

# Mitbestimmung bei BDE — zu einigen praktischen Konsequenzen für den Betriebsrat

Prof. Dr. Wolfgang Däubler

## A. Die Ausgangssituation

### 1. Welche Mitbestimmungsrechte kommen in Betracht?

Wer als Betriebsrat mit der Einführung von Systemen der Betriebsdatenerfassung (= BDE) konfrontiert wird, ist in keiner sehr einfachen Situation. Der eingübte Griff zum BetrVG-Kommentar bringt wenig Ertrag — die Stichwortverzeichnisse schweigen sich aus, die Kommentierungen zu § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG sind angesichts der rasanten Entwicklung der Rechtsprechung oft nicht auf dem neuesten Stand. Dazu kommt die Schwierigkeit des Gegenstandes selbst. Wie ein Zugangskontrollsystem oder eine neuartige Telefonanlage funktioniert, erscheint noch einigermaßen nachvollziehbar — doch wie steht es mit einem Auftragsverfolgungssystem oder mit vernetzter Bürokommunikation? Ist der PC-Einsatz wirklich so gefährlich und unkontrollierbar, wie es gelegentlich behauptet wird? Wo liegen die technischen Möglichkeiten für den so oft beschworenen Mißbrauch?

Es kann nicht Aufgabe des vorliegenden Beitrags sein, auf alle diese Fragen eine Antwort zu versuchen. Als Jurist beschränkt sich der Verfasser auf eine Darlegung bestehender Rechte. Unter welchen Voraussetzungen kann der Betriebsrat über Einführung oder Ausdehnung von BDE-Systemen mitbestimmen oder sonstige Einfluß nehmen? Dabei stehen nach allen bisherigen Erfahrungen zwei Beteiligungsrechte im Vordergrund:

- Die Installation von Systemen der BDE kann eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG darstellen. Ist dies der Fall, kann der Betriebsrat über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan verhandeln.
- Noch wichtiger ist die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6. Systeme der Betriebsdatenerfassung sind in der Regel »technische Einrichtungen«, die »Kontrollpotential« enthalten, die dazu geeignet sind, Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.

Beide Bereiche sollen hier eingehend abgehandelt werden.

### 2. Wie informiert sich der Betriebsrat?

Skeptiker werden freilich anmerken, die Mitbestimmung allein nütze wenig. Wie soll man sich in den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber oder in der Einigungsstelle verhalten, wenn man von dem Gegenstand, um den es geht, so gut wie nichts versteht? In der Tat ist ein Betriebsrat nicht zu ernsthaften Verhandlungen in der Lage, wenn er mit Begriffen wie »Datenkatalog«, »Schlüsselverzeichnis«, »Datenbanksegment« usw. nichts anfangen kann. Auch wer zu Hause einen »Commodore 64« oder einen »Atari« stehen hat, wird relativ schnell am Ende seines Lateins sein.

Der erste Schritt, zu einer vernünftigen Verhandlungsposition zu kommen, liegt darin, die eigenen Vorkenntnisse realistisch einzuschätzen. Sich künstlich als Experte aufzuspielen, kann sehr schnell ins Auge gehen. Man benötigt meist längere Zeit, um sich mit den Einzelheiten der Technik und ihrer Gestaltbarkeit vertraut zu machen. Wer schon einige Erfahrungen mit »Personalinformationssystemen« hat, wird sich dabei leichter tun als ein Betriebsrat, der zum ersten Mal mit diesen Fragen in Berührung kommt. Aber auch Erfahrungen helfen nicht immer weiter — die Systeme ändern sich schnell, wer gestern noch auf dem laufenden war, muß sich heute die Spitzenprodukte erst wieder erklären lassen.

Zum einen kann und wird man sich der Hilfe eines Experten bedienen. Man wendet sich also an einen Informatiker oder einen in EDV-Fragen versierten Juristen und bittet ihn um die erforderliche Beratung. Nach § 80 Abs. 3 BetrVG ist dafür allerdings eine »nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber« erforderlich. Was geschieht, wenn sich der Arbeitgeber querlegt und den Betriebsrat an einen Angestellten der Herstellerfirma oder den Leiter der EDV-Abteilung verweist?

*Unbestritten ist, daß der Betriebsrat in einem solchen Fall ein arbeitsgerichtliches Beschlußverfahren einleiten kann. <sup>1)</sup> Mit Recht hat das BAG dem Betriebsrat seit jeher das Recht zugesprochen, einen »Sachverständigen seines Vertrauens« heranziehen zu können. <sup>2)</sup> Beschäftigte der Herstellerfirma sowie im Betrieb tätige Arbeitnehmer können daher als »befangen« abgelehnt werden, da bei ihnen nie auszuschließen ist, daß ihr Interesse an der Einführung einer bestimmten Anlage die Objektivität und Vollständigkeit der gegebenen Informationen beeinflusst. <sup>3)</sup> An der Erforderlichkeit der Beratung des Betriebsrates kann in solchen Fällen sowieso kein Zweifel bestehen — diese kann sich im übrigen über einen längeren Zeitraum erstrecken. <sup>4)</sup>*

*Die Kosten des Sachverständigen trägt nach § 40 BetrVG der Arbeitgeber. Der Betriebsrat ist nicht gezwungen, sich an der billigsten Alternative zu orientieren; ebenso wie er sich der Hilfe eines Rechtsanwalts statt der eines gewerkschaftlichen Rechtssekretärs bedienen kann, darf er auch insoweit auf den »kostenträglicheren« Experten zurückgreifen. <sup>5)</sup> Für die Höhe des Entgelts sind die Sätze maßgebend, die die Arbeitgeberseite für eine vergleichbare Beratertätigkeit bezahlt.*

1) BAG AP Nr. 8 zu § 40 BetrVG 1972; BAG AP Nr. 11 zu § 80 BetrVG 1972; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither, BetrVG, 15. Auflage 1987, § 80 Rn. 63; Trittin AiB 1985, 91

2) BAG BB 1975, 371

3) ArbG Braunschweig DB 1985, 1488 = AiB 1986, 69, 192; Trittin AiB 1985, 92

4) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 80 Rn. 60

5) Zur freien Wahl zwischen Rechtsanwalt und gewerkschaftlichem Rechtssekretär s. BAG AuR 1979, 156 mit Anmerkung Däubler

Ein arbeitsgerichtliches Beschlußverfahren kann sich über Jahre hinziehen. Rechtsprechung und Literatur sind sich daher im wesentlichen einig darüber, daß der Sachverständige auch im Wege einer einstweiligen Verfügung nach § 85 Abs. 2 ArbGG bestellt werden kann.<sup>6)</sup> Die dafür notwendige Eilbedürftigkeit ist in aller Regel schon deshalb gegeben, weil Überwachungs-, Beratungs- und Mitbestimmungsrechte für einen zurückliegenden Zeitraum nicht mehr ausgeübt werden können, insoweit also definitiv verlorengehen. Außerdem besteht meist die Gefahr, daß der Arbeitgeber vollendete Tatsachen schafft, die auch der künftigen Beteiligung des Betriebsrates weithin die Wirkung nehmen. Ohne das Mittel der einstweiligen Verfügung würde die Vorschrift des § 80 Abs. 3 BetrVG insgesamt leerlaufen.<sup>7)</sup>

Zum zweiten ist jedem **Betriebsrat** dringend zu empfehlen, sich im Rahmen des Möglichen **selbst sachkundig** zu machen. Die Hilfe seitens eines »Externen« ist sicherlich auf absehbare Zeit unentbehrlich, sich nur auf sie zu verlassen gefährlich: Wenn es um die Information der Belegschaft geht, wenn in der Sprechstunde wie auf der Betriebsversammlung EDV-Fragen angesprochen werden, muß der Betriebsrat nach einiger Zeit auch selbst Rede und Antwort stehen können. Der Experte ist eine Hilfe, er darf den Betriebsrat nicht ersetzen. Konkret bedeutet dies, von den Möglichkeiten einer Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG Gebrauch zu machen – ein betrieblicher Anlaß ist angesichts der Universalität der neuen Techniken allemal gegeben.<sup>8)</sup> Daneben hat der Betriebsrat die Möglichkeit, sich **im Rahmen seiner Alltagsarbeit weiterzuqualifizieren**. Wichtig ist dabei sein unbestrittenes Recht, durch gelegentliche Stichproben die Einhaltung des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Normen zu überprüfen.<sup>9)</sup> Zu diesem Zweck kann er von seinem Recht auf Betriebsbegehung Gebrauch machen.<sup>10)</sup> Der Arbeitgeber hat nicht die Möglichkeit, ihn von Sicherungsbereichen wie etwa dem Rechenzentrum auszusperrern.<sup>11)</sup> Ein wöchentlicher Besuch in der EDV-Abteilung wird daher zu Recht empfohlen.<sup>12)</sup>

6) LAG Baden-Württemberg AiB 1986, 261; ArbG Braunschweig DB 1985, 1488 = AiB 1986, 192; ArbG Oberhausen AiB 1986, 69; Nachweise zu unveröffentlichten Entscheidungen bei Trittin AiB 1985, 93 Fn. 6

7) So ausdrücklich Boewer RDV (= Recht der Datenverarbeitung) 1985, 26

8) LAG Niedersachsen EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 64; ArbG Stuttgart BB 1983, 1215 = DB 1983, 1718; Däubler, Arbeitsrecht 1, 8. Auflage 1986, S. 390; Schlömp AiB 1986, 70; Trittin-Weber AiB 1986, 184; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, 1983, S. 163

9) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 80 Rn. 37; Gnade-Kehrmann-Schneider-Blanke § 80 Rn. 4

10) BAG AP Nr. 1 zu § 70 BetrVG 1972

11) LAG Frankfurt DB 1972, 2214; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 80 Rn. 4; Wohlgemuth, Datenschutz, S. 160

12) Hexel BetrR 1986, 303

## B. Interessenausgleich und Sozialplan bei der Einführung und Erweiterung von BDE

### 1. Wann liegt eine Betriebsänderung vor?

Wie der Katalog des § 111 Satz 2 BetrVG zeigt, sind Interessenausgleich und Sozialplan nicht auf Personalabbau und Stilllegung von Betrieben beschränkt. Nach § 111 Satz 2 Nr. 4 BetrVG sind auch die »grundlegenden Änderungen der Betriebsorganisation, des Betriebszwecks oder der Betriebsanlagen« erfaßt; § 111 Satz 2 Nr. 5 BetrVG bezieht die »Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren« ein.

#### a) Änderung der Betriebsanlagen

Die Rechtsprechung des BAG<sup>13)</sup> setzt an den sichtbaren Erscheinungsformen der neuen Techniken, d.h. an den Bildschirmgeräten, an. Auch wenn sie nicht wie eine Werkshalle fest im Boden verankert sind, stellen sie genau wie Kopierautomaten oder Telefone »Betriebsanlagen« im Sinne des § 111 Satz 2 Nr. 4 dar. Weiter wird jedoch verlangt, daß die geänderten Anlagen »für das betriebliche Gesamtgeschehen« von »erheblicher« Bedeutung sind<sup>14)</sup> – Bagatellfälle sollen ausgeschlossen bleiben. Wo hier die exakte Grenze verläuft, ist nicht immer eindeutig zu sagen. Wird eine Abteilung auf die neue Technik umgestellt oder gar eine ISDN-Nebenstellenanlage im ganzen Betrieb installiert, ist die »**Erheblichkeitsgrenze**« überschritten. Dabei kommt es nicht entscheidend auf die aktuellen Auswirkungen, z. B. auf die Umgestaltung der Arbeitsabläufe, an: Auch wenn alle Beteiligten wie bisher weiterarbeiten, schließt dies das Betroffensein vieler nicht aus, ist doch auch auf das in den neuen Techniken liegende Veränderungspotential abzustellen. Werden etwa zunächst nur wenige Geräte installiert, ist jedoch ein Ausbau zu einem flächendeckenden Netz geplant, so besteht am Eingreifen des § 111 Satz 2 Nr. 4 BetrVG kein Zweifel.

Die Änderung muß – wie schon der Gesetzeswortlaut zeigt – »**grundlegenden**« **Charakter** besitzen. Nach der Rechtsprechung kommt es auf den »Grad der technischen Änderung« an, die neuen Systeme müssen gegenüber den bisher eingesetzten Betriebsmitteln »technisch etwas wesentlich Andersartiges« darstellen.<sup>15)</sup> Wird in einem Bereich erstmals ein System der Betriebsdatenerfassung eingeführt, ist diese Voraussetzung sicherlich erfüllt. Dies gilt etwa für ein Auftragsverfolgungssystem, für den Übergang zu computergestütztem Zeichnen sowie dann, wenn mit Hilfe einer ISDN-Nebenstellenanlage nicht mehr nur wie beim traditionellen Telefon das gesprochene Wort, sondern auch Schriftstücke und Bilder von einem Arbeitsplatz zu ei-

13) s. insbes. BAG DB 1983, 1766 = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972

14) BAG AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 5R

15) BAG DB 1983, 1766 = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 6R

nem anderen übertragen werden können (Perspektive des »papierlosen Büros«). Bei bloßen Änderungen bereits installierter Systeme wird demgegenüber der »grundlegende« Charakter oft zweifelhaft sein. Zu bejahen ist er jedenfalls dann, wenn vom traditionellen Stapelbetrieb zum Dialogsystem übergegangen wird.<sup>16)</sup>

**Soweit eine solche qualitative Betrachtungsweise zu keinem eindeutigen Ergebnis führt,** muß nach Auffassung des BAG auf quantitative Größen zurückgegriffen werden. Eine Änderung ist von »erheblicher« Bedeutung und trägt »grundlegenden« Charakter, wenn durch sie **mindestens 5 % der Belegschaft betroffen** werden.<sup>17)</sup> Dies verschafft ein Stück Rechtssicherheit, doch sollte man der Versuchung widerstehen, allzufrüh von der inhaltlichen Seite abzugehen und sich in diese »Auffanglösung« zu flüchten: Für den Betriebsrat besteht insbesondere in Großbetrieben sonst die Gefahr, nur bei großangelegten Umstrukturierungsaktionen überhaupt mitbestimmen zu können. Außerdem kommt es bei rein qualitativer Betrachtung nicht mehr darauf an, ob wegen der Betriebsänderung wesentliche Nachteile für erhebliche Teile der Belegschaft drohen<sup>18)</sup>; nur bei einem Rückgriff auf die quantitative Seite müssen Nachteile »möglich« sein.

#### **b) Grundlegend neue Arbeitsmethoden**

Die Installierung von BDE-Systemen kann weiter eine Einführung »grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren« im Sinne von § 111 Satz 2 Nr. 5 BetrVG darstellen. Während es bei Nr. 4 primär um die Arbeitsmittel, d. h. um den Einsatz von Sachen geht, steht bei Nr. 5 im Vordergrund, wie die menschliche Arbeitskraft zur Erledigung bestimmter Arbeitsaufgaben eingesetzt wird.<sup>19)</sup> In aller Regel werden die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt (oder nicht erfüllt) sein, da identische Arbeitsinhalte bei veränderten Arbeitsmitteln zwar denkbar sind, aber ebenso selten auftreten werden wie grundlegend neue Arbeitsmethoden unter unveränderten äußeren Bedingungen.<sup>20)</sup> Das BAG hat in zwei vom Sachverhalt her durchaus vergleichbaren Fällen einmal auf Nr. 4, das andere Mal auf Nr. 5 zurückgegriffen, ohne irgendeine Präferenz erkennen zu lassen.<sup>21)</sup> Angesichts der in beiden Fällen gleichen Rechtsfolgen ist dieser Zustand nicht weiter bedenklich.

<sup>16)</sup> Vgl. LAG Hamburg CR (Computer und Recht) 1986, 476 (teilweise wiedergegeben auch in AiB 1986, 23)

<sup>17)</sup> BAG AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 6 (für Erheblichkeit), Bl. 7 (für grundlegenden Charakter)

<sup>18)</sup> BAG DB 1983, 1766 = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 6

<sup>19)</sup> BAG DB 1984, 934 = NJW 1984, 1476; Klinkhammer AuR 1983, 329

<sup>20)</sup> Vgl. Engel AuR 1982, 85

<sup>21)</sup> BAG DB 1983, 1766 = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 (Texaco); BAG NJW 1984, 1476, 1485 (PanAm). In beiden Fällen ging es unter anderem darum, daß vorher auf Listen oder in anderer Weise manuell festgehaltene Daten direkt in den Computer eingegeben wurden.

Bei der Beurteilung, ob »neue Arbeitsmethoden« vorliegen, ist auf die **Inhalte der Arbeit**, aber auch darauf abzustellen, welchen Mediums sich der einzelne Arbeitnehmer nunmehr bedient. Auch der Umfang der Arbeitersparnis wurde vom LAG Hamburg in diesem Rahmen berücksichtigt.<sup>22)</sup> Die **erstmalige Einführung von Betriebsdatenerfassung** dürfte daher in der Regel diese Voraussetzung ebenso erfüllen wie die Einführung einer neuen »Generation« von Systemen.<sup>23)</sup> Alle weiteren Fragen stellen sich in gleicher Weise wie bei Nr. 4: Die »neuen Arbeitsmethoden« müssen nur in einem erheblichen Teil des Betriebs eingeführt werden, das Maß der Umstellung entscheidet über den »grundlegenden« Charakter. Auch hier greift hilfsweise die quantitative Betrachtung ein: Sind 5 % der Gesamtbelegschaft betroffen, ist die Erheblichkeit zu bejahen, können sich für sie Nachteile ergeben, spricht dies entscheidend für den grundlegenden Charakter der Neuerung.<sup>24)</sup>

#### **c) Schrittweise Einführung**

Informationstechnologien werden in der Regel nicht auf einen Schlag eingeführt; typisch sind zahlreiche kleinere Schritte.<sup>25)</sup> Für den Arbeitgeber kann es naheliegen, jede kleinste Veränderung als selbständigen Vorgang zu betrachten, so daß jedenfalls bei quantitativer Betrachtungsweise niemals eine Betriebsänderung vorliegen würde. Das BAG hat im Texaco-Fall ausdrücklich betont, das Berufungsgericht müsse überprüfen, ob die Einführung der Datensichtgeräte in der Finanzbuchhaltung nicht »Teil einer darüber hinausgehenden Gesamtplanung zur Einführung von Datensichtgeräten« sei.<sup>26)</sup> In der PanAm-Entscheidung wurde sachlich übereinstimmend betont, es komme nicht darauf an, innerhalb welchen Zeitraums die geplante Maßnahme durchgeführt werde und ob sie sich über einen längeren Zeitraum hinziehe.<sup>27)</sup> In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 111 Satz 1 BetrVG ist es also die »Planung« durch den Arbeitgeber, die bestimmte Einzelmaßnahmen zu einer Einheit zusammenfaßt.

#### **d) Einheitliche Arbeitgeberentscheidung**

Das eigentliche Problem verschiebt sich unter diesen Umständen auf die Beweisebene. Gerade in kontroversen Fällen steht der Betriebsrat vor der Aufgabe, eine bestimmte Absicht seines Gegenspielers beweisen zu müssen. Subjektive Tatsachen sind schon unter normalen Umständen nur schwierig zu belegen – hier kommt das entscheidende Hindernis dazu, daß das wich-

<sup>22)</sup> LAG Hamburg BetrR 1981, 193; zustimmend Denck RdA 1982, 293

<sup>23)</sup> Klinkhammer AuR 1983, 329

<sup>24)</sup> BAG DB 1984, 934 = NJW 1984, 1476, 1485

<sup>25)</sup> Hexel BetrR 1984, 95; Kilian NJW 1983, 2805

<sup>26)</sup> BAG DB 1983, 1766 = AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972 Bl. 6R

<sup>27)</sup> BAG DB 1984, 934 = NJW 1984, 1476, 1485

tigste Beweismittel die Informationen genau jener Geschäftsleitung sind, die die Existenz einer geplanten Betriebsänderung bestreitet. Will man nicht die Beteiligungsrechte nach §§ 111 bis 113 BetrVG leerlaufen lassen, muß man dem Betriebsrat zumindest die Möglichkeit eines Beweises des ersten Anscheins einräumen: Finden etwa gleichartige oder ähnliche Änderungen des Arbeitsprozesses statt, ist grundsätzlich von der **Existenz einer einheitlichen Planung** auszugehen. In einer solchen Situation ist es Sache des Arbeitgebers, außergewöhnliche Umstände darzulegen, etwa darauf hinzuweisen, daß bestimmte Maßnahmen erst auf der Grundlage überraschend eingetretener neuer Entwicklungen vorgenommen wurden.<sup>28)</sup> Die hier vorgeschlagene Beweiserleichterung<sup>29)</sup> kann sich überdies auf Überlegungen stützen, die in der Literatur zu einer vergleichbaren Problematik im Rahmen des § 113 BetrVG angestellt wurden. Dort kann streitig sein, ob eine Kündigung auf einer Betriebsänderung beruht, die ohne oder ohne ausreichende Einschaltung des Betriebsrates durchgeführt wurde. Der Rückschluß von einem bestimmten Effekt (Arbeitsplatzverlust) auf eine bestimmte Ursache soll auch hier durch einen Beweis des ersten Anscheins erleichtert werden.<sup>30)</sup> Auch das LAG Berlin scheint stillschweigend von einer entsprechenden Annahme ausgegangen zu sein, stellte es doch lediglich auf die Gesamtzahl der im Laufe mehrerer Jahre errichteten Bildschirmarbeitsplätze ab, ohne nach zugrunde liegenden Absichten des Arbeitgebers zu fragen.<sup>31)</sup> Für Systeme der Betriebsdatenerfassung kann nichts anderes gelten.

## 2. Interessenausgleich

Plant der Arbeitgeber eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 2 Nr. 4 oder 5 BetrVG, so muß er zunächst versuchen, über diese unternehmerische Maßnahme eine Einigung mit dem Betriebsrat herbeizuführen. Dieser sogenannte Interessenausgleich kann jedoch als solcher nicht erzwungen werden. Den Arbeitgeber trifft lediglich eine Verhandlungspflicht: Er muß das im Gesetz vorgesehene Verfahren voll ausschöpfen und bei fortdauernden Meinungsunterschieden auch die Einigungsstelle einschalten.<sup>32)</sup> Ergibt sich keine Übereinstimmung, bleibt der Arbeitgeber frei, die ihm genehme Lösung zu wählen; auch ein Mehrheitsbeschluß der Einigungsstelle hat nur empfehlende Wirkung. Dem Betriebsrat kommt daher nur ein »Mitwirkungsrecht« zu.

Wird die **Betriebsänderung ohne dieses Verfahren** durchgeführt, ist nichts mehr zum »Verhandeln« da. Der Interessenausgleich kann nicht

28) Vgl. zu einer derartigen Konstellation BAG DB 1978, 1685 = AP Nr. 2 zu § 111 BetrVG 1972

29) Für sie auch Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 111 Rn. 29

30) So Dietz-Richardi, BetrVG, 6. Auflage 1983, § 113 Rn. 20; Fabricius, GK-BetrVG, Zweitbearbeitung, § 113 Rn. 70; Galperin-Löwisch, BetrVG, 6. Auflage 1983, § 113 Rn. 17

31) LAG Berlin DB 1981, 1519

32) BAG DB 1985, 1293 ff.

nachgeholt werden.<sup>33)</sup> Nach § 113 Abs. 3 BetrVG muß der Arbeitgeber jedoch einen Ausgleich für Entlassungen, aber auch für andere wirtschaftliche Nachteile bezahlen. Was als »wirtschaftlicher Nachteil« anzusehen ist, soll im Zusammenhang mit dem Sozialplan erörtert werden.

## 3. Abschluß eines Sozialplans

Anders als der Interessenausgleich kann der Sozialplan mit Hilfe der Einigungsstelle erzwungen werden. Nach der in § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG enthaltenen Definition regelt er den »Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile«, die den Arbeitnehmern infolge der Betriebsänderung entstehen. »Immaterielle« Belastungen wie die Auflösung eines von persönlicher Sympathie getragenen Teams sind nach herrschender Auffassung nicht »ausgleichsfähig«, hier ist nur ein freiwilliges Entgegenkommen des Arbeitgebers möglich. Entscheidend kommt es deshalb darauf an, was als »wirtschaftlicher« Nachteil zu qualifizieren ist.

Unbestrittenermaßen kann der Sozialplan auch in den Fällen von § 111 Satz 2 Nr. 4 und 5 BetrVG **Abfindungen** bzw. **Ausgleichszahlungen** für den Fall vorsehen, daß es aufgrund der Einführung von BDE zu **Entlassungen** oder zu **Versetzungen** auf schlechter bezahlte Arbeitsplätze kommt.<sup>34)</sup> Bei der Einführung von Bildschirmarbeit hat das BAG auch einen **Abgruppierungsschutz** als möglichen Sozialplaninhalt gebilligt und außerdem eine Regelung akzeptiert, wonach Beschäftigte, die für die neue Arbeit nach ärztlichem Urteil nicht geeignet waren, einen Anspruch auf qualifikationsgerechte Weiterbeschäftigung besitzen sollten.<sup>35)</sup>

Sehr viel schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob von »wirtschaftlichen Nachteilen« auch dann die Rede sein kann, wenn der betroffene Arbeitnehmer an seinem bisherigen Arbeitsplatz unter Benutzung der neuen Technik weiterarbeitet, ohne daß sich an seiner Vergütung etwas ändert. Bleiben auch die Arbeitsbedingungen im wesentlichen dieselben (oder wird die Arbeit gar angenehmer), ist für einen »Ausgleich« selbstredend kein Platz. Doch wie verhält es sich, wenn mit der neuen Situation mehr Streß verbunden ist,

33) BAG DB 1977, 309 = AP Nr. 2 zu § 113 BetrVG 1972

34) Denck RdA 1982, 295; Engel AuR 1982, 85; Mayer-Ralfs, Rationalisierung und Rationalisierungsschutz, S. 135 f.; Richardi NZA 1984, 180 f.

35) BAG DB 1984, 934 = NJW 1984, 1476, 1485: »Eine solche Regelung ... kann der Gesamtbetriebsrat verlangen, wenn die Installation von Datensichtgeräten eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG ist.« Die vom Gesamtbetriebsrat vorgeschlagene Regelung lautete (wiedergegeben in BAG EzA § 87 BetrVG 1982 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1, S. 5): Besitzstandswahrung (1) »Beschäftigten, die aufgrund eines ... Befundes nicht oder nicht mehr oder ... nur für eine beschränkte Dauer für die Arbeit an Bildschirmgeräten geeignet sind, darf hieraus kein vergütungsrechtlicher Nachteil entstehen. (2) Bei einer Umsetzung aufgrund in (1) genannter Nichteignung zur Arbeit an Bildschirmgeräten ist dem Beschäftigten ein Aufgabengebiet zu übertragen, das seiner Qualifikation entspricht und auf Kosten der Pan American entsprechend zu schulen.«

wenn die Arbeit eintöniger wird oder wenn das Gespräch mit Kollegen kaum mehr möglich ist? Die Behandlung dieser Nachteile ist bislang fast nicht erörtert. Freilich gibt es eine – in diesem Zusammenhang häufig übersehene – Praxis, auf gesundheitliche Belastungen in »sozialplanähnlicher« Weise zu reagieren. So weiß man etwa, daß bei der Dreischichtarbeit die statistische Wahrscheinlichkeit bestimmter Erkrankungen steigt,<sup>36)</sup> und ähnliches gilt für Fließ- und Bandarbeit sowie für die Arbeit mit giftigen Stoffen.<sup>37)</sup> Der Gesetzgeber und auch die Tarifpolitik reagieren auf diesen Sachverhalt in der Weise, daß die Belastungen und die daraus resultierenden Gesundheitsgefährdungen im Rahmen des Möglichen bzw. Durchsetzbaren reduziert werden. Soweit eine Art »Restrisiko« bleibt, wird das erhöhte Opfer der Beschäftigten finanziell abgegolten; man vereinbart Schichtarbeits-, Erschwernis- oder Schmutzzulage. Letztlich liegt dem der Gedanke zugrunde, daß **Arbeit unter erschwerten Bedingungen eine höhere Leistung** darstellt, die deshalb auch eine höhere Vergütung verlangt. Ohne Rücksicht darauf, ob und in welchem Umfang im konkreten Fall Gesundheitsgefährdungen eintreten, stellt daher eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen einen in Geld ausdrückbaren Nachteil dar.<sup>38)</sup> Es wird gewissermaßen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu Lasten des Arbeitnehmers verändert: Für dasselbe Geld muß er eine ermüdendere, belastendere usw. Arbeit leisten. Mit Recht wird deshalb auch in der Literatur anerkannt, daß »Arbeitserschwerungen« wirtschaftliche Nachteile im Sinne des § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG darstellen.<sup>39)</sup> Im Einzelfall ist daher sorgfältig zu prüfen, inwieweit die Einführung von BDE-Systemen die Arbeitssituation zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer verändert.

Unterstellt, zusätzliche Belastungen sind zumindest möglich: Wie kann dann im Sozialplan darauf reagiert werden? Nach dem Gesetz ist es Aufgabe des Sozialplans, die wirtschaftlichen Nachteile »auszugleichen oder zu mildern«. Im Rahmen der Vertretbarkeit für das Unternehmen muß ein »**gleichwertiger Zustand**«<sup>40)</sup> hergestellt werden. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß die Belastung als solche verringert wird. Zu denken ist etwa an eine zeitliche Beschränkung der Bildschirmarbeit, aber auch an eine bestimmte

36) s. die Nachweise bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 4. Auflage 1986, S. 95

37) Vgl. schon Ziffer 17 der Ausführungsverordnung zur AZO, wonach eine Verlängerung der Ruhepausen für solche Arbeitnehmer in Betracht kommt, die »durch die Beschäftigung in erheblichem Maße beansprucht oder der Einwirkung giftiger Stoffe ausgesetzt sind.« Weiter heißt es: »Bei Fließ- und Bandarbeit oder anderen mit besonderen Beanspruchungen verbundenen Arbeitsverfahren können zusätzlich auch häufigere Arbeitsunterbrechungen (Kurzpausen) angeordnet werden, die als Arbeitszeit gelten.«

38) Fabricius GK-BetrVG, § 112 Rn. 31

39) So insbes. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 5. Auflage 1983, § 244 V 1 (S. 1414) und § 244 VI 5 (S. 1419)

40) Fabricius GK-BetrVG, § 112 Rn. 32

ergonomische Gestaltung der Arbeitsplätze. Insofern gilt nichts anderes, als wenn man die Belastungen der Schichtarbeit dadurch reduziert, daß man zusätzliche Pausen oder die Einnahme einer warmen Mahlzeit vorsieht. Neben einer solchen Verringerung des vom einzelnen Arbeitnehmer erbrachten Opfers kommt eine finanzielle Kompensation durch Gewährung einer Zulage in Betracht. Ein Tarifvorrang ist insoweit durch die ausdrückliche Vorschrift des § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG ausgeschlossen.<sup>41)</sup> Der Schwerpunkt der Regelung muß allerdings in einer Umgestaltung der Arbeitsbedingungen liegen.

### C. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG

#### 1. Voraussetzungen

##### a) »Technik«

Nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG muß es um Einführung oder Anwendung einer »technischen Einrichtung« gehen, die dazu bestimmt ist, Verhalten oder Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen. Ob eine Lupe oder ein Taschenrechner als »technische Einrichtung« im Sinne dieser Vorschrift anzusehen sind, mag zweifelhaft sein – bei BDE-Systemen liegt der »technische« Charakter auf der Hand. Auch das BAG sieht hier keine Probleme. So bedürfe es »keiner näheren Darlegung«, daß ein EDV-System diese Voraussetzung erfülle, in das die von den Außendiensttechnikern ausgefüllten Berichtsbogen eingegeben wurden.<sup>42)</sup> Dasselbe wurde kurze Zeit später für ein rechnergesteuertes Textsystem<sup>43)</sup> und für die Personaldatenverarbeitung im Rahmen des Systems PAISY angenommen.<sup>44)</sup>

##### b) Die Vorbeugung gegen Gefahren der Informationstechnik – Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG

Mehr Schwierigkeiten scheinen sich auf den ersten Blick bei der Frage zu ergeben, wann die technische Einrichtung »zur Überwachung von Verhalten und Leistung bestimmt« ist. Das BAG orientiert sich dabei primär am Sinn der Vorschrift: Durch Einschaltung des Betriebsrates soll die Persönlichkeitsphäre des einzelnen Arbeitnehmers gegen die spezifischen Gefahren geschützt werden, die sich aus dem Einsatz moderner Datenverarbeitung im Hinblick auf das damit verbundene Kontrollpotential ergeben. Die durch technische Überwachung geschaffenen Gefahren wurden zunächst ausschließ-

41) LAG Berlin DB 1981, 1519, 1522

42) BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 79)

43) BAG AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13

44) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 130)

lich darin gesehen, daß der einzelne anonymer Kontrolle ausgesetzt sei.<sup>45)</sup> In der neueren Rechtsprechung werden mit Recht zahlreiche weitere Aspekte hervorgehoben.<sup>46)</sup> Danach hat der EDV-Einsatz insbesondere zur Folge,<sup>47)</sup> daß

- Informationen nicht nur »stichprobenweise«, sondern kontinuierlich erhoben werden können;
- die Kontrolle für den betroffenen Arbeitnehmer häufig gar nicht wahrnehmbar ist, so daß Gegenreaktionen oder eine bei Menschen immer mögliche »Gegenkontrolle« ausscheiden;
- die Daten zu einer unrichtigen Beurteilung führen, weil nicht alle Umstände des Einzelfalls erfaßt werden (sog. Kontextverlust);
- ein vollständiges Persönlichkeitsbild erstellt wird, wobei der Kontextverlust der Daten die »Fehleranfälligkeit« erhöht;
- der einzelne die Kontrolle nicht vermeiden kann;
- die einmal erfaßten Daten auf Dauer gespeichert werden und so auch noch dann als Belastungsmaterial verwendet werden können, wenn sie ein menschlicher »Kontrolleur« längst vergessen hätte;
- der Entscheidungsspielraum für die Personalabteilung immer kleiner wird, da die EDV auf der Basis bestimmter Selektionskriterien bereits eine schwer entkräftbare Vorentscheidung getroffen hat.<sup>48)</sup>

### c) Auslegung vom Schutzzweck her

Die Notwendigkeit, gegen diese Gefahren zu schützen, hat für die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG die folgenden Konsequenzen:

- »**Verhalten und Leistung**« – also der Gegenstand der Überwachung – sind weit auszulegen und erfassen jedes vom Willen des Arbeitnehmers getragenes oder gesteuertes Tun oder Unterlassen.<sup>49)</sup> Kontroversen zur Behandlung von sogenannten Statusdaten und zum nichtarbeitsbezoge-

45) BAG AP Nr. 2 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972 Kontroll-einrichtung Nr. 2 (S. 8) und Nr. 6 (S. 29)

46) BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 38); BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 80)

47) Zu den allgemeinen Risiken der Informationstechnologien für die Beschäftigten s. Däubler, Gläserne Belegschaften? Köln, Oktober 1987, § 2 I 2

48) Ebenso Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 75 Rn. 21 b; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 25; Schwarz BB 1983, 227

49) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 130) mit Nachweisen aus der Literatur

nen Verhalten (Beispiel: Freizeitsport) spielen bei der BDE keine Rolle. Sobald eine Personalnummer und die Dauer eines Arbeitsgangs erfaßt werden, liegt eine Aussage zu »Verhalten und Leistung« vor. Daß dies jedoch nicht der einzige (sondern nur der deutlichste) Fall ist, wird im folgenden auszuführen sein.

- **Nicht erforderlich** ist, daß das EDV-System selbst die »Aussage« zu Verhalten und Leistung an bestimmten vorgegebenen Werten (sog. **Soll-Werten**) mißt. »Überwachung« liegt vielmehr auch dann vor, wenn das System auf jeden Vergleich verzichtet.

*Beispiel: Der Arbeitsgang A wurde durch Personalnummer N in drei Minuten erledigt. Diese vom Computer »ausgespuckte« Information reicht für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 aus. Unerheblich ist, daß sich die Zeitvorgabe von zwei Minuten nur in den handschriftlichen Notizen des Vorgesetzten V befindet, der aufgrund der ausgedruckten Listen von Hand eine »Abgleichung« vornimmt.*

- **Ohne Bedeutung** ist weiter, **ob die maschinell erzeugte Aussage für sich allein eine sinnvolle Beurteilungsgrundlage** abgibt. Wird etwa bei der Textverarbeitung nur die Zahl der Anschläge erfaßt, die eine bestimmte »Personalnummer« in einer bestimmten Zeiteinheit (Stunde, Arbeitstag usw.) aufzuweisen hatte, so sagt dies für sich allein relativ wenig: Es gibt schwierige und weniger schwierige, deutsche und fremdsprachige, mit Textbausteinen angereicherte oder für den konkreten Einzelfall geschriebene Texte, die jeweils unterschiedlichen Arbeitsaufwand erfordern. Dennoch greift auch hier § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein,<sup>50)</sup> da der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, mit Hilfe weiterer Informationen eben doch konkrete Aussagen zu gewinnen. Dieses sogenannte Zusatzwissen kann aus einem anderen System, aber auch aus Akten, der Arbeitsplanung oder einem persönlichen Gespräch stammen.

*Beispiel: Das System hält nur fest, daß der Arbeitsgang A in drei Minuten erledigt wurde. Personalnummern werden nicht erfaßt. Dennoch liegt ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand vor, da etwa aufgrund von Schichtplänen unschwer rekonstruierbar ist, wer in der erfaßten Zeiteinheit mit dem Arbeitsgang A betraut war.*

- Genau wie nach § 2 Abs. 1 BDSG genügt daher auch im Rahmen der Mitbestimmung die bloße »**Personenbeziehbarkeit**«. Nach der Rechtsprechung des BAG spielt es auch keine Rolle, wenn der Bezug zu einer einzelnen Person nur mit einigem Aufwand möglich ist und auch nicht immer zu zutreffenden Resultaten führt.

50) BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 43)

*Beispiel: Wird eine vom Betrieb angerufene Telefonnummer (sog. Zielnummer) gespeichert, so läßt sich der Anschlußinhaber oft nur mit großer Mühe (oder gar nicht) feststellen, da die Post keine »umgekehrten«, nach laufenden Nummern aufgeschlüsselten Telefonbücher ausgibt. Dennoch bejaht die Rechtsprechung das Vorliegen eines personenbeziehbaren Datums.<sup>51)</sup> Auch wenn der Nebenstellennapparat, von dem aus ein Gespräch geführt wurde, erfaßt wird, weist dies auf eine bestimmte Person hin, sofern der Apparat dieser Person zugeordnet war; die Möglichkeit, daß ein Arbeitskollege oder ein Fremder telefoniert haben kann, ist zwar nicht auszuschließen, steht dem Personenbezug jedoch nicht entgegen.<sup>52)</sup>*

- Läßt das Informationssystem (mit oder ohne Zusatzwissen) Aussagen nur über die Leistung und das Verhalten von **Arbeitnehmergruppen** zu, so ist zu unterscheiden: Geht es um die ganze Belegschaft oder eine größere Abteilung, scheidet § 87 Abs. 1 Ziffer 6 aus, ist eine »kleine, überschaubare Gruppe« betroffen, greift die Mitbestimmung jedoch ein.<sup>53)</sup> Maßgebend hierfür ist die Erwägung, daß in solchen Fällen der »Überwachungsdruck« auf den einzelnen durchschlagen kann.

*Beispiel: In einer Forschungseinrichtung haben alle 50 Wissenschaftler das Recht, über drei Bildschirmterminals auf die zentrale Dokumentation zuzugreifen. Jeder besitzt einen in gleicher Weise kodierten Ausweis. Festgehalten wird nur die Zeit der Abfragen; wer von den 50 in Frage kommenden Personen wie lange am Bildschirm saß, läßt sich auch mit Hilfe von Zusatzwissen nicht ermitteln. Keine Mitbestimmung. Anders wenn es darum geht, Daten über das Arbeitsverhalten einer Akkordgruppe zu erfassen.*

- Ohne Bedeutung ist, ob der Arbeitgeber überhaupt die Absicht hat, die vorhandenen **Daten zu Kontrollzwecken zu verwenden**. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG genügt die **objektiv gegebene Möglichkeit**, zu Aussagen über Verhalten und Leistung zu kommen.<sup>54)</sup> Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates soll nicht von einer so schwer feststellbaren Größe wie einer (guten oder bösen) Absicht abhängig gemacht werden. Dies bedeutet, daß die Mitbestimmung auch dann eingreift, wenn der Gebrauch der Information zu Kontrollzwecken den Umständen nach relativ unwahrscheinlich ist.

*Beispiel: Es wird nur erfaßt, wie lange ein Arbeitsgang effektiv gedauert hat. Die Personalnummer bleibt von vornherein ausgeklammert.*

51) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 155) unter B II 3a bb der Gründe  
52) S. Fn. 51  
53) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 117)  
54) BAG AP Nr. 2 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, ständige Rechtsprechung

*Der Arbeitgeber versichert glaubhaft, es gehe ihm nicht um die Kontrolle einzelner Personen, sondern nur darum, die Soll-Zeiten laufend zu überprüfen und die Materialversorgung sicherzustellen. Dennoch greift § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein, da der Arbeitgeber objektiv in der Lage wäre, unter Zuhilfenahme von Zusatzwissen Aussagen über Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern zu gewinnen.*

- Schließlich spielt es keine Rolle, ob das System die Daten selbst erfaßt oder ob **von Hand gemachte Aufzeichnungen in das System eingegeben** werden.<sup>55)</sup>

Als Ergebnis dieser Rechtsprechung läßt sich festhalten: **Sobald ein personenbezogenes oder personenbeziehbares Datum erfaßt oder verarbeitet wird, greift § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG ein.** Mit Hilfe von Zusatzwissen ist es nämlich dann immer möglich, Verhalten oder Leistung von Arbeitnehmern zu beurteilen. Das BAG hat damit den spezifischen Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung – wie sie oben beschrieben wurden – Rechnung getragen: Die weitgehende Verknüpfbarkeit mit anderen Informationen oder die beliebig lange Speicherbarkeit (»Computer können nicht vergessen«) hängen beispielsweise ersichtlich nicht davon ab, wie groß die im Einzelfall geschaffene »Datenmasse« ist. In der Literatur ist zwar zu einzelnen Positionen des BAG auch Kritik angemeldet worden, doch überwiegt bei weitem die Zustimmung: Man argumentiert also auf sicherer Grundlage, wenn man sich auf die Rechtsprechung des BAG bezieht.<sup>56)</sup>

## 2. Gegenstand der Mitbestimmung

Aus der Praxis wird verschiedentlich von dem Versuch berichtet, die Mitbestimmung auf diejenigen Teile des Systems zu beschränken, in denen personenbezogene Daten erfaßt oder verarbeitet werden, alles andere jedoch zur »unternehmerischen Sphäre« zu rechnen. Ein Betriebsrat braucht sich hierauf nicht einzulassen, da das BAG einen anderen Standpunkt vertritt. So wurde etwa in der Entscheidung über das Techniker-Berichtssystem das Informationssystem als solches für mitbestimmungspflichtig erachtet,<sup>57)</sup> und entsprechende Aussagen finden sich auch in anderen Urteilen.<sup>58)</sup> Die juristi-

55) BAG AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 = EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11  
56) Einzelheiten zu Rechtsprechung und Literatur bei Däubler, Gläserne Belegschaften? A.a.O., § 14  
57) S. Fn. 55  
58) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12 (»Datenverarbeitungs-Anlage«); Nr. 13 (S. 112 – »rechnergesteuertes Textsystem« unterliegt der Mitbestimmung); Nr. 16 (S. 115 – Telefondatenerfassungssystem »Siemens EMS 600« mitbestimmungspflichtig); ebenso schon ArbG Karlsruhe DB 1983, 1211

sche Literatur hat dem im wesentlichen zugestimmt.<sup>59)</sup> Schon der Begriff technische »Einrichtung« verweist auf eine ganzheitliche Betrachtung. So käme etwa **niemand** auf die Idee, **lediglich den Film einer Kamera**, mit der Arbeitsvorgänge beobachtet werden, der Mitbestimmung zu unterwerfen, weil nur er personenbezogene Daten erfasse. Auch aus praktischen Gründen ist eine solche Lösung evident sinnvoll: Die Funktionsweise eines »traditionellen« wie eines »modernen« Kontrollinstruments bestimmt sich nach allen seinen Komponenten, so daß die mit dem Mitbestimmungsrecht erstrebte Gestaltung nicht auf ganz bestimmte Teile beschränkt werden kann. Noch wichtiger ist allerdings die Tatsache, daß die Gefahren für die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers und damit das Ausmaß eines Regelungsbedürfnisses nur bestimmbar sind, wenn alle vorhandenen Speicherungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten Berücksichtigung finden: Dies setzt voraus, daß auch andere als arbeitnehmerbezogene Programme sowie die Hardware einbezogen werden. Tut man einmal den Schritt, daß jedes gespeicherte personenbezogene Datum die Mitbestimmung auslösen kann, lassen sich auch die übrigen Teile des Systems nicht mehr ausklammern, da sie gleichfalls einen entsprechenden Beitrag leisten können.<sup>60)</sup>

Das sehr **unterschiedliche Gefährdungspotential**, das in einem »Überwachungsprogramm«, einem »Abrechnungsprogramm«, einem »Materialversorgungsprogramm« und in der Hardware enthalten ist, muß bei der **Ausgestaltung der mitbestimmten Regelung** selbst berücksichtigt werden.<sup>61)</sup>

Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auf die »**Einführung**« und die »**Anwendung**« des Systems. Die Einführungsphase beginnt bereits mit Probelaufen oder mit einzelnen Umsetzungsakten wie z.B. der Einweisung des Bedienungspersonals. Die bloße Planung fällt nicht unter § 87 Abs. 1 Ziffer 6, sondern wird in der Regel Gegenstand eines Beratungsrechts nach §§ 90, 111 BetrVG sein.

Wird eine einmal installierte **Einrichtung verändert**, löst auch dies das Mitbestimmungsrecht aus.<sup>62)</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn einzelne Programmteile durch neue ersetzt werden, die eine umfangreichere und speziel-

59) Apitzsch BetrR 1986, 346; Apitzsch-Schmitz DB 1984, 983; Ehmann Beilage 1/1985 zu NZA, S. 9; Hexel, Mensch im Computer, 2. Auflage 1986, S. 79; ders. BetrR 1986, 311; Klee-Schumann AuR 1983, 47; Matthes, CR 1987, 109; anders Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 75 c (wenn sich die Programme trennen lassen); Jobs DB 1983, 2308; Kilian NJW 1985, 453

60) Ehmann, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 9

61) Richtig Hexel S. 79, wonach in bezug auf die Hardware normalerweise kein Handlungsbedarf besteht

62) LAG Berlin DB 1984, 2098; LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 73); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 74a; Hexel, a.a.O., S. 149

lere Auswertung ermöglichen.<sup>63)</sup> Nur mit Zustimmung des Betriebsrates ist es weiter möglich, den Kreis der betroffenen Personen oder die Zahl der erfaßten Daten zu vergrößern.<sup>64)</sup>

### 3. Gestaltungsspielräume für Betriebsvereinbarungen und Einigungsstellensprüche

Die weitgehende Klärung des Mitbestimmungsstatbestandes des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 durch die Rechtsprechung hat die Auseinandersetzungen stärker auf die Frage verlagert, inwieweit der Betriebsrat bei der Ausübung seiner Kompetenzen bestimmte Vorgaben zu berücksichtigen hat. Auf allgemeiner Ebene läßt sich schnell Einigkeit erzielen: Die zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber getroffene Abmachung bzw. der Spruch der Einigungsstelle dürfen nicht gegen zwingendes Recht oder gegen Grundrechte verstoßen. Weiter ist die Vorschrift des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG zu beachten, wonach die Einigungsstelle ihre Beschlüsse »unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen« faßt.

Was dies konkret bedeutet, ist sehr viel strittiger. Ist etwa das Bundesdatenschutzgesetz ein zwingendes Gesetz, von dem die Einigungsstelle nicht abweichen darf? Das BAG hat zunächst in der Opel-PAISY-Entscheidung in der Tat diesen Standpunkt vertreten,<sup>65)</sup> ist kurze Zeit später jedoch in dem Beschluß zur Telefondatenerfassung davon abgerückt<sup>66)</sup>: Die **Betriebsvereinbarung** stelle eine »**Erlaubnisnorm**« im Sinne des § 3 Satz 1 Nr. 1 BDSG dar, könne also den Arbeitgeber zu einer Datenverarbeitung ermächtigen, die ihm nach dem Gesetz an sich verschlossen sei. Diese Auffassung hat Kritik gefunden,<sup>67)</sup> doch soll sie hier nicht vertieft werden: Das BDSG enthält so viele unbestimmt formulierte Vorschriften, daß sein Schutzstandard für sich allein genommen sowieso nicht sehr weit reicht. Viel wichtiger sind die beiden anderen Regelungsschranken:

Sind die Betriebsparteien an Grundrechte gebunden, müssen sie notwendigerweise auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht beachten, das vom Bundesverfassungsgericht<sup>68)</sup> aus dem Persönlichkeitsbild nach Artikel

63) S. LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 73). Für das BAG (EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) war die Mitbestimmungspflichtigkeit dieses Tatbestandes so selbstverständlich, daß es darüber kein Wort verlor

64) So LAG Berlin DB 1984, 2098 für ein Zeiterfassungsgerät

65) BAG DB 1986, 1469

66) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 16

67) Latendorf CR 1987, 244

68) BVerfGE 65, 1 ff.

2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 GG abgeleitet wurde. Was bedeutet dies konkret für eine betriebliche Regelung?

Was bedeutet »billiges Ermessen« im Sinne des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG? Gibt es Gestaltungen, die der einen oder der anderen Seite ein solches Übergewicht einräumen, daß diese Voraussetzung nicht mehr gewahrt und die Betriebsvereinbarung bzw. der Einigungsstellenspruch unwirksam ist?

Beide Fragen sollen ihrer großen praktischen Bedeutung wegen in einem gesonderten Absatz behandelt werden.

## D. Die Wahrung des informationellen Selbstbestimmungsrechtes

### 1. Wesentliche Aussagen der Volkszählungsentscheidung

Nach der **Volkszählungsentscheidung** des **Bundesverfassungsgerichts**<sup>69)</sup> steht jedem Menschen ein Recht auf »informationelle Selbstbestimmung« zu. Der einzelne muß über die Preisgabe der auf ihn bezogenen Daten selbst entscheiden; grundsätzlich ist es allein seine Sache, sein Erscheinungsbild in der (computerisierten) Umwelt zu bestimmen. Die Karlsruher Richter haben dies in die Worte gekleidet:<sup>70)</sup>

»Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten.«

Bemerkenswert ist die daraus gezogene Konsequenz: Die Einschüchterung durch informationelle Überlegenheit würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des einzelnen beeinträchtigen, »sondern auch das **Gemeinwohl**, weil **Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens** ist.« Es geht also nicht nur um die traditionelle Entgegensetzung Bürger-Staat, sondern letzt-

69) BVerfGE 65, 1 ff.

70) BVerfGE 65, 1, 43

lich darum, daß die vom Grundgesetz verfaßte Hoheitsgewalt nicht ihre eigenen Grundlagen untergraben darf.<sup>71)</sup>

Die Tatsache, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht »Funktionsbedingung« einer freiheitlichen Ordnung ist, begrenzt auch die Möglichkeit von **Eingriffen**. So verlangt das Bundesverfassungsgericht, daß nur im »**überwiegenden Allgemeininteresse**« Daten ohne den Willen des Betroffenen erhoben werden dürfen.<sup>72)</sup> Das Gericht nennt weitere Voraussetzungen für zulässige Eingriffe:

- Notwendig ist eine **gesetzliche Grundlage**, »aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.«<sup>73)</sup>

Ein überwiegendes Allgemeininteresse besteht regelmäßig überhaupt nur an Daten mit Sozialbezug unter Ausschluß unzumutbarer intimer Angaben und von Selbstbezeichnungen. Offensichtlich existiert daher ein »unantastbarer Bereich«; in einer späteren Entscheidung hat das Gericht einen »absoluten Schutz« für Informationen bejaht, »deren Weitergabe wegen ihres streng persönlichen Charakters für die Betroffenen unzumutbar ist.«<sup>74)</sup>

- Soweit diese Grenze nicht erreicht ist, muß der **Verwendungszweck »bereichsspezifisch und präzise«** bestimmt werden. Eine Sammlung von Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbareren Zwecken ist ausgeschlossen.
- Die Verwendung der Daten ist auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt. Um eine **Zweckentfremdung zu verhindern**, sind Weitergabe- und Verwertungsverbote vorzusehen, die »amtshilfefest« sind. Dies bedeutet, daß das Finanzamt beispielsweise die aus der Steuererklärung ersichtlichen Daten nicht an das Arbeitsamt oder das Einwohnermeldeamt weitergeben darf.
- Aus der Zweckbindung der Daten folgt notwendigerweise eine »**informationelle Gewaltenteilung**«. Sie ist vom Bundesverfassungsgericht für den kommunalen Bereich ausdrücklich angesprochen worden, wo dafür gesorgt werden muß, daß statistische Angaben nur von Stellen benutzt werden, die nichts mit Durchführungsmaßnahmen zu tun haben.<sup>75)</sup> Wollte man alle Informationen bei einer Stelle zusammenführen, entstün-

71) Vgl. auch Busch DVBl 1984, 385

72) BVerfGE 65, 1, 44, bestätigt durch BVerfGE 67, 100, 143

73) BVerfGE 65, 1, 44

74) BVerfGE 67, 100, 144

75) BVerfGE 65, 1, 69

de ein gigantisches Informationsmonopol; daß die linke Hand der Verwaltung in der Regel nicht weiß, was die rechte tut, ist daher entgegen unserem auf Effizienz bedachten Denken eine elementare Voraussetzung von Bürgerfreiheit.

## 2. Übertragung auf die betriebliche Sphäre

Was bedeuten nun diese Grundsätze für die Regelungsbefugnis der Betriebsparteien? Das BAG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß bei Abschluß von Betriebsvereinbarungen bzw. bei Sprüchen der Einigungsstelle die **Grundrechte der Arbeitnehmer zu beachten sind**.<sup>76)</sup> Dies bedeutet, daß somit nur solche Regelungen zulässig sind, die sich mit den eben skizzierten Grundsätzen vereinbaren lassen. Dasselbe Ergebnis folgt aus § 75 Abs. 2 BetrVG, der die freie Entfaltung der Arbeitnehmerpersönlichkeit zur Aufgabe von Arbeitgeber und Betriebsrat erklärt: Beide haben sich also für genau jenes Grundrecht einzusetzen, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Grundlage für das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist.

Wie sehen die konkreten Konsequenzen aus? Auch in bezug auf die betriebliche Erhebung und Verarbeitung von Daten muß eine **möglichst enge Zweckbestimmung** erfolgen. Zu beanstanden ist daher eine Regelung, die die Erhebung oder Verarbeitung von Daten schon dann zuläßt, wenn sie für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses irgendwie »nützlich« sind. Wollte man dies zulassen, würde man unter der Hand den Arbeitgeber zu einer »**Informationszentrale**« machen, der gleichzeitig Steuerbehörde (Lohnsteuerkarte!), Sozialbehörde (Sozialzuschläge, Kindergeld, usw.), Polizeibehörde (Betriebsbußen, eventuell Straftaten, Abmahnungen usw.) und Gesundheitsdienst (betriebsärztliche Daten!) wäre. Zur Vorbereitung einer sozialen Auswahl könnten dann noch zahlreiche Daten über Familienangehörige, Vermögensverhältnisse usw. gesammelt werden. Dies alles läßt sich nicht mit den Grundsätzen der Volkszählungsentscheidung vereinbaren. Der Zweck einer Datenerhebung oder Datenverarbeitung ist vielmehr möglichst eng zu bestimmen. Nur im Rahmen dieses Zwecks kann dann auch von den Daten Gebrauch gemacht werden.

*Beispiel: Von betriebsärztlichen Daten darf nur zu Zwecken des Arbeitsschutzes Gebrauch gemacht werden; eine Verknüpfung mit der Personalakte ist nicht zulässig.*

Im Bereich der **Betriebsdatenerfassung** ist insbesondere zu beachten, daß der Arbeitgeber an die von ihm selbst erklärte Zwecksetzung gebunden ist. Dies bedeutet, daß jede Verhaltenskontrolle ausgeschlossen sein muß, wenn es dem Arbeitgeber nach eigenem Bekunden nur darum geht, etwa den

76) BAG AP Nr. 28 zu Artikel 3 GG Bl. 2 R, bestätigt durch BAG AP Nr. 39 zu Artikel 3 GG Bl. 2; BAG AP Nr. 28 zu Artikel 12 GG Bl. 1 R f.

jeweiligen Stand einer Projektbearbeitung feststellen zu können. Der Betriebsrat kann verlangen, daß durch technische Vorkehrungen wie die Verwendung inkompatibler Systeme oder durch Aufteilung der Zugriffsberechtigung die Einhaltung dieses Zwecks sichergestellt wird. Würde der Arbeitgeber erklären, auch das Arbeitsverhalten kontrollieren zu wollen, wäre dies ein übermäßiger Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer, da er diesen Zweck auch auf anderem Wege erreichen kann.<sup>77)</sup>

Eine weitere praktische Konsequenz für den hier interessierenden Zusammenhang ergibt sich daraus, daß das Bundesverfassungsgericht »**Totalerfassungen**« und ein **Eindringen in den »unantastbaren Bereich« der Persönlichkeit** ausschließt. **Verboden** sind damit nicht nur »**Persönlichkeitsprofile**«, die ein mehr oder weniger vollständiges Abbild aller Stärken und Schwächen eines Menschen beinhalten.<sup>78)</sup> Ausgeschlossen ist vielmehr auch, das **Verhalten** des einzelnen bei der Arbeit über einen längeren Zeitraum hinweg **sekundengenau zu erfassen** und so jede Verschnaufpause, jedes Gespräch mit einem Kollegen oder jeden Gang zur Toilette im EDV-System »aktenkundig« zu machen. Im Effekt wäre dies vergleichbar schlimm wie die Beobachtung durch eine Einwegscheibe oder die Überwachung mit einer Fernsehkamera. Erlauben BDE-Systeme eine derart präzise Erfassung des Arbeitsverhaltens, muß notwendigerweise **jeder Personenbezug ausgeschlossen** werden. Dafür genügt es nicht, daß nur auf die Erfassung der Personalnummer verzichtet wird; notwendig ist vielmehr auch, eine Regelung zu finden, die es dem Arbeitgeber unmöglich macht, durch »Zusatzwissen« den Personenbezug wieder herzustellen. Konzentration der Zugriffsberechtigung auf wenige Personen, die mit Personalentscheidungen nichts zu tun haben, kann hier ein Mittel sein; ein anderes besteht darin, die erfaßten Daten möglichst schnell zu löschen oder so zu aggregieren, daß eine »Repersonalisierung« ausgeschlossen ist.

**Im Grundsatz** gilt es festzuhalten: Sowohl die Wahrung der Zweckbestimmung von Daten wie auch das Verbot der Totalerfassung sind keine Größen, deren Wahrung im Ermessen der Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle steht. Vielmehr handelt es sich um rechtliche Vorgaben, die unter allen Umständen zu wahren sind. Nur in dem durch sie geschaffenen Rahmen kann es darum gehen, einen »billigen Ausgleich« zwischen den Interessen der Belegschaft und denen des Arbeitgebers herbeizuführen.

## E. Billiger Ausgleich der Interessen

Was »billig« und »unbillig« ist, hängt nicht nur vom Standpunkt des Betrachters, sondern auch von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab. Die

77) Zur näheren Begründung des Grundsatzes möglichst enger Zweckbestimmung s. Däubler, Gläserne Belegschaften? § 5 IV, zur »Separierung« der einmal erhobenen Datenbestände s. § 8 II

78) Beispiele bei Apitzsch BetrR 1986, 345 ff.

Rechtsprechung des BAG hat zwei Gesichtspunkte hervorgehoben, die auch bei BDE-Vereinbarungen von Bedeutung sind.

Zum einen darf bei der Ausgestaltung der mitbestimmten Regelung der **tatsächlichen Gefährdung von Arbeitnehmerinteressen** Rechnung getragen werden.<sup>79)</sup> Dies kann dazu führen, daß eine Datenerhebung (z. B. über die Zahl der gefertigten Stücke) ohne Einschränkung und ohne zusätzliche Sicherung gegen »zweckentfremdeten« Gebrauch zugelassen wird.<sup>80)</sup> Dem kann nur dann beigespflichtet werden, wenn unter den gegebenen Umständen auch im Wege der Verknüpfung mit anderen Daten keine »gefährlicheren« Aussagen möglich sind – eine selten gegebene Voraussetzung. Der Betriebsrat kann jedenfalls verlangen, daß ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, die Einhaltung der Zweckbindung zu kontrollieren.

Die zweite Leitlinie der Rechtsprechung verdient eher Zustimmung. So ist es den Betriebsparteien **untersagt**, die Belegschaft oder einen Teil von ihr einem nicht ganz unerheblichen »**Überwachungsdruck**« auszusetzen: Werden dem Arbeitgeber gleichwohl Überwachungsmöglichkeiten eingeräumt, so sind »kompensatorische Mechanismen« vorzusehen, die dafür sorgen, daß sich der einzelne Arbeitnehmer nicht vor einem Übermaß an Datenauswertung oder vor unsachlichen Reaktionen zu fürchten braucht. Werden etwa Fehlzeiten gespeichert und ausgewertet, so muß der **Betriebsrat** notwendigerweise an den **Reaktionen des Arbeitgebers** wie Personalgespräche, Abmahnungen, Kündigungen usw. **beteiligt werden**.<sup>81)</sup> Der Betriebsrat kann so seine Einschaltung, ja eventuell auch seine Mitbestimmung in Bereichen verlangen, in denen ihm – wie etwa bei Versetzung oder erst recht bei Kündigung – nach dem Gesetz nur eine bescheidene Rechtsposition zukommt. Dies läuft nicht auf ein neues Mitbestimmungsrecht hinaus, das der Arbeitgeber auch ohne Vorliegen einer Betriebsvereinbarung immer beachten müßte. Vielmehr geht es allein darum, »Konzessionen« des Betriebsrates im Bereich der Überwachung auszugleichen, um so die Belange beider Seiten ausreichend zur Geltung zu bringen. Eine nach Einschätzung des Verfassers schon sehr verbreitete Praxis wurde so auch rechtlich festgeschrieben.<sup>82)</sup>

Zu den **kompensatorischen Rechten**, die der Betriebsrat zur Verhinderung eines »Überwachungsdrucks« verlangen kann, gehören auch **Auskunfts- und Kontrollrechte**, die ihn in die Lage versetzen, die Einhaltung

79) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 (S. 4), Nr. 14 (S. 119), Nr. 15 (S. 142). Ebenso LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 73)

80) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 120)

81) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 139)

82) Die Rechtsprechung wurde insoweit bestätigt durch BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 165): Einschaltung des Betriebsrates vor der Vornahme von Maßnahmen wegen mißbräuchlichen Telefonierens

der vereinbarten Regelung jederzeit zu überprüfen.<sup>83)</sup> Mit Rücksicht darauf hat das Arbeitsgericht Berlin einen Einigungsstellenspruch für rechtswidrig erklärt, der die Weitergabe von Daten an ein anderes Konzernunternehmen vorsah, obwohl der Betriebsrat schon aus räumlichen Gründen nicht in der Lage war, das »weitere Schicksal« dieser Daten zu überprüfen.<sup>84)</sup> Dies kann gerade auch bei BDE-Systemen von Bedeutung sein, wenn die Steuerung oder die Auswertung außerhalb des Betriebs erfolgt.

Über einen Mangel an Rechten kann sich der Betriebsrat nicht beklagen; die Hauptaufgabe liegt darin, sie im Interesse der Belegschaft zu nutzen.

83) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 141). Ebenso Löwisch AuR 1987, 99. Die Problematik ist nicht behandelt in BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 51), wonach kein Mitbestimmungsrecht in bezug auf die Ausführung und Überwachung einer Betriebsvereinbarung bestehe – darum geht es nach der neueren Rechtsprechung nicht mehr.

84) ArbG Berlin DB 1984, 410