Andererseits bedarf nach Auffassung des BAG

RDV 1997, 208 = NZA 1997, 785

die Einführung eines Formulars, auf dem Arbeitnehmer, die während der Arbeitszeit einen Arzt aufsuchen, sich die Notwendigkeit des Besuches während der Arbeitszeit zur Vorlage beim Arbeitgeber bescheinigen lassen müssen, der Zustimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

1971 Mitbestimmung wurde auch bejaht für eine an alle Arbeitnehmer gerichtete, durch § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG eröffnete Anordnung, Zeiten der Arbeitsunfähigkeit unabhängig von deren Dauer generell durch eine vor Ablauf des dritten Tages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende ärztliche Bescheinigung testieren zu lassen.

BAG, RDV 2000, 164; Zur generellen Zulässigkeit einer derartigen Anordnung vgl. BAG, NJW 2013, 892

1972 Mitbestimmungspflichtig sind auch allgemeine Regelungen zur Wahrnehmung des Rechts auf Einsicht in die Personalakte nach § 83 BetrVG.

Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 52

1973 Für die hier zu erörternde Gewährleistung des Arbeitnehmerdatenschutzes im Rahmen von Mitbestimmungstatbeständen ist aber ferner bedeutsam, dass das BAG

RDV 1995, 128 = DB 1995, 783:

„1. Arbeitsmessung durch manuelle Betätigung einer Stoppuhr ist keine technische Überwachung. Sie ist daher nicht mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

2. Der Betriebsrat hat bei der Durchführung von Arbeitsablaufstudien auch nicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen. Eine bloße Registrierung von Arbeitsabläufen, die nicht auf das Verhalten der betroffenen Arbeitnehmer einwirkt, fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.“

aufgrund des speziellen Mitbestimmungstatbestands des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Kontrollmaßnahmen nicht technischer Art nicht durch den Mitbestimmungstatbestand nach Nr. 1 als erfasst ansieht, da ansonsten die Eingrenzung der Vorschrift der Nr. 6 auf „technische Kontrollen“ bzw. die Vorschrift selbst gegenstandslos wären.

Zur Kritik an dieser Auffassung vgl. bei Klebe, in: D/K/K/W, § 87 Rdn. 45; Fitting, § 87 Rdn. 69, die Nr. 6 als Spezialvorschrift zu Nr. 1 insoweit verstehen wollen, dass hier eine allgemeine Regulierung des Verhaltens entbehrlich ist; a.A. Raab, NZA 1993, 193.

Demgemäß hat das BAG

1974

BB 1991, 691 = DB 1991, 1834 = NZA 1991, 729

Mitbestimmung bei der Überwachung von Arbeitnehmern durch Privatdetektive bei der Erfüllung ihrer Arbeitspflicht mit folgender Begründung verneint: „Es geht dabei nicht um die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer innerhalb dieser Ordnung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, sondern um das sog. Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer. Die Überwachung der Arbeitsleistung selbst unterliegt nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nur dann der Mitbestimmung des Betriebsrats, wenn sie mithilfe technischer Einrichtungen erfolgt.“

Abgelehnt wurde Mitbestimmung einerseits bei sog. Ehrlichkeitskontrollen, bei denen durch bewusste Manipulation des Kassenbestands die korrekte Abrechnung geprüft werden sollte,

1975

BAG, RDV 2000, 166; dazu auch HessVGH, PersR 2003, 421

oder bei nicht personenbezogenen Mitarbeitertests durch Fremdfirmen.

BAG, RDV 2001, 24; das ArbG Bonn, RDV 2004, 133, bejaht Mitbestimmung nach § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG bei zunächst personenbezogenen Befragungen, die anschließend in anonymisierter Auswertung dem Arbeitgeber übergeben werden sollen, damit der Betriebsrat im Rahmen seines Schutzauftrags auf die Durchführung der absoluten Anonymisierung hinwirken kann; vgl. auch zur Durchführung sog. Mystery Calls bei Call-Centern Gola, Datenschutz am Arbeitsplatz, Rdn. 355

Für eine Regelung, die es Arbeitnehmern verbietet, eigenes Bargeld mit an den Arbeitsplatz zu bringen, um denkbare Kassenmanipulationen zu erschweren, wurde andererseits die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bejaht.

1976

HessLAG, RDV 2004, 176 = NZA-RR 2004, 411

Bedeutung hat der Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch im Hinblick auf die zunehmenden, häufig auch das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters berührenden betrieblichen Ethikrichtlinien und hierin aufgenommene Mitteilungspflichten bekommen.

1977

Vgl. auch LAG Hamm, DB 1981, 1336 zur Einholung einer schriftlichen Geheimhaltungspflicht.

Diese Mitteilungspflichten betreffen als sog. „Whistleblower-Klauseln“ die Meldung des Fehlverhaltens von Kollegen, Vorgesetzten etc. Die Mitbestimmung kann sich bei dem Erlass derartiger Regelungen sowohl aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 als auch aus Abs. 6 BetrVG ergeben. Regelungen zur Meldepflicht betreffen die Ordnung und das Verhalten im Betrieb und nicht mehr das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten, wenn eine über die generell bestehende Schadensabwendungspflicht hinausgehende Meldepflicht bzw. auch speziell der Weg des Meldeverfahrens geregelt wird.

Vgl. Junker, BB 2005, 602; Schuster/Darsow, NZA 2005, 273; Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, 2190.

- 1978** Die Mitbestimmung entfällt auch, wenn die Verhaltens- oder die Meldepflicht bereits gesetzlich geregelt ist. So besteht keine Mitbestimmung bei Regelungen, die nur die im AGG enthaltenen Verbote unerwünschten sexuellen Verhaltens wiederholen. Mitbestimmungspflichtig bleibt eine Regelung des Beschwerdeverfahrens bzw. der Beschwerdestelle nach § 13 AGG, da § 13 nur dessen Errichtung und mögliche Besetzung regelt.

Vgl. BAG, RDV 2009, 25

„1. Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitgeber in einem Verhaltenskodex das Verhalten der Arbeitnehmer und die betriebliche Ordnung regeln will. Das Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk.

2. Die Regelungen müssen nicht zwingend sein; es genügt, wenn das Verhalten der Arbeitnehmer gesteuert oder die Ordnung des Betriebes gewährleistet werden soll. Regelungen, die allein die geschuldete Arbeitsleistung konkretisieren oder eine Unternehmensphilosophie kundtun, unterliegen nicht der Mitbestimmung.

3. Die Mitbestimmung entfällt, wenn der Gegenstand bereits gesetzlich geregelt ist, Ausländische Normen (hier: Sarbanes-Oxley Act) bleiben außer Betracht, auch wenn sie für den Arbeitgeber von Bedeutung sind.

4. Eine Mitbestimmung verdrängende Regelung findet sich im AGG, soweit dort bestimmte sexuelle Handlungen verboten werden. Der Mitbestimmung unterliegt jedoch die Einführung eines Beschwerdeverfahrens, da § 13 Abs. 1 AGG nur die Errichtung und Besetzung der Beschwerdestelle regelt.

5. Die Unzulässigkeit einer vom Arbeitgeber geplanten konkreten Regelung (hier über private Beziehungen) schließt die zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts bestehende Mitbestimmung nicht aus. Zudem sind Regelungen über im Betrieb stattfindende private Verhaltensweisen, insbesondere wenn es um das Verhältnis von Vorgesetzten und Untergebenen geht, nicht generell unzulässig.“

- 1979** Enthält der Verhaltenskodex eine Regelung über die computermäßige Verarbeitung der eingemeldeten Daten, so z. B. bei Meldeverfahren per Intranet oder hinsichtlich der späteren Speicherung der Daten, ist insoweit § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einschlägig.

7 Technische Überwachung

7.1 Allgemeines

- 1980** Dreh- und Angelpunkt der Beteiligung der Mitarbeitervertretung bei automatisierter Personaldatenverarbeitung bilden nach gefestigtem Stand der Rechtsprechung § 87

Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bzw. die weitgehend gleichlautenden Bestimmungen des Personalvertretungsrechts (z.B. § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG) zur Mitbestimmung bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die zur Überwachung von Leistung und Verhalten der Beschäftigten bestimmt sind.

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – Mitbestimmungsrecht

(1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

...

6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;

(2) ...

Nach Aussage des BVerwG

DVBl. 1988, 329 = RDV 1989, 80

sind technische Einrichtungen im Sinne dieser Vorschrift „Anlagen und Geräte, die unter Verwendung nicht menschlicher, sondern anderweitig erzeugter Energie mit den Mitteln der Technik, insbesondere der Elektronik, eine selbstständige Leistung erbringen“, wobei der Schutzzweck des § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG eben darin liegt, „durch eine weitreichende und gleichberechtigte Beteiligung der Personalvertretung sicherzustellen, dass die Beeinträchtigungen und Gefahren für den Schutz der Persönlichkeit der Beschäftigten am Arbeitsplatz, welche von der Technisierung der Verhaltens- und Leistungskontrolle ausgehen, auf das erforderliche Maß beschränkt bleiben“.

Zum Stellenwert des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Rahmen des verfassungsrechtlichen Auftrags zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts vgl. bei Däubler, Gläserne Belegschaften?, Rdn. 697 ff. m.w.N.

Insofern steht auch außer Frage, dass der Personaldaten verarbeitende Computer nebst den Verarbeitungsprogrammen (Hard- und Software) eine technische Einrichtung im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes ist.

Nach den hierzu ergangenen Grundsatzentscheidungen, nämlich dem Bildschirmarbeitsplatzbeschluss vom 6.12.1983

BAG, DB 1984, 775 = RDV 1985, 43, der Leitsatz lautet: „Datensichtgeräte in Verbindung mit einem Rechner sind dann zur Überwachung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer bestimmt im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn aufgrund vorhandener Programme Verhaltens- und Leistungsdaten ermittelt und aufgezeichnet werden, die bestimmten Arbeitnehmern zugeordnet werden können, unabhängig davon, zu welchem Zweck diese Daten erfasst werden.“

und der Technikerberichtssystementscheidung vom 14.9.1984,

NJW 1985, 450 = BB 1985, 813 = AuR 1985, 261 = DB 1984, 2513 = RDV 1985, 48, die Leitsätze lauten:

„1. Eine datenverarbeitende Anlage kann auch dann eine zur Überwachung von Leistung oder Verhalten der Arbeitnehmer bestimmte technische Einrichtung sein (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG), wenn die leistungs- oder verhaltensbezogenen Daten nicht auf technischem Wege (durch die Einrichtung selbst) gewonnen werden, sondern dem System zum Zwecke der Speicherung und Verarbeitung eingegeben werden.“

1981

1982

2. Eine solche technische Einrichtung ist jedenfalls dann dazu bestimmt, Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, wenn diese Daten programmgemäß zu Aussagen über Verhalten und Leistung einzelner Arbeitnehmer verarbeitet werden.“

sowie zahlreichen nachfolgenden, die Grundhaltung des BAG präzisierenden und erweiternden Entscheidungen

vgl. hierzu Buchner, BB 1987, 1942; Gaul, RDV 1987, 109; Gola, ArbuR 1988, 105; Heither, BB 1988, 1049; Kort, CR 1992, 611; Linnenkohl/Rauschenberg/Schütz, BB 1987, 1454; Matthes, RDV 1987, 1; Tonner, BB 1988, 1813

ist festzustellen, dass das BAG und die mit ihm übereinstimmende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

vgl. hierzu grundlegend BVerwG, NZA 1988, 513 = DVBl. 1988, 355 = RDV 1988, 206, die Leitsätze lauten:

„1. Das Mitbestimmungsrecht des Personalrats nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG erstreckt sich auf die Einführung und Anwendung solcher technischer Einrichtungen, die zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Beschäftigten objektiv ‚geeignet‘ sind, ohne dass der Dienststellenleiter die Absicht hat, sie zu diesem Zweck einzusetzen.

2. Der Beschäftigte wird auch dann durch die technische Einrichtung ‚überwacht‘, wenn die leistungs- und verhaltensbezogenen Daten nicht von der Einrichtung selbst erhoben werden, sondern ihr – aufgrund der von den Beschäftigten erstellten Tätigkeitsberichte – zur Speicherung und Verarbeitung eingegeben werden.“

mithilfe des bei „technischen Kontrolleinrichtungen“ bestehenden Mitbestimmungstatbestands ein in sich geschlossenes, durchgängiges System der Beteiligung der Mitarbeitervertretungen bei automatisierter Personaldatenverarbeitung gestaltet haben.

1983 Die Rechtsprechung geht inzwischen wohl unwidersprochen

zur anfänglichen Diskussion um diese erweiternde Interpretation des § 86 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, nämlich zu der Streitfrage, ob technische Überwachung nur dann vorliegt, wenn der Computer die Daten unmittelbar erfasst, oder ob technische Überwachung auch dann vorliegt, wenn der Computer lediglich zur Speicherung und Auswertung anderweitig erhobener Daten eingesetzt wird, vgl. Ehmann, RDV 1988, 221; Gaul, RDV 1987, 109; Gola, DÖV 1984, 839; Hesse, NZA 1986, 657; Hunold, BB 1985, 193; Klebe/Schumann, ArbuR 1983, 40; Müllner, BB 1984, 475; Schapper/Waniorek, ArbuR 1985, 246; Schwarz, DB 1983, 226; Söllner, DB 1984, 1243; Weng, DB 1985, 1341; Zöllner, DB 1984, 241; vgl. hierzu auch OVG Münster, DB 1985, 288: „Entscheidend ist, dass das Merkmal der Unmittelbarkeit – so wie es vom BAG (BB, 1975, 2233) statuiert worden ist – eine maschinelle und damit im Kern automatisierte Informationsgewinnung (Datenerfassung) voraussetzt“; weitere Nachweise der mit dieser Auffassung noch übereinstimmenden Literatur vgl. bei Fitting, § 87 Rdn. 74

davon aus, dass eine durch den Computer ermöglichte technische Überwachung bereits vorliegt, wenn die im System verwendeten Programme Verhaltens- und Leistungsdaten von Arbeitnehmern erfassen und aufzeichnen oder gespeicherte Daten entsprechend auswerten.

1984 Eine technische Überwachung liegt demgemäß auch dann vor, wenn anderweitig gewonnene Personaldaten im System gespeichert werden, um sie zu Aussagen über das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers heranzuziehen bzw. wenn eine derartige Auswertung zwar nicht beabsichtigt, aber nach den technischen Gegebenheiten zumindest möglich ist.

1985 Der Begriff der technischen Überwachung wird somit in drei Phasen automatisierter Personaldatenverarbeitung erfüllt, nämlich durch

- das Sammeln von Informationen, d.h. das Erheben von Daten über den Beschäftigten mittels des EDV-Systems;
- das Sichten und Ordnen gespeicherter Daten, d.h. das automatisierte Verarbeiten;
- das Beurteilen und Bewerten, d.h. eine Nutzung in Gestalt eines Vergleichs einer gefundenen Aussage mit einer Vorgabe.

7.2 Beispiele aus der Praxis

Demgemäß hat das BAG in weiteren Entscheidungen Mitbestimmung ebenso angenommen bei der automatisierten Erfassung und Speicherung von Benutzerdaten bei der Bedienung des Diensttelefons,

DB 1986, 2080 = ArbuR 1987, 149 = NZA 1986, 643 = RDV 1986, 199 (Telefondatenerfassung); RDV 1996, 30 = NZA 1996, 21 = MDR 1996, 393 (Bedienplatzreports)

bei der Dateneingabe im Rahmen rechnergestützter Textsysteme (Satzfassung)

DB 1985, 1898 = BB 1985, 1664 = RDV 1985, 53

sowie dann, wenn in einem Personalinformationssystem auf einzelne Arbeitnehmer bezogene Aussagen über krankheitsbedingte Fehlzeiten, attestfreie Krankheitszeiten und entschuldigte Fehlzeiten erarbeitet werden (PAISY-Krankläufe-Entscheidung).

NJW 1986, 2724 = DB 1986, 1496 = BB 1986, 1292 = ArbuR 1986, 285 = NZA 1986, 526 = RDV 1986, 191

Das BVerwG hat sich dieser Rechtsprechung in der Mitarbeiterberichtssystementscheidung

NZA 1988, 513 = DVBl. 1988, 355 = RDV 1988, 206

angeschlossen und sie in nachfolgenden Entscheidungen, so u.a. beim Einsatz eines Mehrplatz-Textsystems mit Speicherung der Nutzerdaten am Bildschirmarbeitsplatz ohne derzeitiges Auswertungsprogramm

BVerwG, PersR 1992, 147 = RDV 1992, 139, wobei der Leitsatz u.a. lautet: „2. Eine technische Einrichtung ist auch dann zur Überwachung des Verhaltens und der Leistung der Beschäftigten bestimmt, wenn sie ohne unüberwindliche Hindernisse mit einem zur Überwachung geeigneten Programm versehen werden kann.“

und bei der Verwendung einer EDV-gestützten Parkerlaubnisverwaltung,

PersR 1993, 212 = RDV 1993, 179: „Die Einführung einer EDV-gestützten Parkerlaubnisverwaltung, bei der auch Parkverstöße, Abmahnungen, Verwarnungen und Entscheidungen über den Entzug der Parkerlaubnis gespeichert werden, unterliegt der Mitbestimmung nach § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG, und zwar auch dann, wenn diese von Hand eingegeben sowie Schreibaufträge über Abmahnungen oder Entzug manuell erteilt und ausgeführt werden.“

bestätigt und erweiternd präzisiert.

Das Mitbestimmungsrecht erfasst auch den Einsatz automatisierter Verarbeitungen „zur Probe“, sofern „echte“ Personaldaten gespeichert werden;

LAG Berlin, CR 1987, 26; OVG Rheinland-Pfalz, PersR 1985, 160; nicht gefordert werden kann daher für den Begriff der „Überwachung“ eine gewisse Kontinuität der Maßnahme; so aber BVerwG, PersR 2001, 521 = RDV 2002, 27 (Ls) zur einmaligen Verarbeitung von Schülerrdaten zwecks Evaluation, vgl. hierzu auch Däubler, Gläserne Belegschaften ?, Rdn. 731 m. w. N. und Rdn. 870

1986

1987

es erlaubt dem Arbeitgeber auch nicht, ein probeweise befristet genehmigtes System nach Ablauf der zugestimmten Probephase – auch wenn es nur um die Pflege des Systems bis zur künftigen Einführung geht – weiterhin implementiert zu halten.

OVG Münster, PersV 1987, 203

1988 Auch Veränderungen des Systems

zur Mitbestimmung bei Vernetzung von Geräten BVerwG, PersR 1993, 30

lösen erneute Mitbestimmungspflicht aus, wobei jedoch einschränkend einige Landespersonalvertretungsgesetze insoweit auf „wesentliche“ Veränderungen abstellen. Mitbestimmungspflichtig ist das gesamte System, die technische Einrichtung als Ganzes, sodass eine Trennung in mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfreie Verarbeitungen der gespeicherten Personaldaten nicht zulässig ist.

7.3 Weisung des Arbeitgebers hinsichtlich Überwachung durch Dritte

1989 Schließlich kann der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch dann erfüllt sein,

zur entsprechenden Situation bei Personalbefragungen vgl. vorstehend Rdn. 1935 ff.

wenn der Arbeitgeber selbst die Überwachung nicht vornimmt, sondern durch entsprechende Anweisung an die Mitarbeiter die Voraussetzungen für die technische Überwachung durch Dritte schafft, so wenn ein Unternehmen, bei dem die Mitarbeiter zwecks Arbeitserledigung tätig werden, diese in eine biometrische Zugangskontrolle einbeziehen will

vgl. BAG, RDV 2004, 122 = NZA 2004, 556:

„1. Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG mitzubestimmen, wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer anweist, sich in einem Kundenbetrieb der dort eingerichteten biometrischen Zugangskontrolle zu unterziehen.

2. Zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber ist zu regeln, ob und in welcher Weise die Mitarbeiter in dem fremden Betrieb der Kontrolle unterworfen werden. Der Arbeitgeber muss bei der Vertragsgestaltung mit dem Kunden dafür sorgen, dass die mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarungen umgesetzt werden. Individualrechtliche Rechtspositionen der betroffenen Arbeitnehmer bleiben hiervon unberührt.“

Das LAG Rheinland-Pfalz, PersR 1991, 383 bejaht in der Anweisung zur Abgabe der Fingerabdrücke einen Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.

oder wenn sie auch an den betrieblichen Zeiterfassungssystemen des Fremdunternehmens teilnehmen.

LAG Bremen, RDV 2006, 24

1990 Führt der Dritte die Überwachung ohne Abstimmung mit dem Arbeitgeber durch (hier: Überwachung der Laderäume eines Flugzeugs durch Videokontrolle zwecks Schutz vor Diebstählen durch das Flughafenpersonal), so entfällt eine Mitbestimmung, weil keine Entscheidung des Arbeitgebers vorliegt. Die fehlende Mitbestimmung steht damit auch schon deshalb nicht der Verwendung der Videoaufzeichnungen in einem Kündigungsschutzprozess entgegen.

LAG Köln, RDV 2006, 172

Vgl. auch BVerwG, RDV 2011, 196 bei nicht veranlasster Videoüberwachung von Beschäftigten: Die Überwachung von Beschäftigten durch einen Dritten ohne Wissen und Zustimmung