

Facebook-Seite des Arbeitgebers mitbestimmungsfrei?

Wolfgang Däubler

Darum geht es:

- Das Düsseldorfer Landesarbeitsgericht hält die Fanpage eines Arbeitgebers nicht für mitbestimmungspflichtig.
- Mit dieser Meinung steht das Gericht recht alleine da.
- [Zu hoffen ist, dass das BAG die Sache zurechtrücken wird.](#)

„Der Betrieb der Facebook-Seite durch die Arbeitgeberin betrifft Mitbestimmungsrechte ... nicht.“ Mit dieser Entscheidung ist dem Düsseldorfer Landesarbeitsgericht ein Paukenschlag gelungen - vor allem, weil man auf der Fanpage die Mitarbeiter beurteilen konnte. Ein Ausreißer?

„Was ich auf Facebook mache ist meine Privatsache“ – von dieser Selbstverständlichkeit geht fast jedermann aus. Auch ein Arbeitgeber und seine Geschäftsführer haben deshalb das Recht, auf Facebook zu schreiben, was sie als Mensch und Staatsbürger [so alles](#) für richtig [oder für falsch](#) halten.

Diese Möglichkeit will ihnen niemand streitig machen. Arbeitsrechtlich interessant wird die Angelegenheit jedoch, wenn sich Kunden auf der Facebook-Seite des Arbeitgebers über ihre Erfahrungen mit dem Unternehmen äußern können. Ihre Kontaktpersonen sind mit hinreichender Sicherheit Beschäftigte der Firma, die sich auf diese Weise plötzlich beurteilt sehen. Ist dies am Betriebsrat vorbei zulässig? Über einen solchen Fall hatte das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf in einem Rechtsstreit zu entscheiden,<sup>1</sup> der derzeit beim Bundesarbeitsgericht (BAG) anhängig ist.<sup>2</sup>

Der Sachverhalt

Das Arbeitgeberunternehmen nimmt in fünf „Transfusionszentren“ Blutspenden entgegen, wo sie verarbeitet und anschließend weiter veräußert werden. Im April 2013 eröffnete es unter anderem eine Facebook-Seite, die es allen Nutzern ermöglicht, Kommentare zu posten, die dann an einer virtuellen Pinnwand befestigt werden. Sie sollen den weiteren Meinungsaustausch anregen. Zustimmung kann mit einem „Gefällt-mir“-Button zum Ausdruck gebracht werden.

Noch an dem Tag, in dem die Seite zugänglich gemacht wurde, stellte ein Blutspender einen Kommentar mit folgendem Wortlaut ein: „Ich war am 14.4.2013 in N. mein kostbares abzapfen lassen. Gehe schon spenden seit ich 18 bin. Muss aber sagen die gestern die Nadel gesetzt hat, solle es noch lernen. Stechen kann die nicht.“ Am folgenden Tag nahm die Arbeitgeberin auf dieser Seite zu dem Kommentar Stellung; was sie inhaltlich schrieb, wird in der Entscheidung nicht mitgeteilt. Zwei Monate später ging ein Kommentar über einen Arzt ein; er habe eine ältere Blutspenderin nicht korrekt untersucht, so dass sie beinahe kollabiert sei und per Infusion hätte stabilisiert werden müssen.

Die Facebook-Seite wird von etwa zehn Mitarbeitern betreut, die einen Administratorenzugang haben. Dieser war zunächst für jeden verschieden, wurde dann aber während des Gerichtsverfahrens in der Weise geändert, dass eine einheitliche Administratorenkennung zu verwenden war.

[Der Betriebsrat](#) vertrat den Standpunkt, der Betrieb einer solchen Facebook-Seite sei mitbestimmungspflichtig, weil sie geeignet sei, Daten über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu erfassen. Da die Arbeitgeberseite diese Auffassung nicht teilte, leitete [der Betriebsrat](#) ein Beschlussverfahren ein: Dem Arbeitgeber sollte der weitere Betrieb der Seite verboten werden, solange der Betriebsrat nicht zugestimmt habe oder seine Zustimmung durch die Einigungsstelle ersetzt worden sei.

## Rechtliche Position des Landesarbeitsgerichts

Das Arbeitsgericht Düsseldorf<sup>3</sup> gab dem Antrag statt. Auf Beschwerde der Arbeitgeberseite entschied das Düsseldorfer LAG in gegenteiligem Sinne und verneinte ein Mitbestimmungsrecht. Da Fälle dieser Art auch in anderen Betrieben auftreten können, verdient die Entscheidung Aufmerksamkeit.

Das LAG prüfte, ob das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingreift. Das setzt unter anderem voraus, dass es um die „Anwendung von technischen Einrichtungen (geht), die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.“ In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des BAG betont das Gericht, zur Überwachung „bestimmt“ seien technische Einrichtungen dann, wenn sie objektiv „geeignet“ seien, Informationen über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu erheben; auf die Überwachungsabsicht des Arbeitgebers komme es nicht an.

Doch dann beginnt eine eigenwillige Interpretation: Die Überwachung müsse durch die technische Einrichtung selbst bewirkt werden. „Dazu muss diese auf Grund ihrer technischen Natur unmittelbar, das heißt wenigstens in ihrem Kern die Überwachung vornehmen, indem sie das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer kontrolliert.“ Das Mitbestimmungsrecht setze voraus, dass die technische Einrichtung selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge verarbeite, wobei es ausreiche, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolge. Dies sei hier nicht der Fall. Facebook überwache nicht, sondern zeichne nur Aussagen auf, die auch per E-Mail oder Brief übermittelt werden könnten. Die Suchfunktion, die ein Auffinden von Postings noch nach längerer Zeit ermögliche, ändere daran nichts.

### Widerspruch zum Bundesarbeitsgericht

Mit diesen Aussagen hat sich das LAG in Widerspruch zur langjährigen Rechtsprechung des höchsten deutschen Arbeitsgerichts gesetzt. In ersten Reaktionen ist ihm entgegengehalten worden, dass technische Einrichtungen selbst niemals zu Überwachungsleistungen geeignet sind;<sup>4</sup> vielmehr setze Überwachung ein menschliches Verhalten, einen Abgleich der aufgezeichneten Daten mit (irgendwelchen) Soll-Werten voraus. Verlangt man deshalb nur, dass das „Material“ für die Kontrolle durch die technische Einrichtung geliefert wird, so muss hier § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingreifen: Die Beurteilung durch Kunden und ihre Auswertung ist ein wesentliches Stück Überwachung, das dem Arbeitgeber nur mit Hilfe der Facebook-Seite zur Verfügung steht. Auch von seiner eigenen Herangehensweise her hätte das LAG daher ein Mitbestimmungsrecht bejahen müssen.

Hinzu kommt ein weiterer wichtiger Punkt. Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>5</sup> ist es nicht erforderlich, dass die technische Einrichtung Aussagen liefert, die für sich allein schon eine sachgerechte Beurteilung des Arbeitnehmerverhaltens ermöglichen. Eine „Beurteilungsrelevanz“ wird nicht verlangt. Vielmehr genügt es, wenn durch „Zusatzwissen“, also durch weitere Informationen, die zum Beispiel aus einem Gespräch oder einer manuell geführten Liste stammen können, eine sachgerechte und sinnvolle Aussage über Verhalten und Leistung herstellbar ist. Welcher Teil der (Schluss-)Aussage durch die technische Einrichtung erhoben oder erarbeitet wird, ist gleichgültig. Mit dieser ständigen Rechtsprechung lässt sich die These des LAG Düsseldorf nicht vereinbaren, die technische Einrichtung müsse „in ihrem Kern“ die Überwachung selbst vornehmen. Eine solche Formel gab es zwar – man ist versucht zu sagen: in grauer Vorzeit – auch in der Rechtsprechung,<sup>6</sup> doch wird sie allgemein als überholt angesehen, weil das BAG seit der Bildschirmsentscheidung vom 6. Dezember 1983<sup>7</sup> nicht mehr auf diese Formel zurückgegriffen hat.<sup>8</sup>

Auch eine neuere BAG-Entscheidung ändert daran nichts, weil einen ganz anders gelagerten Fall betrifft: Mit Hilfe eines Routenplaners sollte festgestellt werden, ob die bei Dienstreiseabrechnungen angegebene Kilometerzahl einigermaßen korrekt war.<sup>9</sup> Die Benutzung der Technik war hier nur eine Entscheidungshilfe, einem Taschenrechner vergleichbar;<sup>10</sup> dies hatte in der Tat nichts mit der in § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG angesprochenen Kontrolle des Arbeitsverhaltens zu tun. Im vorliegenden Fall geht es aber nicht darum: Hier

kann es zu recht massiven Verhaltenskontrollen kommen, die sogar zu einer Abmahnung oder zu einer verhaltensbedingten Kündigung führen können.

Der langjährigen Rechtsprechung des BAG ist auch inhaltlich zuzustimmen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dient dem Persönlichkeitsschutz; der einzelne darf nicht zum Objekt einer technisch gestützten Überwachung werden. Es genügt deshalb, wenn die von der technischen Einrichtung ermittelten Aussagen einen „Baustein“ für die Beurteilung darstellen.<sup>11</sup> Diese Voraussetzung ist bei den Eintragungen durch Blutspender und andere mögliche Geschäftspartner erfüllt. Dazu kommt, dass die Suchfunktion von Facebook Informationen noch nach längerer Zeit auffindbar macht; viele Jahre zurückliegende „Beschwerden“ können daher jederzeit noch herangeholt werden. Das System lässt überdies statistische Erhebungen zu, aus denen sich unschwer ergibt, dass jemand Adressat „überdurchschnittlich“ vieler negativer Bewertungen war und deshalb möglicherweise als „Minderleister“ zu qualifizieren ist.

Da diese Auswertungsmöglichkeiten standardmäßig mit Facebook verbunden sind, ist sogar mehr Überwachung möglich als bei einer eigenen Website des Arbeitgebers: Dort könnten die Auswertungsmöglichkeiten von vorne herein nicht installiert oder nach einem bestimmten Zeitraum deaktiviert werden. Niemand hätte im Übrigen Zweifel daran, dass eine eigene Internetseite, die der Arbeitgeber als „Beurteilungsportal“ für Kunden öffnet, der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegen würde. Ein Vorgehen, das darüber noch hinausgeht, kann entgegen der Auffassung des LAG nicht deshalb aus der Mitbestimmung herausfallen, weil es sich der Hilfe von Facebook bedient.

#### Überwachung der Systembetreuer

Soweit jeder der circa zehn Arbeitnehmer, die Zugriff auf die Facebook-Seite hatten, eine individuelle Kennung besaß, war § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch nach Auffassung der Düsseldorfer LAG-Richter anwendbar. Die Aktivitäten des Einzelnen würden ausnahmslos erfasst; daraus hätte sich zusammen mit weiteren Informationen möglicherweise ein Leistungsprofil erstellen lassen. Während des Verfahrens änderte der Arbeitgeber jedoch die Zugriffsvoraussetzungen: Nunmehr hatten alle zehn dieselbe Kennung. Ob diese Änderung auf Anregung des Gerichts erfolgte, lässt sich nicht klären. Jedenfalls war jetzt nur noch das Verhalten von Gruppenmitgliedern erfassbar, und das reichte nach Auffassung des Gerichts für die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht aus. Nach der Rechtsprechung des BAG genüge – so das LAG Düsseldorf – das Erfassen von Verhalten und Leistung einer Gruppe nicht. Eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn die Gruppe für eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Verhalten gemeinschaftlich verantwortlich sei. In einem solchen Fall komme es dann auf die Größe und Organisation der Gruppe sowie auf die Art der Tätigkeit und auf die Anpassungszwänge an, die sich für das einzelne Gruppenmitglied ergeben.

Dem ist mit Recht entgegengehalten worden, dass die Pflege der Seite durch einen der zehn Mitarbeiter der Lebenserfahrung nach von dessen PC aus erfolge. Der Arbeitgeber verfüge daher über genügend Zusatzinformationen wie Internet-Zugriffs-Protokolle und Logfiles, mit deren Hilfe er jederzeit ermitteln könne, wer auf die Seite zugegriffen habe.<sup>12</sup> Hier hatte dem LAG ersichtlich die nötige Anschauung gefehlt, die es sich über die Zuziehung eines Sachverständigen hätte verschaffen können. Weiter hat das Gericht nicht beachtet, dass der Arbeitgeber aus Gründen der Datensicherheit sogar zur Protokollierung verpflichtet ist, wer von den Administratoren Zugriff genommen hat.

Auch wenn man einmal mit dem LAG davon ausgeht, es handle sich nur um „gruppenbezogene“ Daten, ist das Mitbestimmungsrecht nicht ausgeschlossen. Nach der Rechtsprechung ist entscheidend, ob der durch die technische Einrichtung geschaffene Überwachungsdruck unmittelbar auf das einzelne Mitglied „durchschlägt“.<sup>13</sup> Als Beispiel wird üblicherweise der Gruppenakkord genannt, bei dem sich eine mangelhafte Leistung im Gruppenergebnis niederschlägt. Hier ist es jedoch nicht anders: Werden falsche Termine ins Netz gestellt oder Kommentare veröffentlicht, die Kopfschütteln hervorrufen, kann jedes Gruppenmitglied darauf angesprochen werden. Materiell mag dies für den Einzelnen keine Konsequenzen haben, aber die ideelle Position der „Administratoren“, ihr innerbetriebliches

Ansehen, ist unmittelbar betroffen. Dies kann einen internen Gruppendruck auslösen, den die Rechtsprechung durch das Einschalten des Betriebsrats gerade abmildern oder ausschließen will.

## Ergebnis

Die Entscheidung des LAG Düsseldorf ist ein „Ausreißer“. Würde sie Schule machen, wäre die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Zukunft mit vielen Unwägbarkeiten belastet.<sup>14</sup> Die durch die langjährige Rechtsprechung geschaffene Rechtssicherheit käme in Gefahr. Dies ginge zu Lasten der Betriebsräte, doch wäre damit auch der Arbeitgeberseite nicht gedient.

## Autor

Prof. Dr. Wolfgang Däubler ist Hochschullehrer i. R. für Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

Er ist Mitglied im Aufsichtsrat der Bremer Landesbank, Berater der Rechtsanwaltskanzlei Schwegler, und Referent auf zahlreichen Betriebsräteseminaren. Weiter ist er Autor vieler Buchveröffentlichungen zum Arbeitsrecht und zum Datenschutz – kürzlich erschien die 6. Auflage seiner »Gläsernen Belegschaften?« – und die 5. Aufl. seines »Internet und Arbeitsrecht«.

» daeubler@uni-bremen.de

<sup>1</sup> LAG Düsseldorf 12.1.2015 – 9 Ta BV 51/14, in: NZA-RR 2015, 355; dazu auch Lutz, Facebook-Seite ohne Mitbestimmung, in: CuA 2/2015, 24

<sup>2</sup> Aktenzeichen beim BAG: 1 ABR 7/15

<sup>3</sup> ArbG Düsseldorf 27.6.2014 – 14 BV 104/13, in: AuR 2015, 199

<sup>4</sup> Brink, jurisPR-ArbR 14/2015 Anm. 3

<sup>5</sup> BAG 10.4.1984 – 1 ABR 69/82, in: AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972; BAG 23.4.1985 – 1 ABR 39/81, in: AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG 11.3.1986 – 1 ABR 12/84, in: NZA 1986, 526

<sup>6</sup> BAG 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, in: AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972

<sup>7</sup> BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, in: DB 1984, 775

<sup>8</sup> Dies ist schon in den 1980er Jahren so gesehen worden; siehe Ehmann, in: SAE 1985, 276 („sang- und klanglos aufgegeben“); Heinze, in: SAE 1985, 249; Hoffmann/Hilgenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), 48; Klebe, in: NZA 1985, 45; Schapper/Waniorek, in: AuR 1985, 249 („längst fällige Sprachbereinigung“)

<sup>9</sup> BAG 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, in: AiB 5/2015, 60 f.

<sup>10</sup> Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? 6. Auflage 2015, Rn. 757a

<sup>11</sup> So Matthes, in: RDV 1987, 3; ebenso in der aktuellen Literatur Fitting, BetrVG, 27. Auflage 2014, § 87 Rn. 235 am Ende

<sup>12</sup> Brink, jurisPR-ArbR 14/2015 Anm. 3

<sup>13</sup> BAG 18.2.1986 – 1 ABR 21/84 – AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG 26.7.1994 – 1 ABR 6/94, in: NZA 1995, 185 ff. (187) = AP Nr. 26 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

<sup>14</sup> So auch Strunk, „Vertrauen ist gut, Vereinbarung ist besser“, in: CuA 9/2015, 16 ff. und Krause, Ungeahnte Nebenwirkungen, in: CuA 9/2015, 12 ff.