

Die Technikoffenheit der Betriebsverfassung

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

Der Betriebsverfassung werden viele positive Eigenschaften zugesprochen. Es handle sich um ein „unbekanntes Management-Handbuch“¹, dessen Nutzung ersichtlich Gutes stiften könne. An anderer Stelle wird sie als „Die andere Demokratie“ bezeichnet,² die – so lässt sich vermuten - mit der Demokratie im politischen Bereich auf einer Ebene steht. Ganz ohne plakative Kennzeichnung: Die Betriebsverfassung macht es möglich, Konflikte beizulegen, die ohne sie im Wege der Machtprobe oder gar nicht entschieden würden. Stellt dies nicht einen gewichtigen Standortvorteil dar, der anderen Ländern fehlt? Die Frage zu bejahen, erscheint weniger selbstverständlich als es auf den ersten Blick sein mag: Bisher war die Betriebsverfassung kein Exportschlager. Wo sie – wie in Slowenien³ und Südafrika⁴ – in wesentlichen Teilen übernommen wurde, hat sie den gewünschten Erfolg nicht erbracht. Ersichtlich müssen zur ökonomischen Nützlichkeit noch andere Faktoren hinzu kommen, die nicht überall vorhanden sind.⁵

Im Folgenden soll eine Eigenschaft der Betriebsverfassung besprochen werden, die bislang kaum zu ihrem allgemeinen Ansehen beigetragen hat. Wie setzt sie sich mit dem technischen Wandel, mit der Einführung neuer Techniken im Arbeitsprozess auseinander? Geht es nur um Folgenbewältigung, oder kann Technik mitgestaltet werden?

II. Die Entwicklung bis zum Jahr 1972

Das Stichwort „Technik“ findet sich bereits im BRG von 1920. Beruhten „größere Personalveränderungen“ auf der „Einführung neuer Techniken“, so hatte sich der Arbeitgeber nach § 74 BRG mit dem Betriebsrat „möglichst längere Zeit vorher“ über Art und Umfang der

¹ So der Titel des Beitrags von v. Hoyningen-Huene, FS Kissel, 1994, S. 387

² Milert/Tschirbs, Die andere Demokratie. Betriebliche Interessenvertretung in Deutschland, 1848 bis 2008, Essen 2012

³ Kohl AiB 1998, 28 ff.

⁴ Lunk NZA 1996, 1311.

⁵ Zu den generellen Schwierigkeiten des Exports von Arbeitsrecht in andere Länder s. Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 73e ff.

erforderlichen Einstellungen und Entlassungen „und über die Vermeidung von Härten“ ins Benehmen zu setzen. Dabei handelt es sich nicht etwa um ein Mitbestimmungsrecht. Mit dem Betriebsrat „ins Benehmen gesetzt“ hatte sich der Arbeitgeber bereits dann, wenn er ihn über seine Pläne informiert und diese mit ihm diskutiert hatte. Dabei konnte der Betriebsrat auch eigene Vorstellungen entwickeln. Führte dieser Beratungsprozess zu keinem Konsens, war der Arbeitgeber frei, das von ihm für richtig Gehaltene zu realisieren.⁶ Unterblieb das „Ins Benehmen Setzen“ und handelte der Arbeitgeber ohne Einschaltung des Betriebsrats, so änderte dies an der Wirksamkeit der Einstellungen und Entlassungen nichts.⁷ Der Arbeitgeber riskierte lediglich, dass der Betriebsrat Verstöße gegen Einstellungsrichtlinien (soweit vorhanden) rügte und dass er von seinem Einspruchsrecht gegen Kündigungen gemäß § 84 BRG Gebrauch machte. Ob und inwieweit der Betriebsrat auf diese Weise Einfluss auf technische Veränderungen nehmen konnte, ist nicht überliefert. Auch sprechen fehlende Gerichtsentscheidungen dafür, dass § 74 BRG in der Praxis nur eine bescheidene Bedeutung hatte.

Nach dem Zweiten Weltkrieg ging es zunächst darum, die noch vorhandenen Produktionsanlagen zu reparieren und wieder in Gang zu setzen. Technisch fortgeschrittenes Equipment wurde erst einige Jahre später angeschafft, wobei dies Sache der Arbeitgeberseite war. Das Betriebsrätegesetz des Alliierten Kontrollrats (KRG Nr. 22⁸) enthielt in Art. V Abs. 2 eine Generalklausel mit der bemerkenswerten Aussage:

„Die Betriebsräte bestimmen im Rahmen dieses Gesetzes selbst ihre Aufgaben im einzelnen und die dabei zu befolgenden Verfahren.“

Dies wurde so aufgefasst, dass sie sich mit dem Arbeitgeber über umfassende Mitbestimmungsrechte einschließlich solcher über wirtschaftliche Angelegenheiten verständigen konnten; kam keine Einigung zustande, war auch ein (legaler) Streik möglich.⁹

⁶ Flatow/Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz, 13. Aufl., Berlin 1931, § 74 Anm. 3

⁷ Flatow/Kahn-Freund, a.a.O., § 74 Anm. 3 (S. 375)

⁸ Abgedruckt u. a. bei Hemken, Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Stuttgart 1946 ff. sowie in neuerer Zeit in: Mielke/Rütters (Bearb.), Gewerkschaften in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft 1945 – 1949, Quellen zur Geschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung im 20. Jahrhundert, Band 7, Köln 1991, Dokument 7 (S. 131 ff.); im Internet abrufbar unter <http://www.verfassungen.ch/de/de45-49/kr-gesetz22.htm>; die englische Fassung findet sich unter https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Enactments/Volume-III.pdf

⁹ Einzelheiten zum KRG Nr. 22 bei Gloria Müller, Mitbestimmung in der Nachkriegszeit. Britische Besatzungsmacht – Unternehmer – Gewerkschaften, Düsseldorf 1987.

Gewerkschaftliche Richtlinien zur Ausfüllung des Art. V Abs. 2 sahen Mitbestimmungsrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten vor, was bis zur „Aufgabe bisheriger und der Aufnahme neuer Produktionszweige“ ging. An anderer Stelle war von der „Anschaffung, Verwendung und Veräußerung von Betriebsanlagen und (der) Erweiterung, Einschränkung und Stilllegung des Betriebs“ die Rede, doch spielte die dabei relevante Technik keine sichtbare Rolle.¹⁰

Das hessische Betriebsrätegesetz vom 31. Mai 1948¹¹ enthielt in § 52 Abs. 1 ein umfassendes Mitbestimmungsrecht in wirtschaftlichen Angelegenheiten, das auch „Veränderungen in den Betriebsanlagen“ erfasste. Die amerikanische Besatzungsmacht suspendierte allerdings zunächst die Vorschrift,¹² machte diesen Eingriff allerdings nach Gründung der Bundesrepublik am 7.4.1950 wieder rückgängig.¹³ Die Bestimmung galt deshalb rund 2 ½ Jahre bis zum Inkrafttreten des BetrVG 1952, ohne dass sich irgendwelche Kontroversen ergeben hätten. Dies erstaunt, da es zu Fragen der sozialen Mitbestimmung in demselben Zeitraum sehr wohl Auseinandersetzungen gab.¹⁴ Die Vermutung liegt nahe, dass sich die Betriebsräte mit Rücksicht auf die Komplexität der Materie nicht in der Lage sahen, von ihren gesetzlichen Befugnissen effektiven Gebrauch zu machen.

Das BetrVG 1952 maß der anzuwendenden Technik ebenfalls keine herausgehobene Rolle bei. Primär ging es ähnlich wie im hessBRG bei den „wirtschaftlichen Angelegenheiten“ um Betriebseinschränkungen und Stilllegungen, um Verlegung und Zusammenschluss und um grundlegende Änderungen des Betriebszwecks und der Betriebsanlagen. All dies konnte (musste aber nicht) mit der Verwendung neuer Techniken zusammen hängen. Eine recht deutliche Referenz an den technischen Fortschritt brachte jedoch § 72 Satz 2 Buchstabe e BetrVG 1952: Die Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden war nur dann eine Betriebsänderung, „soweit sie nicht offensichtlich dem technischen Fortschritt entsprechen oder ihm dienen.“ Das Gesetz nahm sich also in diesen Fällen selbst zurück und verzichtete auf jeden „Gestaltungsanspruch“. Wo der „technische Fortschritt“ offen zutage trat, hatte er gegenüber Verhandlungs- und Abfindungsansprüchen den unbedingten Vorrang. Dies war

¹⁰ Zu den Richtlinien und ihrer Umsetzung s. Kleßmann/Friedemann, Streiks und Hungermärsche im Ruhrgebiet 1946 – 1948, Frankfurt/Main 1977, S. 38 ff.; Gloria Müller, a.a.O., S. 169 ff.; Übersicht über tatsächlich abgeschlossene Betriebsvereinbarungen bei Zigan, Betriebsvereinbarungen nach Kontrollratsgesetz Nr. 22 (Betriebsrätegesetz), Düsseldorf 1948

¹¹ GVBl 1948 Nr. 23 S. 117 ff.

¹² Dazu Eberhard Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945 – 1952, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1971, S.163

¹³ Plumeyer, Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 – 1950, Aachen 1995, S. 290 ff.

¹⁴ <http://www.spiegel.de/print/d-44448870.html> (Mitbestimmung über Arbeitszeit)

auch in der Praxis von großer Bedeutung.¹⁵ Allerdings blieb das Mitbestimmungsrecht über neue Entlohnungsmethoden nach § 56 Abs. 1 Buchstabe h BetrVG 1952 unberührt, wenn sich die aus dem technischen Fortschritt ergebenden Arbeitsmethoden auch auf die Entgeltstruktur auswirkten.¹⁶

III. Der veränderte gesetzliche Rahmen 1972

Die Novellierung 1972 brachte eine Reihe von Regelungen, die den Betriebsrat in die Lage versetzten, mittelbar, aber auch unmittelbar auf die Einführung und Anwendung von Technik Einfluss zu nehmen. Dabei konnte (und kann) er auf sehr unterschiedliche Rechte zurückgreifen.

Um mit dem Einfachsten zu beginnen: Nach § 90 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat u. a. über die Planung von technischen Anlagen und von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen zu unterrichten und anschließend mit ihm darüber zu beraten, wobei insbesondere neue Arbeitsanforderungen für die Beschäftigten zu erörtern sind. Dabei geht es nur um den Austausch von Argumenten. Die Letztentscheidung bleibt beim Arbeitgeber; von Mitbestimmung kann insoweit nicht die Rede sein.

Bei geplanten Betriebsänderungen kennt § 111 Satz 3 BetrVG keinen Vorbehalt mehr zugunsten des offensichtlichen technischen Fortschritts. Auch dann, wenn grundlegend neue Arbeitsmethoden ersichtlich dem technischen Fortschritt entsprechen oder ihm dienen, kann der Betriebsrat Verhandlungen über einen Interessenausgleich verlangen und grundsätzlich die Vereinbarung eines Sozialplans erzwingen. Es genügt, wenn die neuen Arbeitsmethoden oder Fertigungsverfahren im konkreten Betrieb noch nicht angewandt werden; ob sie in anderen Betrieben längst mehr oder weniger selbstverständlich sind, spielt keine Rolle.¹⁷

Technikbezogen ist zumindest mittelbar das Mitbestimmungsrecht nach § 97 Abs. 2 BetrVG. Führen geplante oder schon umgesetzte Maßnahmen des Arbeitgebers dazu, „dass sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und

¹⁵ Fitting/Kraegeloh/Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung. Handkommentar, 9. Aufl., Berlin 1970, § 72 Rn. 25

¹⁶ Galperin/Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Heidelberg 1963, § 72 Rn. 20

¹⁷ Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 111 Rn. 114 (im Folgenden: DKKW-Bearbeiter); Fitting, Handkommentar zum BetrVG, 29. Aufl., München 2018, § 111 Rn. 100

Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen,“ so steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht über Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung zu. Notfalls lassen sich Angebote des Arbeitgebers mit Hilfe der Einigungsstelle erzwingen. Würde also ein neues SAP-System eingeführt, ohne dass der Umgang damit im Einzelnen erläutert würde, so wäre ein solcher Fall gegeben. In der Praxis spielt dieses Mitbestimmungsrecht eine vergleichsweise geringe Rolle. Dies mag damit zusammen hängen, dass die Arbeitgeberseite schon von sich aus viele Angebote macht, weil sich sonst die „Modernisierung“ wegen zahlreicher Friktionen nicht rechnen würde. Auf der anderen Seite fällt es den Beschäftigten und dem Betriebsrat schwer, auf Überforderung und fehlende Qualifikation hinzuweisen: Etwas Derartiges verstößt nicht nur gegen den „Produzentenstolz“, sondern ist ggf. auch mit der Befürchtung verbunden, den bisherigen Arbeitsplatz in Gefahr zu bringen. Auch hat § 97 Abs. 2 BetrVG den Nachteil, nur unmittelbar sichtbar werdende Defizite auszugleichen, aber keine langfristig angelegte Weiterqualifizierung oder Umschulung zu ermöglichen.

In einzelnen Industriebranchen hat das unscheinbare Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG („Grundsätze über das betriebliche Vorschlagswesen“) erhebliche Bedeutung gewonnen. Verbesserungsvorschläge ersparen bestimmten Großunternehmen nicht nur zweistellige Millionenbeträge,¹⁸ sondern schaffen auch eine konstruktive Arbeitsatmosphäre, weil der Einzelne an seinen „Sonderleistungen“ partizipiert. Der Betriebsrat kann zwar nicht erzwingen, dass Vorschläge regelmäßig vergütet werden,¹⁹ doch wird es häufig ein Eigeninteresse der Arbeitgeberseite geben, durch materielle Anreize Initiativen der Arbeitnehmer zu provozieren. Hier wird die technische Entwicklung durch den Betriebsrat und die Beschäftigten unmittelbar beeinflusst und unterstützt – ein Gedanke, der sich im Gesetz über Arbeitnehmererfindungen²⁰ wiederfindet.

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betrifft seinem unmittelbaren Gegenstand nach nur die Überwachung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer durch technische Mittel. Die Vorschrift knüpft somit an einen spezifischen Technikeinsatz an und gibt dem Betriebsrat das Recht, die technikvermittelten Überwachungsmöglichkeiten zurückzudrängen oder auszuschließen. Durch die immer umfassendere Einführung von Informationstechnologien entsteht für die Bestimmung ein außerordentlich breites Anwendungsfeld, was sie in die Nähe einer mitbestimmungsrechtlichen Generalklausel rückt.

¹⁸ Nachweise bei DKKW-Klebe § 87 Rn. 360

¹⁹ BAG 28.4.1981 – 1 ABR 53/79, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Vorschlagswesen

²⁰ v. 23. Juli 1957, BGBl I S. 756, zuletzt geändert durch Gesetz v. 31. Juli 2009, BGBl I S. 2521

Ihre Bedeutung geht weit über die der anderen genannten Vorschriften hinaus, so dass es gerechtfertigt erscheint, ihr einen besonderen Abschnitt zu widmen.

IV. Die Überwachungsabwehr des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

1. Historischer Anlass

Mit diesem Mitbestimmungsrecht hat der Gesetzgeber bewusst die BAG-Rechtsprechung zum alten Recht²¹ korrigiert, die die Installierung eines Produktographen für mitbestimmungsfrei erklärt hatte.²²

Mit Hilfe eines solchen Geräts konnte der Arbeitgeber den an einer Maschine beschäftigten Arbeitnehmer zwingen, durch Druck auf eine von insgesamt fünf Tasten in jedem Moment den Grund für den Stillstand der Maschine anzugeben. Obwohl dies zu einem Wegfall jeder (inoffiziellen) Verschnaufpause und zu einem totalen Überwachungssystem führen konnte, hatte das BAG damals keine Bedenken, da sich derjenige, der sich in ein Arbeitsverhältnis begeben, insoweit eben auch einer Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwerfe; das Ganze dürfe lediglich nicht in ein (nicht näher beschriebenes) „Antreibersystem“ ausarten.

Erscheinungen dieser Art soll es seit 1972 nur mit Zustimmung des Betriebsrats oder der Einigungsstelle, d. h. nur noch in Ausnahmefällen geben. Zutreffend hat das BAG schon früh neben dem Produktographen auch Multimoment-Filmkameras, die in regelmäßigen Abständen Aufnahmen von Arbeitsplätzen machen, unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 eingeordnet.²³ Erst recht wird eine (dauernde) Videokontrolle erfasst.²⁴

2. Erweiterte Überwachungsmöglichkeiten

Durch die zunehmende Einführung von Informationstechnologien sind neben diese «groben» Formen von Kontrolle zahlreiche andere Mechanismen getreten, die der Betriebsleitung zusätzliche Daten über Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern verschaffen können: Aus- und Einschalten eines Geräts werden gespeichert, ebenso das verbrauchte Material, aber auch die von einem bestimmten Apparat aus geführten Telefongespräche – Vorgänge, aus denen je nach den konkreten Umständen des Falles Rückschlüsse auf das Verhalten einzelner Beschäftigter möglich sind.

²¹ BAG 27.5.1960 – 1 ABR 11/59, AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG (1952) Ordnung des Betriebes

²² BT-Drucksache VI/1786, S. 48 ff.; bestätigt durch BAG 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

²³ BAG 14.5.1974 – 1 ABR 45/73, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

²⁴ So bereits BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03, NZA 2004, 1278, 1279.

Dem Verfasser wurde bei einem Betriebsräte-Seminar die folgende Situation aus einem Call Center geschildert: Alle Gespräche werden an 5 Tagen der 7-Tage-Woche aufgezeichnet. Die stichprobenweise Auswertung kann zur Gewährung einer Prämie, aber auch zu einer »Ermahnung« oder Abmahnung führen. Am Arbeitsplatz steht ein PC, dessen webcam immer eingeschaltet ist. Der Arbeitnehmer kann sie ausschalten, muss dann aber bei Bedarf Auskunft über den Grund geben. Aktuell ging es im Betrieb um »keyword-spotting«. Dabei stellt man fest, wie oft ein bestimmter Begriff (in der Regel die Bezeichnung einer zu verkaufenden Ware) in den Gesprächen Erwähnung fand. Es gibt Vorgaben, wie oft der Einzelne sie pro Tag erwähnen muss. Ob er diese auch befolgt, lässt sich durch automatische Auswertung der Gespräche feststellen.²⁵

EDV-gestützte Personalinformationssysteme enthalten zahllose personenbezogene Daten, die miteinander verknüpft werden können. Besonderes Interesse haben die mit Bildschirmarbeitsplätzen verbundenen Kontrollmöglichkeiten gefunden.²⁶ Der potenzielle Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 hat sich dadurch enorm ausgeweitet – eine zunächst relativ unproblematisch erscheinende Vorschrift geriet so schon in den 1980-er Jahren in den Mittelpunkt arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen.

3. Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Interesse des Persönlichkeitsschutzes

Ob § 87 Abs. 1 Nr. 6 auf solche Sachverhalte anwendbar ist, richtet sich nach dem Grundgedanken der Vorschrift. Sie will die Persönlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers durch die Einschaltung einer Kontrollinstanz präventiv zu schützen,²⁷ um unzulässige Eingriffe zu verhindern und zulässige auf das unbedingt Notwendige zu beschränken.²⁸ Bei der Auslegung der Vorschrift ist diejenige Lösung zu wählen, die diesem Zweck am nächsten kommt: In dubio pro Persönlichkeitsschutz.²⁹

Die Rechtsprechung des BAG hat sich im Wesentlichen an diesen Grundsatz gehalten. Schon die objektive Möglichkeit zur Kontrolle reicht, um die Vorschrift anzuwenden, eine (schwer beweisbare) Überwachungsabsicht muss nicht vorliegen.³⁰ Mitbestimmungspflichtig ist nicht nur die Erhebung von personenbezogenen Daten durch technische Einrichtungen, sondern auch die Auswertung manuell erhobener Daten mit Hilfe der EDV.³¹ Maßgebend hierfür ist die Erwägung, dass die Gefahren für die Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht

²⁵ Instrukтив zu den Überwachungsmöglichkeiten in einem Call-Center Schierbaum, RDV 1998, 154 ff.

²⁶ Dazu BAG 6.12.1983 – 1 ABR 43/81, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1987 = NJW 1984, 1476

²⁷ BAG 10.7.1979 – 1 ABR 50/78, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG 10.7.1979 – 1 ABR 97/77, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

²⁸ DKKW-Klebe § 87 Rn 166; GK-Wiese/Gutzeit, 11. Aufl., Köln 2018, § 87 Rn 509 ff.; Richardi/Maschmann, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., München 2018, § 87 Rn 490 ff.

²⁹ DKKW-Klebe § 87 Rn 166; Fitting, § 87 Rn 216; Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten, Bonn 1980, S. 30; Wohlgemuth AuR 2004, 257, 260

³⁰ BAG 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, st. Rspr.

³¹ BAG 14.9.1984 – 1 ABR 23/82, NZA 1985, 28 ff.

weniger groß sind als bei der maschinellen Erfassung: Die fast unbegrenzten Speicherkapazitäten, die jederzeitige Verknüpfbarkeit der Informationen mit anderen betriebsinternen Datensammlungen, die beliebige Abrufbarkeit aller Informationen, ihre Isolierung vom ursprünglichen sozialen Kontext – dies alles gilt genauso, wenn nicht schon bei der Erfassung, sondern erst bei der Verarbeitung das Medium EDV benutzt wird.³²

Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern werden auch dann erfasst, wenn nur mittels „Zusatzwissens“ wie einer Anwesenheitsliste rückgeschlossen werden kann, welche Person im konkreten Fall für die aufgezeichneten Vorgänge verantwortlich war.³³

4. Mitgestaltung von Technik?

Die Anwendungsbeispiele machen deutlich, dass der Betriebsrat befugt ist, den Einsatz von Technik effektiv mit zu entscheiden. Er kann z. B. verlangen, dass bestimmte Merkmale eines Systems deaktiviert werden oder dass unvermeidlich anfallende Daten sofort zu löschen sind. Will er seine Aufgaben wirksam erfüllen, muss er die Funktionsweise der Informationstechnik nachvollziehen und ggf. durch Einschaltung von Experten klären, ob und welche Möglichkeiten es gibt, die Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer zu minimieren. Mit einer Absichtserklärung des Arbeitgebers, es werde keine Überwachung stattfinden und die erhobenen Daten würden nicht ausgewertet, muss er sich nicht zufrieden geben. Der universelle Charakter der Informationstechnik führt dazu, dass der Betriebsrat bei (fast) allen wesentlichen Fragen der apparativen Ausstattung des Betriebs mitbestimmen kann.

Zwischen dem durch Gesetz und Rechtsprechung eingeräumten Recht und der tatsächlichen Mitgestaltung klafft allerdings ein großes Loch. Nehmen wir ein ganz alltägliches Beispiel: In einem mittelständischen Betrieb mit 400 Beschäftigten wird mit einem Informationssystem gearbeitet, an das 320 Personen angeschlossen sind. Für jeden sind entsprechend seiner Aufgabenstellung bestimmte Zugriffsbefugnisse eingerichtet, die zum Teil zu „Rollen“ zusammen gefasst werden. Welcher Betriebsrat und welcher Einigungsstellenvorsitzende ist willens und in der Lage, sämtliche 320 Zugriffsrechte im Einzelnen auf ihre Notwendigkeit hin durchzuprüfen? Dies würde voraussetzen, auch die Arbeit jedes Einzelnen im Detail nachzuvollziehen, denn nur dann lässt sich die Erforderlichkeit eines konkreten Datenzugriffs

³² Im Einzelnen dazu BAG 14.9.1984 – 1 ABR 23/82, NZA 1985, 28, 30 (unter V 3 b der Gründe).

³³ Dazu im Einzelnen Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl., Frankfurt/M. 2019, Rn 752 ff. m.w.N.

und einer konkreten Datenverarbeitung bestimmen. Betriebsratsmitglieder, die diese Aufgabe ernst nehmen würden, müssten nicht nur eine hohe Fachkompetenz aufweisen; sie würden auch über längere Zeit für jede andere Betriebsratstätigkeit ausfallen, von ihrer normalen Arbeit ganz zu schweigen.

Das gewählte Beispiel fällt keineswegs aus dem Rahmen. Es reicht, auf einen großen deutschen Verkehrsflughafen hinzuweisen, dessen Betreibergesellschaft über 3.000 Videokameras verfügt: Bei jeder müsste korrekterweise überprüft werden, für welchen konkreten Zweck sie benötigt wird. Dazu kommt, dass in vielen Fällen Anforderungen staatlicher Behörden im Hintergrund stehen. Bei der Installierung wurden allerdings keine Verwaltungsakte erlassen, sondern nur Gespräche über die notwendigen Maßnahmen geführt. Der (zunächst nicht eingeschaltete) Betriebsrat müsste daher Dreierverhandlungen führen. Unterstellt man auf der Grundlage eines etwas mutigen Optimismus, dass im Durchschnitt innerhalb einer Stunde eine Verständigung über eine Kamera erreichbar ist, so dauern die Verhandlungen rund zwei Jahre. In der Praxis läuft dies ersichtlich anders: Man generalisiert, auch wenn die Einzelfälle sich unterscheiden, und man begnügt sich mit einer Regelung, die an den Rechtsfolgen ansetzt, die beispielsweise einen Zugriff auf die durch Kamera ermittelten Daten nur erlaubt, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat einig sind oder ein zwingendes öffentliches Interesse es erfordert. Der Betriebsrat ist faktisch gezwungen, die Technik als solche zu akzeptieren, und begnügt sich mit Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer.

Auch diese „verdünnte“ Form von Mitbestimmung macht den Betriebsrat in gewissem Umfang zum Technologieexperten. Er kann und muss über die Technikgestaltung mitreden, auch wenn er diese nur im Ausnahmefall inhaltlich beeinflussen wird. Entwicklungen, die in der Belegschaft oder gar darüber hinaus Empörung auslösen, könnte er allerdings verhindern oder wieder rückgängig machen.

V. Digitalisierung als Herausforderung

1. Neue Rahmenbedingungen

Die Schaffung und immer weitere Verbreitung von Informationstechniken ließ sich im Grundsatz innerhalb des überkommenen Systems bewältigen: Wird am Arbeitsplatz mit dem

PC statt mit der Maschine gearbeitet, muss der Betriebsrat für die Einhaltung der einschlägigen Schutzgesetze sorgen, die andere sein mögen, die aber seine Rolle als solche nicht tangieren. Durch den Gedanken der Überwachungsabwehr sind seine rechtlichen Einflussmöglichkeiten im Vergleich zur traditionellen Fabrik sogar erheblich größer geworden.

Die fortschreitende Digitalisierung ändert erstmals die Rahmenbedingungen und stellt die Gleichsetzung Computer = Maschine fundamental in Frage. Ohne mich auf Spekulationen zur „Arbeit 4.0“ einzulassen, lassen sich heute schon eine Reihe von Veränderungen feststellen, die nicht nur den Betriebsrat mit neuen Aufgaben konfrontieren, sondern im Extremfall auch seine Existenz in Frage stellen können.

2. Verflüssigung der Arbeitszeit

Mit den herkömmlichen Mitteln könnten sich die Arbeitszeitprobleme bewältigen lassen, die die Digitalisierung mit sich bringt, doch verlangt dies neuartige Vorgehensweisen. Die Verfügbarkeit von Laptop, Tablet-Computer und Smartphone macht es möglich, zu jeder Zeit und von jedem Ort aus zu arbeiten. Dies bedeutet insbesondere: Was im Büro nicht geschafft wurde, wird auf der Heimfahrt oder zu Hause erledigt. Ob dies dann auch als „Arbeitszeit“ erfasst wird, steht auf einem anderen Blatt. Einzelne Beschäftigte identifizieren sich so stark mit ihrer Aufgabe, dass sie nicht mehr nach der Zehn-Stunden-Grenze des § 3 Satz 2 ArbZG, nach den Pausen des § 4 ArbZG und den Ruhezeiten des § 5 ArbZG fragen. Dies kann bei der sog. Vertrauensarbeitszeit besonders nahe liegen, ist aber nicht auf diesen Fall beschränkt. Findet während des Urlaubs eine Telefonkonferenz statt, so nehmen viele Mitarbeiter gleichwohl teil; dies geschieht aus „Pflichtbewusstsein“ oder deshalb, weil sie die eigene Unentbehrlichkeit unterstreichen wollen. Doch es geht nicht nur um diese „Workaholics“: In vielen Fällen wird erwartet, dass Gruppen von Beschäftigten auch während ihrer Freizeit erreichbar sind und bei Bedarf innerhalb kurzer Frist mit der Arbeit beginnen. Auch dies kann (und wird häufig) zu einer Verletzung des ArbZG führen.

Wirksame Gegenmittel sind rar. Betriebsräte neigen wie die meisten Juristen dazu, die konsequente Umsetzung des ArbZG zu fordern und ggf. die vorgesehenen Sanktionen zu erhöhen. Selbst der an sich naheliegende Gedanke, die jederzeitige Erreichbarkeit als Fall der

Rufbereitschaft zu qualifizieren, die mitbestimmungspflichtig ist,³⁴ wird in der Praxis kaum aufgegriffen. Sich neuen Herausforderungen zu stellen, erscheint vielen Betriebsräten höchst ungewohnt. Der Kern des Problems liegt darin, dass die anfallende Arbeitsmenge typischerweise nicht in den arbeitsvertraglich vereinbarten 37 bis 40 Stunden bewältigt werden kann. Hier müsste die Arbeitnehmerseite ansetzen und den Versuch unternehmen, die Arbeitsbelastung zu begrenzen. Dies ließe sich am einfachsten mit einem neuen Mitbestimmungsrecht bewältigen, doch kommt auch in Betracht, besonderes gravierende Fälle aufzugreifen und von den Möglichkeiten des Beschwerderechts nach §§ 84, 85 BetrVG bis hin zur Einschaltung der Einigungsstelle Gebrauch zu machen.³⁵

3. Arbeitsschutzrecht

Infolge der Intensivierung der Arbeitsprozesse nehmen die psychischen Belastungen an vielen Arbeitsplätzen zu.³⁶ Es verwundert daher nicht, dass die Zahl psychischer Erkrankungen, die auf arbeitsbedingten Ursachen beruhen, in den letzten zehn bis 15 Jahren deutlich gestiegen ist.³⁷ So haben sich die Krankheitstage, die auf einem Burn-out-Syndrom beruhen, zwischen 2004 und 2010 auf das Neunfache erhöht.³⁸ Zwischen dauernder Erreichbarkeit und Stress besteht ein unmittelbarer Zusammenhang: 36 % derjenigen, die sich als „häufig gestresst“ empfinden, geben zugleich an, fast durchgehend online zu sein.³⁹

Wichtigstes Gegenmittel für den Betriebsrat ist die Gefährdungsbeurteilung, die sich seit 2013 auch auf „psychische Belastungen bei der Arbeit“ bezieht (§ 5 Abs. 3 Nr. 6 ArbSchG). Zwar stehen dem Betriebsrat Mitbestimmungsrechte in Bezug auf die konkret zu erforschenden Gefahren und die Auswahlkriterien für den „Untersucher“ zu,⁴⁰ doch fällt es in der Praxis wegen einer verhaltenen Reaktion der Arbeitgeberseite oft schwer, davon wirklich Gebrauch zu machen. Erst recht wird nur von wenigen Fällen berichtet, in denen eine einmal erstellte Gefährdungsbeurteilung zu einem effektiven Abbau von Überforderungen und damit von Gesundheitsgefährdungen geführt hat.⁴¹

³⁴ BAG 21.12.1982 – 1 ABR 14/81, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit

³⁵ Einzelheiten bei Däubler, ZTR 2016, 359

³⁶ Gaul DB 2013,60; J. Schneider DB 2013, 1351, 1353

³⁷ Eingehend Krause, 71. DJT, B 66 ff.

³⁸ Welkoborsky/Baumgarten, AiB 12/2014, 51 unter Bezugnahme auf eine Untersuchung des Wissenschaftlichen Instituts der AOK

³⁹ Krause, 71. DJT, B 68. Weitere Angaben bei Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 6 Rn. 18 ff.

⁴⁰ BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1072 Gesundheitsschutz

⁴¹ Däubler, Digitalisierung, § 6 Rn. 33 ff.

4. Home Office und mobile Arbeit

Digitalisierte Arbeit kann nicht nur zu beliebiger Zeit, sondern auch an beliebigem Ort geleistet werden. Viele Arbeitnehmer haben überdies den Wunsch, ihre Arbeit teilweise oder ganz zu Hause zu erledigen und so ohne den beschwerlichen, oft Zeit und Nerven kostenden Weg zum Betrieb und zurück auszukommen. Weiter können familiäre Pflichten für eine solche Lösung sprechen. Auch bei der Arbeitgeberseite besteht häufig Entgegenkommen, weil selbst bei nur zwei Homeoffice-Tagen pro Woche weniger Bürokapazität vorgehalten werden muss und Desk-Sharing praktiziert werden kann.⁴²

Das Arbeitsvertragsrecht gibt nur ganz ausnahmsweise einen Anspruch auf ein Homeoffice. Er besteht etwa dann, wenn bei einer Ablehnung der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt wäre oder wenn die Arbeit im Homeoffice die einzige behinderungsgerechte Beschäftigung im Sinne von § 164 Abs. 4 SGB IX ist. Dennoch haben viele Arbeitnehmer eine entsprechende Möglichkeit, weil sich die jeweiligen Arbeitgeber aufgrund ihrer objektiven Interessenlage bereit finden, insoweit eine freiwillige Betriebsvereinbarung abzuschließen. Diese kann zahlreiche Regelungen enthalten, die von einem Recht auf Rückkehr in den Betrieb über Haftungs- und Versicherungsfragen bis hin zu einem Entgelt für das dienstlich genutzte Zimmer in der Privatwohnung reichen.⁴³ Ob der einzelne Arbeitnehmer im Home-Office arbeiten will, ist allerdings grundsätzlich ihm überlassen. Eine „Versetzung nach Hause“ ist nicht mehr vom Direktionsrecht gedeckt: Die Grundlagen des Arbeitsverhältnisses würden verändert, weil der Arbeitnehmer zu Hause auch mit eigenen Arbeitsmitteln tätig wird.⁴⁴ Aus diesem Grund käme neben der meist ausscheidenden Änderungskündigung nur ein Änderungsvertrag in Betracht, der allerdings der AGB-Kontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB iVm § 310 Abs. 3 BGB standhalten muss.

Soweit die Arbeit zu Hause nur einen kleineren Teil der Woche betrifft, ist keine betriebsverfassungsrechtliche Relevanz ersichtlich. Anders verhält es sich dann, wenn die gesamte oder fast die gesamte Arbeit in der eigenen Wohnung erledigt wird: Der betriebliche Zusammenhalt geht in solchen Fällen verloren, Betriebsversammlungen dünnen aus, der Betriebsrat handelt wie ein „Geschäftsführer ohne Auftrag“, seine Basis wird immer kleiner

⁴² Weitere Einzelheiten bei Däubler, Digitalisierung, § 15 Rn. 1 ff.

⁴³ Zum Inhalt solcher Betriebsvereinbarungen s. näher Eder AiB 3/2017 S. 15; Hoppe, in: Kramer (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, München 2017, Teil B Rn. 615

⁴⁴ Eine Ausnahme könnte für den ausschließlich vom Arbeitgeber eingerichteten Telearbeitsplatz im Sinne des § 2 Abs. 7 ArbStättVO gelten, doch ist er eine seltene Erscheinung.

und unsichtbarer. Ob er von real auftauchenden Problemen Kenntnis erhält, beruht eher auf Zufall als auf Normalität. Dazu kommt das Problem, dass arbeitsrechtliche Vorschriften wie das ArbZG und das Arbeitsschutzrecht mangels wirksamer Kontrolle aller Erfahrung nach lax gehandhabt werden. Dies alles konnte schon bei der traditionellen Telearbeit auftauchen, doch bewegte sich diese in engen zahlenmäßigen Grenzen. Beim Home-Office muss dies keineswegs der Fall sein; es kann zu einer Massenerscheinung werden.

5. Die Matrixorganisation – der Vorgesetzte in der Ferne

Die Matrixorganisation von Unternehmen und Konzernen befindet sich in einem Prozess der Expansion, der durch die Digitalisierung verstärkt wird. Betriebsverfassungsrechtlich ist insbesondere das Phänomen von Bedeutung, dass der Disziplinarvorgesetzte als Repräsentant des Vertragsarbeitgebers und der Fachvorgesetzte in verschiedenen Betrieben oder Unternehmen angesiedelt sind. Dabei können die „Kommandostellen“ auch im Ausland liegen; der bei der deutschen Niederlassung von IBM beschäftigte Informatiker erhält z. B. seine Weisungen direkt aus den USA.⁴⁵ Ändert sich dadurch etwas an der Betriebszugehörigkeit und damit an dem Kreis derer, für die der Betriebsrat sprechen kann?

Der Weisungsempfänger gehört unbestrittenermaßen weiter zum bisherigen Betrieb. Er befindet sich insoweit in einer ähnlichen Lage wie ein Leiharbeitnehmer, der mit Rücksicht auf seinen Arbeitsvertrag Teil des Verleiherbetrieb bleibt, obwohl er im Betrieb des Entleihers arbeitet und dort seine Weisungen erhält. Zweifelhaft kann deshalb nur sein, ob auch die Führungskraft, die die Weisungen erteilt, zur Belegschaft gehört. Dies hätte u. a. zur Folge, dass dem Betriebsrat nach § 99 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht zustehen würde, wenn eine Person mit dieser Aufgabe betraut wird. Dies wurde von mehreren Landesarbeitsgerichten bejaht – allerdings nur für rein innerstaatliche Tatbestände.⁴⁶ Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen, da die Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG nur eine Eingliederung in die betriebliche Organisation verlangt, die bei einer mit Weisungsbefugnissen ausgestatteten Person eindeutig zu bejahen ist. Die frühere Zwei-

⁴⁵ Näher zum Matrix-System s. C. Schubert, Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation, Frankfurt/Main 2017, S. 15 ff.; Fritz, Beilage 4/2018 zu NZA, S. 98 ff.

⁴⁶ LAG Düsseldorf 20.12.2017 – 12 TaBV 66/17, NZA-RR 2018, 298 (auch für betriebsübergreifende Matrix innerhalb eines Unternehmens); LAG Düsseldorf 10.2.2016 – 7 TaBV 63/15, LAGE § 101 BetrVG 2001 Nr. 5 (unternehmensübergreifende Matrixstrukturen); LAG Baden-Württemberg 28.5.2014 – 4 TaBV 7/13, BB 2014, 2298 (unternehmensübergreifende Matrixstrukturen); vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg 17.6.2015 – 17 TaBV 277/15, NZA-RR 2015, 529 (Übernahme der Personalverantwortung im Betrieb)

Komponenten-Lehre, die neben der Eingliederung auch die Existenz eines Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber verlangte, ist aufgegeben worden.⁴⁷

Die Eingliederung in den Betrieb kann nicht davon abhängen, wo sich die konkrete Arbeitsstätte einer Person befindet. Das BAG hat mit Recht darauf abgestellt, dass es letztlich darauf ankommt, wer das Arbeitsverhalten der fraglichen Person steuert. Insoweit ist es auch möglich, dass eine auf Dauer ins Ausland entsandte Person weiter dem inländischen Betrieb zugeordnet ist.⁴⁸ Anders ist es nur, wenn die in Betracht kommende Person voll in den ausländischen Betrieb integriert ist und keine Weisungen mehr aus dem Inland erhält.⁴⁹ Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Allerdings besteht insoweit eine Anbindung an den im Inland gelegenen Betrieb, als der Vertragsarbeitgeber zustimmen muss, dass das Direktionsrecht vom Ausland aus ausgeübt werden kann. Ist hierfür nicht nur eine Pauschalgenehmigung, sondern eine Abstimmung in Einzelfällen erforderlich, würde dies für die Einbeziehung in den Betrieb sprechen.

In der Literatur wurde die Frage aufgeworfen, ob überhaupt noch ein innerstaatlicher Betrieb besteht, wenn alle in einer Arbeitsstätte Tätigen ihre Weisungen von jenseits der deutschen Grenze erhalten. Hier wird es genügen, wenn außerhalb der von außen gesteuerten Arbeit ein gewisses Maß an eigenständiger Organisation verbleibt, die sich beispielsweise auf betriebliche Sozialeinrichtungen und auf Verhaltensregeln in der in Deutschland befindlichen „Einheit“ bezieht.⁵⁰

Ohne auf weitere Details eingehen zu können, lässt sich jedenfalls die Feststellung treffen, dass die Betriebsverfassung durch Matrixstrukturen nicht prinzipiell in Frage gestellt wird. Dass die eine oder andere neue Rechtsfrage auftaucht, vermag daran nichts zu ändern.

6. Plattformökonomie

In der Digitalisierungsdebatte haben „neue Beschäftigungsformen“, die im Zusammenhang mit Plattformen entstehen (sollen), ein hohes Maß an Aufmerksamkeit gefunden. Dabei lassen sich zwei Erscheinungsformen unterscheiden. Zum einen geht es darum, dass Tätigkeiten in

⁴⁷ BAG 5.12.2012 – 7 AZR 48/11, NZA 2013, 793; bestätigt durch BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11, NZA 2013, 789.

⁴⁸ BAG 7.12.1989 – 2 AZR 228/89, DB 1990, 992.

⁴⁹ Ebenso Reiter, in: Maschmann/Fritz, Matrixorganisationen, München 2019, Kapitel 3 Rn. 666 ff.

⁵⁰ Ähnlich Reiter, a.a.O., Rn. 679

der realen Welt unter Nutzung einer Plattform (und damit des Internet) vermittelt werden. Der Kunde bestellt Essen, das ihm kurz darauf nach Hause geliefert wird (Foodora, Deliveroo), er will mit dem Auto von A nach B gebracht werden (Uber) oder er würde gerne Dienstleistungen im Haushalt in Anspruch nehmen (TaskRabbit). Die zweite Form besteht darin, dass nicht nur die Vermittlung, sondern auch die Arbeitsleistung selbst im Internet erbracht wird: Die Plattform schreibt einen Auftrag aus, um den sich jeder User des Internet bewerben kann. Insoweit ist von Crowdwork die Rede. In beiden Fällen können sich erhebliche Auswirkungen auf die Betriebsverfassung ergeben.

a) Vermittlung von Aufträgen übers Internet

Die Plattformen vertreten in der Regel den Standpunkt, dass die von ihnen vermittelten Dienste von Selbständigen erbracht werden. Die Verkaufs- und Taxifahrer seien ebenso wie die Dienstleister im Haushalt nicht etwa ihre Arbeitnehmer; vielmehr seien sie in der Lage, den einzelnen Einsatz abzulehnen und auch sonst ihre Arbeit weithin selbst zu organisieren. Viele Betroffene betonen demgegenüber, ihr Spielraum sei eher geringer als der eines Arbeitnehmers, so dass sie nicht nur auf den Schutz des Arbeitsrechts angewiesen seien, sondern auch in die Sozialversicherung einbezogen werden müssten. Dies hat in zahlreichen Ländern zu gerichtlichen Verfahren geführt,⁵¹ die allerdings noch keine definitive Klärung in der einen oder anderen Richtung erbracht haben.

Soweit die Arbeitenden nicht als Arbeitnehmer qualifiziert werden können, fallen sie aus der Betriebsverfassung heraus. Versuche, zumindest arbeitnehmerähnliche Personen in die Betriebsverfassung einzubeziehen, sind bislang gescheitert. Die Tatsache, dass § 5 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die in Heimarbeit Beschäftigten, die „in der Hauptsache“ für den Betrieb arbeiten, ausdrücklich einbezieht, legt den Gegenschluss nahe, alle anderen arbeitnehmerähnlichen Personen seien eben ausgeklammert.⁵² Theoretisch wäre es möglich, durch einen Tarifvertrag nach § 12a TVG für arbeitnehmerähnliche Personen eine betriebsverfassungsrechtliche Vertretung zu schaffen,⁵³ doch ist die Praxis weit davon entfernt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Konkret bedeutet dies, dass die

⁵¹ Überblick bei Schneider-Dörr, Erwerbsarbeit in der Plattformökonomie, Working Paper Forschungsförderung der Hans Böckler Stiftung, Nummer 116, Februar 2019, S. 75 ff.

⁵² Eingehend Plander, in: Klebe/Wedde/Wolmerath (Hrsg.), Recht und soziale Arbeitswelt, FS Däubler, Frankfurt/Main 1999, S. 272 ff. Zum aktuellen Diskussionsstand s. Raab, in: Wiese/Kreutz u. a., BetrVG. Gemeinschaftskommentar, 11. Aufl., Köln 2018, § 5 Rn. 107

⁵³ Reinecke/Rachor, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 12a Rn. 72 ff.; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG, 8. Aufl., München 2019, § 12a Rn. 133. Möglich ist aber nur eine Sondervertretung, keine Einbeziehung in die Betriebsverfassung

Plattformbeschäftigten keinen Betriebsrat (oder ein vergleichbares Gremium) bilden können, soweit sie die Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs nicht erfüllen. Je weiter sich eine solche Arbeitsform ausdehnt, umso mehr nimmt die Zahl der betriebsratsfähigen Einheiten ab. Die Betriebsverfassung ist in Gefahr, einem Erosionsprozess zu unterliegen. Werden im Einzelfall Arbeitnehmer beschäftigt oder können Beschäftigte mit guten Gründen behaupten, in Wahrheit Arbeitnehmer zu sein, so kann zwar eine Betriebsratswahl zustande kommen, doch zeigt das Beispiel von Deliveroo in Köln deutlich die Gefahr auf, dass die Arbeitgeberseite in einem solchen Fall alles versuchen wird, um eine effektive Interessenvertretung zu verhindern.⁵⁴

b) Crowdwork

Anders als die Vermittlung von Dienstleistungsaufträgen steht Crowdwork in Deutschland noch am Anfang. Dabei muss man von vorne herein berücksichtigen, dass es nicht „die“ Crowdwork gibt, sondern unterschiedliche Erscheinungsformen, die sozialökonomisch wie betriebsverfassungsrechtlich differieren.⁵⁵

- Es gibt einmal die sog. interne Crowdwork, die innerhalb eines internationalen Konzerns praktiziert wird. Die einzelnen Beschäftigten müssen sich um Aufträge bewerben, für deren Abarbeitung sie dann von ihrem Vertragsarbeitgeber freigestellt werden. Das Arbeitsverhältnis bleibt erhalten, ebenso die Einbeziehung in die Betriebsverfassung.

- Die sog. externe Crowdwork ist der sehr viel typischere Fall und kann von beliebigen Interessenten erbracht werden. Quantitativ am meisten dürften die sog. Microtasks ins Gewicht fallen, einfachste Aufgaben wie das Eingeben von Daten in ein IT-System, was entsprechend niedrig vergütet wird. Daneben gibt es den Bereich der Kreativwettbewerbe (Ein Firma sucht ein neues Logo), bei denen nur der „Sieger“ ein angemessenes Entgelt erhält. Anders als bei traditionellen Ausschreibungen muss der einzelne Interessent nicht nur einen Plan für die Arbeit, sondern diese selbst abliefern. Dies wirft die Frage auf, ob Arbeit nach Art eines Preisausschreibens vergütet werden darf – insbesondere dann, wenn sie nicht nur eine Art Hobby ist, sondern wesentliche wirtschaftliche Existenzgrundlage sein soll. Schließlich gibt es die Expertencrowdwork; gesucht sind einzelne (gut bezahlte) Spezialisten,

⁵⁴ Zur Bildung eines Betriebsrats im Jahre 2017 bei Deliveroo in Köln und die weiteren Auseinandersetzungen s. das Dossier bei LabourNet Germany, abrufbar unter <http://www.labournet.de/politik/gw/mitbestimmung/betriebsrat/kapital/koelner-lieferdienst-deliveroo-unterlaeuft-mitbestimmung/> (18.4.2019)

⁵⁵ Überblick bei Däubler, Digitalisierung, § 18

aber auch Teams, die eine komplexe Aufgabe wie die Entwicklung einer Werbestrategie bewältigen sollen und deren Arbeitsformen durchaus in das traditionelle Muster passen.⁵⁶

Bei der Crowdwork stellt sich nicht anders als bei den skizzierten Dienstleistungen das Problem, ob die Arbeitenden als Arbeitnehmer anzusehen sind oder nicht. Auch diese Frage ist noch keineswegs geklärt; vieles spricht für eine differenzierende Lösung, die auf den tatsächlichen zeitlichen und inhaltlichen Spielraum des Crowdworkers abstellt.⁵⁷ Sollte sich die Crowdwork ausdehnen, könnte auch hier die Betriebsverfassung einem Erosionsprozess unterliegen.

Crowdwork wird in beträchtlichem Umfang auch grenzüberschreitend geleistet. Dabei legen ausländische Plattformen ihre AGBs zugrunde, die sich häufig nicht mit unserem Rechtsverständnis vereinbaren lassen.⁵⁸ Doch dies ist letztlich gar nicht entscheidend: Verträge dieser Art kommen praktisch nie vor die Gerichte, weil im Verhältnis zu Selbständigen auch der Gerichtsstand von der stärkeren Seite bestimmt werden kann und ein Crowdworker schwer vorstellbar ist, der vor einem US-amerikanischen Gericht z. B. Rechte aus einem Werkvertrag oder gar den deutschen Mindestlohn einklagt. Im Ergebnis führt dies zu Verträgen, deren Inhalt nicht durch irgendwelche rechtlichen Vorgaben, sondern allein durch den Markt bestimmt wird: Das einzige Korrektiv für ungerechte Verträge ist nicht die Sittenwidrigkeit, sondern die für die Plattform entstehende Gefahr, zu den in den AGB festgelegten Bedingungen keine Interessenten mehr zu finden. Von betriebsverfassungsrechtlicher Interessenvertretung ist man noch weiter entfernt als sonst.

7. Neue Arbeitsformen des Betriebsrats?

Die Digitalisierung kann die technisch-praktischen Funktionsbedingungen der Betriebsverfassung verändern.⁵⁹ Soll es nicht möglich sein, die Stimme bei der Betriebsratswahl online abzugeben? Lassen sich Sitzungen des Betriebsrats nicht als Videokonferenz organisieren? Sollte man dabei nicht auch Beschlüsse fassen können? Kann man Betriebsversammlungen nicht ebenfalls durch Nutzung moderner Technik erleichtern? Bisher sind alle diese Fragen zu verneinen; das BetrVG und die WahlO halten an den

⁵⁶ Dazu auch Kocher/Hensel, NZA 2016, 984 ff.

⁵⁷ Überlegungen dazu bei Däubler/Klebe NZA 2015, 1032 ff.

⁵⁸ Material dazu bei Däubler, in: Benner (Hrsg.), Crowdwork – zurück in die Zukunft? Frankfurt/Main 2015, S. 243, 248 ff.

⁵⁹ Überblick bei Neu, in: Kramer (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, Teil C Rn. 96 ff.

überkommenen Formen fest, weil sie verlässlicher erscheinen als die neuen Methoden und weil die Nichtöffentlichkeit von Sitzungen nicht gesichert erscheint, wenn einzelne oder alle Teilnehmer an unterschiedlichen Orten in Räumen sitzen, wo die Anwesenheit Dritter nicht wirklich ausgeschlossen ist. Die Ausnahme, die § 41a EBRG für Seeleute, die Mitglied eines EBR sind, vorsieht, ist ein singulärer Fall, der keine Verallgemeinerung zulässt.

VI. Fazit

Seit dem BetrVG 1972 ist der Betriebsrat nicht mehr darauf beschränkt, mit dem Arbeitgeber allein über die Folgen von Technik zu verhandeln. Vielmehr hat er die Möglichkeit, insbesondere auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG die Gestalt der Technik selbst in gewissem Umfang mitzubestimmen. Dabei kommt ihm zugute, dass die Informationstechnik beherrschenden Charakter erlangt hat, bei der im Normalfall eine Eignung zur Überwachung vorliegt. Die tatsächlich bestehenden Mitbestimmungsmöglichkeiten werden aber bei weitem nicht ausgeschöpft. Dennoch gewinnt der Betriebsrat ein hohes Maß an Sachkunde. Durch seine Mitwirkung schafft er ein hohes Maß an Akzeptanz für die eingeführte neue Technik. Er wird zum Gegenmodell eines Maschinenstürmers – auch dies ein Vorzug der Betriebsverfassung für die Arbeitgeberseite, die mehr Aufmerksamkeit verdient hätte.