

SAP als Rechtsproblem

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einführung

In der vorliegenden Broschüre werden SAP-Systeme von vielen Seiten beleuchtet. Im Folgenden soll es um den rechtlichen, genauer: um den mitbestimmungsrechtlichen Rahmen gehen, an den sich Betriebsrat und Arbeitgeber halten müssen. Häufig geht es bei betrieblichen Auseinandersetzungen um die Frage, wie weit und mit welchen Folgen der Betriebsrat mitbestimmen kann. Hier soll ein wenig mehr Klarheit geschaffen werden. Zwar sind keine BAG-Entscheidungen ersichtlich, die z. B. den Übergang von SAP R/3 zu mySAP ERP¹ zum Gegenstand hätten, aber es gibt zahlreiche, von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze, die auch im vorliegenden Zusammenhang Anwendung finden. Sie sollen im Folgenden dargestellt werden.

In einem ersten Abschnitt geht es um den Gegenstand der Mitbestimmung. Welche Maßnahmen des Arbeitgebers bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats? Dabei kommt der Vorschrift des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eine dominierende Position zu, doch gibt es daneben auch andere einschlägige Bestimmungen.

In einem zweiten Abschnitt ist das Mitbestimmungsverfahren zu beschreiben. Wie geht man vor, wenn sich beide Seiten über das Vorliegen eines Mitbestimmungstatbestands einig sind? Und was geschieht, wenn das nicht der Fall ist, wenn der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht für sich reklamiert und der Arbeitgeber unter Bezugnahme auf eine Stellungnahme seiner Rechtsabteilung oder seines Anwalts das Mitbestimmungsrecht kategorisch ablehnt? Für solche Fälle gibt es ein spezielles gerichtliches Verfahren, das näher zu beschreiben ist.

Im Anschluss daran wird in einem dritten Abschnitt die gar nicht so seltene Konstellation behandelt, dass der Arbeitgeber vollendete Tatsachen schaffen will und die neue Software

¹ Vgl. dazu H. Rupp, Mögliche Auswirkungen von mySAP ERP auf die Beschäftigten, CuA 2007, 14 ff.

einfach einsetzt. Wie kann sich der Betriebsrat hier zur Wehr setzen? Auch dabei steht der Rechtsweg im Vordergrund, obwohl es daneben andere Handlungsformen geben könnte.

Was kann man in eine Betriebsvereinbarung schreiben? An anderer Stelle gibt es eine Art „Musterentwurf“, der alle wichtigen Dinge aufgreift. Insoweit kann man sich hier darauf beschränken, einzelne bedeutsame Inhalte nochmals hervorzuheben. Wie kann man insbesondere kontrollieren und sicherstellen, dass das Vereinbarte auch eingehalten wird? Hier empfiehlt es sich wie auch sonst im Leben, nicht einfach „Recht“ und „Rechtswirklichkeit“ gleich zu setzen. Die Durchsetzung kann sogar die sehr viel schwierigere Aufgabe im Vergleich zum Abschluss einer schönen Betriebsvereinbarung sein.

Schließlich soll die in der Praxis häufig auftauchende Frage behandelt werden, wann der Einzelbetriebsrat und wann der Gesamtbetriebsrat zuständig ist.

II. Der Gegenstand der Mitbestimmung

1. Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bezieht sich die Mitbestimmung auf

- technische Einrichtungen,
- die dazu bestimmt sind,
- Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer
- zu überwachen.

Dabei ist nicht nur ihre „Einführung“ sondern auch ihre „Anwendung“ erfasst.

Jede dieser Voraussetzungen hat Anlass zu eingehenden Betrachtungen gegeben. Hier sollen nur die Aspekte dargestellt werden, die bei SAP-Systemen von Bedeutung sein können.²

² Überblick über die Interpretation des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2010, Rn 689 ff.; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, Kommentar, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2012, § 87 Rn 154 ff.; Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 26. Aufl. München 2012, § 87 Rn 214 ff.

Ob es sich um eine „**technische Einrichtung**“ handelt, ist in der Vergangenheit bei sog. Alltagstechnik streitig geworden: Kann auch der Kugelschreiber, mit dem sich der Personalleiter Notizen über das Gespräch mit einem Arbeitnehmer macht, eine „technische Einrichtung“ sein? Wie steht es mit einem Fernglas, das bei der Beobachtung „fauler“ Arbeitnehmer benutzt wird? Im vorliegenden Zusammenhang können wir uns die Antwort auf Fragen dieser Art sparen: Ein SAP-System ist eine technische Einrichtung, niemand hat je das Gegenteil behauptet. „Technik“ ist gerade auch „Informationstechnik“, die Software wird auch als „Einrichtung“ angesehen. Eine entsprechende Aussage findet sich der Sache nach schon in der sog. Opel-Paisy-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 11. März 1986.³

Die technische Einrichtung muss dazu „**bestimmt**“ sein, Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Nach der Rechtsprechung des BAG⁴ genügt es, dass die technische Einrichtung objektiv in der Lage ist, eine Kontrollfunktion gegenüber den Arbeitnehmern auszuüben. Wollte man stattdessen auf die Absichten des Arbeitgebers abstellen, könnte dieser unschwer eine „Mitbestimmungsvermeidungsstrategie“ verfolgen und eine „harmlose“ Absicht vorschieben. Wer könnte widerlegen, dass es ihm nur darum ging, eine Statistik zu erstellen oder den Lauf von Maschinen zu kontrollieren? Allerdings reicht die abstrakte Möglichkeit zur Kontrolle nicht aus. Das fragliche Programm muss entweder selbst Aussagen zu Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers generieren (Beispiel: Videokamera) oder zumindest personenbezogene Daten enthalten, die mit Hilfe von sog. Zusatzwissen eine Aussage über Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern ermöglichen können. Letzteres ist etwa der Fall, wenn der Warenfluss durch RFID-Technik überwacht wird und mit Hilfe von Schichtplänen („Zusatzwissen“) ermittelbar ist, wer zu welcher Zeit für einen bestimmten Abschnitt verantwortlich war. In SAP-Systemen sind so viele personenbezogene Daten enthalten, dass sie entweder selbst Aussagen zu Verhalten und Leistung umfassen oder diese zumindest durch Zusatzwissen ermöglichen, das in anderen Modulen oder auf manuell geführten Listen verfügbar ist.

Die von der technischen Einrichtung ermöglichte Überwachung muss sich auf „**Verhalten und Leistung**“ der Arbeitnehmer beziehen. Die reine Kontrolle von Maschinen (gab es im Laufe des Tages einige Unregelmäßigkeiten?) genügt nicht. Auch liegt kein

³ AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15

⁴ So bereits BAG AP Nr. 2 und 4 zu BetrVG 1972 Überwachung = BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 und Nr. 6.

ausreichender Arbeitnehmerbezug vor, wenn viele Mitarbeiter den gleichen Zugangscode zu einem bestimmten System haben, so dass sich nicht ermitteln lässt, wer davon zu welchem Zeitpunkt Gebrauch gemacht hat.

Der Begriff „Leistung“ meint die Arbeitsleistung, z. B. ihren Output oder den Materialverbrauch. Umfassender ist der Begriff des „Verhaltens“. Dabei handelt es sich um „ein vom Willen des Arbeitnehmers getragenes oder gesteuertes Tun oder Unterlassen.“⁵ Mit dieser sehr weiten Definition wird das „Verhalten“ zu einem Auffangtatbestand, so dass angesichts der identischen Rechtsfolgen das Merkmal der „Leistung“ keine besondere Aufmerksamkeit verdient. Inhaltlich geht es nicht nur um arbeitsbezogenes Verhalten, sondern um jedes Arbeitnehmerverhalten, das für das Arbeitsverhältnis relevant sein kann.⁶ Eigenschaften einer Person wie Name, Geburtsdatum und Schulbildung haben für sich allein kein „Verhalten“ zum Gegenstand, doch können sie zusammen mit Zusatzwissen Aussagen über Verhalten und Leistung ermöglichen. Wird beispielsweise erfasst, dass eine bestimmte Personalnummer ein bestimmtes Programm aufgerufen hat, so ist das eine auf das Verhalten eines Arbeitnehmers bezogene Information, sofern der Arbeitgeber über eine Liste verfügt, auf der sich gleichermaßen die Namen und die Personalnummern befinden. Auf diese Weise ermöglicht (fast) jedes manuell oder EDV-mäßig gespeicherte personenbezogene Datum auch Aussagen über Verhalten und Leistung der fraglichen Person.

Verhalten und Leistung müssen „überwacht“ werden. Dies ist nicht schon bei bloßer Beobachtung der Fall; vielmehr muss das Verhalten nach bestimmten Maßstäben beurteilt werden. Bei der Überwachung handelt es sich um einen „mehrstufigen“ Vorgang,⁷ der mit der Informationserhebung beginnt, die Speicherung und Auswertung erfasst und bis hin zur Entscheidung des Kontrollierenden über eine eventuelle Reaktion reicht. Dabei genügt es, dass ein Teil des Gesamtvorgangs mit Hilfe einer technischen Einrichtung bewältigt wird. So reicht es aus, dass manuell erhobene Daten in ein System wie SAP HCM eingegeben werden.⁸ Dies lässt sich mit dem Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG begründen, der den Arbeitnehmer vor einem technisch verstärkten Überwachungsdruck bewahren will: Dabei spielt es keine Rolle, ob „das System“ wie z. B. ein Zugangskontrollgerät die Daten selbst erfasst oder ob sie ihm durch eine andere Person

⁵ BAG AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15.

⁶ Nachweise bei Däubler, Gläserne Belegschaften?, a. a. O., Rn 737.

⁷ Schwarz BB 1985, 531; Matthes RDV 1987, 1.

⁸ BAG NZA 1985, 28 ff.

zugeführt werden. Aus dieser Zwecksetzung heraus greift die Vorschrift aber auch nur ein, wenn ein Einzelner betroffen ist: Werden Daten über größere Gruppen von Arbeitnehmern erfasst, ist die Vorschrift mangels Individualisierbarkeit nicht anwendbar, während bei kleineren, überschaubaren Gruppen der „Überwachungsdruck“ auf den Einzelnen durchschlägt und deshalb die Mitbestimmung Platz greifen muss.

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bezieht sich zum einen auf die „**Einführung**“ einer technischen Einrichtung, die es bisher im Betrieb nicht gab. Die Mitbestimmung des Betriebsrats setzt ein, sobald einzelne Handlungen vorgenommen werden, die der Installierung des Systems dienen sollen. Dies gilt zum Beispiel für die Durchführung von Schulungskursen für diejenigen, die später mit dem System arbeiten sollen. Ohne Bedeutung ist, dass der Arbeitgeber das System nur probeweise betreiben will, da sich das Mitbestimmungsrecht auch auf eine nur kurzzeitige Überwachung bezieht und zudem nicht davon abhängt, welche konkreten Zwecke der Arbeitgeber mit seiner Maßnahme verfolgt.⁹ Dabei kommt es nicht darauf an, dass zunächst nur mit fiktiven Daten gearbeitet wird; auch dann wird – ähnlich wie bei der Einweisung des Personals – die getroffene Entscheidung bereits teilweise umgesetzt.

Die Mitbestimmung erfasst weiter auch die „**Anwendung**“ einer technischen Einrichtung. Dies betrifft das „Wie“ ihres Einsatzes.¹⁰ Wo die Grenze zur „Einführung“ zu ziehen ist, erscheint unklar, doch kommt es darauf letztlich nicht an, da die Rechtsfolge (Mitbestimmung) in beiden Fällen dieselbe ist. Die Mitbestimmung bezieht sich auf den Aufbau des Systems, die erfassten Arbeitnehmerdaten und die zulässigen Verknüpfungen und Auswertungen.¹¹ Erfasst sind insbesondere die Fragen, welche Daten wie verarbeitet werden, wer Zugriff auf sie hat, wie sie geschützt und wann sie ggf. gelöscht werden.¹² Sog. Wartungsläufe von Standardprogrammen und Ferndiagnosen können gleichfalls nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt werden. Auch die weitere Verwendung der Daten unterliegt der Mitbestimmung.¹³

⁹ Ebenso LAG Berlin CR 1987, 28; Gaul RDV 1987, 116; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 87 Rn 171; Fitting § 87 Rn 248; Wiese in: Wiese/Kreutz/Oetker u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl., Köln 2010, § 87 Rn 568.

¹⁰ S. statt aller Richardi, Kommentar zum BetrVG, 13. Aufl., München 2012, § 87 Rn 514.

¹¹ Klebe/Roth RDV 1987, 694.

¹² Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 87 Rn 173.

¹³ Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 770.

Wird eine einmal installierte technische Einrichtung **verändert**, löst auch dies das Mitbestimmungsrecht aus.¹⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn einzelne Programmteile durch neue ersetzt werden, die eine umfangreichere und speziellere Auswertung ermöglichen.¹⁵ Dasselbe gilt, wenn der Kreis der betroffenen Personen oder die Zahl der erfassten Daten vergrößert wird.¹⁶ Die Rechtsprechung bezieht weiter den Fall ein, dass ein Zeiterfassungssystem in anderer Weise als bisher gehandhabt werden muss, dass z. B. die Arbeitnehmer immer das – bezogen auf ihren Arbeitsplatz – am nächsten gelegene Gerät benutzen müssen.¹⁷ Auch bei Änderungen, bei denen nicht von vorne herein feststeht, dass die Intensität oder der Gegenstand der Überwachung größer werden, greift das Mitbestimmungsrecht ein: In konsequenter Fortsetzung des Ausgangspunkts, dass es nur auf die objektive Eignung zur Kontrolle ankommt, muss es bei allen Änderungen genügen, dass eine Eignung zu einem Mehr an Überwachung besteht. Dies ist etwa dann der Fall, wenn aufgrund erweiterter Speicherkapazität oder des Anschlusses an ein Rechenzentrum mehr Verknüpfungsmöglichkeiten vorhanden sind. In der Praxis wird bereits nach diesen Grundsätzen verfahren, sofern der Betriebsrat sich des Problems annimmt.¹⁸ Konsequenter angewandt, bedeutet dies, dass jede Erweiterung von Zugriffsberechtigungen auf eine Personaldatei der Zustimmung des Betriebsrats bedarf. Wird beispielsweise der X beauftragt, die Personalakten zu statistischen Zwecken auszuwerten (was bisher nicht geschah), so liegt darin eine neue Nutzung des Systems, die zusätzliche Einsichten ermöglicht und die schon deshalb der Mitbestimmung unterliegen sollte.

2. Mitbestimmung über die Datenerhebung nach § 94 Abs. 1 BetrVG

Nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG bedürfen Personalfragebogen der Zustimmung des Betriebsrats. Nach allgemeiner Auffassung sind damit nicht nur „Personalfragebögen“ im traditionellen Sinne, sondern alle „standardisierten Erhebungsmittel“ gemeint, also beispielsweise auch eine im PC erscheinende „Maske“.¹⁹ Dabei spielt es keine Rolle, ob

¹⁴ LAG Berlin DB 1984, 2098; LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10; Fitting § 87 Rn 249; Wiese, a. a. O., § 87 Rn 570.

¹⁵ S. LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10. Für das BAG (AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) war die Mitbestimmungspflichtigkeit dieses Tatbestands so selbstverständlich, dass es darüber kein Wort verlor.

¹⁶ So LAG Berlin DB 1984, 2098 für ein Zeiterfassungsgerät.

¹⁷ VGH Kassel CR 1992, 106 (für die Personalvertretung).

¹⁸ S. als Beispiel den in BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 wiedergegebenen Spruch

¹⁹ Fitting § 94 Rn 8; Raab, in: Wiese/Kreutz u. a., GK-BetrVG, § 94 Rn 16; Thüsing, in: Richardi, a. a. O., § 94 Rn 7

der Befrager die Angaben einträgt oder ob dies durch den Bewerber bzw. den Arbeitnehmer selbst geschieht.²⁰ Seinem Gegenstand nach erfasst § 94 Abs. 1 BetrVG die Erhebung von Arbeitnehmerdaten. Soweit dabei (wie in der Regel) eine technische Einrichtung eingeschaltet ist, findet die Bestimmung neben § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Anwendung. Anders als dies zeitweise im Personalvertretungsrecht des Bundes angenommen wurde, verdrängt nicht etwa das schwächere Recht das stärkere. Der Betriebsrat hat die Wahl, auf welche Rechtsnorm er sich stützen will. Er wird in aller Regel den Rückgriff auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gegenüber dem auf § 94 Abs. 1 BetrVG vorziehen, weil er dann nicht auf den Vorgang der Erhebung und Speicherung von Daten beschränkt ist.

III. Das Verfahren der Mitbestimmung

1. Verhandlungen bei unbestrittenem Mitbestimmungsrecht

Sind sich Betriebsrat und Arbeitgeber einig, dass ein Mitbestimmungsrecht besteht (die Personalabteilung will erstmalig mit SAP arbeiten), so müssen sie sich an einen Tisch setzen und darüber verhandeln, ob das vom Arbeitgeber gewollte System eingeführt wird oder ob man wie bisher weiterarbeitet. Meist wird der Betriebsrat keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Umstellung auf das Neue äußern, aber im Einzelnen Sicherheiten haben wollen, dass es nicht zu einer Verdichtung der Arbeit oder zu einer Überwachung des Arbeitsverhaltens kommt. Denkbar, wenn auch selten ist aber auch, dass der Betriebsrat ganz grundsätzlich „nein“ sagt und von der neuen Technik überhaupt nichts wissen will. In diesem Fall muss der Arbeitgeber entweder auf sein System verzichten (was er kaum tun wird) oder aber die Einigungsstelle anrufen. Zu dieser Näheres unter 2.

Geht man vom Normalfall aus, dass der Betriebsrat durchaus in Verhandlungen einsteigen will, um für die Belegschaft das Beste herauszuholen, so taucht in der Regel das Problem auf, dass er sich erst einmal sachkundig machen muss. Nicht jeder ist ein gelernter Informatiker. Er wird sich deshalb bemühen, einen Sachverständigen hinzu zu ziehen, z. B. einen Mitarbeiter einer Technologieberatungsstelle oder einen anderen IT-Spezialisten. Dafür benötigt er aber nach § 80 Abs. 3 BetrVG die Zustimmung des Arbeitgebers. Lehnt dieser ab, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht ein

²⁰ Fitting a. a. O.; Raab a. a. O.

Beschlussverfahren einleiten, um die Zustimmung des Arbeitgebers durch das Gericht ersetzen zu lassen. Dieses kann aber durchaus sechs Monate dauern; wenn eine Seite Beschwerde einlegt, kommen noch einmal sechs Monate hinzu. Dies hat auch für den Arbeitgeber Nachteile: Der Betriebsrat wird sich in den Verhandlungen nicht zu einem Kompromiss in der Lage sehen, sondern seinerseits das Verfahren in die Länge ziehen. Ein seine Interessen massiv wahrer Arbeitgeber kann zwar trotzdem die Verhandlungen für gescheitert erklären und die Einigungsstelle anrufen, aber dann riskiert er eine Bauchlandung: Da noch keine Verhandlungen „auf Augenhöhe“ stattgefunden haben, wird der Einigungsstellenvorsitzende möglicherweise den Standpunkt vertreten, man müsse zunächst alle Einigungschancen im Betrieb ausschöpfen. Die Einigungsstelle könne erst tätig werden, wenn Verhandlungen unter Einschluss des Sachverständigen stattgefunden hätten und erfolglos geblieben wären. Statt das Risiko einzugehen, viel Zeit zu verlieren, ziehen es die allermeisten Arbeitgeber vor, die Verhandlungen unter Einschluss eines Sachverständigen zu führen, den der Betriebsrat benannt hat. Dabei kann es passieren, dass eine bestimmte Person für den Arbeitgeber ein „rotes Tuch“ ist. Wenn der Arbeitgeber keine wirklichen Gründe hat, „sauer“ zu sein, sollte der Betriebsrat sich die Person seiner Wahl aber unter keinen Umständen „herausschießen“ lassen. Gibt er hier nach, wird er auch später als Verhandlungspartner nicht mehr so richtig ernst genommen.

In vielen Fällen ist es üblich, dass der Betriebsrat nicht nur durch einen IT-Spezialisten, sondern auch durch einen Rechtsanwalt unterstützt wird. Insoweit ist die Situation etwas einfacher, da der Rückgriff auf einen Rechtsanwalt dem Betriebsrat auch ohne Zustimmung des Arbeitgebers gemäß § 40 BetrVG offen steht, wenn es darum geht, eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden.²¹

Bei den Verhandlungen ist es wichtig, dass der Betriebsrat Ziele hat, also genau weiß, was er im besten Falle erreichen will. Spätestens nach dem ersten Gespräch sollte er wissen, in welche Richtung er marschieren will. Wie man am Geschicktesten verhandelt, ist hier nicht im Einzelnen darzustellen; es gibt aber Anleitungsbücher, die man bei dieser Gelegenheit lesen kann.²² Gut ist es auch, wenn man einen „Plan B“ hat, weil der Betriebsrat erfahrungsgemäß nur ganz ausnahmsweise mit allen seinen Vorstellungen durchkommt.

²¹ LAG Schleswig-Holstein AiB 2000, 162

²² Däubler, Verhandeln und Gestalten, München 2003 m. w. N.

Was man inhaltlich verlangt, soll an späterer Stelle behandelt werden.²³

2. Die Einigungsstelle

Wird man sich nicht einig, kann jede Seite die Einigungsstelle anrufen. Sie wird in aller Regel aus Anlass des einzelnen konkreten Konflikts gebildet. Sie besteht aus einer gleichen Zahl von Vertretern des Betriebsrats und des Arbeitgebers (meist jeweils zwischen 2 und 4) sowie einem neutralen Vorsitzenden, auf den sich beide Seiten einigen sollen. Gelingt dies nicht, wird er vom Arbeitsgericht bestellt. Dort ist der Berufsrichter allein zuständig; bei der Auswahlentscheidung wirken keine ehrenamtlichen Richter mit. Dadurch soll das Verfahren beschleunigt werden, doch kann die Seite, die mit der ausgesuchten Person nicht einverstanden ist, Beschwerde einlegen, über die dann u. U. erst nach einigen Monaten entschieden wird.

Wer wird als Vorsitzender ausgewählt? Entscheidet das Arbeitsgericht, so wird meist ein Arbeitsrichter eingesetzt, der an einem anderen Arbeitsgericht tätig ist oder der nach der Geschäftsverteilung mit dem Fall nicht befasst werden kann. Andere Personen kommen selten zum Zuge. Die Tätigkeit als Einigungsstellenvorsitzender ist durchaus begehrt: Pro Stunde wird ein Satz zwischen 200 und 400 Euro berechnet, wobei auch die Vorbereitungszeit mitgerechnet wird („wer langsam liest ist privilegiert“ sagen Spötter) und Fahrzeiten meist mit dem halben Stundensatz vergütet werden.

Der Betriebsrat wie der Arbeitgeber hat das Recht, nicht nur betriebsangehörige Personen als Beisitzer in die Einigungsstelle zu schicken, sondern auch externe sachkundige Personen wie IT-Spezialisten und Rechtsanwälte. Diese erhalten dann sieben Zehntel des Vorsitzenden-Honorars; die Einigungsstelle ist also nicht ganz billig. In der Praxis wenig verbreitet, aber durchaus zulässig ist es, dass sich der Betriebsrat und der Arbeitgeber vor der Einigungsstelle durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen,²⁴ was den finanziellen Aufwand weiter in die Höhe treibt. Da der Betriebsrat kein Vermögen hat, gehen alle Kosten zu Lasten des Arbeitgebers. Im Einzelfall kann dies dazu führen, dass im Vorfeld doch noch eine freiwillige Einigung zustande kommt, weil der Arbeitgeber lieber auf eine

²³ Unten V.

²⁴ Für Zulässigkeit BAG AP Nr. 9 zu § 76 BetrVG 1972; BAG DB 1989, 2436; Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 76 Rn 94; Fitting § 76 Rn 48; Richardi, a. a. O., § 76 Rn 87.

bestimmte nicht so schrecklich wichtige Systemfunktion verzichtet statt eine Belastung mit (z. B.) 30.000 Euro in Kauf zu nehmen.

In der Einigungsstelle kommt es in der Regel zu mindestens zwei Sitzungen: In der ersten geht es darum, die Fakten zu klären und das Vorbringen beider Seiten zu vervollständigen, in der zweiten wird über einen Kompromiss verhandelt. Meist ist es aber nicht mit zwei Sitzungen getan, zumal die zu klärenden Fragen gerade im hier interessierenden Bereich ganz schön kompliziert sein können. Die Verhandlungsdauer ist – insoweit der Richterskala vergleichbar – nach oben offen.

Der Vorsitzende leitet die Sitzungen und ist bei Abstimmungen das Zünglein an der Waage: Da beide Seiten in aller Regel einheitlich abstimmen, kommt es darauf an, welchem Vorschlag er seine Stimme gibt. Kommt es zu einer solchen Mehrheitsentscheidung („Spruch“ genannt), ist das Einigungsstellenverfahren beendet. Die unterlegene Seite kann binnen zwei Wochen das Arbeitsgericht anrufen und geltend machen, die Einigungsstelle habe ihr Ermessen falsch angewandt, weil sie nur die Interessen der Gegenseite berücksichtigt oder diese verabsolutiert habe (vgl. § 76 Abs. 5 Satz 4 BetrVG). Außerdem kann man ohne Bindung an eine bestimmte Frist geltend machen, der Spruch sei rechtswidrig, weil er beispielsweise Teilzeitkräfte gegenüber Vollzeitkräften ohne sachlichen Grund benachteiligt oder den einschlägigen Tarifvertrag missachtet habe.

In der Praxis kommt es sehr selten zu einem Spruch. Die Vorsitzenden bemühen sich um eine einvernehmliche Regelung, weil dies ihrem Selbstverständnis als Vermittler entspricht und weil sie es vielleicht auch nicht besonders schätzen, wenn ein Kollege Arbeitsrichter über mögliche Rechtsmängel ihres Spruchs entscheidet. Um eine Einigung zu erleichtern, finden üblicherweise getrennte Gespräche mit beiden Seiten statt. Dabei kann der Vorsitzende ausloten, wie viel Kompromissspielraum besteht und wo die „rote Linie“ bzw. die Schmerzgrenze überschritten ist. Manchmal deutet er auch an, er stimme im Ernstfall mit der Gegenseite, was einen Prozess des Nachdenkens über Kompromissmöglichkeiten in Gang setzt. Dies gegenüber beiden Seiten zu praktizieren, kann zwar die Einigung besonders befördern, ist aber in all den Fällen riskant, in denen es einen kleinen „Kanal“ zwischen der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite gibt. Ähnlich wie bei Tarifverhandlungen wird in der entscheidenden Sitzung oft bis tief in die Nacht

oder bis zum frühen Morgen verhandelt. Die jeweilige „Basis“ kann dann erkennen, dass man sich bis an den Rand der Erschöpfung bemüht hat, was Kompromisse leichter akzeptabel erscheinen lässt. Man sollte sich allerdings nachts um 3 Uhr nicht endgültig auf einen bestimmten Text festlegen; die „Fehleranfälligkeit“ ist in diesem Moment außerordentlich groß. Auch kann sich ein genereller Widerrufsvorbehalt empfehlen, damit sich das Betriebsratsgremium mit der Angelegenheit befassen kann und so die Basis für den Kompromiss erweitert wird.

3. Verhandlungen bei umstrittenem Mitbestimmungsrecht

In nicht wenigen Fällen bestreitet der Arbeitgeber das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts. Er vertritt etwa den Standpunkt, die neue Version eines SAP-Moduls sei nur ein „Update“, keine „Änderung“ der technischen Einrichtung. Der Betriebsrat und sein Sachverständiger sehen dies anders. Aufforderungen, in Verhandlungen einzutreten, werden von der Geschäftsführung abschlägig beschieden. Man habe Rechtsrat eingeholt und auch der Arbeitgeberanwalt sei zu dem Ergebnis gekommen, dass im konkreten Fall § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht eingreife.

Eine Klärung ist hier nur über das Arbeitsgericht möglich. Dabei gibt es zwei mögliche Verfahren.

Man kann zum einen ein arbeitsgerichtliches Beschlussverfahren mit dem Ziel einleiten, das Arbeitsgericht möge feststellen, dass im konkreten Fall ein Mitbestimmungsrecht bestehe, weil die Anwendung einer technischen Einrichtung verändert werden solle. Dies ist zulässig, dauert aber die üblichen sechs Monate, die sich verdoppeln können, wenn eine Seite Beschwerde einlegt. Der Ausgang lässt sich oft nicht genau prognostizieren, da man objektiv zweifeln kann, ob wirklich eine veränderte Anwendung vorliegt. Der Betriebsrat geht also auch das Risiko ein, als „Prozesshansel“ dazustehen, der das Unternehmen mit unnötigen Kosten belastet.

Zum zweiten kann man einen sehr viel geschickteren Weg wählen. Nach § 98 Abs. 1 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) kann der Betriebsrat im Fall eines umstrittenen Mitbestimmungsrechts beim Arbeitsgericht den Antrag stellen, dieses möge eine Einigungsstelle einsetzen. Juristisch korrekter ausgedrückt: Der Betriebsrat stellt den

Antrag, den Vorsitzenden einer Einigungsstelle und die Zahl der Beisitzer der beiden Seiten zu bestimmen. Diese würden dann die Personen aussuchen, die sie in die Einigungsstelle entsenden. Der entscheidende Punkt ist folgender: Bei der Entscheidung über den Vorsitzenden und die Zahl der Beisitzer prüft das Arbeitsgericht nur, ob „offensichtlich“ kein Mitbestimmungsrecht besteht. Nach einer verbreiteten Formel ist dies dann anzunehmen, wenn ein solches „auf den ersten Blick unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt als möglich erscheint.“²⁵ Dies ist eine recht hohe Schwelle. Sie ist noch nicht erreicht (dem Antrag wird also stattgegeben), wenn zwar eine negative BAG-Entscheidung vorliegt, ein Arbeitsgericht oder Landesarbeitsgericht aber anders entschieden hat und in der Literatur mit beachtlichen Argumenten auch eine abweichende Position vertreten wird.²⁶ Liegt noch keine höchstrichterliche Entscheidung vor, so reicht es für die Nicht-Offensichtlichkeit aus, wenn ein Lehrstuhlinhaber für Arbeitsrecht in einem Buch oder einem Aufsatz ein Mitbestimmungsrecht bejaht hat.²⁷

Die auf diesem Wege zustande gekommene Einigungsstelle ist berechtigt, ihre Zuständigkeit zu prüfen und ggf. ihre Tätigkeit wegen Fehlens eines Mitbestimmungsrechts zu beenden.²⁸ Dies wird sie allerdings in vielen Fällen nicht tun, weil der Vorsitzende kein Interesse an einem solchen Ergebnis hat, so dass sich dafür keine Mehrheit findet.

Würde man die Zuständigkeit verneinen, könnte der Betriebsrat diesen Spruch anfechten; bis eine Entscheidung vorliegt, würde wiederum einige Zeit vergehen, in der man nicht weiß, ob nicht vielleicht doch die Einigungsstelle in der Sache hätte entscheiden müssen. Das Anfechtungsverfahren würde überdies dazu führen, dass ein Richterkollege über die juristische Qualität der Entscheidung des Vorsitzenden befindet. Dies könnte – so die Einschätzung von Pessimisten – ein Kollege sein, der nie eine schön dotierte Einigungsstelle bekommt und deshalb unbewusst besonders strenge Maßstäbe anlegt. Würde man die Zuständigkeit bejahen, könnte man mit einer Anfechtung durch die Arbeitgeberseite rechnen, die dann den gleichen Effekt hätte.²⁹ Dies alles führt dazu, dass man in der Regel die Frage der Zuständigkeit dahinstehen lässt und über die Sache selbst verhandelt. Dies entspricht in der Regel auch dem Selbstverständnis des Vorsitzenden; ein

²⁵ Kreutz, in: Wiese/Kreutz u. a., GK-BetrVG, § 76 Rn 66 mit eingehenden Nachweisen.

²⁶ LAG Saarland NZA-RR 2003, 639.

²⁷ ArbG Neumünster AiB 1994, 311.

²⁸ BAG BB 1975, 1322.

²⁹ Die Anfechtung wäre allerdings nicht separat, sondern erst gegen die Endentscheidung der Einigungsstelle möglich: Kreutz, a. a. O., § 76 Rn 143.

„guter Vorsitzender“ bringt eine Einigung zustande. Böse Zungen behaupten außerdem, eine schnelle Zuständigkeitsentscheidung würde die Verhandlungsstunden drastisch reduzieren und damit auch zu einem sehr bescheidenen Honorar führen. Dies ist natürlich kein ernst zu nehmendes Argument...

Der Weg über § 98 ArbGG hat unter diesen Umständen den unbestreitbaren Vorteil, dass relativ schnell eine Einigungsstelle die Arbeit aufnimmt und meist (natürlich nicht immer) auch einen Kompromiss in der Sache zustande bringt. Ein kluger Betriebsrat sollte sich diese Möglichkeit nicht entgehen lassen.

IV. Einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers

Was geschieht, wenn sich der Arbeitgeber über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats einfach hinwegsetzt und einseitig handelt? Das neue Release des SAP-Moduls wird eingesetzt, der Betriebsrat überhaupt nicht oder nur über „cc“ informiert. Denkbar sind solche Verhaltensweisen auch in völlig eindeutigen Fällen; SAP wird z. B. erstmalig eingeführt, ohne den Betriebsrat zu fragen. Dahinter kann sich (insbesondere bei relativ kleinen Unternehmen) totale Rechtsunkenntnis verbergen. Häufiger wird allerdings im Hintergrund die Überlegung stehen, der Betriebsrat werde vielleicht ein wenig Unmut zum Ausdruck bringen und „schimpfen“, aber keine konkreten Schritte einleiten, insbesondere nicht die Schwelle überwinden, die psychologisch dem Weg zum Gericht immer entgegensteht.

Dem Betriebsrat stehen aber gute Möglichkeiten zur Verfügung, zu seinem Recht zu kommen.

Nimmt der Arbeitgeber in einem der Mitbestimmung unterliegenden Bereich eine einseitige Maßnahme vor, so verletzt er damit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann dieser deshalb verlangen, dass der Arbeitgeber derartige Handlungen in Zukunft unterlässt; ihm steht ein Unterlassungsanspruch zu.³⁰ Wird also ohne Zustimmung des Betriebsrats erstmalig mit SAP gearbeitet, so kann der Betriebsrat verlangen, dass dies so lange unterbleibt, bis das

³⁰ BAG DB 1994, 2450, bestätigt durch BAG DB 1997, 378.

Mitbestimmungsverfahren abgeschlossen ist, also eine Einigung mit ihm erreicht oder ein Spruch der Einigungsstelle ergangen ist. Diesen sog. Unterlassungsanspruch kann er im Wege eines Beschlussverfahrens gerichtlich geltend machen.

Bis man in einem solchen Verfahren eine rechtskräftige Entscheidung hat, kann es – wie schon oben ausgeführt – einige Zeit dauern. Könnte der Arbeitgeber während dieses ganzen Zeitraums – z. B. ein Jahr – das einseitig eingeführte System praktizieren, wäre es sehr schwierig, daran nachträglich noch etwas zu ändern. Auch wäre das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats während eines ganzen Jahres verletzt und gegenstandslos gemacht worden. Um beides zu verhindern, erlassen die Arbeitsgerichte auf Antrag des Betriebsrats eine sog. einstweilige Verfügung: Dem Arbeitgeber wird mit sofortiger Wirkung (und unter Androhung von Geldbußen bis zu 250.000 Euro) verboten, sich weiter so wie bisher zu verhalten. Er darf seine einseitige Maßnahme nicht mehr praktizieren.

Was sind im Einzelnen die Voraussetzungen dafür, dass eine sog. einstweilige Verfügung erlassen wird? Die Rechtsprechung verlangt auf der Grundlage der §§ 935, 940 ZPO einen „Verfügungsanspruch“ und einen „Verfügungsgrund“.

„Verfügungsanspruch“ meint das Recht, tatsächlich vom Arbeitgeber die Unterlassung der Maßnahme verlangen zu können. Nach dem Gesetz muss der Betriebsrat diesen Anspruch an sich nur „glaubhaft machen“, also nicht voll beweisen sondern nur seine hohe Wahrscheinlichkeit darlegen. Praktisch gibt es aber nur Fälle, in denen den Umständen nach klar ist, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht verletzt hat.

„Verfügungsgrund“ bedeutet, dass die Sache dringlich sein muss. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein definitiver Rechtsverlust droht. Paradebeispiel sind die vom Arbeitgeber angeordneten Überstunden, die längst abgeleistet wären, würde man bis zur Entscheidung im Beschlussverfahren selbst warten. Aber auch dann, wenn nur für die Dauer dieses Verfahrens das Mitbestimmungsrecht gegenstandslos wird und damit nur auf dem Papier steht, ist in der Regel die Dringlichkeit gegeben. Von „Mitbestimmung“ kann nur die Rede sein, wenn einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers zeitnah korrigiert werden können.³¹ Anders werden die Gerichte nur entscheiden, wenn der Betriebsrat

³¹ Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., Einl. Rn 226 a. E.

monatelang zugewartet hat, ohne etwas zu unternehmen: Er kann zwar auch jetzt noch ein Beschlussverfahren einleiten, doch wird ein Gericht dazu neigen, die Dringlichkeit bei der einstweiligen Verfügung abzulehnen. Wer sich über Monate hinweg nicht wehrt, sieht die Angelegenheit selbst nicht als übermäßig dringend an. Diese Ausnahme greift wiederum dann nicht ein, wenn der Betriebsrat während dieses Zeitraums mit dem Arbeitgeber verhandelte und im betrieblichen Interesse die Nutzung des Systems vorläufig „geduldet“ hat. Führen dann die Verhandlungen zu keinem Ergebnis, kann er sehr wohl wieder auf seine Rechte zurückkommen und eine einstweilige Verfügung beantragen. Andernfalls würde man den Betriebsrat bestrafen, der sich trotz der Rechtsverletzung durch den Arbeitgeber zunächst um einen Konsens bemühte, während der bewusst die Konfrontation ansteuernde Betriebsrat ohne Schwierigkeiten zu seiner einstweiligen Verfügung käme.

Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass die von einer nicht mitbestimmten Überwachungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer das Recht haben, ihre Arbeitsleistung zurückzubehalten, also **nicht weiter zu arbeiten**. Voraussetzung ist, dass die Arbeit als solche von der unerlaubten Kontrolle betroffen ist; gilt dies nur für einen Teil, kann man nur diesen verweigern. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB ist in der Literatur im vorliegenden Zusammenhang weitestgehend anerkannt.³² Dazu kommt, dass der Entgeltanspruch unberührt bleibt,³³ weil das „Arbeitshindernis“ ja vom Arbeitgeber zu vertreten ist. Trotz dieser „komfortablen“ rechtlichen Ausgangssituation wird von dieser Möglichkeit wohl in der Praxis so gut wie nie Gebrauch gemacht. Die Tatsache, dass keine Rechtsprechung ersichtlich ist, vermag diese Vermutung zu unterstreichen. Das hängt mit den üblichen betrieblichen Machtverhältnissen zusammen, die es bestenfalls einem Betriebsrat (der einen umfassenden Kündigungsschutz genießt) erlauben, das Gericht anzurufen und den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu beantragen. Eine gemeinsame Aktion würde dagegen in den allermeisten Fällen als „Regelverstoß“ gewertet, was in der Vorstellung der Beteiligten mit schwer abschätzbaren Risiken verbunden ist.

V. Mögliche Regelungsinhalte

³² Fitting § 87 Rn 256; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 87 Rn 166; Wiese, in: Wiese/Kreutz u. a., GK-BetrVG, § 87 Rn 580; Löwisch/Kaiser, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2010, § 87 Rn 145; Matthes, in: Richardi u. a. (Hrsg.) Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2009, § 248 Rn 47; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung und Mitbestimmung, Berlin 1982, S. 139 f.; Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 822; etwas einschränkend Richardi, a.a.O., § 87 Rn 533; Worzalla, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Köln 2008, § 87 Rn 330a

³³ So auch die Fn 32 genannten Autoren.

Der Betriebsrat kann seine Mitbestimmungsrechte in zwei verschiedenen Formen ausüben: Er kann eine Betriebsvereinbarung schließen, die unmittelbar in die Arbeitsverhältnisse der einzelnen Arbeitnehmer hineinwirkt, und er kann eine sog. Betriebsabsprache treffen, die nur den Arbeitgeber und ihn selbst bindet. Die Betriebsvereinbarung ist ihrer stärkeren Wirkung wegen vorzuziehen und in der Praxis gerade im hier interessierenden Bereich das bei weitem dominierende Instrument.

Der Betriebsrat wird sich häufig nicht in der Lage sehen, die Einführung eines bestimmten Systems insgesamt zu verhindern. Zwar ist es das Risiko des Arbeitgebers, wenn er beispielsweise die mitzubestimmende Software bereits gekauft hat und sie deshalb ggf. nicht einsetzen kann, doch tut sich ein Betriebsrat schwer, durch sein „Veto“ dem Unternehmen definitive wirtschaftliche Nachteile zuzufügen. Außerdem wird es häufig die Situation geben, dass man bisher eine Version von SAP eingesetzt hat, nunmehr jedoch nach allgemeiner Auffassung die Folgeversion zum allgemeinen Standard gehört, dem man sich als Unternehmen nicht verweigern kann. Unter allen diesen Umständen wird der Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung erstreben, die die Beschäftigten dagegen schützt, dass ihr Verhalten mehr als unbedingt erforderlich kontrolliert werden kann. In vielen Fällen lässt sich die Überwachung völlig ausschließen, weil es dem Arbeitgeber effektiv nur darum geht, durch Einsatz der neuesten Technik die Arbeitsvorgänge effizienter zu machen.

Wichtig ist weiter, dass sich der Betriebsrat auch der Frage stellt, welche Folgen die technische Veränderung für die Arbeitsbedingungen, insbesondere für die Intensität der Arbeit hat. Dabei kann er sich gleichfalls auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stützen, da dieser das System als Ganzes einschließlich der daraus resultierenden Folgen umfasst.³⁴ Soweit dies bestritten wird, kann er bezüglich der Intensität der Arbeit auch § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG heranziehen und verlangen, dass die gesundheitlichen Belastungen ermittelt und vermieden werden. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass der Betriebsrat über die Fragen mitbestimmen kann, die Gegenstand einer Gefährdungsbeurteilung nach § 5 Arbeitsschutzgesetz sein sollen.³⁵ Insoweit kann er ggf. ein Gutachten erzwingen, das die Frage betrifft, welche Belastungen bei Einführung der geplanten Technik entstehen werden.

³⁴ Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, a. a. O., § 87 Rn 191.

³⁵ BAG AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Gesundheitsschutz; Fitting § 87 Rn 299.

Bei der Ausgestaltung der Betriebsvereinbarung im Einzelnen ist zu beachten, dass nach bisheriger Rechtslage nicht zu Lasten der Arbeitnehmer vom Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) abgewichen werden darf. Derzeit wird über ein „Beschäftigtendatenschutzgesetz“ diskutiert, das in der Fassung des letzten Entwurfs eine Abweichung grundsätzlich auch „nach unten“ zulässt. Zu beachten bleibt aber aus verfassungsrechtlichen Gründen auf alle Fälle das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer, das mittelbar auch in § 75 Abs. 2 BetrVG garantiert ist. Es verbietet u. a., die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten zuzulassen, soweit dies nicht durch ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse gerechtfertigt ist. Einzelheiten sind an anderer Stelle ausgeführt.³⁶

Ein wichtiger Verhandlungsgegenstand ist weiter die Frage, mit welchen Mitteln die Einhaltung der Betriebsvereinbarung und anderer Vorschriften wie des BDSG kontrolliert werden kann. Die bloße Anfrage an den Arbeitgeber, ob denn die Betriebsvereinbarung immer eingehalten werde, ist wenig ertragreich (um es diplomatisch auszudrücken). Vielmehr muss der Betriebsrat selbst gewisse Kontrollrechte haben. In Betracht kommt dabei

- ein Online-Zugriff auf bestimmte Dateien wie die Kommens- und Gehenszeiten, um so die Einhaltung des Arbeitszeitrechts und die Wahrung des Mitbestimmungsrechts bei Überstunden nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG besser kontrollieren zu können. Nach der Rechtsprechung des BAG³⁷ folgt dieses Recht nicht schon aus § 80 Abs. 2 BetrVG, sondern muss ausdrücklich vereinbart werden. In einem Fall kam eine solche Vereinbarung deshalb zustande, weil der Betriebsrat jeden Montag die Kommens- und Gehenszeiten in ausgedruckter Form verlangte, was die Personalabteilung erheblich belastete. Außerdem nahm er bewusst die Datensicherung nach § 9 BDSG sehr ernst und verlangte nach § 40 BetrVG die Anschaffung eines Panzerschranks, um die erhaltenen Informationen sicher verwahren zu können.

- Der Betriebsrat erhält einen Überblick über alle Zugriffsberechtigungen. Außerdem ist er befugt, an Arbeitsplätze seiner Wahl zu gehen, und dort zu überprüfen, ob die Grenzen der Zugriffsrechte auch wirklich eingehalten sind. Dabei muss der betriebliche Datenschutzbeauftragte oder eine von ihm benannte Person anwesend sein. Auf diese

³⁶ Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 787 ff.

³⁷ BAG NZA 2012, 342.

Weise kann überprüft werden, ob beispielsweise der Fachvorgesetzte Zugriff auf die Dateien der Personalabteilung hat.

- Der Betriebsrat erhält einen Ausdruck des Verfahrensverzeichnis, das der betriebliche Datenschutzbeauftragte nach § 4g Abs. 2 BDSG zu führen und in wesentlichen Teilen sogar der Öffentlichkeit zugänglich machen muss. Damit ist ein Überblick über die im Betrieb herrschende Praxis sichergestellt. Außerdem kann der Fall eintreten, dass ein Vorgesetzter auf eigene Faust Dateien (z. B. über Fehlzeiten, besondere Vorkommnisse im Arbeitsverhältnis usw.) anlegt. Da er dazu nicht befugt ist, weil es hierfür weder im BDSG noch im Arbeitsrecht eine Rechtsgrundlage gibt, wird er behaupten, dies alles im Auftrag des Arbeitgebers getan zu haben (der sich auf § 32 BDSG stützen könnte). Eine solche „Ausflucht“ ist wenig glaubwürdig, wenn sich seine Datei im Dateiverzeichnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht wieder findet.

- Werden neue Systeme eingeführt, so werden die mit ihnen Arbeitenden im Normalfall über deren Funktionsweise eingehend informiert, was bis zu einem Lehrgang von ein oder zwei Wochen gehen kann. Der Betriebsrat sollte das Recht haben, zwei seiner Mitglieder automatisch in diese Informationsveranstaltungen und Lehrgänge zu entsenden, auch wenn sie an ihrem Arbeitsplatz nichts mit dem neuen System zu tun haben. Damit können wenigstens zwei Betriebsratsmitglieder ihre Kenntnisse aktualisieren und sind so in der Lage, ihre Mitbestimmungsrechte sachgerecht auszuüben.

Im Einzelfall hat die Situation auftreten, dass der Arbeitgeber sehr unter Zeitdruck steht, weil das geplante System dringend eingeführt werden muss. Beispiel ist etwa die Umstellung der Technik innerhalb eines multinationalen Konzerns, wo ein „Ausseren“ der deutschen Niederlassungen das ganze Vorhaben zunichte machen oder das Management in eine Außenseiterposition bringen würde. In solchen Fällen ist denkbar, dass die Arbeitgeberseite eine Art „Generalbereinigung“, also das gleichzeitige Lösen anderer strittiger Fragen anbietet. Ein ungünstiger Schichtplan, der dem Betriebsrat schon lange ein Dorn im Auge ist, soll geändert werden; auch die vom Betriebsrat gewünschte Übernahme der Azubis wird wohlwollend geprüft. Darauf sollte man als Betriebsrat unbedingt eingehen, ggf. selbst solche Lösungen ins Gespräch bringen.

VI. Einzelbetriebsrat oder Gesamtbetriebsrat?

Problematisch ist die Frage, in welchen Fällen der Gesamtbetriebsrat zur Mitbestimmung berufen ist. Das BAG hat in der Entscheidung zum Techniker-Berichtssystem eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG angenommen,³⁸ bei den Fehlzeiteauswertungen im Fall Opel-PAISY die Frage jedoch unentschieden gelassen, da der Gesamtbetriebsrat von den Einzelbetriebsräten ausdrücklich gemäß § 50 Abs. 2 BetrVG ermächtigt worden war.³⁹ Im Fall Siemens-HICOM wurde demgegenüber angesichts der geplanten Verwendung der Telefonanlage der Gesamtbetriebsrat für zuständig erklärt.⁴⁰ Ähnlich wurde im Fall eines weltweit tätigen Paketzustellers entschieden, der ein einheitliches Datenverarbeitungssystem insbesondere zur Bearbeitung von Zollangelegenheiten anwandte.⁴¹ Ausgangspunkt ist zwar weiterhin eine enge Auslegung des § 50 Abs. 1 BetrVG, wonach er nur dann eingreift, wenn andernfalls eine sinnvolle Regelung nicht möglich ist.⁴² Wie die Entscheidungspraxis zeigt, treten Ausnahmefälle dieser Art allerdings recht häufig auf. Ein Beispiel ist die Einführung eines unternehmenseinheitlichen Systems der Personal- oder der Produktionsplanung (etwa SAP-ERP),⁴³ ein anderes das einer Telefonanlage, bei der eine bundesweite einheitliche Servicenummer festgelegt wird.⁴⁴ Verlangt ein elektronisches Datenverarbeitungssystem die Verwendung eines einheitlichen Programms, einheitlicher Formate und einheitlicher Eingabemasken, so sind die Voraussetzungen des § 50 Abs.1 BetrVG erfüllt.⁴⁵ Im hier interessierenden Zusammenhang wird in der Regel der Gesamtbetriebsrat zuständig sein.

Bei der Erhebung von Daten, insbesondere bei der Betriebsdatenerfassung, sind unterschiedliche betriebliche Regelungen denkbar, was für ein Mitbestimmungsrecht des örtlichen Betriebsrats spricht.⁴⁶ Auch bei der Auswertung sind Unterschiede von Betrieb zu Betrieb denkbar,⁴⁷ doch liegt eine unternehmenseinheitliche Regelung hier sehr viel näher. Aus praktischen Gründen könnte es oft sinnvoll sein, eine »gespaltene«

³⁸ BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 11.

³⁹ BAG AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15.

⁴⁰ BAG AP Nr. 19 zu § 50 BetrVG 1972.

⁴¹ BAG NZA 2007, 399.

⁴² Überblick über die Rechtsprechung bei Fitting § 50 Rn 20 ff.; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 1143 ff.

⁴³ LAG Köln, CR 1988, S. 315; LAG Düsseldorf, CR 1988, S. 1016.

⁴⁴ BAG AP Nr. 19 zu § 50 BetrVG 1972.

⁴⁵ BAG NZA 2007, 399 Ls 2.

⁴⁶ Ähnlich LAG Köln, CR 1988, S. 317; wie hier Hexel, S. 150. Zum Ganzen s. auch Gola, AuR 1988, S. 113; Simitis, RDV 1989, S. 49 Fn. 3; Stein, CR 1988, S. 1019.

⁴⁷ Hexel, Mensch im Computer, 2. Aufl., Hamburg 1986, S. 162.

Zuständigkeit anzunehmen, die die »Grundentscheidung« den Verhandlungen mit dem Gesamtbetriebsrat, die betriebsspezifische Ausgestaltung den Verhandlungen mit den Einzelbetriebsräten überlässt.⁴⁸ In Zweifelsfällen könnte von der Möglichkeit des § 50 Abs. 2 BetrVG Gebrauch gemacht werden. Ein solches pragmatisches Vorgehen hat das BAG weithin unmöglich gemacht: Ist der Gesamtbetriebsrat für eine Angelegenheit zuständig, so ist er dies »voll und ganz«, eine bloße Rahmenkompetenz komme nicht in Betracht.⁴⁹ Nur bei einem »anderen Mitbestimmungstatbestand« könnten die Rollen abweichend verteilt sein. Auch eine Delegation auf die örtlichen Betriebsräte sei wegen der zwingenden Zuständigkeitsverteilung nicht möglich.⁵⁰ Erwogen wurde lediglich eine Öffnungsklausel zugunsten einer freiwilligen Regelung auf örtlicher Ebene, die jedenfalls die Materien erfassen könne, die die Betriebsparteien auch dem Arbeitgeber zur Alleinentscheidung überlassen könnten. Damit ist ein starrer Schematismus geschaffen, der auch einvernehmliche Regelungen erheblich behindert. Während man die Ausgangsthese, die Kompetenz nicht zwischen Gesamtbetriebsrat und Einzelbetriebsräten aufzuspalten, aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus akzeptieren kann, stellt der zweite Schritt – die weitestgehende Unveränderbarkeit – ein vermeidbares Maß an Rigidität dar, das die Betriebsparteien ohne Not in ein Korsett zwingt.

Konzerneinheitliche Regelungen werfen wegen des Unternehmensbezugs des BDSG besondere Probleme auf, die hier nicht zu vertiefen sind.⁵¹ Mitbestimmungsrechtlich gelten dieselben Grundsätze wie im Verhältnis zwischen Einzel- und Gesamtbetriebsrat.

Die Zuständigkeit des Gesamt- oder Konzernbetriebsrats berührt die Auskunftsansprüche der Einzelbetriebsräte nicht.⁵² Auch kann ein Einzelbetriebsrat ein Beschlussverfahren einleiten, um feststellen zu lassen, dass seine Kompetenz durch den Gesamtbetriebsrat verletzt worden sei oder eine Gesamtbetriebsvereinbarung aus anderen Gründen in den von ihm vertretenen Betrieb keine Wirkung entfalten könne.⁵³

⁴⁸ Anders jedoch aus durchaus einsichtigen Gründen im Fall BAG AP Nr. 19 zu § 50 BetrVG 1972.

⁴⁹ BAG NZA 2007, 399 Ls.

⁵⁰ BAG NZA 2003, 992, bestätigt in BAG NZA 2007, 399, 403 Tz 35, auch zum Folgenden.

⁵¹ Dazu Trittin/Fischer NZA 2009, 343 ff.

⁵² BAG DB 1987, S. 1493; BAG RDV 1989, S. 126.

⁵³ BAG NZA 2007, 399, 401.

