

Graue Reihe

**EDV-Systeme als
»Technische
Einrichtungen«
zur
Arbeitnehmerkontrolle**



Inhalt

Seite

Einleitung	5
------------------	---

I. TEIL:

DIE TECHNIK DER KONTROLLE: TECHNISCH-ORGANISATORISCHE ENTWICKLUNGSLINIEN DER ÜBERWACHUNGSEIGNUNG VON EDV-SYSTEMEM (Meyer-Degenhardt)	7
---	----------

1 Bedingungen und Bestimmungsfaktoren von Kontrollpotentialen in EDV-Systemen	11
2 Entwicklung und Stand der EDV-Anwendung anhand eines fünfstufigen Modells von DV-Nutzungsformen	19
3 Systemsoftware und Personaldatenverarbeitung	31
4 Typische Beispiele der Verwendung von Personaldaten in Anwendersystemen	42
5 Zusammenfassung der Ergebnisse der Technikanalyse	56

II. TEIL:

INFORMATIONSPRECHT UND TECHNISCHE KONTROLLE (Steinmüller)	59
--	-----------

1 Das Sachproblem: Arbeitsrechtlich relevante Ergebnisse der Datenschutzdiskussion	65
2 Das Sprachproblem: Informationswissenschaftliche Analyse kontrollrelevanter Rechtsbegriffe	84
3 Exkurs: Informationsrecht und Arbeitsrecht	114

III. TEIL:

ARBEITSRECHT UND INFORMATIONSTECHNOLOGIEN (Däubler) ..	129
---	------------

1 Einleitung	133
2 Die Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG	141
3 Wann greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein?	150
4 Rechtliche Schranken für eine Regelung durch Betriebsrat und Arbeitgeber	182
5 Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf Probleme der gegenwärtigen Entwicklung	199

III. Teil

Arbeitsrecht und Informations- technologien

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler

1	Einleitung	133
1.1	Rechtsprobleme der neuesten technischen Entwicklung	133
1.2	Datenschutz und Mitbestimmung	135
1.3	Informationswissenschaft und Arbeitsrecht	138
1.4	Überblick über den Gang der Darstellung	139
2	Die Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG	141
2.1	Der Wortlaut	141
2.2	Entstehungsgeschichte	141
2.3	Zweck der Vorschrift	142
2.4	Gesetzessystematik und Entscheidungen des Gesetzgebers im BDSG	145
2.5	Stellenwert des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 unter verfassungs- rechtlichen Aspekten	146
2.6	Unterstützende Erwägungen	148
3	Wann greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein?	150
3.1	Überwachung durch »Technik«	150
3.2	Was versteht man unter »Überwachung«?	151
3.2.1	Begriffsbestimmungen	152
3.2.2	Stellungnahme	153
3.2.3	Mitbestimmung bei den einzelnen Phasen des Überwachungsprozesses	156
3.2.4	Einzelfragen	159
3.2.5	Der Gegenstand der Überwachung	159
3.2.5.1	Der Begriff »Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer«	160
3.2.5.2	Die Qualität der gespeicherten Daten	162
3.2.5.3	Die Bedeutung von Zusatzwissen	164
3.2.6	Überwachung einzelner Arbeitnehmer und Gruppenüberwachung	167
3.3	Das »Bestimmt-Sein« zur Überwachung	169
3.3.1	Geeignetheit	169
3.3.2	Das Unmittelbarkeitserfordernis	170
3.3.3	Das Programmierfordernis	171
3.3.4	Kritik und Gegenposition	172
3.4	Die technische »Einrichtung«: Das »System« als Gegenstand der Mitbestimmung	174
3.5	Die mitbestimmungspflichtigen Arbeitgebermaßnahmen: Einführung und Anwendung	175
3.5.1	Grundsätze	175

3.5.2	Mitbestimmung über die Datenverwendung	176
3.5.3	Auftragsdatenverarbeitung	177
3.5.4	Veränderung der technischen Einrichtung	178
3.5.5	Alt-Einrichtungen	178
3.6	Gesetzes- und Tarifvorbehalt	179
4	Rechtliche Schranken für eine Regelung durch Betriebsrat und Arbeitgeber	182
4.1	Allgemeine Grenzen	182
4.1.1	Zwingendes Recht	182
4.1.2	Grundrechtsbindung	182
4.1.3	Billiger Ausgleich der Interessen	184
4.2	Spezifische Probleme	184
4.2.1	Betriebsvereinbarung und Einigungsstellenspruch als Erlaubnisnorm nach § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG?	184
4.2.2	Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers als Grenze für Betriebsvereinbarungen und Einigungsstellensprüche	185
4.2.3	Insbes.: Telefondatenerfassung	187
4.3	Billige Abwägung der beiderseitigen Interessen	188
4.3.1	Versuche zur Beschränkung des Regelungsspielraums	188
4.3.2	Die abzuwägenden Interessen	190
4.3.3	Was ist »billiger« Ausgleich?	191
4.4	Überwachung des Betriebsrats	193
4.5	Ausübung und Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts	194
4.5.1	Einzelbetriebsrat oder Gesamtbetriebsrat?	195
4.5.2	Initiativrecht des Betriebsrats	195
4.5.3	Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch Regelungsabrede?	196
4.5.4	Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts	196
5	Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf Probleme der gegenwärtigen Entwicklung	199
5.1	Erweiterung der Kontrollkapazität – ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand?	200
5.1.1	Der Grundsatz	201
5.1.2	Insbes.: Die Verwendung von Abfragesprachen	202
5.1.3	Insbes.: Der Einsatz von Arbeitsplatzrechnern (PCs)	203
5.1.4	Insbes.: Innerbetriebliche Vernetzung	205
5.1.5	Kein Mitbestimmungsrecht wegen früherer Betriebsvereinbarungen?	206
5.2	Überbetriebliche Vernetzung	206
5.2.1	Die Grenzen des BetrVG	206
5.2.2	Schranken durch das Datenschutzrecht	207

1. Einleitung

Die beiden vorstehend abgedruckten Beiträge stellen eine Herausforderung für alle diejenigen dar, die sich mit der Auslegung und Fortentwicklung von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG beschäftigen. Der von Klaus Meyer-Degenhardt verfaßte erste Teil macht Lücken in der bisherigen juristischen »Problembearbeitung« deutlich; Wilhelm Steinmüllers Abhandlung bringt neue Lösungsansätze aus datenschutzrechtlicher und informationswissenschaftlicher Sicht. Was dies bedeuten kann, bedarf der Präzisierung.

1.1 Rechtsprobleme der neuesten technischen Entwicklung

Zwischen der betrieblichen Einführung von Technik und einer letztinstanzlichen Entscheidung der Arbeitsgerichtsbarkeit liegen erfahrungsgemäß viele Jahre¹⁾. Dies hängt damit zusammen, daß das Gros der Streitpunkte im Vorfeld gerichtlicher Auseinandersetzungen bewältigt wird und so nur eine nicht notwendigerweise repräsentative Gruppe von Fällen bleibt, die den Gerichten unterbreitet wird. Da das durch drei Instanzen gehende Verfahren dann noch einige Jahre dauert, kann es im Grunde nicht verwundern, daß die Rechtsprechung hinter der Entwicklung zurückbleibt. Auch wird sie oft ohne exzessive Benutzung von Obiter Dicta nicht in der Lage sein, zu mehr als einigen wenigen Aspekten wie etwa dem Umfang des Auskunftsrechts des Betriebsrats Stellung zu nehmen²⁾.

Die an sich sehr reichhaltige Rechtsprechung des BAG zu § 87 Abs. 1 Ziffer 6 bezieht sich bislang im wesentlichen auf »traditionelle« Informationssysteme, die Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre entwickelt wurden. Dies gilt etwa für die Speicherung von Fehlzeiten im Rahmen eines Personalinformationssystems³⁾, für die Eingabe eines Namenskürzels bei der Textverarbeitung⁴⁾ und erst recht für die Installierung eines Zählwerks an einer Schweißstraße⁵⁾. Bezeichnend ist, daß die TÜV-Prüfbescheid-Entscheidung vom 23. April 1985⁶⁾ ebenso wie das Urteil vom 22. 10. 1986⁷⁾ einen Sachverhalt zum Gegenstand hatte, der bereits vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 entstanden war. Auch die beiden Entscheidungen zur Telefondatenerfassung⁸⁾ betrafen Sachverhalte, die außerhalb der von Klaus Meyer-Degenhardt beschriebenen technischen Innovationen liegen. Dialogsysteme waren nur in zwei Entscheidungen

1) Angaben zur Dauer arbeitsgerichtlicher Verfahren in BARbI Heft 6/1985, S. 98-100

2) S. den Fall BAG DB 1987, 1491 zur geplanten Einführung eines on-line-Systems

3) Sog. Opel-PAISY-Entscheidung v. 11. 3. 1986, BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15

4) Entscheidung v. 23. 4. 1985, EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung, Nr. 13

5) Entscheidung v. 11. 3. 1986, EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 14 (»Kienzle-Schreiber«)

6) EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12

7) DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anm. Däubler

8) Entscheidung v. 27. 5. 1986, EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16; Entscheidung v. 13. 1. 1987, DB 1987, 1153

betroffen⁹⁾, während in der Literatur verschiedentlich darauf hingewiesen wurde, das der Rank Xerox-Entscheidung vom 14. September 1984¹⁰⁾ zugrunde liegende Techniker-Berichtssystem sei im Zeitpunkt der Entscheidung bereits durch ein neues ersetzt worden¹¹⁾.

Im Ergebnis bewahrheitet sich hier die vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit gefährlichen Technologien getroffene Aussage, die Rechtsordnung hinkt stets hinter einer weiterstrebenden technischen Entwicklung her¹²⁾.

Weniger leicht erklärbar ist die Tatsache, daß sich auch die Literatur fast ausnahmslos in ausgetretenen Pfaden bewegt¹³⁾. Was etwa den Gebrauch von Abfragesprachen, den PC-Einsatz und die Vernetzung angeht, wird man nur auf wenigen Vorarbeiten aufbauen können. Dies hängt vermutlich mit einer starken Konzentration auf die Rechtsprechung und die dort anhängigen Probleme, aber auch damit zusammen, daß der »Lebenssachverhalt Technik« in der Regel in einem Begriffsapparat beschrieben ist, dessen Aneignung gewisse Ähnlichkeiten mit dem Erwerb einer Fremdsprache aufweist.

Der hier skizzierte Stand von Rechtsprechung und Literatur hat in der Praxis die für Betriebsräte unangenehme Konsequenz, sich in vielen Fällen auf ungesichertem Terrain bewegen zu müssen. Da ihr Mitbestimmungsrecht noch immer wie eine Art Ausnahme von der unternehmerischen Alleinbestimmung gesehen wird, obliegt es faktisch ihnen, ihr Recht belegen zu müssen. Dies ist zwar rechtlich alles andere als unangreifbar¹⁴⁾, doch wird es in der Praxis selten Betriebsräte geben, die ihre Rechtsposition voll »ausreizen« und sich deshalb auch auf ungewisse Mitbestimmungsabenteuer einlassen. Ist unklar, ob beispielsweise die Erweiterung der Speicherkapazität durch Kauf einer neuen Hardware oder die Einbeziehung weiterer Arbeitsplätze in ein innerbetriebliches Netz der Mitbestimmung unterliegt, wird im Zweifel erst einmal der Arbeitgeber vollendete Tatsachen schaffen, läßt sich doch – so würde argumentiert – eine dringend notwendige Modernisierung nicht wegen der ungewissen Rechtslage aufschieben. Hinzu kommt, daß es aus der Sicht des Betriebsrats ja nicht mit der Bejahung eines Mitbestimmungsrechts getan ist: Man muß einen halbwegs überzeugenden Regelungsvorschlag machen können, was überall dort auf Schwierigkeiten stößt, wo man sich nicht der Hilfe einer »Musterbetriebsvereinbarung« bedienen kann. Die für die Arbeitsrechtswissenschaft vermutete Rezeptionsbarriere ist hier noch viel größer; wo Juristen sich erst mühevoll durchfinden müssen, sind Betriebsratsmitglieder in aller Regel

9) Entscheidung v. 6. 12. 1983, EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1; Entscheidung v. 17. 3. 1987, DB 1987, 1491

10) EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11

11) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 168

12) BVerfGE 49, 89, 135. Bildhaft Hexel BetrR 1986, 302: »Die Rechtsprechung und Literatur hinkt nicht nur, sie hechelt der realen technologischen Entwicklung weit abgeschlagen hinterher.«

13) Ausnahmen etwa Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 167; Hexel, Mensch im Computer, 2. Aufl. 1986; Klebe-Roth (Hrsg.), Informationen ohne Grenzen, Hamburg 1987

14) S. dazu unten 4. 5. 4

noch stärker im Hintertreffen. Es überrascht daher nicht, wenn von sachkundiger Seite festgestellt wird, Betriebsräte hätten die ihnen durch § 87 Abs. 1 Ziffer 6 eröffneten Möglichkeiten bei weitem nicht ausgeschöpft¹⁵⁾.

Dieser Zustand entspringt keinem Naturgesetz. Die gesetzliche Regelung verweist nun mal auf »technische Einrichtungen« schlechthin, öffnet sich also bewußt auch neuesten Entwicklungen. Niemand kann deshalb einen Arbeitsrichter, einen Personalleiter oder einen Betriebsrat daran hindern, sich das nötige Wissen über die gegenwärtige technische Entwicklung zu verschaffen und eventuelle darauf bezogene Interpretationsvorschläge in Urteile bzw. betriebliche Verhandlungen einzubringen. Genau hier will der vorliegende Beitrag einsetzen: Es soll darum gehen, nicht nur den (nicht unkomplizierten) Status quo der Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 darzustellen, sondern ihn auch im Hinblick auf die aktuelle Entwicklung »weiterzudenken«. Das »Hinterherhinken« des Rechts ist zwar nicht zu beseitigen, wohl aber kann der zeitliche Abstand zwischen technischer Innovation und juristischer Verarbeitung drastisch verringert werden. Dabei wird die Schilderung des rechtlichen Status quo einen vergleichsweise großen Raum einnehmen, handelt es sich dabei doch um ähnlich weit ausdifferenzierte Rechtsgrundsätze wie etwa im Bereich des Arbeitskampfrechts.

1.2 Datenschutz und Mitbestimmung

Der Beitrag von Wilhelm Steinmüller sorgt dafür, daß sich die Auseinandersetzung um die Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 nicht auf eine reine Fortschreibung des bisher Gedachten beschränkt. Der erste Teil der Abhandlung verfolgt das Ziel, datenschutzrechtlichen und arbeitsrechtlichen »Denkstil« zusammenfinden zu lassen, bisher auf nur einem Bein stehende Ergebnisse mit einer zweiten normativen Grundlage zu versehen. Da Mitbestimmung ebenso wie Datenschutz und informationelles Selbstbestimmungsrecht ihre Wurzel im Persönlichkeitsschutz hat, scheint einer Integration nichts im Wege zu stehen. Gleichwohl ist vor vorschneller »Integrationseuphorie« zu warnen.

Seiner Grundstruktur nach ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht ein auf den Einzelnen bezogenes Recht. Er soll in seiner Möglichkeit geschützt werden, über die Preisgabe der auf ihn bezogenen Daten selbst zu entscheiden, allgemeiner formuliert: sein Erscheinungsbild in der elektronischen Welt selbst bestimmen zu können. Diese Kongruenz mit den liberalen Prämissen der überkommenen Rechtsordnung¹⁶⁾ erklärt die heute sehr weitgehende Akzeptanz dieser Rechtsfigur sowie die »Karriere«, die sie in der juristischen Literatur gemacht hat^{16a)}. Gegen Mitbestimmung könnte man sich unschwer ent-

15) Wolter, in: Apitzsch u. a. S. 41

16) Zu ihnen im vorliegenden Zusammenhang Däubler ZRP 1986, 42 ff.

16 a) Die Bereitschaft zur Rezeption nimmt schlagartig ab, wenn es etwa um »Systemdatenschutz« i. S. Podlechs oder um »Datenorganisationsrecht« i. S. von Steinmüller geht – hier werden die liberalen Prämissen transzendiert.

scheiden – und es gibt nicht wenige Juristen, die dies tun –, eine Aussage, das informationelle Selbstbestimmungsrecht sei überflüssig und die »Verdatung« werde allenfalls dann zum Rechtsproblem, wenn der Einzelne nachweislich falsch beurteilt oder diffamiert wurde, würde nur Kopfschütteln hervorrufen. Das Individuum zu schützen ist allgemein geteiltes Anliegen, während man bei der Mitbestimmung »Kollektivmacht« assoziiert, der man mit Mißtrauen begegnet. Wird mit dieser Einseitigkeit nicht ein Ende gemacht, wenn endlich auch die Mitbestimmung als ein Stück Persönlichkeitsschutz angesehen wird? Erhält sie nicht auf diese Weise zu guter Letzt doch noch »Bürgerrecht« in der liberal-rechtsstaatlichen Ordnung?

Ihrer traditionellen, von der Gewerkschaftsbewegung erkämpften Struktur nach ist die Tarifautonomie wie die Mitbestimmung des Betriebsrats ein **Instrument** zur Wahrung von Arbeitnehmerinteressen. Zu welchen konkreten Zwecken man davon Gebrauch macht, ist ausschließlich der demokratischen Willensbildung durch die Betroffenen überlassen. Ob man mehr Lohn und kürzere Arbeitszeit verlangt, ob man »ungeschützte« Arbeitsverhältnisse einschränken oder verbieten oder die Weiterqualifizierung der Beschäftigten regeln will, ist allein der Entscheidung der Gewerkschaft bzw. des Betriebsrats überlassen. Die Rechtsordnung enthält insoweit nur ganz allgemeine Vorgaben. Zwar sollen Tarifverträge nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der »sinnvollen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens« dienen¹⁷⁾, doch wirkt sich dies in der Praxis jedenfalls nicht bei der Wahl der Gegenstände und der Zulässigkeit bestimmter Verhandlungsergebnisse aus. Ähnliches gilt für die in § 2 Abs. 1 BetrVG niedergelegte Bindung des Betriebsrats (auch) an das Betriebswohl – daß daran eine bestimmte Betriebsvereinbarung scheitert, ist nur in extremen Ausnahmefällen denkbar. Faktisch verläßt man sich auf die kollektive Vernunft der Beteiligten und das freie Spiel der Kräfte.

Durch eine **enge Rückbeziehung** auf den Persönlichkeitsschutz kann sich dies ändern. Mögliche Ziele wie auch Resultate des Verhandlungsprozesses können von diesem »Grundgedanken« her vorprogrammiert werden. Gewerkschaften und Betriebsräte werden tendenziell zum »Funktionär« der staatlichen Rechtsordnung, der »individualitätskonforme« Problemlösungen erarbeiten muß. Die Ziele sind vorgegeben, nicht mehr selbst gesetzt.

Dies ist gerade im Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 alles andere als eine grundlose Befürchtung. Wenn nach dem Wortlaut dieser Bestimmung die Mitbestimmung sich auf »technische Einrichtungen« bezieht, die dazu bestimmt sind, »das Verhalten oder die Leistung **der Arbeitnehmer** zu überwachen«, so ist damit zumindest nahegelegt, daß auch die Überwachung **aller Arbeitnehmer** eines Betriebs oder größerer Gruppen erfaßt ist. Von einem persönlichkeitsrecht-

17) BVerfGE 50, 290, 371

lichen Ansatz her ist dies jedoch anders: Da es keine Kollektivperson »Belegschaft«, sondern nur Individuen gibt, wird die Mitbestimmung auf den Fall beschränkt, daß das Arbeitsverhalten eines Einzelnen überwacht wird oder daß zwar eine Gruppe betroffen ist, dabei jedoch der »Überwachungsdruck« auf den Einzelnen durchschlägt¹⁸⁾. Diese Einschränkung wird völlig übersehen, wenn der Rechtsprechung des BAG der Vorwurf gemacht wird, sie dehne das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in unzulässiger Weise aus¹⁹⁾.

Unter Bezugnahme auf den persönlichkeitsrechtlichen Ansatz wird in der Literatur weiter die Auffassung vertreten, der Regelungsspielraum der Betriebsparteien sei auf »Kontrollabwehr« begrenzt²⁰⁾. Dies geht soweit, daß sogar die Behauptung aufgestellt wird, der Betriebsrat könne keinen über das BDSG hinausgehenden »Überwachungsschutz« verlangen²¹⁾ – eine These, die von vorneherein völlig neben der Sache läge, wenn man eine freie, inhaltlich nicht vorgeprogrammierte Handlungskompetenz annehmen würde. Insoweit wird zu prüfen sein, ob die »Anbindung« des Mitbestimmungsrechts an den Gedanken des Persönlichkeitsschutzes wirklich den Sinn einer Einengung hat, also auch eine Abweichung von § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG gestattet²²⁾. Zu bedenken ist, daß eine entsprechende »Funktionalisierung« auch in bezug auf andere Mitbestimmungsrechte möglich wäre. So könnte man sich durchaus vorstellen, daß von einem solchen Ansatz her das Mitbestimmungsrecht über »Beginn und Ende der Arbeitszeit« nach § 87 Abs. 1 Ziffer 2 nur noch für Regelungen ausgeübt werden darf, die individuelle Spielräume eröffnen. Der Effekt einer »Individualisierung« von Arbeitsverhältnissen würde so durch eine neokorporatistische Einordnung der Gewerkschaften und Betriebsräte erzwungen – was bislang allenfalls auf freiwilliger Grundlage erfolgte, wäre dann Vollzug rechtlicher Vorgaben. Entscheidend wird es also darauf ankommen, das »Wie« der Verknüpfung von Persönlichkeitsschutz und Mitbestimmungsstatbestand sachgerecht und ohne Aufgabe arbeitsrechtlicher Strukturprinzipien zu bestimmen.

Ein zweites Problem liegt in einer selektiven Wahrnehmung datenschutzrechtlicher Erkenntnisse durch die Arbeitsgerichte und die arbeitsrechtliche Literatur. Wie eine neuere Entscheidung des BAG²³⁾ deutlich macht, besteht die Tendenz, aus der Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁴⁾ nur das informationelle Selbstbestimmungsrecht als reines Individualrecht zu rezipieren. Der entscheidende zweite Teil der Entscheidung, der Eingriffe in dieses Recht von bestimmten (engen) Voraussetzungen abhängig macht und so Vorgaben für ein »Datenorganisationsrecht« schafft, wird nicht zur Kenntnis

18) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14

19) Ehmann ZfA 1986, 357 ff.

20) So zuletzt Löwisch AuR 1987, 100

21) Ehmann, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 10; ders. SAE 1985, 190; ders. ZfA 1986, 388

22) Dazu unten 4. 3. 2

23) DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anmerkung Däubler

24) BVerfGE 65, 1 ff.

genommen²⁵⁾. Dies bedeutet, daß ein in Richtung auf »Systemdatenschutz« gemachter Fortschritt²⁶⁾ gerade im Arbeitsleben, wo die Kollektivierung zahlloser Vorgänge besonders auf der Hand liegt, wieder rückgängig gemacht wird. Auch läßt sich feststellen, daß die Dimension eines substantiellen, reale Verdauungsgrenzen aufzeigenden Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht noch immer unterentwickelt ist²⁷⁾.

1.3 Informationswissenschaft und Arbeitsrecht

Der zweite Teil des Beitrags von Wilhelm Steinmüller (»Das Sprachproblem«) setzt insoweit neue Akzente, als die Funktionsweise von Informationssystemen deutlicher und klarer herausgearbeitet wird, als dies bisher in der juristischen Literatur der Fall war. Eine Herausforderung stellen diese Ausführungen aber auch insoweit dar, als sich die Frage stellt, ob und welche Schlußfolgerungen sich aus der Funktionsweise von Technik für die Auslegung und Fortentwicklung des Rechts ziehen lassen.

Nach hier vertretener Auffassung wird Recht als Produkt sozialer Auseinandersetzungen auf der Grundlage eines bestimmten ökonomischen und bewußtseinsmäßigen Entwicklungsstands begriffen. Dies ist für die Gesetzgebung schon vom Verfahren her plausibel, gilt aber auch für die Schaffung von »Richterrecht«, ist dieses doch auf Akzeptanz durch die Betroffenen angewiesen. Arbeitsrechtsnormen tragen dabei im Regelfall Kompromißcharakter, d. h. sie respektieren Reproduktionsinteressen der Arbeitnehmer so weit, wie dies im wohlverstandenen Interesse auch der Arbeitgeber liegt: Je höher die Organisiertheit der Arbeitnehmer und ihr Anspruchsniveau, umso eher wird auf der Basis gegebener ökonomischer Möglichkeiten die Arbeitgeberseite auch ein Eigeninteresse daran haben, Kompromisse zu schließen und so den ungestörten Fortgang des Produktionsprozesses zu sichern²⁸⁾.

Rechtsnormen beziehen sich nur vergleichsweise selten auf technische Sachverhalte. Dies hängt damit zusammen, daß das überkommene Rechtssystem vom Menschenbild des abstrakten Individuums ausgeht, sich also nicht für die konkreten (und damit auch technischen) Bedingungen interessiert, unter denen Verträge abgeschlossen oder allgemeine Verhaltensregeln verletzt werden. Eine Ausnahme bildet insoweit das technische Sicherheitsrecht, doch auch Teile des Arbeitsrechts sind »technikoffen«. Dies gilt etwa für den Begriff der Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 Ziffer 4 und 5 BetrVG sowie für den hier interessierenden § 87 Abs. 1 Ziffer 6: Mitbestimmung soll bei allen »technischen Einrichtungen« einsetzen, die zur Überwachung bestimmt sind. Dies bedeutet, daß technische Veränderungen neue Anwendungsprobleme schaf-

25) Dazu näher Däubler, Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 23 BDSG

26) S. dazu Podlech, Leviathan 1984, 25 ff.

27) Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 116 ff.; Mückenberger BetrR 1987, 261 ff.

28) Eingehender Däubler, Arbeitsrecht 1, 8. Aufl., S. 43 ff. (2. 2) mwN

fen können. So haben etwa die durch Informationstechnologien geschaffenen Überwachungsmöglichkeiten die Rechtsprechung veranlaßt, die Vorschrift des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf die neuen Sachverhalte zu beziehen und zu einem aus zahlreichen Regeln bestehenden »Geflecht« auszubauen.

Dieser Vorgang wäre allerdings verkannt, wollte man die Technik als solche zur Grundlage neuer mitbestimmungsrechtlicher Normen erklären (das wäre eine technizistische Sicht). Vielmehr ging und geht es darum, eine bestimmte Rechtsnorm, in der Wertungen über die Einschaltung der Arbeitnehmer in bestimmte Vorgänge zum Ausdruck kommen, unter veränderten Bedingungen zur Geltung zu bringen. Technik ist und bleibt lediglich ein Teil der »Umwelt«, auf die sich Recht bezieht. Die Informationswissenschaft beschreibt ein (wichtiges) Segment dieser Realität – ein anderes wäre z. B. die sozialpsychologische Feststellung, daß in der Bundesrepublik ein vergleichsweise hohes Maß an Sensibilität für Überwachung am Arbeitsplatz besteht, ein weiteres die Beschreibung der ökonomischen Handlungsspielräume, die deutsche Unternehmen angesichts der Weltmarktkonkurrenz bei der Technikgestaltung besitzen.

Niemand wird behaupten wollen, Rechtsfragen könne man nur im Hinblick auf eines dieser Segmente beantworten. Etwas Derartiges ist hier aber auch nicht intendiert. Vielmehr geht es im zweiten Teil des Beitrags Steinmüller darum, die Arbeit an § 87 Abs. 1 Ziffer 6 mit mehr »Basisinformationen« zu versorgen, ohne daß diesen determinierender Charakter zukäme.

1.4 Überblick über den Gang der Darstellung

Wie schon an früherer Stelle angedeutet^{28a)} muß es zunächst darum gehen, den bisherigen Stand von Rechtsprechung und Literatur zu § 87 Abs. 1 Ziffer 6 darzustellen und kritisch aufzuarbeiten. Begonnen werden soll dabei mit der Frage, nach welchen Kriterien § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ausgelegt werden soll, welche Rolle insbes. der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers bei der Bestimmung seines Inhalts spielen kann (unten 2).

Der Inhalt dieser Vorschrift soll im weiteren durch die Konkretisierung ihrer einzelnen Tatbestandsmerkmale erschlossen werden, wobei sich keine logisch absolut zwingende Reihenfolge anbietet. Zunächst soll die nicht sehr kontroverse Abgrenzung der technischen von der nichttechnischen Überwachung angesprochen werden (unten 3.1). Eingehendere Aufmerksamkeit verdient dann der Überwachungsbegriff, geht es doch um die entscheidende Bezugsgröße des § 87 Abs. 1 Ziffer 6. Wichtigste Unterfragen sind dabei, welche Rolle die technische Einrichtung bei dem Überwachungsvorgang spielen muß und wie der Gegenstand der Überwachung (»Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer«) zu bestimmen ist (unten 3.2). Es folgen Ausführungen darüber, wann

28 a) Oben 1. 1

eine »Bestimmung« zur Überwachung anzunehmen ist (unten 3.3) und was unter einer technischen »Einrichtung« unter den Bedingungen moderner Informationstechnologien zu verstehen ist (unten 3.4). Wann von einer »Einführung« und wann von einer »Anwendung« einer technischen Einrichtung die Rede sein kann, wird uns im Anschluß daran beschäftigen (unten 3.5). Den Abschluß dieses, die Voraussetzungen des Mitbestimmungstatbestands betreffenden Teils, bildet der Gesetzes- und Tarifvorbehalt des Einleitungssatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG, der insbesondere im Hinblick auf Datensicherungsmaßnahmen von Bedeutung ist (unten 3.6).

Die »Rechtsfolgenseite« wird zunächst im Hinblick darauf angegangen, wie der Regelungsspielraum von Betriebsrat und Arbeitgeber beschaffen ist (unten 4). Relevant sind dabei zunächst die allgemeinen rechtlichen Grenzen, die insbesondere im Hinblick auf das BDSG und die Grundrechte des Einzelnen aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG und aus Art. 10 GG zu spezifizieren sind (unten 4.2). Weiter stellt sich die Frage, was unter einer »billigen« Abwägung der beiderseitigen Interessen zu verstehen ist, welche Belange dabei im einzelnen zu berücksichtigen sind (unten 4.3). Schließlich ist der Sonderfrage nachzugehen, inwieweit auch die Überwachung des Betriebsrats selbst Gegenstand einer Betriebsvereinbarung oder eines Einigungsstellenspruchs sein kann (unten 4.4).

Wie der Betriebsrat im einzelnen sein Mitbestimmungsrecht ausüben und ggf. eine Regelung erzwingen kann, ist am Ende dieses Teiles zu erörtern (unten 4.5).

Den Schlußteil bildet dann die Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf die im Beitrag von Meyer-Degenhardt dargestellten neueren Entwicklungen (unten 5). Dabei soll zunächst ausschließlich auf innerbetriebliche Tatbestände abgestellt werden: Wie ist die Verwendung von Abfragesprachen, der Einsatz von Arbeitsplatzrechnern und die innerbetriebliche Vernetzung mitbestimmungsrechtlich zu behandeln? (unten 5.1). Daran schließen sich Überlegungen über die Einschaltung des Betriebsrats bei überbetrieblicher Vernetzung an (unten 5.2).

2. Die Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG²⁹⁾

2.1 Der Wortlaut

Nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG unterliegt der Mitbestimmung die »Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen«. Für sich allein genommen, ist dieser Wortlaut insofern eindeutig, als es um »Überwachung der Arbeitnehmer« durch »technische Einrichtungen« geht. Nicht erfaßt ist daher offensichtlich eine Überwachung nur durch Menschen, ohne Bedeutung auch die Installation einer technischen Einrichtung, die lediglich andere Maschinen kontrolliert oder wie ein Thermometer Meßergebnisse aus der Umgebung liefert.

Jenseits dieser Trennungslinie beginnen jedoch bei isolierter Betrachtung des Wortlauts die Zweifelsfragen. Was ist genau unter »Überwachung« zu verstehen? Ist dieses Tatbestandsmerkmal auch dann erfüllt, wenn die technische Einrichtung (wie etwa eine Filmkamera) die Daten nur erhebt, aber nicht auswertet? Ist auch der umgekehrte Fall erfaßt, daß »untechnisch« durch Ausfüllung von Fragebögen erfaßte Daten maschinell ausgewertet werden? Muß der ganze Vorgang in einem Soll-Ist-Vergleich, d. h. einer Gegenüberstellung der Aussagen über die Arbeitnehmer mit bestimmten Vorgaben enden? Weiter wird man zweifeln können, welche Bedeutung der Gebrauch des Plurals »der Arbeitnehmer« besitzt. Wird auch die Überwachung einer Gruppe von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG erfaßt? Schließlich geht es um den juristischen Technik-Begriff: Ist »technische Einrichtung« nur das zur Kontrolle bestimmte Programm oder das gesamte Informationssystem?

Wie bei anderen Vorschriften läßt sich eine sichere Antwort nur auf der Grundlage weiterer Hilfsmittel finden.

2.2 Entstehungsgeschichte

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf des BetrVG sollen solche technischen Einrichtungen mitbestimmungspflichtig sein, »die den Zweck haben, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, da derartige Kontrolleinrichtungen stark in den persönlichen Bereich der Arbeitnehmer eingreifen«^{29a)}. Anlaß war eine zum alten Recht ergangene Entscheidung des BAG, die die Einrichtung eines Produktoraphen für mitbestimmungsfrei erklärt hatte^{29b)}. Der dadurch geschaffene (faktische) Rechtszustand sollte bewußt

29) Die folgenden Ausführungen entsprechen weithin den in »Gläserne Belegschaften?« gemachten.

29 a) BT-Drucksache VI/1786 S. 48/49

29 b) BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG (1952) Ordnung des Betriebs

beseitigt werden^{29c)}; es sollten nicht lediglich die früher bestehenden Grundsätze fortgeschrieben werden^{29d)}. Gleichzeitig sollte die Vorschrift aber nicht nur »Korrekturfunktion« haben, sondern eine selbständige Aufgabe erfüllen; sie ist daher grundsätzlich aus sich selbst heraus auszulegen^{29e)}. Schon die sehr allgemeine Formulierung »technische Einrichtung« verweist darauf, daß man nicht nur die Anfang der 70er Jahre bekannten Kontrollinstrumente der Mitbestimmung unterwerfen wollte: Würde man dies annehmen, ergäbe sich ein Wertungswiderspruch, da neu hinzukommende umfassendere Überwachungsmittel dem Einfluß des Betriebsrats entzogen wären^{29f)}. Mit Recht hat das BAG betont, es sei ohne Bedeutung, wenn die Gefahren einer Datenauswertung noch nicht voll erkannt worden seien^{29g)}. Das BetrVG ist insoweit »technikoffen«; ähnlich wie bei den Tatbeständen der Betriebsänderung nach § 111 Satz 2 Nr. 4 und 5 sieht es lediglich bestimmte Rechtsfolgen vor, wenn Technik eingesetzt bzw. verändert wird, ohne sich zu deren »Stofflichkeit« und konkreter Gestalt irgendwie zu äußern^{29h)}. Gleichzeitig ist jedoch unbestritten, daß das Maß an Überwachung, das von einem Produktographen oder einer Multimomentkamera realisiert wird, nicht ohne Einschaltung des Betriebsrats möglich ist²⁹ⁱ⁾: Ein Zurück ist insoweit nicht mehr möglich, die maschinelle Datenerfassung auszuklammern, ist deshalb auch nie ernsthaft behauptet worden.

2.3 Zweck der Vorschrift

Zentrale Bedeutung für die Bestimmung des konkreten Inhalts von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 besitzt der »Zweck« dieser Vorschrift. Dabei hat sich auf abstrakter Ebene ein relativ weitgehender Konsens herausgebildet. Nach praktisch unbestrittener Auffassung dient § 87 Abs. 1 Ziffer 6 dem Persönlichkeitsschutz^{29j)}.

29 c) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn. 249

29 d) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 und 2 = AP Nr. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

29 e) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 und 2 = AP Nr. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heitherr § 87 Rn 64

29 f) Klebe NZA 1985, 45

29 g) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 87) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Vgl. auch Schwarz BB 1985, 533, wonach sich an der Mitbestimmungspflichtigkeit einer »off-line« betriebenen Stechuhr keine Zweifel ergeben, obwohl bei ihr nicht dasselbe Maß an Gefährdung wie bei Informationstechnologien besteht

29 h) Däubler DB 1985, 2297

29 i) Vgl. BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 und 2 = AP Nr. 1 und 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, die allgemein akzeptiert sind

29 j) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 6 (S. 29) und Nr. 7 (S. 36) = AP Nr. 3 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Ehmann Beilage 1/1985 zu NZA, S. 7; Galperin-Löwisch, § 87 Rn 146; Hoffmann-Hilgenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 49; Müllner BB 1984, 476; Wiese, GK-BetrVG § 87 Rn. 220; Wiesinger S. 222; Zöllner DB 1984, 244

Dieser soll durch »präventive« Einschaltung des Betriebsrats verwirklicht werden, also zu einem Zeitpunkt und aus einem Anlaß erfolgen, bei dem Gefahren für das Persönlichkeitsrecht drohen, ohne daß es deshalb notwendigerweise schon zu einer Verletzung gekommen wäre^{29k)}. Der Sinn dieser »kollektivrechtlichen Ergänzung des individuellen Persönlichkeitsschutzes«^{29l)} wird darin gesehen, die Wahrung von Individualinteressen wirksam werden zu lassen; der Einzelne könne nicht erkennen, inwieweit Daten zu Kontrollzwecken verwendet würden³⁰⁾. In der Tat beruht der Gedanke der Mitbestimmungsrechte wie andere Institutionen des kollektiven Arbeitsrechts darauf, die Ohnmacht des Einzelnen durch Zusammenschluß und gemeinsame Interessenwahrung zu kompensieren. Daß dafür nicht nur bei äußerlich sichtbarer Beeinträchtigung von Arbeitnehmerinteressen, sondern auch dann Anlaß besteht, wenn der Einzelne nichts oder nur wenig über die ihn betreffenden Vorgänge erfährt, liegt im Grunde auf der Hand. Die im Arbeitsverhältnis angelegte Disparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist hier noch um vieles ausgeprägter.

Der Gedanke des Persönlichkeitsschutzes gewinnt präzisere Konturen dadurch, daß man auf die spezifischen Gefahren abstellt, die § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zurückdrängen, wenn nicht beseitigen will. Schon von ihrem Wortlaut her kann die Vorschrift nicht vor jeder Überwachung schützen (»technische Einrichtung«)³¹⁾; auch ist sie nicht auf alle Gefahren der modernen Datenverarbeitung schlechthin bezogen³²⁾. Vielmehr geht es nur um einen Schutz vor jenen Risiken, die gerade bei der technischen Überwachung entstehen³³⁾. Rechtspolitisch mag man dies bedauern, da auch durch traditionelle Formen von Kontrolle³⁴⁾ und bei nicht überwachungsbezogenen Formen der Datenverarbeitung schwere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts möglich sind. Nach geltendem Recht wird man sich allerdings damit abfinden müssen, daß § 87 Abs. 1 Ziffer 6 gewissermaßen nur ein Segment aus dem Gesamtbereich der Persönlichkeitsgefährdung betrifft.

Die durch technische Überwachung geschaffenen Gefahren wurden zunächst ausschließlich darin gesehen, daß der Einzelne anonymer Kontrolle ausgesetzt sei³⁵⁾. In der neueren Rechtsprechung werden mit Recht zahlreiche wei-

29 k) Matthes RDV 1987, 2 (»weil sich Gefahren für das Persönlichkeitsrecht ergeben«). Von einer »Vorverlagerung« des Schutzes spricht Ehmann ZfA 1986, 387. Ähnlich LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 62/63); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 66; Wiese, GK-BetrVG, § 87 Rn. 200; Wiesinger S. 222

29 l) Jobs DB 1983, 2308; Wiese GK-BetrVG § 87 Rn. 200

30) Hoffmann-Hilgenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 49

31) BAG EzA § 87 BetrVG 1972, Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 43) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 139). Ebenso Schwarz DB 1983, 227

32) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 11 (S. 84) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

33) BAG (wie Fn. 32)

34) Zum Beispiel bei Einsatz von Detektiven. Siehe dazu Däubler, Das Arbeitsrecht 2, S. 240 f. (5. 4.) m. w. N.

35) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) und Nr. 6 (S. 29) = AP Nr. 2 und 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

tere Aspekte hervorgehoben³⁶⁾. Danach hat der EDV-Einsatz insbesondere zur Folge, 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 (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 »Kontrollleur« 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 hat³⁷⁾.

Man kann dies mit dem Leitbegriff des »Überwachungsdrucks« zusammenfassen³⁸⁾, muß sich dabei jedoch immer bewußt bleiben, welche konkreten Gefahren zugrunde liegen. Dasselbe gilt, wenn man darauf hinweist, der Arbeitnehmer dürfe nicht zum Objekt einer Überwachungstechnik werden³⁹⁾ - die konkretere Risikoanalyse gibt bessere Orientierungen und dient von daher zumindest der Rechtssicherheit.

Der so bestimmte Zweck ist neben Wortlaut und Entstehungsgeschichte ein wichtiger Gesichtspunkt zur Beantwortung der Frage, wann das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 eingreift⁴⁰⁾. Entgegen Ehmann⁴¹⁾ bedeutet dies nicht, daß der Schutzzweck der Norm »zu ihrem ansonsten voraussetzungslosen Tatbestand gemacht« wird; vielmehr geht es um einen durchaus

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

37) Ebenso Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 75 Rn. 21 b; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 25; Schwarz BB 1983, 227. Auf dem Stand der früheren Rechtsprechung dagegen Söllner DB 1984, 1244 (Anonymität) und Zöllner, Daten- und Informationsschutz, S. 85 (»Seelenlose Überwachung«)

38) So ausdrücklich Matthes CR 1987, 109. Ähnlich Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn. 241

39) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 37) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 81) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EZA aao Nr. 14 (S. 118)

40) Matthes RDV 1987, 4 (»Inhalt und Grenzen«)

41) SAE 1985, 184

alltäglichen Fall teleologischer Auslegung⁴²⁾ – die große Zahl der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hängt nicht mit einem Übermaß an Teleologie, sondern allein damit zusammen, daß sich aufgrund der technischen Entwicklung zahlreiche neue Probleme ergeben haben. Soweit Wortlaut und Entstehungsgeschichte dies zulassen, ist bei der Auslegung der Vorschrift diejenige Lösung zu wählen, die ihrem Zweck am nächsten kommt: in dubio pro Persönlichkeitsschutz⁴³⁾. Für den Betriebsrat bedeutet dies, daß er unzulässige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht verhindern und zulässige Eingriffe nur insoweit hinnehmen darf, als sie im betrieblichen Interesse unbedingt erforderlich und angemessen sind⁴⁴⁾.

Die aus dem Zweck heraus bestimmte Schutzfunktion des Mitbestimmungsrechts läßt keine Rückschlüsse darauf zu, auf welche Weise und mit welcher Zielrichtung der Betriebsrat von den ihm eröffneten Handlungsmöglichkeiten Gebrauch machen kann. In der Einschaltung des Betriebsrats als solcher liegt der präventive Persönlichkeitsschutz; die Handlungsmaximen für das Mitbestimmungsverfahren ergeben sich aus dem BetrVG und der jeweiligen autonomen Entscheidung der beiden Parteien.

2.4 Gesetzssystematik und Entscheidungen des Gesetzgebers im BDSG

Die hier skizzierten Leitlinien für die Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 finden eine Bestätigung durch andere Vorschriften sowie den Grundcharakter des BetrVG.

Nach § 75 Abs. 2 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat »die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern«. Genau demselben Ziel will § 87 Abs. 1 Ziffer 6 Rechnung tragen, weshalb er in Rechtsprechung und Literatur häufig als »Konkretisierung« von § 75 Abs. 2 BetrVG angesprochen wird⁴⁵⁾. In der Tat wäre der durch § 75 Abs. 2 BetrVG aufgegebenen Persönlichkeitsschutz nur von geringer praktischer Bedeutung, hätte der Betriebsrat nur die Möglichkeit, nach § 80 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG auf die Einhaltung der Gesetze zu dringen. Richtigerweise hat das BAG daraus die Konsequenz gezogen, § 75 Abs. 2 BetrVG sei bei der

42) Zu ihr etwa Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft

43) Dietz-Richardi § 87 Rn. 325; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 66; Franz S. 88 f.; Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten, S. 30; Wohlgemuth AuR 1984, 260; Däubler, Arbeitsrecht 1, 6. 9. 6 (S. 436)

44) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 66; Wiesinger S. 222; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 436 (6. 9. 6)

45) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 (S. 4) und Nr. 7 (S. 36) = AP Nr. 1 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Galperin-Löwisch, § 87 Rn. 141; Hexel S. 159; Jobs DB 1983, 2308; Klebe NZA 1985, 45; Klebe-Schumann AuR 1983, 46. Unspezifischer von einem »engen Zusammenhang« sprechen Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn. 66; Wohlgemuth AuR 1984, 258

Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zu berücksichtigen⁴⁶⁾ – auf diesem Wege ergibt sich daher ein ähnliches Ergebnis wie das oben aus dem Zweck abgeleitet.

Weiter ist daran zu erinnern, daß die Betriebsverfassung insgesamt der Wahrung der Menschenwürde des abhängig Beschäftigten dienen soll⁴⁷⁾; auch dies spricht dafür, § 87 Abs. 1 Ziffer 6 in der hier skizzierten Weise zu konkretisieren und auf praktische Probleme anzuwenden.

In der Literatur wurde weiter darauf hingewiesen, die vom Gesetzgeber im BDSG getroffenen Wertentscheidungen seien auch bei der Auslegung von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zu berücksichtigen⁴⁸⁾. Ein solcher Rückgriff wird insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Auslegung des BetrVG allein zu keinen sicheren Resultaten führt; in anderen Fällen kann das BDSG ggf. unterstützende Argumente liefern. So ist es sicherlich hilfreich, wenn man bei der Frage, ob auch die bloße Verarbeitung manuell erhobener Daten »Überwachung« sei, auf das BDSG verweist, das eine Persönlichkeitsgefährdung gerade auch im Prozeß der Auswertung von Daten sieht: In der Tat wäre es widersinnig, wollte man angesichts der übereinstimmenden Zielsetzung beider Normierungen dieselbe Frage unterschiedlich entscheiden.

2.5 Stellenwert des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 unter verfassungsrechtlichen Aspekten

Die Diskussion um die Auslegung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 hat die verfassungsrechtliche Ebene weithin ausgeklammert. Auch nach der Volkszählungsentcheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁹⁾ hat das BAG lediglich die dort gegebene Risikoanalyse übernommen⁵⁰⁾; ob das informationelle Selbstbestimmungsrecht auch im Arbeitsverhältnis gilt und ob sich aus ihm konkrete Konsequenzen für die Handhabung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ergeben, ist vom Ersten Senat nicht thematisiert worden⁵¹⁾. Auch in der Literatur sind Äußerungen relativ selten⁵²⁾. Dennoch wird das BAG auf Dauer nicht umhin können, auch insoweit Stellung zu beziehen. Abgesehen vom Problem der Grundrechtsbindung beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen⁵³⁾ ist zu fragen, welche Auswirkungen es haben kann, daß die den Zweck des § 87 Abs. 1

46) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

47) Söllner RdA 1968, 437 ff.

48) Kilian BB 1985, 405; Wohlgemuth AuR 1984, 259

49) BVerfGE 65, 1 ff. = NJW 1984, 419 ff.

50) So auch die Einschätzung bei Braun BlfStR 1985, 55; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 25

51) Anders jedoch der Fünfte Senat (BAG NZA 1984, 321 = DB 1984, 2626 = BB 1984, 2130) in Bezug auf die Löschung der Daten abgewiesener Bewerber sowie nunmehr allgemein in BAG DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anm. Däubler

52) Ausnahmen etwa Hoffmann-Hilgenberg, Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 49; Simitis NJW 1985, 404

53) Dazu unten 3. 6

Ziffer 6 bestimmende »Bezugsgröße« vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum informationellen Selbstbestimmungsrecht weiterentwickelt wurde.

Nach der Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴⁾ liegt das Spezifikum des informationellen Selbstbestimmungsrechts weniger auf der grundsätzlichen Anerkennung der Freiheit des Einzelnen, über sein Erscheinungsbild in der »elektronischen Welt« bestimmen zu können. Für die Praxis wichtiger ist die Aussage, daß in dieses informationelle Selbstbestimmungsrecht nur aufgrund eines überwiegenden Allgemeininteresses eingegriffen werden darf und daß der Eingriff auf konkrete Zwecke beschränkt sein muß⁵⁵⁾. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist im vorliegenden Zusammenhang von unmittelbarer Relevanz: Das informationelle Selbstbestimmungsrecht soll nicht nur gegen übermäßige Eingriffe abgesichert, sondern auch mit flankierenden Verfahrensregeln versehen werden, die seine Beachtung in der Realität sicherstellen. So müssen etwa ausdrücklich Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten der speichernden Stelle gegenüber dem Betroffenen vorgeesehen werden⁵⁶⁾. Weiter betont die Entscheidung:⁵⁷⁾

»Wegen der für den Bürger bestehenden Undurchsichtigkeit der Speicherung und Verwendung von Daten unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung und auch im Interesse eines vorgezogenen Rechtsschutzes durch rechtzeitige Vorkehrungen ist die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter von erheblicher Bedeutung für einen effektiven Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.«

Diese Aussage bezieht sich zwar unmittelbar nur auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat, doch dürfte kein ernsthafter Zweifel bestehen, daß auch im Arbeitsverhältnis oder in sonstigen Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern und sozial mächtigen Institutionen ein vergleichbares Maß an Schutzbedürfnis besteht⁵⁸⁾. Grundrechte müssen daher auch insoweit von der Verfahrensseite her abgesichert werden. Legt man diese Sicht zugrunde, so stellt die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 geradezu den Musterfall des vom Bundesverfassungsgericht gewollten vorgezogenen Schutzes dar: Der Betriebsrat als unabhängige Instanz soll über das spezifische Verfahren der Mitbestimmung dafür sorgen, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer gewahrt bleibt.

Was folgt aus dieser Einordnung konkret? Wenn schon ein Verfahren eingerichtet wird, um die Beachtung eines Grundrechts in der sozialen Wirklichkeit durchzusetzen, so muß es immer dann Platz greifen, wenn dies von seinem Ziel her geboten ist. Auf anderem Wege findet daher der oben genannte

54) BVerfGE 65, 1 ff. = NJW 1984, 419

55) Dazu eingehender Däubler, Gläserne Belegschaften? § 3 II Rn 52 ff.

56) BVerfG NJW 1984, 422

57) Siehe Fn 56

58) Eingehender Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 85 ff., 128

Grundsatz eine Bestätigung, wonach bei Auslegungszweifeln im Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 diejenige Lösung zu wählen ist, die den umfassenderen Persönlichkeitsschutz garantiert⁵⁹⁾. Eine eher noch weitergehende Position vertritt die Bundesregierung, die in einer Antwort auf eine Große Anfrage von SPD-Abgeordneten am 19. 12. 1985 erklärte⁶⁰⁾:

»Es ist ferner davon auszugehen, daß künftige arbeitsgerichtliche Entscheidungen die Grundsätze des grundlegenden Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum Volkszählungsgesetz vom 15. Dezember 1983 (BVerfGE 65, 1) beachten und im Wege der verfassungskonformen Auslegung arbeits- und datenschutzrechtlicher Normen dem Datenschutz im Arbeitsrecht einen höheren Rang als bisher verschaffen werden.«

Es folgt eine positive Würdigung des BAG-Beschlusses vom 14. September 1984, durch den auch die Verarbeitung nichttechnisch erhobener Daten als mitbestimmungspflichtig angesehen wurde. Nach dem Gesamtzusammenhang der Argumentation geht es dabei aber nur um einen ersten wichtigen Schritt, da die Bundesregierung im folgenden die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung betont⁶⁰⁾.

In der Literatur wird diese Aussage mit der Bemerkung relativiert, vielleicht habe die Mehrheit gar nicht verstanden, »was die Ministerialbürokraten in die Antwort der Bundesregierung hineingepackt haben«⁶¹⁾. Dies bedarf keiner weiteren Kommentierung.

2.6 Unterstützende Erwägungen

Für eine weite, das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in möglichst umfassender Weise wahrende Auslegung sprechen eine Reihe weiterer Gesichtspunkte, denen allerdings eher rechtspolitische Bedeutung zukommt. So ist darauf verwiesen worden, daß Mitbestimmung die Akzeptanz neuer Technologien erhöhe und von daher auch im Interesse des Arbeitgebers liege⁶²⁾. Ohne ausreichende Mitbestimmung sei überdies damit zu rechnen, daß Überwachungssysteme immer mehr zunehmen und sich die Beschäftigten möglichst angepaßt und unkreativ verhalten⁶³⁾.

Von dieser Zukunftsperspektive ganz abgesehen, sind Mitbestimmungsrechte in der Gefahr, durch die Entwicklung neuer Technologien immer mehr »überrollt« und ihrer Grundlage beraubt zu werden. Dies wird etwa dann deutlich, wenn die Arbeitgeberseite ihr »Wissen« über die Arbeitnehmer dadurch entscheidend erweitert, daß sie alle einigermaßen relevanten Daten per EDV fest-

59) Dazu oben 2. 3 mit Fn 43

60) Siehe im einzelnen BT-Drucksache 10/4594 S. 24

61) Ehmann ZfA 1986, 364

62) Linnenkohl, RDV 1986, 242; Zöllner, Daten- und Informationsschutz, S. 80

63) Vgl. Simitis NJW 1985, 403

hält: Der Informationsvorsprung gegenüber dem Betriebsrat wird dadurch – verglichen mit der Vergangenheit – noch um einiges größer⁶⁴⁾. Weiter lassen sich immer mehr Arbeiten im Prinzip vom Betrieb in die Wohnung verlagern; die »zeitgleiche Präsenz« der Arbeitnehmer am bisherigen Arbeitsplatz⁶⁵⁾ wird immer entbehrlicher. Der Betrieb – Grundlage für gemeinsames Handeln und Interessenvertretung durch den Betriebsrat – unterliegt einem Erosionsprozeß⁶⁶⁾. Will man daher auch nur den Status quo in den Beziehungen von Betriebsrat und Arbeitgeber erhalten, wird man Mitbestimmungsrechte mit Bezug zu neuen Technologien extensiver als bisher auslegen müssen⁶⁷⁾.

64) Vgl. Linnenkohl u. a. RDV 1986, 231

65) Ehmann ZfA 1986, 360/361

66) Dazu auch Däubler AiB 1986, 53 ff.; Pfarr, in: Däubler-Gmelin/Adlerstein (Hrsg.), 253 ff.

67) Dies heißt nicht, daß man etwa schon jede »Schutzlücke« auf Arbeitnehmerseite genügen läßt, um ein Mitbestimmungsrecht zu begründen – insoweit zutreffend BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontroll-
einrichtung Nr. 11 (S. 81) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

3. Wann greift das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG ein?

Rechtsprechung und Literatur haben zu jedem Tatbestandselement des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 zahlreiche Aussagen gemacht. Während das BAG zu den Voraussetzungen der Mitbestimmung ein in sich schlüssiges System entwickelt hat, zeigt die Literatur ein eher buntscheckiges Bild und nimmt die oben⁶⁸⁾ dargelegten Auslegungsgrundsätze keineswegs immer ernst. Eine kritische Auseinandersetzung erscheint daher angezeigt.

Für die Reihenfolge des Vorgehens existieren keine logisch zwingenden Vorgaben⁶⁹⁾. Den größten Allgemeinheitsgrad besitzt das Eigenschaftswort »technisch« im Begriff »technische Einrichtung«: Nur wo Technik im Spiele ist, kann die Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 ernsthaft in Betracht kommen (dazu unten 3.1). Nicht jeder Technikeinsatz ist der Mitbestimmung unterworfen, sondern nur ein solcher, der zur »Überwachung von Verhalten und Leistung« bestimmt ist (unten 3.2). Die weiteren Gesichtspunkte sind bereits genannt worden.

3.1 Überwachung durch »Technik«

Ob die Bestimmung der »technischen« Einrichtung große Schwierigkeiten aufwirft oder im Grunde mit wenigen Sätzen zu bewerkstelligen ist, wird in der Literatur unterschiedlich eingeschätzt⁷⁰⁾. Für die zweite Meinung spricht die Tatsache, daß das BAG in zahlreichen Entscheidungen ohne viel Aufhebens das Vorliegen einer »technischen Einrichtung« bejaht hat. Unter § 87 Abs. 1 Ziffer 6 fällt danach eine Multimomentkamera⁷¹⁾ sowie ein Fahrtenschreiber⁷²⁾; dasselbe gilt für eine nicht fest montierte Filmkamera, mit der Arbeitsvorgänge festgehalten werden⁷³⁾. Auch Zählwerke an Schweißstraßen wurden vom BAG ohne Zögern zu den »technischen Einrichtungen« gerechnet⁷⁴⁾.

Abgrenzungsprobleme haben sich in der Vergangenheit nur im Verhältnis zu vergleichsweise unproblematischer »Alltagstechnik« ergeben. Nicht zu den »technischen Einrichtungen« werden danach herkömmliche Schreibgeräte wie Füller und Kugelschreiber gerechnet⁷⁵⁾. Auch Brille, Fernglas und Lupe so-

68) Unter 2

69) So Kraft ZfA 1985, 144

70) »Große Unsicherheit« konstatiert insoweit Kilian BB 1985, 404, während Wohlgermuth (AuR 1984, 259) meint, der Begriff der technischen Einrichtung werfe in aller Regel keine Probleme auf

71) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 (S. 2) = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

72) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 6 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

73) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 7 (S. 35) = AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

74) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 14 (S. 115)

75) BAG SAE 1984, 103/104; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 72

wie der Taschenrechner sollen nicht dazu gehören⁷⁶⁾. Auch ein optisches Lese- und Vergrößerungsgerät für Diagrammscheiben soll nicht die Schwelle zur »mitbestimmungspflichtigen Technik« überschreiten⁷⁷⁾. Dasselbe gilt nach herrschender Auffassung für eine Uhr, die beispielsweise zur Zeiterfassung beim Akkord eingesetzt wird⁷⁸⁾, doch existiert insoweit auch eine abweichende Auffassung⁷⁹⁾. Umstritten ist die Qualifizierung von Spiegelsystemen und Einwegscheiben, da auch sie nur Hilfsmittel für den kontrollierenden Menschen seien⁸⁰⁾.

Die Kriterien für diese Ausgrenzung von (tatsächlicher oder scheinbarer) »Alltragstechnik« sind wenig überzeugend, doch kann es im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf ankommen, die Grenze »nach unten hin« exakt zu bestimmen. Daß EDV-Anlagen und Informationssysteme »Technik« sind, daß sie die menschlichen Handlungsmöglichkeiten drastisch erweitern, hat bislang niemand bestritten. Auch für das BAG war das Vorliegen einer »technischen« Einrichtung in diesem Falle evident. In der Entscheidung zum Techniker-Berichtssystem wurde ausdrücklich betont, daß Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals bedürfe »keiner näheren Darlegung«⁸⁰⁾. Dasselbe wurde kurze Zeit später für ein rechnergesteuertes Textsystem⁹¹⁾ und für die Personaldatenverarbeitung im Rahmen des Systems PAISY⁹²⁾ angenommen. Unsicherheiten bestehen lediglich in Bezug auf die Frage, was zu einer technischen »Einrichtung« zählt, ob etwa auch schon die isoliert betrachtete Hardware (ohne Betriebssystem und Anwendungsprogramm) unter diesen Begriff fällt. Dies soll an späterer Stelle erörtert werden⁹³⁾.

3.2 Was versteht man unter »Überwachung«?

§ 87 Abs. 1 Ziffer 6 unterwirft nicht Einführung und Anwendung sämtlicher denkbaren Techniken der Mitbestimmung. Erfasst sind vielmehr nur solche, die zur »Überwachung« bestimmt sind. Was ist mit dieser Bezugsgröße im einzelnen gemeint?

76) Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 95; ders. DB 1983, 228 Fn 28

77) LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 4

78) LAG Hamm EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 5 (S. 25); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 72; Schwarz DB 1983, 228 Fn 28

79) Kraft ZfA 1985, 145

80) Für Mitbestimmungsfreiheit Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 254; Kraft ZfA 1985, 145; für Mitbestimmungspflichtigkeit dagegen Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 83; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 141; ders. DB 1983, 228

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

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

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

93) Dazu unten 3. 4

3.2.1 Begriffsbestimmungen

Der Überwachungsbegriff fand lange Zeit nur wenig Aufmerksamkeit⁹⁵⁾. Dies hing damit zusammen, daß sich das Problembewußtsein im wesentlichen auf traditionelle Kontrollinstrumente wie Produktoraphen und Fernsehkameras konzentrierte, bei denen die »Bestimmung zur Überwachung« schon von der Entstehungsgeschichte der Vorschrift her⁹⁶⁾ keinerlei Probleme aufwarf. Diese Situation änderte sich gründlich, seit mit der Einführung EDV-gestützter Personaldatenverarbeitung die Frage auftauchte, ob auch die Speicherung und Auswertung »traditioneller«, d. h. manuell erhobener Daten als Überwachung im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 anzusehen ist. Im Zusammenhang damit haben sich zwei Auffassungen herausgebildet.

Die eine Position vertritt einen engen Begriff. Sie versteht unter »Überwachen« das »genaue Beobachten« des Kontrollobjekts, hier: der Arbeitnehmer. Nur wer selbst Informationen sammelt, übt danach Kontrolle aus; die EDV-mäßige Verarbeitung nichttechnisch erhobener Daten fällt somit nicht unter den Überwachungsbegriff⁹⁷⁾. Zur Begründung wird auf die sprachliche Bedeutung des Wortes »Überwachung«⁹⁸⁾, aber auch darauf verwiesen, daß der Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 eine Ausdehnung nicht verlange: Es entstehe kein Überwachungs- und Anpassungsdruck⁹⁹⁾, ein zusätzliches Eindringen in die Persönlichkeitssphäre sei nur bei der Erfassung, nicht aber bei der Auswertung zu besorgen⁹⁹⁾.

Die Gegenposition legt ein weiteres Begriffsverständnis zugrunde. Nach ihrer Auffassung ist »Überwachung« ein »mehrstufiger Vorgang«¹⁰⁰⁾, der mit der Informationserhebung beginnt, die Speicherung und Auswertung erfaßt und bis hin zur Entscheidung des Kontrollierenden über eine eventuelle Reaktion reicht¹⁰¹⁾. Welche »Phasen« dabei zu unterscheiden sind, wird nicht immer mit letzter Klarheit deutlich. Bei einer Reihe von Autoren findet sich lediglich eine Zweiteilung, wonach sowohl das Sammeln wie das »Auswerten«¹⁰²⁾ bzw. der Vergleich mit bestimmten Vorgaben¹⁰³⁾ erfaßt wird. Auch diese Position stützt sich auf Wortlaut und Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6¹⁰⁴⁾. Dabei ist jedoch immer zu berücksichtigen, daß nach dieser Auffassung eine Überwachung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 bereits dann vorliegt, wenn ein Teil des Gesamtvorgangs durch

95) Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 73

96) S. oben 2. 2

97) So Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 277; Hunold BB 1985, 196; Kraft ZfA 1985, 152; Samland, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 12/13; Schmidt-Dorrenbach/Goos Beilage 11/1983 zu DB S. 5; Söllner DB 1984, 1244

98) So besonders nachhaltig und mit überspitzten Formulierungen Hunold BB 1985, 196

99) Weng DB 1985, 1342

100) Schwarz BB 1985, 531

101) Matthes RDV 1987, 1

102) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 67

103) Ehmann SAE 1985, 274; Wohlgemuth AuR 1984, 259; ähnlich auch Aplitzsch-Schmitz AiB 1985, 165

104) S. außer den Fn 100-103 Genannten etwa Braun BfStR 1985, 55; Klebe-Schumann AuR 1983, 46; Küpferle AuR 1986,

eine technische Einrichtung übernommen wird; es reicht daher aus, wenn entweder die Erfassung oder die Auswertung usw. mit Hilfe der EDV erfolgt¹⁰⁵⁾. Dies wird in terminologisch mißverständlicher Weise bisweilen so zum Ausdruck gebracht, auch schon die Auswertung usw. stelle eine »Überwachung« im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 dar.

Das BAG hatte lange Zeit den Überwachungsbegriff nicht abschließend definiert¹⁰⁶⁾. Seit der Entscheidung über das Techniker-Berichtssystem¹⁰⁷⁾ praktiziert es in ständiger Rechtsprechung die zweite Auffassung¹⁰⁸⁾ und bezeichnet beispielsweise das Erarbeiten von Aussagen als »Teil des Überwachungsvorgangs«¹⁰⁹⁾.

3.2.2 Stellungnahme

Die enge Auffassung des Überwachungsbegriffs kann sich entgegen ihrem eigenen Bekunden nicht auf den sprachlichen Sinn des Wortes »überwachen« berufen. Die These, nur wer selbst beobachtet, praktiziere »Überwachung«, wird schon im alltagssprachlichen Verständnis etwa durch die Figur eines »Oberkontrolleurs« widerlegt, der die von anderen erfaßten Daten auswertet¹¹⁰⁾. Wer einen anderen nur beobachtet, kontrolliert noch nicht; erst wenn er die Resultate seiner Beobachtungen an bestimmten Vorstellungen (z. B. über Schnelligkeit der Arbeit) oder bestimmten Vorgaben (wie durchschnittlichen Fehlzeiten) mißt, kann von »Überwachung« die Rede sein. Mit Recht haben Apitzsch-Schmitz¹¹¹⁾ außerdem darauf hingewiesen, daß der Gebrauch des Wortes »überwachen« in anderen Gesetzen gleichfalls nicht auf das Sammeln von Informationen beschränkt ist: Wenn der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 1 AktG die »Geschäftsführung zu überwachen« hat, so bedeutet dies ersichtlich nur, daß auf der Grundlage unterschiedlichster Informationen überprüft wird, ob der Vorstand die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 AktG) angewandt hat. Ein übereinstimmendes Begriffsverständnis findet sich in § 453b StPO, wonach das Gericht während der Bewährungszeit die Lebensführung des Verurteilten »überwacht«. Auch wenn in § 93 BNotO davon gesprochen wird, die Aufsichtsbehörden hätten die Amts-

105) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 165; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 67a; Gola RDV 1986, 131; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 23; ders. RDV 1987, 1; Wohlgemuth AuR 1984, 259

106) Richtig festgestellt in BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 82) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Eine »Aufgabe« der früheren Rechtsprechung diagnostiziert von Unrecht Gola RDV 1986, 131

107) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

108) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13 und 15

109) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 134)

110) Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 23. Der Wortlaut ist also auch nicht »offen«, wie Schapper-Waniorek AuR 1985, 247 und Zöllner DB 1984, 244 annehmen

111) AiB 1985, 166

führung der Notare zu »überwachen«, geht es evidentermaßen nicht um das Sammeln von Informationen, sondern um die Beurteilung auf der Grundlage bestimmter gesetzlicher Vorgaben.

Auch der Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 verbietet es, den Überwachungsbegriff entgegen seinem Sinn in der Alltags- wie in der Rechtssprache auf die technische Erhebung von Informationen zu beschränken. Mit bemerkenswerter Klarheit hat dies auch das Bundesarbeitsgericht ausgesprochen. Im Anschluß an die Wiedergabe verschiedener Stimmen aus der Literatur wird in der Techniker-Berichtssystem-Entscheidung ausgeführt¹¹²⁾:

»Jedenfalls die notwendige Selektion der Daten und der damit verbundene Kontextverlust sowie die unbegrenzt mögliche Erstreckung der Verarbeitung auf alle Daten einschließlich solcher, die weit zurückliegen und einen gegenwärtigen Aussagewert möglicherweise nicht mehr haben, können Einsichten in Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern möglich machen, die einmal bei herkömmlicher Überwachung nicht gegeben waren und zum anderen – was bedeutsamer erscheint – einer persönlichen, individualisierenden Beurteilung entbehren, was den Arbeitnehmer zu einem bloßen »Beurteilungsobjekt« machen kann. Das Wissen um eine derartige Verarbeitung von Verhaltens- und Leistungsdaten erzeugt einen Anpassungsdruck, der zu erhöhter Abhängigkeit des Arbeitnehmers führt und damit die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern muß. Gerade die Objektstellung des Arbeitnehmers und dessen Behinderung in der Entfaltung seiner Persönlichkeit stellen sich aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Eingriffe in sein Persönlichkeitsrecht dar. Diese Gefahren der technischen Überwachung durch technische Auswertung von Verhaltens- und Leistungsdaten sind z. T. andere als die der technischen Erhebung von Verhaltens- und Leistungsdaten. Sie sind aber von gleichem Gewicht (Ehmann, Anm. EzA, C III 8). Das rechtfertigt es, unter Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer durch eine technische Einrichtung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auch einen Vorgang zu verstehen, der ausschließlich die Auswertung von Verhaltens- und Leistungsdaten mittels einer technischen Einrichtung umfaßt.«

Wenn dem entgegengehalten wird, daß die Arbeitnehmer von der Auswertung als solcher nichts hören und nichts spüren würden, so daß kein psychischer Überwachungsdruck entstehe¹¹³⁾, so wird übersehen, daß gerade die »heimliche Verdattung« den Einzelnen in besonderer Weise zum Überwachungsobjekt macht. Genau deshalb hat das Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung Wert auf die Feststellung gelegt, daß der Einzelne über das Schicksal »seiner« Daten Bescheid wissen müsse. In dem auf die elektronische Datenverarbeitung schlechthin (und nicht nur auf das Verhältnis Bür-

112) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

113) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 277

ger/Staat) bezogenen Teil des Urteils hat das Gericht hervorgehoben, mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wäre eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, »in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit trete sie weiß«¹¹⁴). Der weitere Einwand, auch bei manueller Verarbeitung trete ein Kontextverlust ein¹¹⁵), ist zwar für sich plausibel, kann aber der vom BAG gegebenen Risikoanalyse nicht die Berechtigung nehmen: Soweit nur Kommunikation unter Menschen in Rede steht, läßt sich der genaue Kontext aufgrund der Erinnerung der Beteiligten und notfalls über die Heranziehung von Zeugen rekonstruieren; bei elektronisch gespeicherten Daten ist Vergleichbares jedenfalls dann nicht möglich, wenn die Vorgänge längere Zeit zurückliegen und deshalb das menschliche Gedächtnis versagt. Auch wiegt der durch EDV bewirkte Kontextverlust deshalb schwerer, weil der Computerausdruck gewissermaßen den Anspruch vollständiger Richtigkeit erhebt und so dem Arbeitnehmer die Argumentationslast zuweist, atypische Einzelfälle konkret belegen zu müssen. Auch der Gesichtspunkt, anders als bei der maschinellen Erfassung sei bei der Auswertung ein »menschlicher Puffer« dazwischengeschaltet¹¹⁶), da die Auswahl der einzugebenden Daten durch Personen erfolge¹¹⁷), führt nicht weiter: Die entscheidende Gefahr für den Einzelnen liegt in der durch das System geschaffenen Möglichkeit, beliebige oder fast beliebige Verknüpfungen vorzunehmen und so neue Aussagen über den Einzelnen zu erarbeiten, die diesem häufig selbst nicht bewußt sein werden¹¹⁸).

Für die weitere Fassung des Überwachungsbegriffs sprechen schließlich auch Wertentscheidungen, die sich in anderen Teilen der Rechtsordnung finden. So hat etwa das BDSG seinen Regelungsschwerpunkt gerade auf die Speicherung, Übermittlung und Veränderung personenbezogener Daten gelegt, der Erhebung als solcher jedoch keine besondere Bedeutung beigemessen¹¹⁹). Gleichzeitig läßt sich die Entstehungsgeschichte des BDSG auch nicht etwa gegen die Existenz eines Mitbestimmungsrechts in bezug auf die Verwertung ins Feld führen¹²⁰), da bei den Vorarbeiten lediglich festgestellt wurde, dem Betriebsrat stehe kein Mitbestimmungsrecht bei der Einrichtung von Datenbanken zu, ein solches aber auch im Rahmen von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 nicht ernsthaft in Betracht kommt¹²¹). Die eigentliche Bedeutung des BDSG liegt daher im vor-

114) BVerfGE 65, 143 = NJW 1984, 422

115) So übereinstimmend Hunsold DB 1985, 196; Kraft ZfA 1985, 154; Samland, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 13; Weng DB 1985, 1345

116) Müllner BB 1984, 477

117) Kraft ZfA 1985, 154

118) Auf die Möglichkeit zur Generierung von Informationen stellen auch Apitzsch-Schmitz DB 1984, 984 und Klebe-Schumann AuR 1983, 46 ab. Ähnlich Ehmann SAE 1985, 188

119) Ebenso Fitting-Auffarth-Kaiser-Heithier § 87 Rn 75a; Kilian BB 1985, 407; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 76; Wohlgenuth AuR 1984, 259

120) So aber Hesse Beilage 1/1985 zu NZA, S. 17/18

121) Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 25

liegenden Zusammenhang darin, daß es Aussagen zur potentiellen Gefährlichkeit von Datenverarbeitung enthält, die sich im übrigen weithin mit den Aussagen der 6 Jahre später ergangenen Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts decken: Auch dort war es in erster Linie um die Verarbeitung von manuell erhobenen Daten gegangen¹²²⁾.

3.2.3 Mitbestimmung bei den einzelnen Phasen des Überwachungsprozesses

Von dem in der Rechtsprechung zugrunde gelegten und auch hier vertretenen weiten Überwachungsbegriff her ist es nicht von vornherein selbstverständlich, daß schon die einzelnen Phasen wie »Erhebung«, »Speicherung« usw. das Mitbestimmungsrecht auslösen. In der Literatur ist jedoch zutreffend darauf hingewiesen worden, daß eine Beschränkung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf die Fälle, in denen Erfassung **und** Auswertung maschinell vorgenommen werden, schon die ersten einschlägigen Entscheidungen des BAG hinfällig machen müßte¹²³⁾: Weder die Multimoment-Filmkamera¹²⁴⁾ noch der Produktograph¹²⁵⁾ nehmen selbsttätig eine solche Auswertung vor. Diese Entscheidungen gewissermaßen nachträglich über Bord zu werfen, verbietet sich aber – von allen sonstigen Bedenken einmal abgesehen – schon deshalb, weil der historische Gesetzgeber ja gerade die Mitbestimmungsfreiheit des Produktographen beseitigen wollte¹²⁶⁾. Weiter wäre es einem »mitbestimmungsskeptischen« Arbeitgeber ohne Schwierigkeiten möglich, den Vergleich zwischen Kontrollergebnissen und bestimmten Vorgaben (»Soll-Ist-Vergleich«) manuell durchführen zu lassen und so jeder gleichberechtigten Beteiligung des Betriebsrats zu entgehen. Eine Auslegung, die das Mitbestimmungsrecht vom guten oder weniger guten Willen des Arbeitgebers abhängig macht, erscheint aber schon vom Sinn dieser Institution her inakzeptabel. Mit Recht hat deshalb das BAG nicht nur die isolierte Auswertung der Mitbestimmung unterworfen¹²⁷⁾, sondern ausdrücklich ausgesprochen, es sei auch bei der Mitbestimmung über die bloße Auswertung nicht erforderlich, daß das System selbst den Soll-Ist-Vergleich vornehme¹²⁸⁾.

Fraglich kann unter diesen Umständen nur sein, wie die einzelnen »Phasen« oder »Stationen« des Überwachungsprozesses abzugrenzen sind. Ob pauschal zwischen Erhebung und »Auswertung« zu unterscheiden ist oder ob weitere Differenzierungen angebracht erscheinen, läßt sich nur anhand des Zwecks von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 bestimmen: Schafft schon ein bestimmter Teil

122) Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 24

123) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 165

124) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

125) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

126) Zur Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 s. oben 2. 2

127) S. die Nachweise oben Fn 107–109

128) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 89) = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Ebenso Matthes RDV 1987, 1

des Überwachungsvorgangs Gefahren für die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen, muß bereits hier die Mitbestimmung eingreifen (sofern auch ihre sonstigen Voraussetzungen vorliegen). Im einzelnen gilt folgendes:

Die technische Erhebung von Arbeitnehmerdaten wird selten als isolierte, das heißt ohne gleichzeitige Speicherung vorkommen. Immerhin ist der Fall denkbar, daß Arbeitnehmer mit der Fernsehkamera beobachtet, die Bilder jedoch nicht auf einem Film festgehalten, sondern lediglich auf einen Monitor übertragen werden. Auch in einem solchen Fall greift – die individualarbeitsrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme einmal unterstellt – das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ein, da der durch die Einrichtung geschaffene »Überwachungsdruck« im Grunde evident ist; soweit ersichtlich, hat bislang auch niemand behauptet, eine solche Fallkonstellation könne aus dem Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 ausgeklammert werden.

Vergleichbar unproblematisch ist die typischere Situation, wonach die maschinell erhobenen Daten auf einem Film, Rechner usw. gespeichert werden. Fälle dieser Art waren Grundlage der ersten BAG-Entscheidungen¹²⁹⁾, die durchweg das Mitbestimmungsrecht bejahten; auch die Vertreter eines engen Überwachungsbegriffs¹³⁰⁾ haben insoweit keine Bedenken vorgebracht.

Das Speichern manuell erhobener Daten wird in der Regel nicht isoliert, sondern im Hinblick auf bestimmte (oder unbestimmte) künftige Auswertungen erfolgen¹³¹⁾. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein (weil etwa jede Auswertung zu Aussagen über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer ausgeschlossen ist), so müßte § 87 Abs. 1 Ziff. 6 gleichwohl eingreifen: Die Tatsache, daß über den Einzelnen ein bestimmter Datenvorrat gespeichert ist, der unter veränderten Umständen auch zu einer personenbezogenen Auswertung führen kann, stellt ein beträchtliches Gefährdungspotential dar¹³²⁾. In der Literatur ist darauf verwiesen worden, daß das Recht am eigenen Bild und der eigenen Stimme unter anderem deshalb entwickelt wurden, um den Einzelnen schon davor zu schützen, daß andere im Besitz einer (partiellen) Darstellung seiner Persönlichkeit sind¹³³⁾. Daß die potentielle Auswertung für eine Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ausreicht, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß das BAG das Mitbestimmungsrecht nicht deshalb entfallen läßt, weil ein von einer mitbestimmten Regelung bezweckter Schutz der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freiwillig zugestanden wird¹³⁴⁾: Auch die Zusage, jede Auswertung zu unterlas-

129) S. oben Fn 124, 125 sowie BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 6 (Fahrtenschreiber) und Nr. 14 (Kienzle-Schreiber)

130) Nachweise oben Fn 97

131) Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 79

132) Für Mitbestimmungspflichtigkeit auch Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 78

133) Schwarz a. a. O.

134) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 45) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

sen, ändert daher nichts an der Mitbestimmungspflichtigkeit. Insofern wird lediglich das konkrete Regelungsbedürfnis gemindert sein¹³⁵⁾.

Eine maschinelle Auswertung manuell erhobener Daten setzt voraus, daß diese zunächst in den Rechner eingegeben werden. Unter »Auswertung« ist dabei die Erarbeitung von Aussagen über Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern zu verstehen; der schlichte Abruf einer vorher eingegebenen Tatsache (»X wohnt in der Y-Straße«) ist schlichte Datennutzung, keine Auswertung. Da die gespeicherten Daten in sehr vielfältiger Weise verknüpft werden können, kann durch jede neue Auswertung eine zusätzliche Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre entstehen. Mit Recht hat deshalb das BAG in der Opel-PAISY-Entscheidung auch die einzelnen »Datenläufe« grundsätzlich für mitbestimmungspflichtig erklärt¹³⁶⁾. Daß die auf diese Weise gewonnenen Aussagen für sich allein noch keine sachgerechte Bewertung des Arbeitnehmerverhaltens ermöglichen müssen, ist an späterer Stelle zu behandeln¹³⁷⁾.

Bezüglich des Soll-Ist-Vergleichs ergeben sich keine zusätzlichen Probleme. Der Sache nach stellt er eine spezifische, besonders weitgehende Form der Auswertung dar. Diese kann im Einzelfall vom EDV-System selbst geleistet werden (so wenn etwa der Fehlzeitendurchschnitt errechnet und die individuelle Fehlzeit des einzelnen Arbeitnehmers daran gemessen wird), muß dies aber nicht notwendigerweise¹³⁸⁾. Wie bei anderen Auswertungsvorgängen hat auch hier der Betriebsrat mitzubestimmen. Von Bedeutung ist dies insbesondere dann, wenn eine zunächst manuell durchgeführte »Abgleichung« von der EDV-Anlage übernommen wird.

Außerhalb des Bereichs der »Überwachung« steht die Reaktion des Arbeitgebers auf bestimmte Resultate, die die Messung des Arbeitnehmerverhaltens an bestimmten Vorgaben erbracht hatten: Ob der Arbeitgeber wegen häufigen unentschuldigter Fernbleibens kündigt, ist nicht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 mitbestimmungspflichtig¹³⁹⁾. Dies besagt allerdings nicht, daß sich eine auf der Grundlage dieser Vorschrift vereinbarte oder durch Spruch der Einigungsstelle festgelegte Regelung nicht auch auf das »Reaktionsverhalten« des Arbeitgebers beziehen könnte: Das BAG hat mit Recht darauf hingewiesen, daß es eine

135) Vgl. schon BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 (S. 4) = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, wonach es beim Einigungsstellenspruch eine Rolle spielen kann, daß der Arbeitgeber die Aufnahme nur für andere als Kontrollzwecke verwenden will. Näher dazu unten

136) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15. Die Mitbestimmungspflichtigkeit ergibt sich mittelbar daraus, daß das Gericht geprüft hat, ob die freiwillig vereinbarte oder durch Einigungsstellenspruch verfügte Befugnis des Arbeitgebers zur einseitigen Vornahme von Datenläufen gegen das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Ziffer 6 verstoße: Dies stellt sich als Problem nur, wenn man das Mitbestimmungsrecht zuvor auch auf diese Tatbestände erstreckt hat.

137) Unten 3. 2. 5. 3

138) Zu eng Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 260; Kraft ZfA 1985, 150, die davon ausgehen, daß der Soll-Ist-Vergleich auf wertender Betrachtung beruht und deshalb nicht von der EDV-Anlage vorgenommen werden kann

139) Ebenso Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 27

billige Abwägung der beiderseitigen Interessen gebieten kann, relativ weitgehende Überwachungsrechte des Arbeitgebers durch eine Einschaltung des Betriebsrats auf der »Saktionsebene« zu kompensieren¹⁴⁰.

Ob sich das Mitbestimmungsrecht auch auf diejenigen Teile des Überwachungsprozesses bezieht, die **nach** der maschinellen Verarbeitung durch Personen erfolgen, ob also auch das »weitere Schicksal« der Daten im Einvernehmen mit dem Betriebsrat zu regeln ist, soll – da nicht zum Überwachungsbegriff gehörend – an späterer Stelle erörtert werden¹⁴¹.

3.2.4 Einzelfragen

Das Vorliegen von »Überwachung« hängt nicht davon ab, wie intensiv der dadurch erzeugte »Überwachungsdruck« ist. Geht es nur um geringfügige (oder keine) Auswirkungen auf den Arbeitnehmer, ist dies bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts, d. h. bei der Festlegung der einvernehmlichen Regelung zu beachten¹⁴². Keine Rolle für die Existenz eines Mitbestimmungsrechts spielt es deshalb auch, ob die Überwachung auf bestimmte Zeiträume beschränkt oder von vornherein auf kurze Dauer berechnet ist¹⁴³. Die gelegentlich vertretene Gegenmeinung¹⁴⁴ schafft nicht nur vermeidbare Abgrenzungsprobleme, sondern nimmt auch das Risiko in Kauf, daß auf der Basis eines sehr kurzen Erhebungszeitraums weitreichende Schlüsse gezogen werden und so zusätzliche Verfälschungsrisiken entstehen. Auch die probeweise Einführung einer Überwachungseinrichtung wird – soweit die sonstigen Tatbestandsmerkmale vorliegen – von § 87 Abs. 1 Ziff. 6 erfaßt¹⁴⁵. Schließlich spielt es auch keine Rolle, wenn der Arbeitnehmer das Kontrollgerät ausschalten kann, würde doch ein allzu häufiger Rückgriff auf diese Möglichkeit gleichfalls ein »Verhaltensdatum« darstellen¹⁴⁶.

3.2.5 Der Gegenstand der Überwachung

Nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 muß sich die Überwachung nicht auf irgendeinen Vorgang, sondern auf »das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer« beziehen. Dies bedeutet zunächst, daß die reine Maschinenkontrolle aus dem gesetzlichen Tatbestand herausfällt; Warnlampen und Drehzahlmesser können

140) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 139 ff.). Näher dazu unten

141) S. dazu unten 3. 5. 2

142) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 119/120). Zur früheren Diskussion s. Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 84 ff. mwN

143) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 7 (S. 36) = AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Ossberger, S. 122 f.; Wiese, GK-BetrVG § 87 Rn 107

144) LAG Hamm EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 3; Weng DB 1985, 1342

145) So mit überzeugender Begründung LAG Berlin CR 1987, 28

146) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 1 (S. 4) = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

daher trotz ihrer »Kontrollfunktion« das Mitbestimmungsrecht nicht auslösen¹⁴⁷⁾. Weiter bleibt auch ein Zugangskontrollsystem ausgeklammert, bei dem codierte Werksausweise benutzt, jedoch entgegen dem Üblichen keinerlei personenbezogene Daten erhoben werden¹⁴⁸⁾. Der Ausweis hat in solchen Fällen keine andere Funktion als ein Schlüssel – wobei jedoch zu beachten ist, daß ein Fall des § 87 Abs. 1 Ziff. 1 vorliegt¹⁴⁹⁾.

3.2.5.1 Der Begriff »Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer«

Unter »Leistung« im hier relevanten Sinne wird nach allgemeiner Auffassung die Arbeitsleistung als solche verstanden¹⁵⁰⁾. Dazu zählt etwa die Schnelligkeit und Qualität der Arbeit, aber auch der Verbrauch von Material und Werkzeugen¹⁵¹⁾. Einzelne Autoren vertreten den Standpunkt, von »Leistung« könne nur dann die Rede sein, wenn das Arbeitsergebnis zu einer bestimmten Zeitspanne in Beziehung gesetzt werde¹⁵²⁾. Rechtsprechung und Literatur sind dem jedoch nicht gefolgt¹⁵³⁾ und sehen deshalb beispielsweise schon die Zahl der gefertigten Stücke als Aussage über die Leistung an, auch wenn der technischen Einrichtung nicht zu entnehmen ist, wie lange für diesen »output« gearbeitet wurde¹⁵⁴⁾. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da die bei einem engeren Leistungsbegriff (für den vieles spricht) nicht erfaßten Vorgänge unzweifelhaft unter den Begriff des »Verhaltens« fallen.

Unter »Verhalten« wird »ein vom Willen des Arbeitnehmers getragenes oder gesteuertes Tun oder Unterlassen« verstanden¹⁵⁵⁾. Rückgriffe auf Verhaltensforschung und Psychologie haben sich als wenig ergiebig herausgestellt¹⁵⁶⁾. Mit dieser sehr weiten Definition wird das »Verhalten« zu einem Auffangtatbestand¹⁵⁷⁾, so daß angesichts der identischen Rechtsfolgen keine besondere Aufmerksamkeit auf das Merkmal »Leistung« zu legen ist¹⁵⁸⁾. Erfaßt ist auch künftiges Verhalten, das sich in aktueller »Leistungsbereitschaft« ausdrückt.

147) Däubler, Arbeitsrecht, 1, S. 436 f.

148) BAG DB 1984, 2097

149) Dazu Wolfgang Schneider AiB 1984, 143; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 431

150) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13 (S. 111) und Nr. 14 (S. 116); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 267; Matthes RDV 1987, 3

151) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 267

152) Ehmann ZfA 1986, 368; Müllner DB 1984, 1679

153) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12 (S. 111) und 14 (S. 116); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69; Matthes RDV 1987, 3 u. a.

154) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 116)

155) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 130) mN aus der Literatur; zu nennen wären weiter Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 262

156) Insoweit zutreffend Müllner DB 1984, 1677

157) So auch Gola RDV 1986, 133; Schwarz BB 1985, 533; von einem »Oberbegriff« spricht BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 131)

158) Vgl. Müllner DB 1984, 1678

Kontroversen existieren nicht auf dieser abstrakten Ebene, sondern beginnen erst dort, wo es um die konkrete Abgrenzung des für § 87 Abs. 1 Ziff. 6 relevanten Verhaltens geht. So hat man versucht, eine Anleihe im Kündigungsschutzrecht zu machen und grundsätzlich alle jene Tatbestände als »Verhalten« zu qualifizieren, die dort ggf. eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen könnten, während »in der Person« liegende Gründe nichts mit »Verhalten« zu tun hätten¹⁵⁹⁾. Dagegen ist mit Recht eingewandt worden, daß § 87 Abs. 1 Ziff. 6 und § 1 Abs. 2 KSchG völlig unterschiedliche Ziele verfolgen, so daß sich eine schematische Parallelisierung einzelner Tatbestandsmerkmale verbietet¹⁵⁹⁾. § 87 Abs. 1 Ziff. 6 ist daher auch insoweit aus sich selbst heraus zu interpretieren.

Abgrenzungsprobleme haben sich zum einen im Hinblick auf das Verhalten außerhalb der Arbeit (1), zum andern in Bezug auf persönliche Eigenschaften ergeben (2).

(1) Nach Müllner erfaßt § 87 Abs. 1 Ziff. 6 nur das arbeitsbezogene Verhalten; schon die Essensabrechnung in der Betriebskantine, die Benutzung des Werkbusses und das Verkehrsverhalten auf dem Firmenparkplatz falle nicht mehr darunter¹⁶⁰⁾. Erst recht liegt daher das Freizeitverhalten außerhalb des Mitbestimmungstatbestands. Zur Begründung beruft sich Müllner darauf, bei nichtarbeitsbezogenen Aktivitäten entstehe kein »Überwachungsdruck«, auch sei kein Eindringen in den Persönlichkeitsbereich zu befürchten¹⁶¹⁾. Das BAG hat die Frage dahinstehen lassen¹⁶²⁾, doch hat die ganz herrschende Auffassung in der Literatur diesen Thesen widersprochen¹⁶³⁾. Zur Begründung ist darauf verwiesen worden, der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 enthalte keinerlei Anhaltspunkte für eine derartige Beschränkung¹⁶⁴⁾. Der Vergleich mit § 87 Abs. 1 Ziff. 1, der vom »Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb« spricht, gebe im Gegenteil ein zwingendes Indiz dafür, daß es bei Ziff. 6 nicht nur um arbeitsbezogenes Verhalten gehe¹⁶⁵⁾. Weiter ist zu beachten, daß die Wirkung auf die Beschäftigten sogar noch nachhaltiger sein kann, wenn das Verhalten in den Pausen, der Kantinenverzehr oder die Freizeitgestaltung erfaßt wird¹⁶⁶⁾. Schließlich würde sich der Arbeitgeber mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, würde er durch die Speicherung und/oder Auswertung auf der einen Seite die Relevanz der Daten für das Arbeitsverhältnis dokumentieren, auf der anderen Seite jedoch dem Betriebsrat das Mandat absprechen, insoweit seiner Schutzfunktion für die Beschäftigten nachzukommen¹⁶⁷⁾. Unter

159) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69a; Klebe DB 1986, 381

160) Müllner DB 1984, 1678

161) Ebenso im Ergebnis Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 265

162) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 134)

163) Ehrmann ZfA 1986, 371; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69; Hinrichs AuR 1986, 288; Klebe DB 1986, 380; Schwarz BB 1985, 532

164) Klebe DB 1986, 380

165) Klebe DB 1986, 380; Schwarz BB 1985, 532

166) Vgl. Klebe DB 1986, 381

»Verhalten« ist daher jegliches Arbeitnehmerverhalten zu verstehen, das für das Arbeitsverhältnis relevant sein kann¹⁶⁸⁾. Selbst dann, wenn die Speicherung wegen fehlenden Zusammenhangs mit dem Arbeitsverhältnis schon aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässig wäre, dürfte das Mitbestimmungsrecht nicht entfallen, da sonst der einzelne Beschäftigte gerade bei den schwersten Eingriffen in seine Persönlichkeitssphäre relativ ungeschützt bliebe.

(2) Daß »Verhalten« nicht alle persönlichen Eigenschaften eines Arbeitnehmers erfaßt, liegt auf der Hand. Die Geburt als »Verhaltensdatum« zu qualifizieren, liefe auf eine leicht krampfhaftige Begriffserweiterung hinaus. Schulbildung und Datum der Eheschließung beruhen zwar auf einem (mehr oder weniger) willentlichen Tun, doch wird man zweifeln müssen, ob § 87 Abs. 1 Ziff. 6 wirklich diese Art Verhalten im Auge hat.

Höchstrichterlich geklärt ist inzwischen die Frage, ob krankheitsbedingte Fehlzeiten unter § 87 Abs. 1 Ziff. 6 fallen. Das BAG hat sie mit der etwas gewundenen Begründung bejaht, das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit könne dem Arbeitnehmer die Wahl lassen, trotzdem zu arbeiten¹⁶⁹⁾. Einleuchtender wäre gewesen, auf das Merkmal der Leistung zurückzugreifen und darunter auch die krankheitsbedingte Nicht-Leistung zu subsumieren¹⁷⁰⁾. Im Ergebnis hat das BAG aber fast nur Zustimmung gefunden¹⁷¹⁾.

Bei anderen Aussagen über die persönliche Situation des Einzelnen liegt keine Aussage über ein »Verhalten« vor. Dies gilt etwa für das Lebensalter, den Familienstand, den beruflichen Werdegang, das Vorliegen einer Arbeitserlaubnis bei ausländischen Arbeitnehmern, die Existenz einer Schwangerschaft und allgemeine Angaben über den Gesundheitszustand¹⁷²⁾.

3.2.5.2 Die Qualität der gespeicherten Daten

Bei traditionellen Überwachungstechniken ging es in der Regel nur darum, daß bestimmte Sachverhalte »abgebildet« wurden, daß die Zahl der gefertigten Stücke, die Gründe für den Stillstand der Maschine oder das Verhalten des Arbeitnehmers während einer bestimmten Zeitspanne erfaßt wurde. Tatsächlicher Vorgang und erfaßtes Datum entsprachen sich. Von daher ist es auch sinnvoll, dem Produktographen oder der Fernsehkamera die Eigenschaft zuzusprechen, »Verhaltensdaten« zu erheben und diese den (in der Regel nicht-technisch erfaßten) persönlichen Statusdaten gegenüberzustellen.

168) Für das Führen von privaten Telefongesprächen vom Arbeitsplatz aus hat dies auch das BAG anerkannt: BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16. Ebenso wegen des möglichen Rückschlusses auf das Arbeitsverhalten Matthes CR 1987, 113

169) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 131)

170) Ebenso Hinrichs AuR 1986, 287; Klebe DB 1986, 382

171) Neben den Fn 170 genannten Autoren schließt sich auch Ehmann (ZfA 1986, 368) im Ergebnis dem BAG an. Ebenso schon vorher Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 262; anders nur Färber-Theilenberg S. 24

172) Vgl. etwa Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 28

Durch die Einführung von Informationstechniken hat sich die Situation insofern kompliziert, als die EDV-Anlage nicht nur Abbilder speichert, sondern durch Verknüpfung einzelner Daten neue Informationen schaffen kann. So läßt sich beispielsweise aus Lebensalter, Vorbildung und Stellung in der betrieblichen Hierarchie eine Aussage darüber ableiten, ob der Arbeitnehmer nach den im Betrieb herrschenden Maßstäben eine erfolgreiche Laufbahn absolviert hat oder nicht. Aussagen über Leistung und Verhalten müssen daher keine direkten Abbilder der Wirklichkeit mehr sein, sondern lassen sich aus verschiedenen Einzelaussagen herleiten, die ihrerseits keinen Leistungs- oder Verhaltensbezug besitzen.

Das BAG hat diesen Sachverhalt zunächst nicht ausreichend reflektiert und noch in dem Beschluß vom 23. April 1985 die Mitbestimmung darauf bezogen, daß »Verhaltens- und/oder Leistungsdaten. . . zu Aussagen über Verhalten und/oder Leistung« verarbeitet werden¹⁷³⁾. Erst in der Opel-PAISY-Entscheidung vom 11. März 1986¹⁷⁴⁾ nahm das BAG auf die Besonderheit der **Datenverarbeitung** Bezug und erklärte es für irrelevant, welche Daten im einzelnen einer Aussage zu Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern zugrunde liegen; insoweit genüge jedes personenbezogene Datum¹⁷⁵⁾. In der Literatur ist diese Meinung schon vorher so gut wie einhellig vertreten worden¹⁷⁶⁾. Zum einen wurde betont, daß die EDV keine »Leistungs- und Verhaltensdaten« kenne, sondern lediglich einzelne Informationssegmente, die zu bestimmten Aussagen zusammengesetzt werden können¹⁷⁷⁾. Weiter wurde im Anschluß an die Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts betont, es könne keine für das Verhalten »neutralen Daten« geben; maßgebend sei immer der konkrete Verwendungszusammenhang¹⁷⁸⁾. Schließlich gebe auch der Wortlaut keinerlei Anhaltspunkte dafür her, danach zu unterscheiden, ob die Aussagen zu Verhalten und Leistung aus sog. Verhaltens- und Leistungsdaten abgeleitet sind oder ob sie auf sonstigen personen- oder sachbezogenen Angaben beruhen¹⁷⁹⁾. Damit sind die entscheidenden Gesichtspunkte genannt – eine neuere Entscheidung des Fünften Senats, die wiederum auf »Leistungs- und Verhaltensdaten« abgestellt ist, hat weder den Opel-PAISY-Beschluß noch die Literatur verarbeitet^{179a)}.

173) BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12 Leitsatz. Ebenso noch Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 22

174) BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 134)

175) Ebenso nunmehr auch Matthes CR 1987, 108, 111 und RDV 1987, 4

176) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 166; Ehmann SAE 1985, 184 und ZfA 1986, 384; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69a; Gola RDV 1986, 134; Hexel S. 160; Hinrichs AuR 1986, 287; Hoffmann-Hilgenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 48; Klebe NZA 1985, 47 und DB 1986, 382; Küberle AuR 1986, 46; Linnenkohl u. a. RDV 1986, 234; Schapper-Waniorek AuR 1985, 249; Simitis NJW 1985, 406

177) So insbes. Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 186; ähnlich Gola RDV 1986, 134 und Klebe DB 1986, 381

178) So u. a. Gola RDV 1986, 132; Küberle AuR 1986, 64; Schapper-Waniorek AuR 1985, 249

179) Klebe DB 1986, 380

179a) BAG DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG m. Anm. Däubler

Die Tatsache, daß die »Qualität« der einer Aussage über Verhalten und Leistung zugrunde liegenden Daten ohne Belang ist, darf nicht etwa dazu führen, auch beim Inhalt der Aussage selbst den Bezug zu Leistung und Verhalten aufzugeben. Wird etwa mit Hilfe personenbezogener Daten, die keinen Bezug zu Leistung und Verhalten besitzen, eine Statistik über den Altersaufbau der Belegschaft erstellt oder die Gehaltsabrechnung bewerkstelligt, so werden allein dadurch die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 noch nicht erfüllt¹⁸⁰⁾. Gleichzeitig ist jedoch vor dem vorschnellen Schluß zu warnen, daß eine Mitbestimmung des Betriebsrats definitiv ausscheidet: Ist unter Zuhilfenahme von Zusatzwissen eine Aussage über Verhalten und Leistung möglich, kann § 87 Abs. 1 Ziffer 6 dennoch eingreifen¹⁸¹⁾.

Mit der Feststellung, daß Aussagen über den »Status« von Arbeitnehmern nicht unter § 87 Abs. 1 Ziffer 6 fallen, ist nicht etwa die Konsequenz verbunden, daß ihre Aufnahme in ein EDV-gestütztes Informationssystem mitbestimmungsfrei wäre. Einzelangaben dieser Art können dadurch in den Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 kommen, daß sie ein Element für eine tatsächliche Aussage zu Leistung und Verhalten bilden; weiter ist denkbar, daß sie der Arbeitgeber unter Zuhilfenahme von Zusatzwissen zu einer verhaltens- und leistungsbezogenen Aussage erweitern kann (dazu unten 3.2.5.3).

3.2.5.3 Die Bedeutung von Zusatzwissen

Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer werden auch dann überwacht, wenn die technische Einrichtung Aussagen liefert, die für sich allein noch keine sachgerechte Beurteilung des bzw. der Arbeitnehmer ermöglichen. Eine »Beurteilungsrelevanz« wird nicht vorausgesetzt; es genügt, wenn durch weitere Informationen, die sich z. B. aus einem Gespräch oder einer manuell geführten Liste ergeben können, eine sachgerechte und sinnvolle Aussage herstellbar ist. Das BAG hat dies zunächst für die Datenerhebung¹⁸²⁾, dann für die Datenauswertung ausgesprochen¹⁸³⁾. Die Literatur hat dem im wesentlichen zugestimmt¹⁸⁴⁾. Welcher Teil der Aussage durch die technische Einrichtung erhoben bzw. erarbeitet wird, ist gleichgültig; die früher in der Rechtsprechung

180) Ebenso für Abrechnungssysteme Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 279; Kilian BB 1985, 405 und für »Profilabgleiche« Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 28

181) Dazu unten 3. 2. 5. 3. Diesen Aspekt übersehen die Fn 180 genannten Autoren, die § 87 Abs. 1 Ziffer 6 definitiv für unanwendbar erklären

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

183) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12 (S. 105) und Nr. 15 (S. 113)

184) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 69a und 72a; Heinze SAE 1985, 249; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 266; Küpferle AuR 1986, 63; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 29; ders. RDV 1987, 3; kritisch Ehmann ZfA 1986, 365

verwandte Formel, wonach die technische Einrichtung die Überwachung »in ihrem Kern« schon selbst bewerkstelligen müsse¹⁸⁵⁾, wurde auf das inzwischen aufgegebenen Unmittelbarkeitserfordernis gestützt¹⁸⁶⁾.

Die Gründe, weshalb keine »Beurteilungsrelevanz« verlangt wird, liegen nach dem bisher Gesagten im Grunde auf der Hand. Würde man anders entscheiden, hätte es der Arbeitgeber nicht nur in der Hand, den »letzten Schritt« zur Herstellung einer sinnvollen Beurteilung einem Mitarbeiter zur manuellen Erledigung zu übertragen und so das Mitbestimmungsrecht gegenstandslos zu machen¹⁸⁷⁾. Vielmehr würde auch die Natur personenbezogener Daten verkannt, die angesichts der Möglichkeiten moderner Verarbeitungstechnik »multifunktional« sind, d. h. in unterschiedlichsten Zusammenhängen verwendet werden können. Von daher gibt es kein »harmloses Datum«, von dem sich von vornherein sagen ließe, daß es nicht für Zwecke der Überwachung von Verhalten und Leistung verwendet werden könnte¹⁸⁸⁾. Dem Gedanken des präventiven Persönlichkeitsschutzes¹⁸⁹⁾ entspricht es, den Schutz nicht erst dort einsetzen zu lassen, wo ein »gefährlicher« Gebrauch beginnt – die Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts beruht durchgehend auf dieser Erwägung. Auch hat man mit Recht noch nie Bedenken dagegen erhoben, daß der Personenbezug nach § 2 Abs. 1 BDSG auch dann gegeben ist, wenn sich einzelne Daten nur aufgrund von Zusatzwissen einer bestimmten Person zuzuordnen lassen¹⁹⁰⁾. Dabei wird nicht vorausgesetzt, daß die Zusatzinformationen ohne weitere Ermittlungen verfügbar sein müßten¹⁹¹⁾; vielmehr genügt es, wenn der Personenbezug »mit einem noch vertretbaren Aufwand« herstellbar ist¹⁹²⁾. Anders zu entscheiden, würde schwierige Abgrenzungsprobleme herbeiführen und überdies den Arbeitgeber zwingen, seine Informationsmöglichkeiten aufs Genaueste darzulegen. Auch stünde zu befürchten, daß künstlich Hindernisse geschaffen oder bestehende Möglichkeiten übersehen würden, um so das Mitbestimmungsrecht aus den Angeln zu heben. Mit Recht wird daher auch in der Informationswissenschaft das »Informationssystem« unter Einschluß der beteiligten Personen bestimmt, da nur so seine auch auf dem menschlichen Zusatzwissen beruhende Gesamtleistung bestimmt werden kann¹⁹³⁾.

185) So noch heute im vorliegenden Zusammenhang Galperin-Löwisch § 87 Rn 142a; Hess-Schlöchauer-Glaubitz § 87 Rn 259

186) Dies konstatiert auch Ehmann ZfA 1986, 365. Näher zum Unmittelbarkeitserfordernis s. unten 3. 4

187) Küpferle AuR 1986, 63

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

189) Dazu oben 2.3, auch zum Folgenden

190) Die Parallele sehen auch BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 44) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 155); Heinze SAE 1985, 249; Matthes CR 1987, 108; Wohlgemuth AuR 1984, 260

191) So aber Heinze SAE 1985, 276

192) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 155)

193) S. oben im Beitrag Steinmüller unter 2. 2. 2

Was folgt konkret aus diesen Feststellungen? Es genügt, daß die von der technischen Einrichtung ermittelten oder erarbeiteten Aussagen einen »Baustein« für die Beurteilung darstellen¹⁹⁴. Dies bedeutet beispielsweise, daß eine Aussage über krankheitsbedingte Fehlzeiten schon deshalb genügt, weil es möglich ist, daß aufgrund von im Gespräch gewonnenem Zusatzwissen festgestellt werden kann, in wievielen Fällen der Arbeitnehmer sich trotz bestehender Arbeitsunfähigkeit für die Arbeit und gegen den Gang zum Arzt entschieden hat¹⁹⁵. Dasselbe gilt, wenn die EDV-Anlage die Zahl der geschriebenen Zeilen ausweist. Zwar ermöglicht dies für sich allein noch keine sinnvolle Aussage über Leistung und Verhalten, da die Zahl der Zeilen durch die Verwendung von Textbausteinen enorm gesteigert werden kann und weil es schwierige und weniger schwierige Texte gibt. Da diese Umstände jedoch mit zumutbarem Aufwand zu ermitteln sind, hat das BAG § 87 Abs. 1 Ziffer 6 in diesem Fall zu Recht angewandt¹⁹⁶. Dasselbe gilt für die Zahl der vertelefonierten Einheiten, sofern aufgrund von Listen festgestellt werden kann, wer innerhalb welchen Zeitraumes Zugang zu einem bestimmten Nebenstellenapparat hatte¹⁹⁷. Dasselbe gilt für »Anforderungsprofile« für bestimmte Arbeitsplätze – sie enthalten die Aussage, daß der bisherige Stelleninhaber die beschriebenen Aufgaben erfüllt hat. Daß dies im Einzelfall sachlich unrichtig sein kann, ist ebenso irrelevant wie die Tatsache, daß möglicherweise nicht der Nebenstelleninhaber, sondern der Regel zuwider ein anderer Mitarbeiter von einem bestimmten Apparat aus ein Telefongespräch geführt hat¹⁹⁸. Auch die Behandlung von elektronisch gespeicherten Stammdaten wie Geschlecht, Heirat, Berufsausbildung, allgemeiner Gesundheitszustand usw. macht unter diesen Umständen keine rechtlichen Schwierigkeiten mehr: Auch insoweit kann nicht ausgeschlossen werden, daß mit Hilfe von Zusatzwissen ein Bezug zu Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern hergestellt wird¹⁹⁹. Die Tatsache, daß der Arbeitgeber die Daten nur zu Abrechnungszwecken gespeichert hat, ist unerheblich, solange ein Zusammenhang mit Verhalten und Leistung herstellbar ist. Ob anderes gilt, wenn verbindlich zugesagt wird, daß die Angaben nur zu Abrechnungszwecken, d. h. zu nicht verhaltens- oder zu leistungsbezogenen Aussagen verarbeitet werden, ist später zu untersuchen: Es wäre denkbar, daß in diesen Fällen das System nicht zur Überwachung »bestimmt« ist.

194) So Matthes RDV 1987, 3

195) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 133)

196) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13 (S. 110) = AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

197) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16

198) Ebenso BAG a. a. O. (oben Fn 197)

199) Dies übersieht BAG DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG

3.2.6 Überwachung einzelner Arbeitnehmer und Gruppenüberwachung

Fraglich ist, wann Aussagen über Verhalten und Leistung »der Arbeitnehmer« vorliegen.

Einigkeit besteht darüber, daß dieses Erfordernis dann erfüllt ist, wenn die Aussage einem bestimmten Arbeitnehmer zugeordnet werden kann²⁰⁰). Ebenso unbestritten ist, daß sich diese Zuordnung nicht direkt aus der erhobenen oder durch Auswertung gewonnenen Aussage ergeben muß; es reicht vielmehr aus, daß der betroffene Arbeitnehmer aufgrund zusätzlicher Informationen (»Zusatzwissen«) identifizierbar ist²⁰¹). Dasselbe gilt, wenn anonyme Daten deanonymisiert, d. h. wieder mit einem Personenbezug versehen werden können²⁰²). Zugrunde liegt dem die berechtigte Erwägung, daß die Gefährdung des Persönlichkeitsbereichs nicht dadurch aufgehoben wird, daß die Kontrollaussagen dem Einzelnen nur aufgrund weiterer Tatsachen zugeordnet werden können. Das Arbeitsrecht hat insofern die Wertung des § 2 Abs. 1 BDSG übernommen, wonach (zu schützende) personenbezogene Daten auch dann vorliegen, wenn es sich um »Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer . . . bestimmbaren natürlichen Person« handelt.

Auf der anderen Seite ist ebenso unbestritten, daß Aussagen über Verhalten und Leistung der gesamten Belegschaft oder einer unbestimmten Vielzahl von Arbeitnehmern ebenfalls nicht von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 erfaßt werden²⁰³). Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine größere Anzahl von Arbeitnehmern einen bestimmten Bildschirmarbeitsplatz benutzen kann und alle sich mit derselben Identifikation ausweisen müssen²⁰⁴).

Eine wichtige Ausnahme wird jedoch für die Überwachung einer Gruppe gemacht, deren Mitglieder für Verhalten und Leistung gemeinschaftlich verantwortlich sind²⁰⁵). Wann diese Voraussetzung gegeben ist, ist streitig.

Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG muß es sich um eine kleine, überschaubare Gruppe handeln, bei der der durch die technische Einrichtung geschaffene Überwachungsdruck unmittelbar auf das einzelne Mitglied durchschlägt²⁰⁶). Dies ist insbesondere bei Gruppenakkord der Fall, da man-

200) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 268

201) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 Leitsatz 2 = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 44) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 437; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 269 u. a.

202) Simitis NJW 1985, 406 Fn 39

203) Gegen die generelle Einbeziehung der Gruppenüberwachung BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 44) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 268

204) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 68a

205) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 117); Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 268; Jobs DB 1983, 2310; Schwarz S. 103; Wohlgemuth AuR 1984, 260 u. a.

206) BAG (wie Fn 205)

gelhafte Leistung und Fehlverhalten eines Einzelnen sich im Gruppenergebnis niederschlagen und so den »Schuldigen« in eine äußerst unangenehme Position bringen²⁰⁷). Soweit kein Gruppenakkord vorliegt, »mag« die Frage der Überwachung nach Auffassung des BAG anders zu beurteilen sein²⁰⁸).

Die Gegenposition verweist kritisch darauf, im Einzelfall sei schwer zu entscheiden, wann eine Gruppe »klein und überschaubar« sei²⁰⁹). Auch biete der Wortlaut, der den Plural benutze (Verhalten oder Leistung »der Arbeitnehmer«) keinerlei Anhaltspunkt für eine so enge Begrenzung²¹⁰). Schließlich sei es Aufgabe des Betriebsrats, die kollektiven Interessen der Arbeitnehmerschaft wahrzunehmen, die auch bei reiner Gruppenüberwachung betroffen seien²¹¹).

In der Tat liegt angesichts des Wortlauts von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 die Argumentationslast bei denjenigen, die die Gruppenüberwachung nur unter bestimmten mehr oder weniger engen Voraussetzungen einbeziehen wollen. Entscheidender Ansatzpunkt für eine Restriktion des Wortlauts ist der Zweck der Vorschrift: Während der Gedanke des Persönlichkeitsschutzes in anderen Zusammenhängen eher zu einer weiten Auslegung führt, hat er hier eine Einengung zur Folge²¹²). Die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen ist offensichtlich nur dann betroffen, wenn er sich nicht in einer anonymen Großgruppe oder Vielzahl von Beschäftigten verstecken kann, sondern wenn der »Überwachungsdruck« auf ihn durchschlägt. Insofern ist der Ansatz des BAG grundsätzlich berechtigt.

Dieses »Durchschlagen« ist jedoch nicht an eine bestimmte Gruppengröße geknüpft; auch bei 30 oder 40 Beteiligten kann der Einzelne im Verhältnis zu seinen Arbeitskollegen in Schwierigkeiten geraten, wenn beispielsweise das elektronische Zugangskontrollsystem Rückschlüsse auf seine Unpünktlichkeit erlaubt. Zuzugeben ist lediglich, daß der »Gruppendruck« in der Regel um so stärker sein wird, je geringer die Zahl der Gruppenmitglieder ist. Weiter kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten im Gruppenakkord tätig sind; auch bei Tätigkeit in anderen Formen des Leistungslohns (Prämie), aber auch bei Zeitlohn wird der Einzelne ggf. von anderen Gruppenmitgliedern zur Rechenschaft gezogen, sofern die Gruppe als solche – z. B. wegen eines Wettbewerbs mit anderen Gruppen oder wegen bestimmter Erwartungen – beurteilt wird²¹³). Insofern ist es berechtigt, ausschließlich auf die gemeinschaftliche Verantwortlichkeit der Gruppenmitglieder für das Arbeitsergebnis und das Verhalten des

207) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 268 weisen mit Recht darauf, daß die persönliche Belastung unter Umständen sogar höher sein kann als bei individueller Überwachung

208) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 119)

209) So insbes. Hinrichs AuR 1986, 286

210) Auf den Wortlaut verweisen insbes. Jobs DB 1983, 2310; Mostert AiB 1986, 102; Schwarz S. 103

211) Schwarz S. 103

212) Dazu oben 1. 2. Ähnlich Kissel NZA 1984, 4

213) Däubler, Arbeitsrecht, 1 S. 438; Hinrichs AuR 1986, 286; Mostert AiB 1986, 203; Vgl. auch Wagner AiB 1986, 88

Einzelnen abzustellen^{213a)}, wobei diese Verantwortlichkeit sich nicht nur in materiellen Einbußen^{213b)}, sondern ggf. auch in einer Minderung des Ansehens auswirken kann, die bei »abweichendem Verhalten« eines Gruppenmitglieds eintritt.

3.3 Das »Bestimmt-Sein« zur Überwachung

Nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 muß zwischen der technischen Einrichtung und der Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer ein spezifischer Zusammenhang bestehen: Die Einrichtung muß zur Überwachung »bestimmt« sein. Wie dieses Merkmal auszulegen ist, hat einiges Kopfzerbrechen bereitet.

3.3.1 Geeignetheit

Schon in seinen ersten Entscheidungen zu § 87 Abs. 1 Ziffer 6 hat das BAG betont, daß die »Bestimmung« nicht vom Vorliegen einer Überwachungsabsicht beim Arbeitgeber abhängt. Vielmehr sei es ausreichend, daß die technische Einrichtung objektiv in der Lage sei, Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen^{213c)}. So spielt es keine Rolle, wenn ein Produktograph effektiv nur den Zustand der Maschine deutlich machen soll^{213d)}, und ein Fahrten-schreiber wird nicht deshalb mitbestimmungsfrei, weil er ausschließlich der Kontrolle des Fahrzeugs dienen soll²¹⁴⁾. Die Literatur ist dieser sog. objektiv-finalen Theorie so gut wie einhellig gefolgt²¹⁵⁾; auch von durchaus mitbestimmungskritischer Seite wurde vor kurzem betont, sie sei »allgemein anerkannt«²¹⁶⁾. Mit Recht wurde betont, auf die Absichten des Arbeitgebers abzustellen (»subjektiv-finale Theorie«), würde das Mitbestimmungsrecht zur Disposition des Arbeitgebers stellen, der seine wirklichen Intentionen unschwer verbergen könnte²¹⁷⁾. Auch macht es aus der Sicht des von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 geschützten Arbeitnehmers keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber kontrollieren will oder ob die Kontrolle ein bloßer (vielleicht unbeabsichtigter) Neben-

213a) Ebenso wohl Jobs DB 1983, 2310; Schwarz S. 103; Wohlgemuth AuR 1984, 260

213b) Auf die gemeinsame Haftung für Schäden will Heinze (SAE 1985, 250) abstellen, doch dürfte damit noch eine engere Gruppenbestimmung als nach der Rechtsprechung verbunden sein

213c) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) und Nr. 6 (S. 30) = AP Nr. 2 und 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

213d) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

214) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 6 (S. 30) = AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

215) Aus der neueren Literatur s. Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 436; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 71; Kraft ZfA 1985, 146; Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 26 ff.; Schapper-Waniorek AuR 1985, 248; Wohlgemuth AuR 1984, 260

216) Koffka, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 33

217) Vgl. auch Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 256; Koffka, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 33; Kraft ZfA 1985, 146; Wohlgemuth AuR 1984, 260

effekt ist²¹⁸⁾. Erst in allerjüngster Zeit ist dieser Konsens von zwei Autoren wieder in Frage gestellt worden²¹⁹⁾. Insbes. Heinze hat der Rechtsprechung vorgeworfen, gegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut verstoßen und eine »unsinnige Tatbestandsausweitung« vorgenommen zu haben²²⁰⁾.

Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade der Gesetzeswortlaut die »Bestimmung« nicht von einem Akt des Arbeitgebers abhängen läßt, sondern sich auf die technische Einrichtung als solche bezieht: Diese hat aber keinen Willen und keine guten oder schlechten Absichten, sondern nur eine vorhandene oder nicht vorhandene Eignung zur Erfüllung bestimmter Aufgaben²²¹⁾. Bei EDV-Systemen kommt hinzu, daß die jeweiligen subjektiven Zwecke in der Regel nicht mitgespeichert werden und ggf. auch in Sekundenschnelle geändert werden könnten^{221a)}.

3.3.2 Das Unmittelbarkeitserfordernis

Die Rechtsprechung hat sich allerdings immer geschaut, das Tatbestandsmerkmal »bestimmt« ausschließlich im Sinne objektiver Eignung auszulegen. Bei traditionellen Überwachungsinstrumenten wie Produktographen und Filmkameras hat das BAG vielmehr verlangt, die technische Einrichtung müsse »unmittelbar, d. h. wenigstens in ihrem Kern schon selbst die Überwachung bewerkstelligen«; die bloße abstrakte Möglichkeit, mit Hilfe zusätzlicher Vorkehrungen einen Überwachungseffekt zu erreichen, sollte nicht genügen²²²⁾. Eine Übertragung dieses sehr unbestimmten, der normativen Verankerung entbehrenden Merkmals auf die Datenerfassung bzw. -verarbeitung wurde jedoch nicht vorgenommen. Ohne daß sich das BAG irgendwie von seiner bisherigen Rechtsprechung distanziert hätte, hat es seit der Entscheidung vom 6. 12. 1983²²³⁾ nicht mehr auf diese Konstruktion zurückgegriffen. Dies wird im allgemeinen als stillschweigende Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung gewertet²²⁴⁾. Dies dürfte zwar zutreffen, doch ist nicht zu übersehen, daß das BAG auch jetzt nicht die bloße objektive Eignung genügen läßt.

218) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

219) Ehmann SAE 1985, 273; Heinze SAE 1985, 248

220) Heinze SAE 1985, 248. Sehr viel ausgewogener Müllner BB 1984, 477, der davon spricht, mit dem Abstellen auf die objektive Eignung sei die Grenze richterlicher Rechtsfortbildung erreicht (also doch wohl: nicht überschritten).

221) Vgl. Wohlgemuth AuR 1984, 260. Keine Bedenken gegen die objektiv-finale Theorie wegen des Wortlauts hat auch Kraft ZfA 1985, 145

221a) S. oben Steinmüller unter 2. 4. 1. a)

222) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 2 (S. 8) = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

223) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

224) Ehmann SAE 1985, 276 (»sang- und klanglos aufgeben«); Heinze SAE 1985, 249; Hoffmann-Hilgenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 48; Klebe NZA 1985, 45; Schapper-Waniorek AuR 1985, 249 (»längst fällige Sprachbereinigung«).

3.3.3 Das Programmierfordernis

Nach der neueren Rechtsprechung muß sich die entsprechende Eignung aus einem »Programm« ergeben²²⁵⁾. Was bedeutet dies konkret?

In der Entscheidung vom 6. 12. 1983 beschrieb das BAG dieses Erfordernis wie folgt²²⁶⁾:

»Die Frage, ob ein Bildschirmgerät in Verbindung mit einem Rechner zur Überwachung von Arbeitnehmern im dargelegten Sinne geeignet ist, kann nur anhand der im jeweiligen System verwendeten Programme beantwortet werden. Erst ein Programm macht die sogenannte Hardware als technische Einrichtung im Betrieb überhaupt verwendbar und zu einem Mittel, mit dem eine Arbeitsaufgabe bewältigt, eine Funktion ausgeübt werden kann. Erst das jeweilige Programm gibt Aufschluß darüber, ob überhaupt und welche Informationen über Arbeitnehmer als Verhaltens- und Leistungsdaten ermittelt und aufgezeichnet werden. Erst ein Programm, das solche Daten erfaßt und aufgezeichnet, macht Bildschirmgeräte und Rechner geeignet, Arbeitnehmer zu überwachen.«

Dabei spielt es allerdings keine Rolle, ob das Programm in der Anwendersoftware enthalten ist oder ob es zum Betriebssystem gehört²²⁷⁾. In der Tat ist es relativ beliebig, ob bestimmte Programme im einen oder im anderen Bereich verankert werden²²⁸⁾. Das Betriebssystem kann im hier interessierenden Zusammenhang insbes. dann relevant werden, wenn alle Transaktionen in einer sog. Log-Datei aufgezeichnet werden oder wenn die Rechnernutzungszeit bestimmten Kostenstellen zugeordnet wird, hinter denen sich bestimmbar Personen verbergen (sog. accounting)²²⁹⁾. Keine Bedenken bestehen auch dagegen, § 87 Abs. 1 Ziffer 6 bei hardwaremäßiger Fixierung von Programmen einzugreifen zu lassen.

Für die Einschätzung wie für die praktische Handhabung dieses »Programmierfordernisses« ist es allerdings wichtig, die oben mitgeteilte Textpassage aus der Bildschirmscheidung²³⁰⁾ im Lichte der inzwischen ergangenen Rechtsprechung zu sehen. Danach genügt es, wenn das Programm entweder Aussagen zu Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern ergibt oder wenn es sonstige personenbezogene Angaben enthält, die mit Hilfe von Zusatzwissen zu

225) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 39) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 88) und Nr. 12 (S. 103)

226) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 39) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

227) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 40) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung. Die Literatur ist dem einhellig gefolgt: Apitzsch-Schmitz DB 1984, 986; Braun BlfStR 1985, 56; Färber-Theilenberg, S. 19; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heitler § 87 Rn 74; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 272; Küberle AuR 1986, 63 f. Ebenso Steinmüller oben 2. 4. 3 b)

228) So auch BAG a. a. O.

229) Apitzsch-Schmitz DB 1984, 983. S. oben Meyer-Degenhardt

230) S. oben bei Fn 226

einer Aussage über Verhalten und Leistung verwendet werden können²³¹⁾. Werden personenbezogene Daten in (irgendeinem) Programm gespeichert, ist diese Voraussetzung immer gegeben, da sich ein entsprechender Verwendungszusammenhang jederzeit erstellen läßt²³²⁾. § 87 Abs. 1 Ziffer 6 scheidet daher wegen fehlender »Bestimmung« zur Überwachung nur dann aus, wenn eine isolierte Hardware in noch nicht funktionsfähigem Zustand installiert wird oder wenn zwar (im Betriebssystem und in der Anwendungssoftware) Programme vorhanden sind, diese aber keinerlei personenbezogene Daten erfassen.

3.3.4 Kritik und Gegenposition

Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit die Ausklammerung dieses Bereichs mit Wortlaut und Normzweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zu vereinbaren ist. Knüpft man an die Formulierung der früheren Rechtsprechung an, wonach es primär auf die »objektive Eignung« zur Kontrolle ankommt²³³⁾, so erscheint es nachgefragt zwingend, schon die bloße Programmierbarkeit ausreichen zu lassen²³⁴⁾. Auf die konkrete Eingabe eines Programms kann es ebensowenig ankommen wie auf das Einlegen eines Films bei der Benutzung einer Fernsehkamera. Die Verwendung von Sachprogrammen stellt darüber hinaus ein zusätzliches Gefährdungspotential dar, weil sich bei Hinzunahme personenbezogener Daten weitreichendere Verknüpfungsmöglichkeiten ergeben^{234a)}. Der Grundgedanke des § 87 Abs. 1 Ziffer 6, wonach es um einen »präventiven« Persönlichkeitsschutz auf kollektiver Ebene gehen soll, legt es zumindest nahe, die Schwelle zur »Bestimmung« bereits relativ früh anzusetzen und so Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich von vornherein zu erschweren. Wenn das BAG demgegenüber darauf hinweist, auf reine Hardware bezogene Regelungen könnten nur relativ abstrakt sein und würden Anlaß zu zahlreichen strittigen Anwendungsproblemen geben²³⁵⁾, so kann dem in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden. In der Praxis wird es vielmehr so gut wie nie um die Installation einer isolierten Hardware, sondern um den Kauf einer Datenverarbeitungsanlage samt Betriebssystem und Anwendersoftware gehen. Inhaltlich steht daher im Grunde nur der Zeitpunkt der gleichberechtigten Einschaltung des Betriebsrats zur Debatte; die Regelung selbst wird sich an den Verwendungszwecken orientieren, für die die Anlage nach den Planungen des Arbeitgebers bestimmt

231) Zu letzterem s. oben 3. 2. 5. 3. Daß kein überwachungsorientiertes Auswertungsprogramm erforderlich ist, betonen zu Recht Klebe-Schumann AuR 1983, 44 und Schwarz BB 1985, 535

232) So auch Ehmann SAE 1985, 277, der die Rechtsprechung aber gerade wegen dieser Konsequenz kritisiert. Ähnlich Erdmann-Mager DB 1987, 47

233) S. oben im Text bei Fn 213 c

234) So auch Engel AuR 1982, 84; Hinrichs AuR 1986, 286; Klebe NZA 1985, 46; vgl. auch Gnade-Kehrmann-Schneider-Blanke § 87 Rn 111

234 a) Zur Transformierbarkeit von Sachdaten in personenbezogene Daten s. Steinmüller, oben 1. 1. 1 a)

235) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 42) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

sein soll. In dem theoretischen Fall der Anschaffung von isolierter Hardware müßte eine flexible Regelung getroffen werden, die die Schutzvorkehrungen im einzelnen den späteren Verhandlungen über die Programme und ihre Nutzung überläßt. Entgegen der Auffassung des BAG²³⁶⁾ spricht zugunsten einer frühzeitigen Einschaltung des Betriebsrats auch die Gefahr, daß der Arbeitgeber andernfalls eher in der Lage wäre, unbemerkt Kontrollprogramme in das System einzugeben. Wenn das BAG auf die umfassenden Auskunftsrechte des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG und auf die Möglichkeit zur Hinzuziehung eines Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 BetrVG verweist, so trifft dies alles zu, doch wäre der Betriebsrat besser geschützt, könnte er von Anfang an über die Ausgestaltung des Systems mitbestimmen und sich dabei genau definierte Kontrollmöglichkeiten vorbehalten. Wenn das BAG erst relativ spät die »Eignung zur Überwachung« einsetzen läßt, so ist dies im Grunde nichts anderes als eine Fortführung seiner Unmittelbarkeitsthese: Werden personenbezogene Aussagen erfaßt oder durch Auswertung gewonnen, so ist dies »unmittelbare« Überwachung, da Datenverarbeitungsanlagen schlechterdings nicht »unmittelbarer« auf Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern zugreifen können²³⁷⁾. Alle Einwände, die gegen das Unmittelbarkeitskriterium sprechen, gelten deshalb auch gegen das neue »Programm-kriterium«: Es fehlt eine gesetzliche Grundlage, angesichts vielfältigster Programmierungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten sind auch Hardware und Sachprogramme zur Überwachung »bestimmt«.

Auch wenn man diese Kritik nicht teilt, wird man für die künftige Handhabung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 berücksichtigen müssen, daß das BAG von »starrten Programmen« ausging. Dies bedeutet, daß die Einsatz- und Verwendungsmöglichkeiten einer Datenverarbeitungsanlage durch die jeweils eingegebenen Programme bestimmt und begrenzt werden. Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither haben dies am Beispiel einer Filmkamera verdeutlicht, die eben nur bei einer konkreten Verwendung zum Überwachungsgerät wird²³⁸⁾. Ändert sich die Technik und kann der Benutzer sich aus zahlreichen »Versatzstücken« selbst ein Auswertungsprogramm zusammenstellen, ist dieser Position die Grundlage entzogen. Hierauf wird noch zurückzukommen sein²³⁹⁾.

236) A. a. O. (S. 41)

237) Daß ein ausdrücklicher Rückgriff auf das Unmittelbarkeitserfordernis unter diesen Umständen entbehrlich ist, betont zu Recht Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 23 (1986), S. 26. Ähnlich Kilian BB 1985, 407; Kiebe-Schumann AuR 1983, 45; Schwarz BB 1985, 535. Wie hier bezüglich der »unmittelbaren« Wirkung der Datenverarbeitung Apitzsch-Schmitz DB 1984, 983 und AIB 1985, 166

238) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 74a

239) Unten 5. 1. 2

3.4 Die technische «Einrichtung»: Das »System« als Gegenstand der Mitbestimmung

Vom Standpunkt des BAG aus stellt sich die Frage, was bei Vorliegen eines Programms mit personenbezogenen Daten als »technische Einrichtung« anzusehen ist, wie groß also der gegenständliche Regelungsbereich der Betriebsparteien ist. Zutreffend hat das BAG den Standpunkt eingenommen, auch diejenigen Teile des Systems unterlägen der Mitbestimmung, in denen andere als personenbezogene Daten verarbeitet werden. Betont wurde dies etwa in der Entscheidung über das Techniker-Berichtssystem²⁴⁰⁾, doch finden sich entsprechende Aussagen auch in anderen Urteilen^{240a)}. In aller Deutlichkeit hat das BAG im Beschluß vom 17. 3. 1987^{240b)} betont:

»Nur bei Kenntnis der jeweiligen Arbeitsprogramme kann der Betriebsrat selbst beurteilen, ob Datenverarbeitungssysteme zur Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer bestimmt sind dadurch, daß sie Aussagen über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer erarbeiten.«

Demgegenüber haben einige Autoren den Standpunkt vertreten, nur das einzelne Programm, das Aussagen zu Verhalten und Leistung speichere oder erarbeite, unterliege der Mitbestimmung²⁴¹⁾.

Mit der erheblich überwiegenden Gegenmeinung²⁴²⁾ ist dem BAG zuzustimmen. Schon der Begriff »Einrichtung« verweist auf eine ganzheitliche Betrachtung, die es beispielsweise ausschließen würde, nur die Tastatur des Produktographen oder den Film der Kamera der Mitbestimmung zu unterwerfen. Auch aus praktischen Gründen ist dies 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

240) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 80)

240 a) 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

240b) BAG DB 1987, 1492 re. Sp.

241) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 75c (wenn sich die Programme trennen lassen); Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 278; Jobs DB 1983, 2308; Kilian NJW 1985, 453; ders. BB 1985, 404

242) Apitzsch-Schmitz DB 1984, 983; Braun BfStR 1985, 57; Ehmman Beilage 1/1985 zu NZA, S. 9; ders. SAE 1985, 169; Hexel S. 79; Klebe-Roth, Personalinformationssysteme, S. 66; Klebe-Schumann AuR 1983, 47; Matthes CR 1987, 109; Wiesinger S. 222

werden. Tut man einmal den Schritt, daß jedes gespeicherte personenbezogene Datum die Mitbestimmung auslösen (dazu einer Aussage über Verhalten und Leistung beitragen) kann, lassen sich auch die übrigen Teile des Systems nicht mehr ausklammern, da sie gleichfalls einen entsprechenden Beitrag leisten können²⁴³⁾.

Das sehr unterschiedliche Gefährdungspotential, das in einem »Überwachungssystem«, einem »Abrechnungssystem«, einem »Materialverwaltungssystem« und in der Hardware enthalten ist, muß bei der Ausgestaltung der mitbestimmten Regelung selbst berücksichtigt werden²⁴⁴⁾.

Wie das Eigenschaftswort »technisch« deutlich macht, ist der Begriff des Informationssystems ein engerer als der im Beitrag Steinmüller^{244a)} vertretene: Die beteiligten Personen werden zwar aus informationswissenschaftlicher Sicht zutreffend als Teil des »Systems« gesehen, da dessen Leistungsfähigkeit nicht nur von seinen technischen Eigenschaften, sondern auch von dem Handlungspotential und dem Zusatzwissen der beteiligten Menschen abhängt. Das BetrVG ist dieser Sicht jedoch nicht gefolgt. Dies wird nicht nur am Wortlaut des § 87 Abs. 1 Ziff. 6 (»technische« Einrichtung), sondern auch daran deutlich, daß der Personaleinsatz und seine konkreten Bedingungen gerade auch im Hinblick auf den Umgang mit neuen Techniken an anderer Stelle geregelt ist (§§ 90 f., 92 ff., 111 ff. BetrVG). Wollte man auch diesen Bereich einbeziehen, würde § 87 Abs. 1 Ziff. 6 in der Tat zu einer Generalklausel betrieblicher Mitbestimmung über Arbeitsbedingungen – die Beschränkung auf die technische Seite belegt, daß dahingehende Vorwürfe, die in der Literatur gegen das BAG erhoben wurden^{244b)}, unbegründet sind.

3.5 Die mitbestimmungspflichtigen Arbeitgebermaßnahmen: Einführung und Anwendung

§ 87 Abs. 1 Ziffer 6 erstreckt die Mitbestimmung des Betriebsrats auf »Einführung und Anwendung« von technischen Einrichtungen. Auch dabei haben sich eine Reihe von Auslegungsfragen ergeben.

3.5.1 Grundsätze

Die »Einführung« ist zunächst von der bloßen Planung abzugrenzen, die Gegenstand eines Beratungsrechts nach §§ 90, 111 BetrVG sein kann, die jedoch nicht unter § 87 Abs. 1 Ziffer 6 fällt²⁴⁵⁾. Die Einführungsphase beginnt erst mit

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

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

244a) Steinmüller, unter 2. 2. 2 (2)

244b) Ehmann ZfA 1986, 357 ff.

245) Ebenso Kilian u. a., Personalinformationssysteme, S. 203 f.; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 122; wohl auch LAG Berlin CR 1987, 28

den vom Arbeitgeber getroffenen Entscheidungen, wobei die »Einführung« das »Ob«, die »Anwendung« das »Wie« betrifft²⁴⁶⁾. Werden bereits einzelne Umsetzungsakte wie z. B. die Einweisung des Bedienungspersonal vorgenommen, belegt dies nicht nur das Vorliegen einer Arbeitgeberentscheidung, sondern stellt bei fehlender Zustimmung des Betriebsrats auch eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts dar²⁴⁷⁾. Ohne Bedeutung ist, daß der Arbeitgeber die Anlage nur probeweise betreiben will, da sich das Mitbestimmungsrecht auch auf kurzzeitige Überwachungen bezieht und überdies nicht davon abhängig ist, welche Zwecke der Arbeitgeber im einzelnen verfolgt²⁴⁸⁾. Auch der Betrieb mit fiktiven Daten ist nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats möglich, da in aller Regel eine Arbeitgeberentscheidung zugrunde liegt, das System als solches einzuführen und lediglich noch eine Anpassung der Software an die spezifischen betrieblichen Verhältnisse vornehmen zu lassen. Im übrigen gilt folgendes: Die Mitbestimmung bezieht sich bei Kontrollprogrammen neben der Grundsatzfrage über das »Ob« unter anderem auf die Festlegung, welche Arbeitnehmer auf welche Art und Weise überwacht werden sollen²⁴⁹⁾. Geht es allein um maschinelle Auswertung, bestimmt der Betriebsrat insbesondere über die anzuwendenden Programme sowie die einzelnen Datenläufe mit²⁵⁰⁾. Auch sog. Wartungsläufe von Standardprogrammen und Ferndiagnosen können nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt werden²⁵¹⁾.

Ohne Bedeutung ist, welche Handlung des Arbeitgebers im Einzelfall zur »Einführung«, welche zur »Anwendung« gerechnet werden²⁵²⁾; die Rechtsfolgen sind in beiden Fällen dieselben.

3.5.2 Mitbestimmung über die Datenverwendung

Kontroversen haben sich bei der Frage ergeben, ob das »weitere Schicksal« maschinell erhobener oder ausgewerteter Daten mitbestimmungspflichtig ist. Einige Autoren verneinen dies²⁵³⁾, sind dabei jedoch überwiegend auf Widerspruch gestoßen²⁵⁴⁾. Würde man die weitere Verwendung der erhobenen oder erarbeiteten Daten vom Mitbestimmungsrecht ausschließen, wäre der Betriebsrat in eine Alles- oder Nichts-Situation hineingezwungen: Ohne Einfluß

246) Dietz-Richardi § 87 Rn 330

247) Zu den Konsequenzen s. unten 4.5.4.

248) Ebenso LAG Berlin CR 1987, 28

249) Dazu und zum Folgenden Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 76; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 121; Wiese, GK-BetrVG, § 87 Rn 208

250) S. oben Fn 136 sowie Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 76a

251) Hexel S. 149

252) Von fließenden Übergängen spricht zu Recht Schwarz, Arbeitnehmerrmitbestimmung, S. 125

253) Ehmman, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 9; ders. SAE 1985, 275; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 272; Jahnke DB 1978, 1693

254) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 76a; Klebe-Schumann AuR 1983, 47; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 128; ders. DB 1983, 228; ders. BB 1985, 535; Wohlgemuth AuR 1984, 261; wohl auch LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 4 (S. 22)

auf die künftige Verwendung müßte er ein kategorisches Veto gegen jede Speicherung personenbezogener Daten erheben: Nur dann könnte er seinem Schutzauftrag gerecht werden, Gefährdungen von der Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer abzuwehren. Im Gegensatz dazu könnte er seiner Aufgabe sehr viel besser nachkommen, wenn er auch den Verwendungszweck mitfestlegen und so alle »gefährlichen« Auswertungen unterbinden könnte. Den in § 2 Abs. 1 BetrVG niedergelegten Grundprinzipien der Betriebsverfassung entspricht es allein, Mitbestimmungsrechte nicht von vornherein zu einem Gegenstand der Konfrontation zu machen, sondern für beide Seiten Kompromißspielräume zu eröffnen. Weiter ist zu berücksichtigen, daß sich das Ausmaß einer potentiellen »Verdatung« oft erst durch die späteren Verknüpfungsmöglichkeiten ergibt; hier den Betriebsrat auszuschalten, würde den vom Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung formulierten verfassungsrechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen²⁵⁵⁾. Zur »Anwendung« der technischen Einrichtung gehört deshalb auch die Verfügung über die von ihr geschaffenen Resultate. Mitbestimmungspflichtig ist daher die Abgleichung zwischen Arbeitsplatzprofilen (die im Regelfall personenbezogene Daten darstellen) und von arbeitsmedizinischen Daten durch den Betriebsarzt^{255a)}. Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß auch im Rahmen des § 94 BetrVG das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf das »weitere Schicksal« der durch Fragebogen gewonnenen Informationen erstreckt wird^{255b)}.

3.5.3 Auftragsdatenverarbeitung

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats kann nicht dadurch gemindert oder beseitigt werden, daß der Arbeitgeber die Datenerhebung oder die Datenverarbeitung einer Drittfirma überläßt, die in seinem Auftrag tätig wird²⁵⁶⁾; vom Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 her ergibt sich dies im Grunde von selbst. Schließt sich etwa der Arbeitgeber an ein (konzerninternes) Rechenzentrum an, so ist dieser Vorgang in gleicher Weise ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand, wie wenn dasselbe Maß an Datenverarbeitung im eigenen Haus erfolgen würde²⁵⁷⁾. Das Betriebsverfassungsrecht übernimmt insoweit die Entscheidung des § 2 Abs. 3 Ziffer 1 BDSG, wonach die Auftragsdatenverarbeitung dem Auftraggeber zugerechnet wird. Besondere Probleme ergeben sich

255) Dazu oben 2. 5

255a) Vgl. Apitzsch BetrR 1986, 352

255b) Nachweise bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 374 mit Fn 90

256) LAG Frankfurt NZA 1985, 34; LAG Hamburg CR 1986, 476 = BB 1985, 2110; ArbG Berlin DB 1984, 410; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 76b. Ebenso nunmehr BAG DB 1987, 1491

257) S. den Fall ArbG Berlin DB 1984, 410

allerdings bei der Ausgestaltung der Überwachungsrechte des Betriebsrats²⁵⁸); der Arbeitgeber muß ihnen ggfs. bei der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zu dem Drittunternehmen Rechnung tragen²⁵⁹.

3.5.4 Veränderung der technischen Einrichtung

Wird eine einmal installierte Überwachungseinrichtung verändert, löst auch dies das Mitbestimmungsrecht aus²⁶⁰. Dies gilt insbes. dann, wenn – wie in dem vom BAG entschiedenen Technikerberichtssystem-Fall – einzelne Programmteile durch neue ersetzt werden, die eine umfangreichere und spezielle Auswertung ermöglichen²⁶¹. Dasselbe gilt, wenn etwa der Kreis der betroffenen Personen oder die Zahl der erfaßten Daten vergrößert wird²⁶². Auch bei solchen Änderungen, bei denen nicht von vornherein feststeht, daß die Intensität oder der Gegenstand der Überwachung erweitert werden, greift das Mitbestimmungsrecht ein: In konsequenter Fortsetzung der objektiv-finalen Theorie muß es auch bei Änderungen genügen, daß nur eine Eignung zu mehr Überwachung besteht²⁶³. Dies ist etwa dann der Fall, wenn aufgrund erweiterter Speicherkapazität oder des Anschlusses an ein Rechenzentrum²⁶⁴ mehr Verknüpfungsmöglichkeiten vorhanden sind. In der Praxis wird bereits nach diesen Grundsätzen verfahren²⁶⁵.

3.5.5 Alt-Einrichtungen

Ist eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 installiert worden, bevor das BetrVG in Kraft trat oder bevor in dem betreffenden Betrieb ein Betriebsrat gewählt wurde, so steht dies dem Mitbestimmungsrecht nicht entgegen²⁶⁶. Die weitere »Nutzung« durch den Arbeitgeber stellt eine »Anwendung« dar, die der Zustimmung des Betriebsrats bedarf.

258) Dazu, daß sie Gegenstand einer erzwingbaren Betriebsvereinbarung sein können s. unten 4.3.3.

259) So LAG Frankfurt NZA 1985, 34; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 76b. Für unbillig und damit unzulässig erklärt die Einschaltung des Drittunternehmens ArbG Berlin DB 1984, 410

260) LAG Berlin DB 1984, 2098; LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 73); Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 74a; Galperin-Löwisch § 87 Rn 148 (»wesentliche« Erweiterung – doch wie läßt sich diese abgrenzen?); Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 255; Hexel S. 149; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 125

261) 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 Tatbestands so selbstverständlich, daß es darüber kein Wort verlor

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

263) Jede Änderung erklären für mitbestimmungspflichtig Hexel S. 149; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 125

264) Vgl. Jobs DB 1983, 2307

265) Apitzsch-Schmitz AIB 1985, 172. S. als Beispiel den in BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 122) wiedergegebenen Spruch

266) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 12 (S. 106); LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 10 (S. 73); LAG Berlin DB 1984, 2098; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 122; a. A. Galperin-Löwisch § 87 Rn 148

Damit allein ist allerdings noch nichts Sicheres darüber ausgesagt, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein solcher Tatbestand im Betrieb auftritt. Nach Auffassung des LAG Berlin²⁶⁷⁾ kann der Betriebsrat nicht durch einfachen Widerspruch den ganzen Vorgang stoppen; vielmehr sei er darauf beschränkt, durch Verhandlungen und notfalls über eine Einigungsstelle eine Regelung zu erreichen. Dies bedeutet, daß der »vorgesetzlichen« Praxis ein höherer Stellenwert beigemessen wird als einer freiwilligen Betriebsvereinbarung, die nach § 77 Abs. 6 BetrVG nicht nachwirkt. Dies erscheint zumindest ungereimt. Gewichtiger ist, daß das BAG im Rahmen des § 94 in einer neueren Entscheidung den Standpunkt vertreten hat, vor dem Inkrafttreten des BetrVG eingeführte Fragebögen hätten nur während einer Übergangszeit und nur bei Nicht-Widerspruch des Betriebsrats weiterverwendet werden können²⁶⁸⁾. Damit ist dem Mitbestimmungsrecht konsequent Rechnung getragen; im Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 kann schwerlich anderes als im Rahmen des § 94 BetrVG angenommen werden²⁶⁹⁾.

Um einer Verletzung seines Mitbestimmungsrechts entgegenzutreten, stehen dem Betriebsrat dieselben Mittel wie in anderen Fällen zu²⁷⁰⁾.

3.6 Gesetzes- und Tarifvorbehalt

Nach dem Einleitungssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG stehen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats unter einem Vorbehalt: Sie greifen nur ein, »soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht«. Im vorliegenden Zusammenhang besitzt insbes. der Gesetzesvorbehalt Bedeutung.

Nach der – soweit ersichtlich allgemein akzeptierten – Rechtsprechung des BAG tritt das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zurück, wenn gem. § 57a StVZO ein zum Betrieb gehörender Lkw mit einem Fahrtenschreiber versehen werden muß²⁷¹⁾. Gleichzeitig hat das Gericht jedoch ausgesprochen, daß der Einbau dieses Geräts überall dort mitbestimmungspflichtig ist, wo eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung fehlt, der Arbeitgeber daher aus freien Stücken handelt²⁷²⁾. Nur »soweit« die gesetzliche Regelung reicht, versagen die Rechte des Betriebsrats.

Praktische Bedeutung hat dies nicht nur für die Frage, ob überhaupt ein Kontrollgerät installiert wird, sondern auch im Hinblick auf seine mögliche Funktionsweise und die Verwertung der erhobenen Daten. Denkbar ist etwa, daß

267) LAG Berlin DB 1984, 2098

268) BAG DB 1987, 1049 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG

269) Näher Däubler, Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 23 BDSG

270) Zur Problematik der einstweiligen Verfügung bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten s. Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 413 ff. mwN. Näher dazu unten 4.5.4.

271) BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 6 Leitsatz 2 = AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung

272) S. Fn 271

mehr Daten als gesetzlich vorgeschrieben erhoben werden; neben der gefahrenen Geschwindigkeit wird etwa auch der Kraftstoffverbrauch erfaßt²⁷³⁾. Zum anderen können die erfaßten Daten auch zu weitergehenden als den gesetzlich vorgeschriebenen Zwecken verwendet werden; der Fahrtschreiber wird etwa dazu benutzt, nicht nur die Höchstlenkzeiten zu überprüfen, sondern auch dem Arbeitnehmer Vorhaltungen wegen schlechter Arbeitsleistung zu machen²⁷⁴⁾. Da der Gesetzesvorbehalt im Grunde nur ein Stück aus dem vorhandenen Mitbestimmungsrecht herausbricht, bleibt dieses in beiden Fällen bestehen²⁷⁵⁾. Keine Rolle spielt es, ob der Arbeitgeber effektiv beginnt, die zu dem gesetzlich vorgeschriebenen Zweck erhobenen Daten in anderen Zusammenhängen zu verarbeiten oder ob er eine entsprechende Absicht besitzt²⁷⁶⁾; legt man die objektiv-finale Theorie zugrunde, kann es allein darauf ankommen, ob eine Verwendung zu (anderen) Aussagen über Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer möglich ist²⁷⁷⁾.

Soweit es nicht um traditionelle Kontrolleinrichtungen, sondern um EDV-Anlagen geht, ist der Gesetzesvorbehalt eher von geringerer Bedeutung. Die zahlreichen Vorschriften, die den Arbeitgeber verpflichten, Arbeitnehmerdaten zu erheben und an öffentliche Stellen weiterzugeben²⁷⁸⁾, sehen nur ausnahmsweise eine maschinelle Erhebung oder Weiterverarbeitung vor²⁷⁹⁾, lassen von daher also das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Einführung einer technischen Einrichtung unberührt. § 6 BDSG enthält lediglich einen Rahmen für Datensicherungsmaßnahmen, dessen Ausfüllung der Mitbestimmung unterliegt²⁸⁰⁾. Das Gesetz verlangt insoweit »keine bestimmten, sondern die erforderlichen Maßnahmen«²⁸¹⁾; es schreibt beispielsweise nicht zwingend vor, daß bei der Textverarbeitung im Druckbereich Namenskürzel eingegeben werden²⁸²⁾. Nur dann, wenn das Ermessen des Arbeitgebers auf »Null« schrumpfen würde, wenn also nur eine einzige gesetzeskonforme Lösung denkbar wäre, müßte das Mitbestimmungsrecht entfallen²⁸³⁾.

273) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 79; Schwarz DB 1983, 229

274) Schwarz DB 1983, 229

275) So auch Ehmann, Festschrift Hilger und Stumpf, S. 147; ders., SAE 1985, 280; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 79; Galperin-Löwisch § 87 Rn 151; Schwarz DB 1983, 229; anders Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 282

276) So LAG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 4 (S. 21)

277) Ebenso im Ergebnis Schwarz DB 1983, 229; vgl. auch Simitis NJW 1985, 408; Walz AuR 1985, 238

278) Überblick bei Kilian-Taegeer, Beilage 12/1984 zu BB

279) Walz AuR 1985, 238

280) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13 = AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Galperin-Löwisch § 87 Rn 151b; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 282; Wiese GK-BetrVG, § 87 Rn 203

281) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13 (S. 111)

282) S. Fn 281

283) ArbG Düsseldorf EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 8 (S. 45)

Besondere Bedeutung hat in den letzten Jahren die Frage erlangt, ob das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auch dann versagt, wenn eine Verwaltungsbehörde den Arbeitgeber durch Verwaltungsakt zwingt, bestimmte Kontrolleinrichtungen zu installieren, z. B. die Kommens- und Gehenszeiten der Beschäftigten elektronisch zu speichern, wie dies für ein Kernkraftwerk, aber auch beim Umgang mit anderen gefährlichen Technologien vorstellbar wäre. Der Verwaltungsakt stellt zwar kein »Gesetz« im Rechtssinne dar^{283a)}, doch bindet er dem Arbeitgeber die Hände, so daß nur noch ein kleiner oder kein Regelungsspielraum mehr vorhanden ist^{283b)}. Im Ergebnis ist dies hinzunehmen, doch hat der Betriebsrat die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens überprüfen zu lassen^{283c)}.

Erheblich geringere Bedeutung besitzt der Tarifvorbehalt. Als Beispiel wird der Fall einer tariflichen Regelung genannt, die die Verwendung bestimmter Geräte bei der Bestimmung der Vorgabezeiten vorschreibt²⁸⁴⁾. Ob in der Praxis davon in einer Weise Gebrauch gemacht wird, die über die Verwendung von Stopuhren hinausgeht, wird man bezweifeln müssen²⁸⁵⁾. Mittelbar bestätigt sich hier der oben²⁸⁶⁾ mitgeteilte Befund, wonach der Technikeinsatz so gut wie nie Gegenstand tariflicher Abmachungen ist.

283a) LAG Baden-Württemberg NZA 1987, 251 gegen die Vorinstanz

283b) LAG Baden-Württemberg NZA 1987, 251

283c) Näher Däubler AiB 1986, 173; für Gleichsetzung von Verwaltungsakt und Gesetz dagegen Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither vor § 89 Rn 47

284) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 79; Galperin-Löwisch § 87 Rn 152; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 282

285) Vgl. auch BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 13, wonach das im RTS-Tarifvertrag der Druckindustrie enthaltene Verbot der Leistungskontrollen das Mitbestimmungsrecht nicht ausschließt, weil es Ausnahmen kennt

286) S. oben 1. 3 mit Fn 9

4. Rechtliche Schranken für eine Regelung durch Betriebsrat und Arbeitgeber

Die weitgehende Klärung des Mitbestimmungstatbestandes 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. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die schon auf den ersten Blick höchst fragwürdige These Ehmanns, wonach der Betriebsrat der Einführung einer Kontrolleinrichtung nicht widersprechen dürfe, wenn die vorgesehene Datenverarbeitung mit den Vorschriften des BDSG zu vereinbaren sei²⁸⁷⁾. Weiter ist in diesem Zusammenhang von Interesse, daß das BDSG keineswegs eine zwingende Grenze für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten sein soll: Eine Betriebsvereinbarung bzw. der an ihre Stelle tretende Spruch der Einigungsstelle sei eine »Erlaubnisnorm« im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG²⁸⁸⁾. Zunächst erscheint es angebracht, sich Klarheit darüber zu verschaffen, welche allgemeinen Grenzen die Betriebsparteien zu beachten haben. Erst dann lassen sich die Einzelfragen erlaubter oder unerlaubter Gestaltung beantworten.

4.1 Allgemeine Grenzen

4.1.1 Zwingendes Recht

Betriebsrat und Arbeitgeber müssen sich bei ihren Abmachungen an die Normen des zwingenden Rechts halten. Dies ergibt sich letztlich schon aus der Normenhierarchie, die staatlichen Gesetzen, Verordnungen usw. einen höheren Rang als Betriebsvereinbarungen zumißt; mittelbar folgt dies aber auch aus dem Gesetzesvorbehalt im Einleitungssatz von § 87 Abs. 1 BetrVG. Meinungsverschiedenheiten sind insoweit bislang nicht aufgetreten²⁸⁹⁾.

4.1.2 Grundrechtsbindung

Schwieriger ist die Frage, inwieweit beim Abschluß von Betriebsvereinbarungen die Grundrechte der Beschäftigten zu wahren sind. Lange Zeit wurde sie vom BAG unter Hinweis auf den normativen Charakter der Betriebsvereinbarung bejaht²⁹⁰⁾. Die Literatur verweist entweder pauschal auf die im Tarifrecht bestehende Rechtslage (und kommt damit zum selben Ergebnis)²⁹¹⁾ oder beruft sich zusätzlich auf die Vorschrift des § 75 BetrVG, wonach Betriebsrat und Arbeitgeber eine Reihe von Diskriminierungsverboten zu beachten und die

287) Ehmann Beilage 1/1985 zu NZA, S. 10; ders. SAE 1985, 190; ders. ZfA 1986, 388

288) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 Leitsatz 3

289) Zu der grundsätzlichen Bindung der Betriebspartner etwa an § 57a StVZO s. oben 3. 6

290) BAG AP Nr. 28 zu Art. 3 GG Bl. 2 R, bestätigt durch BAG AP Nr. 39 zu Art. 3 GG Bl. 2; BAG AP Nr. 28 zu Art. 12 GG Bl. 1 R ff.

291) So etwa Föhr, Arbeitsrecht für Arbeitnehmer, S. 52; Thiele, GK-BetrVG, § 77 Rn 73

freie Entfaltung der Arbeitnehmerpersönlichkeit zu fördern haben²⁹²⁾. Dietz-Richardi verweisen unterstützend darauf, der Grundrechtsschutz sei gegenüber Betriebsvereinbarungen besonders notwendig, da ihr Abschluß anders als bei Tarifverträgen keinen Fall von Grundrechtsausübung darstelle und der Einzelne ihrer normativen Wirkung automatisch und nicht kraft freiwilliger, jederzeit rückgängig zu machender Beitrittserklärung unterworfen sei²⁹³⁾. Ohne mit einem Wort auf seine frühere Rechtsprechung oder die Argumente der Literatur einzugehen, hat das BAG in seiner Entscheidung vom 27. Mai 1986²⁹⁴⁾ den Standpunkt vertreten, bei einer Betriebsvereinbarung bzw. einem Einigungsstellenspruch sei das Grundrecht aus Art. 10 GG (Fernsprechgeheimnis) nicht unmittelbar, sondern nur im Hinblick auf seine allgemeine wertsetzende Funktion zu beachten.

Eine solche Abweichung von früher Praktiziertem ist nicht nur des Verfahrens wegen erstaunlich, sondern auch in der Sache selbst nicht gerechtfertigt. Der Hinweis auf § 75 BetrVG sowie die »Unfreiwilligkeit« der Unterwerfung unter die Norm weisen in die richtige Richtung: Arbeitgeber und Betriebsrat sind in ihrem Zusammenwirken dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber eine »soziale Gewalt«, die nicht anders als die Tarifparteien durch Bindung an die Grundrechte in Schranken gehalten werden muß²⁹⁵⁾. Die einzige Möglichkeit, sich einer Betriebsvereinbarung zu entziehen, wäre die Kündigung – eine Handlungsalternative, die ebensowenig in Betracht zu ziehen ist wie das Recht eines Gemeindegürgers, sich unerwünschten Satzungen durch Wegzug zu entziehen. Genau wie im Tarifrecht spielt es auch hier keine Rolle, ob eine effektive Chance besteht, als Belegschaftsmitglied über die Wahl und andere Formen der Kommunikation mit dem Betriebsrat den Inhalt des zu schaffenden Rechts mitzubeeinflussen: Grundrechte haben ohne Rücksicht auf gut, schlecht oder gar nicht funktionierende Demokratie die fundamentale Bedeutung des Minderheitenschutzes. Auch das Bundesverfassungsgericht läßt sich nicht für die »neue« Position des BAG ins Feld führen, da es in einer jüngeren Entscheidung eine lediglich mittelbare Drittwirkung nur bei der ganz anderen Frage angenommen hat, ob eine Betriebsvereinbarung (im konkreten Fall: ein Sozialplan) in einer Weise ausgelegt wurde, daß dadurch Reichweite und Wirkkraft von Grundrechten des Arbeitgebers verkannt wurden²⁹⁶⁾: Daß er sich

292) Vgl. Galperin-Löwisch § 77 Rn 57 und Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 75 Rn 7

293) Dietz-Richardi § 77 Rn 87

294) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 152)

295) Zur Bindung der Tarifparteien an Arbeitnehmergrundrechte s. BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, ständige Rechtsprechung; Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 224 ff.; Hagemeier-Kempen-Zachert-Zillus, Einl., Rn 138 ff.

296) BVerfG EuGRZ 1987, 57

als gleichberechtigter Partner des Betriebsrats nicht in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis wie ein Belegschaftsmitglied befindet, bedarf keiner näheren Erläuterung.

4.1.3 Billiger Ausgleich der Interessen

Auch wenn eine Betriebsvereinbarung bzw. ein Einigungsstellenspruch zwingendes staatliches Recht und Grundrechte achtet, ist die weitere Frage zu stellen, ob die beteiligten Interessen zu einem billigen Ausgleich gekommen sind. Das BAG verweigert in ständiger Rechtsprechung all jenen Betriebsvereinbarungen die rechtliche Anerkennung, die sich angesichts aller Umstände als »unbillig« darstellen²⁹⁷. Rechtsgrundlage hierfür ist die Vorschrift des § 75 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, wonach alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und »Billigkeit« zu behandeln sind, sowie die Bestimmung des § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG, wonach die Einigungsstelle ihre Beschlüsse unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer »nach billigem Ermessen« trifft.

4.2 Spezifische Probleme

4.2.1 Betriebsvereinbarung und Einigungsstellenspruch als Erlaubnisnorm nach § 3 Satz 1 Ziff. 1 BDSG?

Die Frage, ob das BDSG eine »zwingende Rahmenordnung« für die Parteien einer Betriebsvereinbarung bzw. die Einigungsstelle darstellt, ist vom BAG unterschiedlich beantwortet worden. Während in der Entscheidung vom 11. März 1986²⁹⁸ die vorgesehenen Fehlzeitenauswertungen an §§ 23 ff. BDSG gemessen wurden, ging die Entscheidung desselben Senats vom 27. Mai 1986²⁹⁹ einen anderen Weg: Sie sah die Betriebsvereinbarung als »Erlaubnisnorm« im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG an, durch die dem Arbeitgeber ein Spielraum gewährt werden kann, der das Maß des nach §§ 23 ff. BDSG Zulässigen überschreitet. Der zweiten Entscheidung ist im Ansatz zuzustimmen, wenngleich sie die Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Betriebsparteien nicht ausreichend thematisiert hat.

§ 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG erklärt Datenverarbeitung nicht nur dann für zulässig, wenn das BDSG dies selbst gestattet; vielmehr könne dasselbe auch aufgrund einer »anderen Rechtsvorschrift« gelten. Ihrer normativen Wirkung wegen läßt sich eine Betriebsvereinbarung bzw. der an ihre Stelle tretende Einigungsstellenspruch in dieser Weise einordnen. Wenn Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbar und zwingend gelten, insofern also wie ein Gesetz wirken, kann dies im Datenschutzrecht nicht unbeachtet bleiben.

297) Nachweise zu Rechtsprechung und Literatur bei Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 422. Wichtig im vorliegenden Zusammenhang insbes. BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 137 ff - Opel-PAISY)

298) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (Opel-PAISY)

299) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (»Telefondatenerfassung«)

Andernfalls würde die Gefahr bestehen, daß nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen zulässige Regelungen dadurch behindert oder unmöglich gemacht würden, daß der dazugehörige »Datenfluß« nicht hergestellt werden könnte. Soweit ersichtlich, hat die Literatur Betriebsvereinbarungen bislang immer auch als Erlaubnisnormen im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG qualifiziert³⁰⁰. Davon abzuweichen besteht kein Anlaß. Zu beachten sind allerdings die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Berechenbarkeit: Pauschalermächtigungen an den Arbeitgeber (»Auswertung nach Bedarf«) sind unzulässig.

4.2.2 Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers als Grenze für Betriebsvereinbarungen und Einigungsstellensprüche

Das BAG hat mit Recht betont, daß »Erlaubnisse« im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG nicht unbeschränkt zulässig sind; sie müßten vielmehr die Grenzen der Regelungsautonomie beachten, die sich »aus grundgesetzlichen Wertungen, zwingendem Gesetzesrecht und den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts« ergeben³⁰¹. Dies wird jedoch in der Weise konkretisiert, daß ausschließlich der in § 75 Abs. 2 BetrVG vorgesehene Persönlichkeitsschutz herangezogen und einer weitreichenden Einschränkung wegen gegenläufiger Arbeitgeberinteressen unterworfen wird³⁰². Die Art und Weise der Interessenabwägung ist mit Recht als »relativ beliebig« kritisiert worden³⁰³. Dies gilt auch und gerade angesichts der Tatsache, daß das BAG dem Interesse des Arbeitgebers an einem einheitlichen »Verarbeitungsrahmen« gegenüber der gesamten Belegschaft Rechnung tragen und insoweit eine kollektive Bewertung der gegenläufigen Interessen vornehmen will³⁰⁴.

Am meisten erstaunt bei diesem Vorgehen, daß das BAG an keiner Stelle auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht des einzelnen Arbeitnehmers Bezug nimmt³⁰⁵. Selbst wenn man in bezug auf Betriebsvereinbarungen nur eine »mittelbare« Drittwirkung der Grundrechte annehmen wollte³⁰⁶, hätte es nahegelegen, dann wenigstens im Rahmen des § 75 Abs. 2 BetrVG auf diese Rechtsposition des Einzelnen und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung einzugehen. Eine solche – in Zukunft nachzuholende – Überprüfung würde andere Resultate erbringen.

300) Freise-Wohlgemuth DVR 1982, 290; Kroll S. 65; Matthes CR 1987, 110; Ders. RDV 1987, 6; Mostert AiB 1986, 204; Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten, S. 66; Versteyl NZA 1987, 9; Wohlgemuth AuR 1984, 262; Wohlgemuth-Mostert AuR 1986, 143; Zöllner, Daten- und Informationsschutz S. 78 Fn 13

301) BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 157)

302) BAG, a. a. O., S. 158

303) Wohlgemuth, PersR 1986, 228

304) BAG, a. a. O., S. 156, 158

305) Auch Ehmann ZfA 1986, 385 rügt diese Unterlassung als »seltsam«. Kritisch dazu weiter Hinrichs AuR 1986, 288

306) Dazu oben 4.1.2.

Zunächst besteht insoweit Übereinstimmung, als das informationelle Selbstbestimmungsrecht in gleicher Weise wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der individuellen Entscheidungsfreiheit keinen absoluten Vorrang vor kollidierenden anderen Interessen beimißt. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht erfährt jedoch dadurch ein besonderes Maß an Absicherung, daß im Bürger-Staat-Verhältnis Eingriffe nur im »überwiegenden Allgemeininteresse« möglich sind³⁰⁷⁾. Übertragen auf das Arbeitsverhältnis bedeutet dies, daß nicht jedes, sondern nur ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers Eingriffe in die Persönlichkeitsphäre rechtfertigt. Wie an anderer Stelle dargelegt, ist diese Voraussetzung dann gegeben, wenn ohne die Datenerhebung bzw. Datenverarbeitung der Betrieb funktionsunfähig würde³⁰⁸⁾. Daraus folgt, daß beispielsweise Zeiten unentschuldigter Fernbleibens oder auch die Dauer von Telefongesprächen festgehalten werden dürfen. Auf der anderen Seite fehlt ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse etwa dann, wenn es um das Freizeitverhalten des Arbeitnehmers oder politische und gewerkschaftliche Aktivitäten geht.

Die Anerkennung des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers hat weiter zur Folge, daß der Arbeitgeber Daten nur zu möglichst eng bestimmten Zwecken erheben oder verarbeiten darf. Der Pauschalzweck »Nützlichkeit für das Arbeitsverhältnis« wird als solcher den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht; vielmehr muß sich mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip der Arbeitgeber auf sehr viel engere Zwecksetzungen wie z. B. Abrechnung festlegen³⁰⁹⁾. Eine Verknüpfung der einzelnen »Datenmassen« scheidet am Verbot der Zweckentfremdung. Auf diese Weise soll zugleich sichergestellt werden, daß im Betrieb »informationelle Gewaltenteilung« praktiziert wird, daß nicht durch Zusammenführung einzelner Informationen ein Teilabbild der Persönlichkeit oder gar ein Persönlichkeitsprofil entsteht.

Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten und auf das Arbeitsverhältnis zu übertragenden Begrenzungen zulässiger Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht binden auch die Betriebsparteien (und die Tarifparteien): Die Grenzen, die selbst der staatliche Gesetzgeber beachten muß, sind auch für sie maßgebend. Den Besonderheiten privatrechtlicher Beziehungen ist ausreichend dadurch Rechnung getragen, daß schon ein überwiegendes »Arbeitgeberinteresse« als Legitimation für Eingriffe ausreicht. Im Einzelfall ist daher auch im Rahmen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 immer zu prüfen, ob die hier skizzierten Voraussetzungen vorliegen. Ist dies nicht der Fall, würde eine Betriebsvereinbarung oder ein Einigungsstellenspruch schon aus Rechtsgründen unwirksam sein. In welchen typischen Konstellationen dies

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

308) Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 115

309) Eingehend dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? § 5 IV 1, Rn 121 ff., auch zum Folgenden

der Fall ist, kann hier nicht untersucht werden. Unzulässig wäre sicherlich eine Verknüpfung von Daten über die Arbeitsleistung mit Daten über Einkäufe in der Kantine oder das Tanken an der betrieblichen Tankstelle. Weiter ergibt sich insoweit eine Schranke, als die Arbeit als solche einschließlich des Kommunikationsverhaltens des einzelnen Arbeitnehmers keiner Totalkontrolle unterzogen werden darf. Arbeitsergebnisse dürfen zwar maschinell erhoben werden, doch wäre es als unverhältnismäßiger Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht unzulässig, die Einheiten so klein zu wählen, daß damit jeder Gang zur Toilette und jedes Gespräch mit einem Arbeitskollegen sichtbar gemacht würden.

4.2.3 Insbesondere: Telefondatenerfassung

Den vergleichsweise geringsten Schutz genießt der einzelne Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung dann, wenn es um die automatische Aufzeichnung von Telefondaten wie Beginn und Ende des Gesprächs, Nebenstellenapparat, von dem aus angerufen wurde, Zahl der vertelefontierten Einheiten und Zielnummern geht³¹⁰. Zwar stellt das BAG zunächst richtig fest, daß nicht nur der Inhalt eines Telefongesprächs, sondern auch derartige Daten in den Schutzbereich des Art. 10 GG fallen³¹¹, doch folgt für den Arbeitnehmer daraus wenig Konkretes: Art. 10 GG entfalte gegenüber Betriebsvereinbarungen keine unmittelbare Drittwirkung; weiter scheide ein Verstoß auch deshalb aus, weil der Betreiber einer Telefonanlage sowieso von der Tatsache und den näheren Umständen ihrer Benutzung Kenntnis erhalte³¹². Schließlich mache auch die Aufzeichnung der Nummer des angerufenen Teilnehmers (sog. Zielnummer) die Betriebsvereinbarung nicht rechtswidrig, da das Fernmeldegeheimnis nicht davor schütze, daß man von anderen angerufen werde und diese die Anrufe festhalten würden³¹³.

Dies vermag nicht zu überzeugen³¹⁴. Art. 10 GG enthält keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß er im Verhältnis zu Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen geringere Wirkungen als andere Grundrechte entfalten soll. Das BAG selbst hat dem (nicht einmal grundrechtlich abgesicherten) Berufsgeheimnis eines Diplompsychologen Schutz auch im Arbeitsverhältnis gewährt; dem Arbeitgeber sei es deshalb untersagt, die bei Patientengesprächen angewählten Zielnum-

310) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16

311) So BAG EzA § 87 BetrVG 1972, Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 151) unter zutreffender Bezugnahme auf BVerfGE 67, 157, 171

312) BAG a. a. O. (S. 152)

313) BAG a. a. O. (S. 153)

314) Dem BAG bei der These von der mittelbaren Drittwirkung des Art. 10 GG zustimmend Matthes CR 1987, 111; Versteyl NZA 1987, 8. Bedenken bezüglich der Zielnummer jedoch bei Matthes CR 1987, 112. Kritisch zur BAG-Position insgesamt Wohlgemuth Anm. zu BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16; ders. PersR 1986, 227 ff.

mern automatisch aufzuzeichnen³¹⁵⁾. Was für das »spezielle Geheimnis« einer bestimmten Berufsgruppe gilt, kann im Rahmen des Art. 10 GG nicht völlig irrelevant sein. Dem verbreiteten Argument, extensivem Telefonverhalten aus Kostengründen entgegenzutreten zu müssen³¹⁶⁾, läßt sich damit Rechnung tragen, daß jedem Apparat ein einfacher Gebührenzähler zugeordnet wird, der lediglich die vertelefonierten Einheiten ausweist. Da die Deutsche Bundespost – wenngleich schon haushaltsrechtlich an das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden – mit den einzelnen Anschlußinhabern bislang in dieser Weise verfahren ist, ohne dadurch relevante Ausfälle zu erleiden, wird man ein entsprechendes Verhalten auch dem Arbeitgeber zumuten können. Wollte man anders entscheiden, würde das überkommene Freiheitsrecht des Art. 10 GG, das gegen besonders weitreichende und schon in der Vergangenheit erkannte Gefahren schützen soll, eine weniger intensive Absicherung vermitteln als das Aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies kann schwerlich rechters sein.

Was die Zielnummer betrifft, so hat das BAG verkannt, daß es einen Unterschied ausmacht, ob der einzelne Anrufer ein gelegentliches Gespräch im Notizbuch festhält oder ob mit Hilfe von Informationstechnologien jeder Anruf automatisch festgehalten wird: Persönlichkeitsgefährdungen, denen auch bei der Auslegung des Art. 10 GG Rechnung zu tragen ist, sind im zweiten, nicht aber im ersten Fall zu besorgen³¹⁷⁾.

4.3 Billige Abwägung der beiderseitigen Interessen

Betriebsvereinbarungen bzw. Einigungsstellensprüche sind nur dann wirksam, wenn sie einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle standhalten. Je weiter der Spielraum der Betriebspartner bemessen wird, je geringer etwa die Schutzwirkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts angesetzt wird, um so wichtiger wird die Frage, welche Interessen im Rahmen der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zu berücksichtigen sind und wann von einem »billigen« Ausgleich die Rede sein kann.

4.3.1 Versuche zur Beschränkung des Regelungsspielraums

Allgemein abgelehnt wird zunächst die These, eine freiwillige Zusage des Arbeitgebers, keine Überwachung zu praktizieren, schließe das Mitbestimmungsrecht aus: Wollte man dies annehmen, so wäre die objektiv-finale Theorie stillschweigend über Bord geworfen, nach der es ja nicht auf die guten oder

315) BAG DB 1987, 339

316) Versteyl NZA 1987, 7 (mit Zahlenangaben)

317) Für Unzulässigkeit der Speicherung der Zielnummer LAG Hamburg CR 1986, 736; wohl auch Matthes CR 1987, 112

weniger guten Absichten des Arbeitgebers, sondern allein auf die objektive Überwachungseignung der technischen Einrichtung ankommt³¹⁸⁾.

Vergleichbar erfolglos ist der Versuch, das erzwingbare Mitbestimmungsrecht auf die Modalitäten der Kontrolle zu beschränken, die Entscheidung über das »Ob« aber dem Arbeitgeber zu überlassen³¹⁹⁾. Wollte man dies ernsthaft annehmen, würde man den Tatbestand des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 im Ergebnis auf die »Anwendung« der technischen Einrichtung reduzieren, die »Einführung« jedoch entgegen Sinn und Wortlaut aus der Mitbestimmung ausklammern³²⁰⁾. Schließlich wäre in keiner Weise einzusehen, weshalb dem Betriebsrat von vornherein die Möglichkeit genommen werden soll, die Installierung und Inbetriebnahme einer Kontrolleinrichtung zu verhindern, deren betrieblicher Nutzen gering, deren Auswirkungen auf die Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer jedoch beträchtlich ist³²¹⁾.

Ein weiterer Versuch, den Regelungsspielraum der Betriebsparteien möglichst zu beschränken, besteht darin, nur solche Vereinbarungen zuzulassen, die unmittelbar durch den von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 verfolgten Zweck geboten seien. Danach soll der Betriebsrat einer Überwachungsmaßnahme nicht widersprechen können, die sich im Rahmen des BDSG hält³²²⁾. Auch hier hat sich mit Recht Widerspruch erhoben. Wollte man dies These wirklich zugrunde legen, wäre der Betriebsrat von vornherein darauf beschränkt, durch Schaffung von »Erlaubnisnormen«³²³⁾ an der Unterschreitung des vom BDSG geschaffenen Schutzniveaus mitzuwirken; geht man davon aus, daß das BDSG einen zwingenden Mindeststandard darstellt, wäre jeder Regelungsspielraum verschwunden³²⁴⁾. Mit Recht hat Zöllner darauf hingewiesen, der eigentliche Zweck der Einschaltung des Betriebsrats liege darin, »Macht und Kompetenz (des Arbeitgebers) gerade innerhalb dessen, was gesetzlich zulässig ist, zu beschneiden«³²⁵⁾. Auch das BAG ist als selbstverständlich davon ausgegangen, daß dann, wenn Normen des Datenschutzrechts nicht verletzt sind, ein billiger Interessenausgleich erfolgen muß; von einer »Zustimmungspflicht« des Betriebsrats ist nirgends die Rede³²⁶⁾. Auch in anderen vergleichbaren Fällen wird niemals behauptet, der Betriebsrat könne keine Verbesserung mehr verlangen, wenn dem Gesetz Genüge getan sei; als Beispiel sei auf die Aus-

318) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 45) = AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 257

319) In diese Richtung argumentieren Färber-Theilenberg S. 25 und Heinze SAE 1985, 249

320) Zum Inhalt der Begriffe »Einführung« und »Anwendung« s. oben 3. 5

321) Für eine Mitbestimmung über das »Ob« ausdrücklich auch Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 29; ders. RDV 1987, 4

322) So ausdrücklich Ehmann, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 10; ders. SAE 1985, 190; ders. ZfA 1986, 388

323) Dazu oben 4. 2. 1

324) So Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 167

325) Zöllner, Daten- und Informationsschutz, S. 77

326) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 134: Datenschutzrecht nicht verletzt; S. 137 ff.: Billigkeitskontrolle; S. 142: weitergehende Absicherung der Arbeitnehmer wäre möglich)

gestaltung der Bedingungen für Werkswohnungen nach § 87 Abs. 1 Ziffer 9 BetrVG verwiesen, die nicht deshalb hinfällig wird, weil die §§ 535 ff. BGB beachtet wurden³²⁷⁾.

4.3.2 Die abzuwägenden Interessen

Eine ganz andere Frage ist, inwieweit der Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 dafür maßgebend ist, welche Interessen im Rahmen des »billigen Ausgleichs« zu berücksichtigen sind. Streitig ist dies insbes. in bezug auf die Arbeitnehmerseite. So wird etwa betont, die Erhaltung von Arbeitsplätzen sei im vorliegenden Zusammenhang kein legitimer Gesichtspunkt, da es nur um Maßnahmen zur Abwehr oder Milderung von Überwachung gehe³²⁸⁾. Die Gegenmeinung verweist auf § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG, der ganz allgemein von den »Belangen der betroffenen Arbeitnehmer« spricht und insoweit in deutlichem Gegensatz etwa zu § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG steht, wonach der Sozialplan (nur) den Ausgleich oder die Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen zum Gegenstand hat³²⁹⁾. Das BAG hat sich bislang mit der wenig angreifbaren Formulierung begnügt, die Betriebspartner könnten solche Maßnahmen vorsehen, die den Gefahren der technischen Überwachung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer begegnen³³⁰⁾.

Im Regelfall werden bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen zu Überwachungszwecken Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer betroffen sein. Häufig wird es dabei nicht nur um die Überwachung schlechthin, also etwa um das Festhalten bestimmter Daten³³¹⁾ gehen; vielmehr wird häufig eine Verdichtung der Arbeit zur Diskussion stehen, die zumindest nach einiger Zeit auch Auswirkungen auf die Gesamtzahl der Arbeitsplätze hat. Eine solche Konsequenz mit einzubeziehen, ist dem Betriebsrat nicht nur erlaubt, sondern von seinem allgemeinen Auftrag her geboten. Mit Rücksicht auf die Bindung an die Interessen der Arbeitnehmer wie des Betriebs nach § 2 Abs. 1 BetrVG wäre sogar der Gesichtspunkt legitim, das Informationssystem sei überdimensioniert oder seine Anschaffung übersteige die Wirtschaftskraft des Unternehmens. Erwägungen dieser Art werden allerdings die Ausnahme sein.

Die »Belange« des Arbeitgebers können in einer rationelleren Gestaltung des Arbeitsablaufs, in Kostengründen, aber auch in einer Verhinderung von Stillstandszeiten und ähnlichen Arbeitsunterbrechungen liegen. Weiter kommt etwa bei Unternehmen mit gefährlichen Technologien der Gedanke der Gefahrenabwehr ins Spiel³³²⁾.

327) Vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 113 ff.

328) So zuletzt Löwisch AuR 1987, 100

329) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 168

330) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 90) und Nr. 15 (S. 139)

331) Zum Überwachungsbegriff s. oben 3.2.

332) S. den Katalog der Arbeitgeberbelange bei Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 78

4.3.3 Was ist »billiger« Ausgleich?

Wann die Abwägung der beiderseitigen Belange als »billig« zu qualifizieren ist, läßt sich nicht abschließend bestimmen. Die Rechtsprechung hat in diesem Rahmen zwei wichtige Leitlinien entwickelt.

Zum einen darf bei der Ausgestaltung der mitbestimmten Regelung der tatsächlichen Gefährdung von Arbeitnehmerinteressen Rechnung getragen werden³³³). Nach Auffassung des BAG kann dies dazu führen, daß eine Datenerhebung (z. B. über die Zahl der gefertigten Stücke) ohne Einschränkung und ohne zusätzliche Sicherung gegen »zweckentfremdeten« Gebrauch zugelassen wird³³⁴). Ein solches »Vertrauensprinzip« weckt Bedenken. Es verkennt die Natur elektronisch gespeicherter Daten, die durch Verknüpfung mit anderen im Rechner befindlichen Informationen, aber auch mit Hilfe von Zusatzwissen des Benutzers zu neuartigen Aussagen über den Arbeitnehmer benutzt werden können^{334a}). Dabei ist zu bedenken, daß anders als etwa im Grundstücksrecht, wo die Überschreitung einer »Widmung« deutlich erkennbar ist, ein Mißbrauch normalerweise nicht sichtbar wird. Dem BAG ließe sich im Ergebnis nur dann beipflichten, wenn unter den jeweils gegebenen Umständen auch im Wege der Verknüpfung mit anderen Daten keine »gefährlicheren« Aussagen möglich wären – eine selten gegebene Voraussetzung. Denselben Bedenken begegnet auch die in der Opel-PAISY-Entscheidung enthaltene Passage, wonach es nicht zu beanstanden sei, daß Datenläufe zu möglichen anderen Zwecken nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden waren³³⁵): Auch wenn die im Streit befindlichen »Krankensläufe« für weitere Zwecke »weitgehend ungeeignet« sein sollten, weil etwa anonyme Statistiken und Auswertungen genügen, bleibt doch ein beträchtliches Gefährdungspotential bestehen. Die These des Bundesverfassungsgerichts, daß es unter den Bedingungen beliebiger Verknüpfbarkeit kein »harmloses« Datum gibt³³⁶), sollte auch bei der Ausgestaltung von Betriebsvereinbarungen bzw. Einigungsstellensprüchen Beachtung finden.

Die zweite Leitlinie der Rechtsprechung verdient eher Zustimmung. So ist es den Betriebspartnern 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. Im Zusammenhang mit der

333) 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)

334) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 14 (S. 120)

334a) Näher dazu im Beitrag Steinmüller unter 1. 1. 1 a

335) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 142)

336) BVerfGE 65, 1 ff.

Speicherung und Auswertung von Fehlzeiten hat dies das BAG wie folgt konkretisiert:³³⁷⁾

»Diesem Überwachungsdruck kann in unterschiedlicher Weise und mit unterschiedlicher Wirkung begegnet werden. Solche Krankenläufe können überhaupt ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt werden, die so gestaltet sein können, daß sie nur in Ausnahmefällen möglich sind und daher eine generelle Furcht vor einer lückenlosen Überwachung des 'Krankheitsverhaltens' nicht aufkommen lassen. Möglich ist es auf der anderen Seite auch, das aus den Erkenntnissen der Krankenläufe folgende Reagieren des Arbeitgebers zu regeln, und so dem Arbeitnehmer die Sicherheit zu geben, daß aus seinem Krankheitsverhalten keine unzutreffenden Schlüsse gezogen und keine nicht berechtigten und nicht einsichtigen Reaktionen hergeleitet werden. Welche dieser möglichen Maßnahmen allein oder in Verbindung zueinander die Einigungsstelle wählt, liegt in ihrem Ermessen, ebenso wie die Betriebspartner vereinbaren können, mit welchen Maßnahmen sie den aufgezeigten Gefahren begegnen wollen.«

Besonderes Interesse verdient dabei weniger die im Grunde naheliegende erste als die zweite Möglichkeit: Die Regelung der Reaktion des Arbeitgebers greift über den Mitbestimmungstatbestand als solchen hinaus. Das BAG erweitert hier mit Recht den Regelungsspielraum: Der Betriebsrat kann so seine Einschaltung, ja evtl. 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 immer beachten müßte. Vielmehr geht es allein darum, »Konzessionen« des Betriebsrats im Bereich der Überwachung auszugleichen, um so die Belange beider Seiten ausreichend zur Geltung zu bringen. Eine nach Einschätzung des Verfassers schon bisher verbreitete Praxis wurde so auch rechtlich festgeschrieben³³⁸⁾.

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 der vereinbarten Regelung jederzeit zu überprüfen³³⁹⁾. Mit Rücksicht darauf hat das Arbeitsge-

337) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 139)

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

339) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 141). Ebenso Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 284; Löwisch AuR 1987, 99; lediglich für freiwillige Abmachungen Färber-Theilenberg S. 31. Die Problematik ist nicht behandelt im BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Bildschirmarbeitsplatz Nr. 1 (S. 51) = AP Nr. 7 § 87 BetrVG 1972 Überwachung, wonach kein Mitbestimmungsrecht in bezug auf die Ausführung und Überwachung einer Betriebsvereinbarung bestehe - darum geht es nach der neueren Rechtsprechung nicht mehr.

richt 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 überprüfen³⁴⁰⁾.

Schließlich ist bei der Frage, ob eine vereinbarte oder durch Spruch zustande gekommene Regelung einen billigen Interessenausgleich darstellt, zu berücksichtigen, ob das jeweils legalisierte Maß an Erhebung und Verwendung rechtlichen Einwänden begegnen könnte. So wird man etwa zweifeln können, ob bestimmte Formen von Betriebsdatenerfassung nicht zu einem Persönlichkeitsprofil in bezug auf das Arbeitsverhalten führen (können), und ebenso unsicher ist, in welchem Umfang Daten an einen neuen Arbeitgeber weitergegeben werden dürfen^{340a)}.

Hier entspricht es einem »billigen« Interessenausgleich, keine Seite bis an den Rand des rechtlich gerade noch Zulässigen zu belasten. Vielmehr muß ein »Sicherheitsabstand« eingehalten werden, der jedes »Illegalitätsrisiko« ausschließt. Die spezifischen Schutzmechanismen, die aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch im Arbeitsverhältnis gelten müssen, sind daher nicht nur als solche zu beachten, sondern eine weitergehende Richtschnur. Dies gilt im übrigen nicht nur für den Schutz der Persönlichkeitsphäre des Arbeitnehmers, sondern auch für das Arbeitgeberinteresse an der Funktionsfähigkeit des Unternehmens: Eine Restriktion der Datenverarbeitung, die die Funktionsfähigkeit »gerade noch« sichern würde, wäre kein billiger Interessenausgleich.

4.4 Überwachung des Betriebsrats

Im Zusammenhang mit der Telefondatenerfassung ist das Problem aufgetaucht, inwieweit auch das Telefonverhalten der Betriebsratsmitglieder aufgezeichnet werden darf³⁴¹⁾. Dasselbe Problem ergibt sich bei der EDV-mäßigen Erfassung des Materialverbrauchs, bei der Benutzung von Textautomaten oder bei einem Anschluß an ein betriebliches Informationssystem.

Bestritten ist, ob in diesem Fall § 87 Abs. 1 Ziffer 6 überhaupt eingreift, da es nicht um das Verhalten »der Arbeitnehmer«, sondern des Amtsträgers »Betriebsratsmitglied« gehe³⁴²⁾. Das BAG hat zu dieser Frage nicht ausdrücklich, wohl aber mittelbar dadurch Stellung genommen, daß es einen Einigungsstellenspruch unbeanstandet ließ, der in gewissem Umfang auch Telefondaten des Betriebsrats geregelt hatte³⁴³⁾. Bedenkt man, daß in anderen Fällen das

340) ArbG Berlin DB 1984, 410

340a) Dazu im einzelnen Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 116 ff. bzw. Rn 241 ff.

341) Dazu insbes. Matthes CR 1987, 113; Wohlgemuth-Mostert AuR 1986, 146

342) Gegen Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 LAG Hamburg DB 1986, 1473; Matthes CR 1987, 113

343) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 166 f.)

Vorliegen eines Mitbestimmungsrechts von Amts wegen geprüft wurde³⁴⁴), läßt diese Entscheidung den Schluß zu, daß keine Bedenken gegen ein Mitbestimmungsrecht bestehen. Für dieses Ergebnis spricht auch die einfache Erwägung, daß bei festgestellten Mißbräuchen Sanktionen nicht nur auf der Amtsträgerebene (etwa Antrag nach § 23 Abs. 1 BetrVG), sondern auch auf der arbeitsvertraglichen Ebene ergriffen werden³⁴⁵).

Unabhängig von dieser Frage ist weder eine einvernehmliche noch eine vom Arbeitgeber einseitig angeordnete Regelung zulässig, die entgegen § 78 BetrVG die Betriebsratsstätigkeit behindern und seine Unabhängigkeit gefährden würde. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Betriebsratsmitglieder im Betrieb nur in der Weise telefonieren könnten, daß die Zielnummer erfaßt wird³⁴⁶). Bezüglich der weniger weitgehenden Telefondaten besteht Unsicherheit. Die Anbringung eines Gebührenzählers ist nicht zu beanstanden, da der Arbeitgeber dem Betriebsrat auch einen Hauptanschluß einräumen könnte und so monatlich durch die von der Post versandte Rechnung die Zahl der vertelefonierten Einheiten erfahren würde³⁴⁷). Trotz der Kostentragungspflicht nach § 40 BetrVG hat der Arbeitgeber jedoch kein überwiegendes Interesse, auch Zeitpunkt und Dauer der Telefongespräche des Betriebsrats zu erfahren³⁴⁸).

Die Unabhängigkeit des Betriebsrats verdient insoweit nicht weniger Schutz als die Vertraulichkeit der von einem Diplompsychologen geführten Gespräche³⁴⁹).

4. 5 Ausübung und Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts

In der Praxis können sich eine Reihe weiterer Fragen bei der Ausübung und Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ergeben. Sie betreffen einmal die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Betriebsrat und Gesamtbetriebsrat, zum zweiten die Existenz eines Initiativrechts und zum dritten die Durchsetzung der bestehenden Rechte gegen einen widerstrebenden Arbeitgeber im Wege des gerichtlichen Verfahrens, insbesondere der einstweiligen Verfügung sowie des Zurückbehaltungsrechts der betroffenen Arbeitnehmer.

344) BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 128 ff.)

345) Verwandt ist die Frage, ob ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Ziffer 1 über das Verfahren besteht, das ein Betriebsratsmitglied bei der Abmeldung zu beachten hat. Dazu Fitting-Auffarth-Kaiser-Heithier § 37 Rn 32 mwN

346) Ebenso Matthes CR 1987, 113; in die gleiche Richtung neigend, wenn auch letztlich unentschieden BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 167)

347) Weitergehend Wohlgemuth-Mostert AuR 1986, 146, die auch insoweit eine Behinderung der Betriebsratsstätigkeit annehmen. Gegen sie LAG Hamburg DB 1986, 1473

348) Anders insoweit BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 (S. 167); LAG Hamburg DB 1986, 1473

349) Zum letzteren Fall s. BAG DB 1987, 339

4. 5. 1 Einzelbetriebsrat oder Gesamtbetriebsrat?

Noch relativ wenig geklärt ist die Frage, in welchen Fällen allein der Gesamtbetriebsrat zur Mitbestimmung berufen ist. Das BAG hat in der Entscheidung zum Techniker-Berichtssystem eine originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG angenommen³⁵⁰⁾, bei den Fehlzeiteauswertungen im Fall Opel-PAISY die Frage jedoch unentschieden gelassen, da der Gesamtbetriebsrat von den Einzelbetriebsräten ausdrücklich gem. § 50 Abs. 2 BetrVG ermächtigt worden war³⁵¹⁾. Richtschnur dürfte die von der Rechtsprechung praktizierte enge Auslegung des § 50 Abs. 1 BetrVG sein, die ihn nur dann eingreifen läßt, wenn andernfalls eine sinnvolle Regelung nicht möglich wäre³⁵²⁾. Bei allen Formen der Erhebung von Daten, insbes. bei der Betriebsdatenerfassung, sind unterschiedliche betriebliche Regelungen denkbar, so daß insoweit das Mitbestimmungsrecht bei den Einzelbetriebsräten bleibt³⁵³⁾. Auch bei der Auswertung können sich von Betrieb zu Betrieb Unterschiede ergeben³⁵⁴⁾, doch liegt hier eine unternehmenseinheitliche Regelung sehr viel näher.

Konzerneinheitliche Regelungen werfen wegen des Unternehmensbezugs des BDSG besondere Probleme auf, die hier nicht zu vertiefen sind³⁵⁵⁾.

4. 5. 2 Initiativrecht des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, vom Arbeitgeber die Einschränkung oder Abschaffung der technischen Überwachungseinrichtung zu verlangen³⁵⁶⁾. Dies stellt das Gegenstück zu seinem Mitbestimmungsrecht über die Einführung dar: Wird etwa die Einführung für ein Jahr vereinbart, so muß der Betriebsrat das Recht haben, die Abschaffung der technisierten Kontrolle zu verlangen und so einer nachwirkenden Betriebsvereinbarung endgültig die Wirkung zu nehmen. Hat umgekehrt der Arbeitgeber von sich aus die Absicht, die technische Einrichtung nicht mehr einzusetzen, so steht dem Betriebsrat kein Vetorecht zu: Ein solches widerspräche nicht nur dem Wortlaut (»Einführung und Anwendung«), sondern auch dem Zweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6³⁵⁷⁾.

350) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 (S. 79)

351) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (S. 128)

352) Überblick über die Rechtsprechung bei Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 50 Rn 17 ff.; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 507 ff.

353) Ebenso Hexel, S. 150

354) Hexel, S. 162

355) Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 233 ff.

356) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 77; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 124; Wiese, GK-BetrVG, § 87 Rn 209

357) Ebenso im Ergebnis Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 255; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 123

Umstritten ist die Frage, ob der Betriebsrat ein Initiativrecht bezüglich der Einführung besitzt³⁵⁸⁾. Eine entsprechende Möglichkeit abzulehnen, ließe sich nicht mit dem Wortlaut, sondern allenfalls mit dem Zweck der Vorschrift rechtfertigen. Dieser verbietet jedoch keineswegs immer eine entsprechende Initiative des Betriebsrats; so kann es in Ausnahmefällen sinnvoll sein, technische Apparaturen im Interesse eines besseren Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer zu installieren³⁵⁹⁾ oder lästige körperliche Untersuchungen durch stärker technisierte zu ersetzen³⁶⁰⁾. Für einen generellen Ausschluß des Initiativrechts fehlt daher eine ausreichende Grundlage, doch würde eine mißbräuchliche Interessenvertretung durch den Betriebsrat im Einzelfall an der gerichtlichen Billigkeitskontrolle scheitern.

4. 5. 3 Ausübung des Mitbestimmungsrechts durch Regelungsabrede?

In der Literatur wird einhellig die Auffassung vertreten, daß das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auch im Wege einer Regelungsabrede ausgeübt werden kann; der Abschluß einer Betriebsvereinbarung ist nicht zwingend notwendig³⁶¹⁾. In der Tat enthält das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, daß auch in einfachen und nur wenige Arbeitnehmer betreffenden Fällen der Weg einer Betriebsvereinbarung gegangen werden müßte. Allerdings ist zu beachten, daß die Regelungsabrede nur den Betriebsrat und den Arbeitgeber bindet, also nicht als »Erlaubnisvorschrift« im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG angesehen werden kann. Wollte etwa der Arbeitgeber unter Bezugnahmen auf die Rechtsprechung³⁶²⁾ den Schutzstandard des BDSG unterschreiten, müßte er den Betriebsrat zum Abschluß einer Betriebsvereinbarung veranlassen.

4. 5. 4 Durchsetzung des Mitbestimmungsrechts

Führt der Arbeitgeber eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein, ohne die Zustimmung des Betriebsrats erhalten zu haben, so hat er damit dessen Mitbestimmungsrecht verletzt. Die von ihm getroffenen Maßnahmen, z. B. die an einzelne Arbeitnehmer gerichtete Weisung, an dem oder mit dem Kontrollgerät zu arbeiten, sind unwirksam.

358) Ablehnend Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 284; Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung, S. 124; Wiese, GK-BetrVG § 87 Rn 209; bejahend Apitzsch-Schmitz AIB 1985, 167; Hanau RdA 1973, 283; Ossberger S. 143

359) Ossberger S. 143

360) Apitzsch-Schmitz AIB 1985, 167

361) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 80; Galperin-Löwisch § 87 Rn 149; Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 286; Wiese, GK-BetrVG § 87 Rn 210

362) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrollleinrichtung Nr. 16

Im Einzelfall wird häufig die Situation eintreten, daß der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestreitet, etwa den Standpunkt vertritt, es würden keine personenbezogenen Daten verarbeitet oder diese könnten nicht zu Aussagen über Verhalten und Leistung führen. Meinungsverschiedenheiten dieser Art können im Beschlußverfahren geklärt werden; sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat können dieses einleiten. Nach § 83 Abs. 1 Satz 1 ArbGG hat das Gericht den Sachverhalt im Rahmen der gestellten Anträge von Amts wegen zu erforschen. Bleibt dieses Vorhaben ohne eindeutiges Resultat, stellt sich die Frage, wer das Risiko der »Unaufklärbarkeit« zu tragen hat, prozessual gesprochen: wen die materielle Beweislast trifft. Im Beitrag von Wilhelm Steinmüller wurde bereits eingehend begründet, weshalb es Sache der speichernden Stelle, d. h. des Arbeitgebers ist, das Nichtvorliegen einer Überwachungseignung zu belegen^{362a}). Entscheidend ist einmal die Natur gespeicherter Daten, die im Prinzip beliebig verknüpfbar sind. Die Möglichkeit zur Erarbeitung von Aussagen von Verhalten und Leistung ist daher die Regel, das Fehlen eines solchen Verwendungszusammenhangs die im Einzelfall zu beweisende Ausnahme. Zum zweiten ist der Arbeitgeber als »Systemherr« viel eher in der Lage, die in den gespeicherten Daten liegenden Möglichkeiten aufzuklären.

In vielen Fällen wird der Betriebsrat, der für sich ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch nimmt, schon aus Zeitgründen den Weg über ein Beschlußverfahren scheuen. Naheliegender ist es deshalb, von der Vorschrift des § 98 Abs. 1 Satz 2 ArbGG Gebrauch zu machen und die Einsetzung eines Einigungsstellenvorsitzenden und die Bestimmung der Zahl der Beisitzer zu beantragen; in diesem Fall überprüft das Arbeitsgericht lediglich das »offensichtliche« Fehlen eines Mitbestimmungsrechts.

Dem Betriebsrat steht weiter die Möglichkeit zur Verfügung, beim Arbeitsgericht den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu beantragen, durch die dem Arbeitgeber der weitere Betrieb der Einrichtung zunächst untersagt wird. Zu den Einzelheiten der Zulässigkeit und Begründetheit kann hier nicht Stellung genommen werden³⁶³).

Daneben steht den von einer unzulässigen Überwachung betroffenen Arbeitnehmern ein Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung zu, das solange ausgeübt werden kann, bis der Betriebsrat seine Zustimmung erteilt oder der Arbeitgeber die Überwachungsmaßnahme rückgängig gemacht hat³⁶⁴). Während dieser Zeit bleibt der Vergütungsanspruch erhalten³⁶⁵).

362a) Unter 1. 2 (3)

363) Überblick bei Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 23 Rn 80 ff., § 87 Rn 161, 162; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 413 ff. (6. 7. 4. 3)

364) Dietz-Richardi § 87 Rn 340; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 81; Galperin-Löwisch § 87 Rn 150; Jobs DB 1983, 2310; Ossberger S. 175 ff.; Rütters JZ 1970, Schwarz BB 1985, 535; Wiese, GK-BetrVG § 87 Rn 211; anders Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 289 (gegen die eigene Voraufgabe)

365) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 81; allgemeine Meinung

Die Einräumung des Zurückbehaltungsrechts beruht insbes. auf der Erwägung, daß nicht nur die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzt wurden, sondern daß auch ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers vorliegt: Ohne effektive Möglichkeit der Abwehr ließe sie sich in vielen Fällen nachträglich nicht mehr reparieren – insoweit gelten hier dieselben Erwägungen, die das Bundesverfassungsgericht veranlaßt haben, den Vollzug des Gesetzes über die Volkszählung 1983 zunächst auszusetzen³⁶⁶.

366) BVerfGE 64, 67 ff.

5. Anwendung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auf Probleme der gegenwärtigen Entwicklung

Veränderungen, deren technische oder betriebswirtschaftliche Dimension sehr groß sein kann, lösen nicht notwendigerweise auch rechtliche Umwälzungen aus.

Zum einen ist denkbar, daß der technische Wandel im Grunde keine neuen Wertungs- und Gerechtigkeitsprobleme aufwirft, so daß die vorher bestehenden Grundsätze weiterpraktiziert werden können. So wäre es einstens sicherlich möglich gewesen, die elektrische Energie wie eine bewegliche Sache zu behandeln und so dem zivilrechtlichen wie dem strafrechtlichen Eigentumschutz zu unterstellen³⁶⁷⁾.

Zum zweiten kommt in Betracht, daß das geltende Recht seiner bürgerlich-liberalen Tradition entsprechend³⁶⁸⁾ sich bewußt gegen technischen Wandel »immunisiert« und dabei auch »Verwerfungen« und Friktionen in Kauf nimmt. Als Beispiel mag die Behandlung abhängiger Arbeit während der Industrialisierung im 19. Jahrhundert stehen, wo die Normen des Gemeinen Rechts bzw. der Partikularrechte im Prinzip unverändert auf den neuen Tatbestand angewandt wurden³⁶⁹⁾. Eine ähnliche Struktur der »Problemabweisung« findet sich etwa noch heute im Haftungsrecht, wo es keine generelle verschuldensunabhängige Haftung für gefährliche Technologien gibt. Die Folge ist, daß zwar der Betreiber einer kerntechnischen Anlage, nicht aber der Inhaber eines großchemischen Unternehmens einer Gefährdungshaftung ausgesetzt ist.

Zum dritten kann sich das Recht der technischen Entwicklung gegenüber öffnen und eine »responsive«, auf »Herausforderungen« reagierende Struktur entwickeln. Veränderungen in der technischen Realität führen ggf. zu Veränderungen auf normativer Ebene – wobei das Verfahren der parlamentarischen Gesetzgebung häufig zu aufwendig ist und statt dessen eine Regulierung durch die Rechtsprechung oder dezentrale Einheiten (Unfallverhütungsvorschriften durch Sozialversicherungsträger!) erfolgt. Dabei entwickelt das Recht jedoch eine Art selektiven Zugangs zur Realität: deren Komplexität wird in der Weise reduziert, daß nur bestimmte Aspekte als regelungsbedürftig definiert werden.

Das BetrVG ist jedenfalls in den hier interessierenden Teilen den dritten Weg gegangen. Es »öffnet« sich gegenüber technischen Entwicklungen, betrachtet

367) § 248c StGB wurde durch Gesetz vom 9. 4. 1900 ins StGB eingefügt, weil RGSt 29, 111 und 32, 165 die Sacheigenschaft der elektrischen Energie verneint hatten. Von dieser »Randkorrektur« einmal abgesehen, die heute wohl im Wege der Auslegung des Sachbegriffs bewältigt würde, änderte sich zunächst nichts.

368) Dazu im hier interessierenden Zusammenhang Däubler ZRP 1986, 42 ff.

369) Dazu Bernert, Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert, Marburg 1972; Kaiser KJ 1976, 60 ff.

diese freilich primär nur unter zwei Aspekten: Zum einen sieht es in den §§ 111 ff. Reaktionen vor, die sich pauschal mit »Rationalisierungsschutz« umschreiben lassen und die im vorliegenden Zusammenhang nicht näher interessieren. Zum zweiten geht es – und das ist das zentrale Thema dieser Arbeit – um die Überwachung der Arbeitnehmer, die im Interesse des Persönlichkeitschutzes der Betroffenen nur mit Zustimmung des Betriebsrats möglich sein soll. Die Auslegung und Weiterentwicklung des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 durch die Rechtsprechung und die juristische Literatur ist geradezu ein Musterbeispiel für eine solche responsive Dogmatik, die sich – allerdings immer beschränkt auf den Überwachungsaspekt – intensiv auf die veränderte Realität einläßt.

Die im Beitrag von Meyer-Degenhardt³⁷⁰⁾ geschilderten technischen Veränderungen werfen Rechtsfragen auf, die sich mit Rücksicht auf die heutige Struktur des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 zu zwei Problemkomplexen zusammenfassen lassen.

Die geschilderten technischen Entwicklungen – vom Dialogverkehr bis hin zur überbetrieblichen Vernetzung – haben zum einen die gemeinsame Eigenschaft, die Kontrollkapazität des Systems gegenüber den Beschäftigten zu erweitern. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die Existenz und die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Ziffer 6? (unten 5. 1).

Zum zweiten tendieren die beschriebenen technischen Innovationen dazu, die Begrenzung auf den Betrieb zu sprengen. Evident ist dies bei der überbetrieblichen Vernetzung, doch können auch andere Formen der Verarbeitung unternehmens- oder konzernweit organisiert sein. Welche Folgen ergeben sich daraus für die auf der »Grundeinheit« Betrieb aufbauenden Betriebsverfassung? (unten 5. 2)

5. 1 Erweiterung der Kontrollkapazität – ein mitbestimmungspflichtiger Tatbestand?

Die Einführung von Abfragesprachen und vergleichbaren anderen »Software-tools«, der Übergang zum Dialogsystem, der PC-Einsatz und die Vernetzung haben im Hinblick auf die »Überwachung« der Arbeitnehmer zwei Charakteristika gemeinsam:

- Die gespeicherten Daten werden leichter verfügbar; der Benutzer hat geringere (oder keine) Hindernisse mehr zu überwinden, wenn er auf die ihn interessierenden Informationen zugreifen will. Es bedarf besonderer Vorkehrungen, um die von der Technik eröffneten Möglichkeiten einzuschränken oder auszuschließen.
- Gespeicherte Daten können sehr viel leichter miteinander verknüpft werden. Bei der Verwendung von Abfragesprachen ist dies evident, doch gilt es grundsätzlich auch bei der Einführung des Dialogbetriebs als solchen sowie

370) S. schon oben 1.1

bei der Vernetzung³⁷⁶⁾. Werden PCs als stand-alone-Geräte eingesetzt, besteht insoweit eine »offene Flanke«, als die verwendeten Auswertungsprogramme nicht kontrollierbar sind und die Vielzahl der Geräte die Möglichkeiten der »Verdatung« drastisch erhöht³⁷⁷⁾.

5. 1. 1 Der Grundsatz

Auf rechtlicher Ebene fragt sich, ob der Übergang zu diesen Formen von Informationssystemen eine mitbestimmungspflichtige »Einführung« oder »Anwendung« einer technischen Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 darstellt. Von Interesse ist dabei weniger der (unproblematische) Fall, daß in einem neu geschaffenen Betrieb von Anfang an entsprechend fortgeschrittene Systeme eingeführt werden³⁷⁸⁾. Typischerweise wird vielmehr die beschriebene Technik schrittweise eingeführt und sich als Fortsetzung bereits installierter einfacherer Informationssysteme darstellen. Kann auch hier der Betriebsrat gleichberechtigt mitbestimmen?

Wie oben im einzelnen dargelegt³⁷⁹⁾, gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, daß jedenfalls solche Änderungen eines Informationssystems mitbestimmungspflichtig sind, die die Überwachungskapazität gegenüber den Arbeitnehmern erhöhen. Vom Gegenstand her bezogen sich diese Aussagen allerdings nur auf Zeiterfassungssysteme³⁸⁰⁾ bzw. die Ersetzung bestimmter, genau definierter Programme durch andere³⁸¹⁾, doch kann bei vergleichsweise größeren »Sprüngen« in der Entwicklung nichts Abweichendes gelten. Andernfalls wäre es einem »mitbestimmungsunwilligen« Arbeitgeber möglich, sich zunächst über »bescheidene Anfänge« einer Informationstechnik mit dem Betriebsrat zu einigen und dann ohne jede weitere Mitsprache zu einem umfassenden System auf modernster Grundlage überzugehen – ein offensichtlich absurdes Ergebnis. Im Einzelfall kann es auch keine Rolle spielen, daß der Arbeitgeber zusagt, nur im bisherigen Umfang überwachen zu wollen: Genauso wie das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht durch das Versprechen des Arbeitgebers ausgeschlossen wird, keine Überwachung zu betreiben³⁸²⁾, genauso ist auch eine Festlegung auf den überwachungsmaßigigen Status quo irrelevant. Entscheidend kommt es vielmehr auf die im System angelegten

376) Vgl. Franck S. 240: »Datenabgleich« bei Vernetzung jederzeit möglich

377) Vgl. Linnenkohl u. a. RDV 1986, 238, wonach sich PCs »teilweise vollkommen« der Kontrolle des Betriebsrats entziehen

378) Das Eingreifen des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ist in diesen Fällen unproblematisch, soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden. Insoweit gelten die oben unter 3. dargelegten Grundsätze

379) Unter 3. 5. 4 mit Fn 260–265

380) LAG Berlin DB 1984, 2098

381) So der Fall BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 11 = AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Technikerberichtssystem)

382) Dazu oben 4. 3. 1.

Möglichkeiten an; alles andere wäre eine Rückkehr zur (längst überwundenen) subjektiv-finalen Theorie³⁸³). Die Einführung neuer, die Überwachungsmöglichkeiten erweiternder Systeme ist daher mitbestimmungspflichtig. Dies soll im folgenden anhand der praktisch wichtigsten Anwendungsfälle im einzelnen dargelegt werden.

5. 1. 2 Insbes.: Die Verwendung von Abfragesprachen

Die Frage, ob § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auch bei der Verwendung von Abfragesprachen eingreift, scheint zunächst etwas Kopfzerbrechen bereitet zu haben. Das BAG verwendet in diesem Zusammenhang den sonst nicht gebräuchlichen Begriff des »absoluten Systems« und hat in der Entscheidung vom 14. 9. 1984³⁸⁴) die Mitbestimmungspflichtigkeit dahinstehen lassen³⁸⁵). In der Literatur wird dies so ausgelegt, daß das BAG hier bewußt auch keine Vorentcheidung habe treffen wollen³⁸⁶); vereinzelt wird behauptet, Abfragesprachen seien keine »Programme« und unterlägen deshalb nicht der Mitbestimmung³⁸⁷).

Zunächst verwundert die Entgegensetzung von »Abfragesprache« und »Programm«. Dahinter scheint sich ein relativ enges Verständnis von »Programm« zu verbergen, wonach nur starre, auf einen bestimmten Zweck hin ausgerichtete Befehlsfolgen erfaßt sind. Nicht bedacht ist dabei, daß auch einzelne Elemente eines so verstandenen »Programms« im datenverarbeitungstechnischen Sinne ihrerseits Programm darstellen³⁸⁸). Weiter ist – und dies scheint gravierender – nicht beachtet, daß es vom Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 her keinen Unterschied machen kann, ob das Programm bereits in genau identifizierbarer Form eingegeben ist oder ob es von dem jeweiligen Benutzer ad hoc zusammengestellt wird.

Wenn man schon differenzieren will, dann allenfalls in der Richtung, daß die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers angesichts der potenzierten Auswertungsmöglichkeiten sehr viel höher als bei traditionelleren Systemen ist. Mit Recht geht daher die ganz überwiegende Meinung in der juristischen Literatur davon aus, daß auch die Verwendung von Abfragesprachen den Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Ziffer 6 auslöst³⁸⁹).

383) Daß es auf die »Eignung« zur Überwachung und nicht auf die Absichten des Arbeitgebers ankommt, ist in Übereinstimmung mit der BAG-Rechtsprechung oben unter 3. 3 dargelegt worden

384) S. Fn 381

385) A. a. O. S. 88: »Es braucht nicht entschieden zu werden, ob eine technische Einrichtung auch dann zur Überwachung bestimmt ist, wenn sie als sog. absolutes System Verhaltens- und Leistungsdaten nicht aufgrund eines Programms, sondern schon bei Anwendung von Abfragesprachen verarbeitet und auswertet.«

386) Matthes, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 23 (1986), S. 27

387) Hess-Schlochauer-Glaubitz § 87 Rn 281

388) Ähnlich Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 168 f.; Klebe DB 1986, 381

389) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 168 f.; Ehmman Beilage 1/1985 zu NZA, S. 9; ders. SAE 1985, 188; Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 75c; Klebe NZA 1985, 46; ders. DB 1986, 381; Linnenkohl u. a. RDV 1986, 236 mit Fn 28; Schwarz BB 1985, 534; Walz AuR 1985, 234

Das Hauptproblem der Abfragesprachen dürfte unter diesen Umständen nicht auf der Ebene der rechtlichen Existenz eines Mitbestimmungsrechts, sondern auf der Regelungsebene liegen: Ist es überhaupt zulässig, den Arbeitgeber zu ermächtigen, dieses Instrument für die Verarbeitung von Echtdaten einzusetzen? An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, daß die uneingeschränkte Zulassung von Abfragesprachen die Zweckbindung der Arbeitnehmerdaten aufhebt und deshalb mit den vom Bundesverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung entwickelten Grundsätzen unvereinbar ist^{389a)}. Auch wäre die Datentransparenz für den Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet^{389b)}. Beide Grundsätze sind als notwendiger Schutzmechanismus zugunsten des informationellen Selbstbestimmungsrechts auch für die Betriebsparteien verbindlich; da es sich um verfassungsrechtliche Vorgaben handelt, ist es ohne Bedeutung, daß Betriebsvereinbarungen grundsätzlich Erlaubnisnormen im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG sind^{389c)}. Rechtlich unbedenklich ist daher allein eine Abmachung, die den Gebrauch der Abfragesprache zunächst auf Testdaten beschränkt und den Zugriff auf Echtdaten nur für solche Auswertungsprogramme eröffnet, die mit Zustimmung des Betriebsrats in die »Programm-bibliothek« aufgenommen wurden³⁹⁰⁾.

5. 1. 3 Insbes.: Der Einsatz von Arbeitsplatzrechnern (PCs)

Werden in einem Betrieb PCs neu eingeführt und als stand alone-Geräte betrieben, so stellen sie jeweils eine »technische Einrichtung« im Sinne von § 87 Abs. 1 Ziffer 6 dar. Soweit sie personenbezogene Daten verarbeiten, greift unbestrittenermaßen § 87 Abs. 1 Ziffer 6 ein. Dies wird dadurch zusätzlich plausibel, daß ihre Leistung (und damit auch ihre Kontrollkapazität) durchaus der eines Großrechners der 60er Jahre entspricht^{390a)}. Auch Abfragesprachen sind insoweit gebräuchlich, die sogar im Betriebssystem angesiedelt sein können³⁹¹⁾.

Die eigentlichen Probleme liegen allerdings nicht hier, sondern in der Frage, ob PCs überhaupt für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten eingesetzt werden dürfen. Die Diskussion hat sich bislang auf die Schwierigkeiten der Datensicherung nach § 6 BDSG konzentriert: Zugangs- und Abgangskontrolle sind kaum möglich, die Verteilung von Zugriffsberechtigungen oder die Begrenzung auf bestimmte Auswertungsprogramme ist von vornherein illusorisch,

389a) Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 121 ff.

389b) Däubler, a. a. O., Rn 287

389c) Dazu oben 4. 2. 1

390) Näher dazu Karl Schmitz S. 7 ff.

390a) Laicher RDV 1987, 55

391) Kilian BB 1985, 405 Fn 11; zu den Abfragesprachen im Betriebssystem s. Hexel S. 119

wenn von Benutzerseite ein anderes Betriebssystem geladen werden kann³⁹²⁾. Betroffen ist dadurch nicht allein das informationelle Selbstbestimmungsrecht von Arbeitnehmern, sondern beispielsweise auch das vergleichbare Interesse von Lieferanten und Kunden oder von Klienten eines Steuerberatungsbüros. Verschiedene Autoren plädieren im Gegensatz zu einzelnen Datenschutzbeauftragten der Länder für eine »Lockerung« der Datensicherung; Mut zum »Restrisiko« sei das Gebot der Stunde^{392a)}, es würden eben höhere Ansprüche an die Integrität der Mitarbeiter zu stellen sein^{392b)}.

Was die hier allein interessierenden Arbeitnehmerdaten betrifft, so ist daran zu erinnern, daß die Datensicherung eine verfassungsrechtliche Fundierung besitzt, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht verletzt wäre, würde eine Technik eingesetzt, die – verglichen mit dem bisherigen Zustand – Mißbräuche und den Zugriff Unbefugter erleichtert^{392c)}. Das an sich verständliche Argument, die Dezentralisierung der Datenverarbeitung trage zu einer effizienteren Aufgabenerledigung bei, kann keine Reduzierung des Persönlichkeitsschutzes rechtfertigen. Auch der Übergang von der manuellen zur elektronischen Datenverarbeitung ist zwar nicht als solcher rechtlich reglementiert, darf jedoch nur in einer Weise erfolgen, die Rationalisierungsgewinne nicht durch Freiheitsverluste erkaufte^{392d)}. Auf diesem Gedanken beruht zuletzt das BDSG und das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, die den besonderen Gefahren der Informationstechnologien durch besondere Schutzmechanismen begegnen wollen.

Für den Betriebsrat wird sich daher nur die Alternative stellen, die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten auf PCs generell zu verbieten oder aber dasselbe Maß an Datensicherung wie in Rechenzentren zu verwirklichen: Letzteres ist nur mit außergewöhnlichem Aufwand möglich³⁹³⁾. Auch wäre für einen solchen Fall im Rahmen der Billigkeit zu prüfen, ob es eigentlich einen angemessenen Interessenausgleich darstellt, wenn nunmehr eine sehr viel größere Zahl von Personen als bisher den Kontrollmaßnahmen ausgesetzt wird, die die Anlage zu § 6 BDSG vorschreibt³⁹⁴⁾.

392) S. etwa den Bericht von Laicher vom Workshop PC-Sicherheit, 8. DAFTA, DuD 1985, 156 ff.; Albers DuD 1985, 201 ff. sowie zur Datensicherung in Steuerberatungsbüros Hund-Schweinoch DSWR 1985, 192 ff., 213 ff.

392a) Voßbein RDV 1987, 10 ff.

392b) Laicher RDV 1987, 51

392c) Zur verfassungsrechtlichen Seite s. Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 129

392d) Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 186

393) Zu den dabei auftauchenden praktischen Schwierigkeiten s. Voßbein RDV 1987, 10 ff. in kritischer Auseinandersetzung mit vorliegenden Regelungsvorschlägen, insbes. von Landesdatenschutzbeauftragten

394) Zu Lösungsansätzen s. Karl Schmitz S. 73 ff.

5. 1. 4 Insbes.: Innerbetriebliche Vernetzung

Werden PCs nicht als isolierte Geräte benutzt, sondern untereinander oder mit einem zentralen Rechner verbunden, liegt ein Fall von (innerbetrieblicher) Vernetzung vor. Ihr Charakteristikum liegt darin, daß jedes Element des Systems mit jedem anderen verbunden ist, Informationen und Speicherplatz des einen auch für den Benutzer des anderen zur Verfügung stehen³⁹⁵).

Auch hier macht die Begründung eines Mitbestimmungsrechts keine besonderen Schwierigkeiten. Zwar beschränkt sich die juristische Literatur bislang auf vorsichtige Andeutungen³⁹⁶), doch ist das Problem durch die bisherige Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Ziffer 6 eindeutig vorentschieden. Dies gilt nicht nur mit Rücksicht darauf, daß jede überwachungsrelevante Änderung der Mitbestimmung unterliegt³⁹⁷). Vielmehr stellt das Zusammenfügen verschiedener Informationssysteme zu einem »Netz« die »Einführung« einer neuen technischen Einrichtung dar. Weiterhin allein die einzelnen Elemente als »technische Einrichtung« anzusehen, verbietet sich schon deshalb, weil sich bestimmte Daten nicht mehr an einzelnen Orten lokalisieren lassen – es kann von der jeweils verfügbaren Speicherkapazität abhängen, ob bestimmte Informationen im Rechner X oder im Rechner Y gespeichert sind. Auch läßt die beliebig mögliche Verknüpfbarkeit von Daten keine Aufteilung in bestimmte, selbständig regelbare Einheiten zu. Es geht – wenn man so will – um einen besonders qualifizierten Fall der »Änderung«, der erst recht nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats bzw. der Einigungsstelle zulässig ist³⁹⁸).

Für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts gelten die zum PC-Einsatz gemachten Ausführungen entsprechend. Die Gefahr »beliebiger« Datennutzung und völlig fehlender Datentransparenz ist hier noch um einiges größer; da sich schwerlich alle Teile des Netzes in gleicher Weise wie ein Rechenzentrum sichern lassen, ist die Verarbeitung arbeitnehmerbezogener Daten generell rechtswidrig. Auch eine Betriebsvereinbarung kann sie nicht zulässig machen, da sie zwar vom BDSG, nicht aber von den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts abweichen kann.

Zu beachten ist, daß alle Betroffenen ein Zurückbehaltungsrecht besitzen, wenn der Arbeitgeber die Vernetzung ohne Zustimmung des Betriebsrats vornimmt, also aus eigener Machtvollkommenheit eine neue technische Einrichtung installiert^{398a)}.

395) S. dazu im einzelnen Franck S. 4 ff.

396) Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 87 Rn 74a: Information des Betriebsrats über die künftige Nutzung eines vernetzungsfähigen Systems; Müllner BB 1984, 477: Keine unmittelbare Kontrolle durch Vernetzung – ein allerdings überholter Rückgriff auf das Unmittelbarkeitsserfordernis (zu diesem oben 3. 3. 2). Weiterführend allein Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 170: Gesamter Rechnerverbund wird zu einheitlicher technischer Einrichtung

397) Dazu oben 4. 2. 1

398) Eingehender und auch zu den Rechten des Betriebsrats aus §§ 111 ff. BetrVG Däubler, Die Mitbestimmung 1987, 264 ff.

398a) Dazu oben 4. 5. 4

5.1.5 Kein Mitbestimmungsrecht wegen früherer Betriebsvereinbarungen?

Nur selten wird das Problem auftreten, daß eine früher abgeschlossene Betriebsvereinbarung dem Arbeitgeber »freie Hand« für eine so weitgehende Änderung wie z. B. die Vernetzung läßt. Im Regelfall werden die von einer Betriebsvereinbarung bzw. einem Einigungsstellenspruch erfaßten Systeme vielmehr exakt umschrieben; allenfalls einzelne kleine Änderungen werden dem Arbeitgeber überlassen. Sollte dies im Einzelfall einmal anders sein, würde das von der Rechtsprechung in anderen Zusammenhängen entwickelte Verbot eingreifen, auf Mitbestimmungsrechte im voraus zu verzichten. Genauso wenig wie man für künftige Betriebsänderungen einen Interessenausgleich abschließen darf³⁹⁹⁾, genauso wenig darf man dem Arbeitgeber einen Blankoscheck für die Einführung neuer technischer Einrichtungen ausstellen⁴⁰⁰⁾. Auch bei »großzügig« formulierten Betriebsvereinbarungen ist der Arbeitgeber daher auf eine erneute Zustimmung des Betriebsrats angewiesen.

5. 2 Überbetriebliche Vernetzung

Erfolgt die Vernetzung nicht nur innerhalb des Betriebes, sondern wird eine entsprechende Verbindung zu Informationssystemen in anderen Betrieben und Unternehmen hergestellt, so ergeben sich Sonderprobleme auf mitbestimmungsrechtlicher wie auf datenschutzrechtlicher Ebene.

5. 2. 1 Die Grenzen des BetrVG

Soweit sich die Vernetzung innerhalb des (aus mehreren Betrieben bestehenden) Unternehmens oder des Unterordnungskonzerns im Sinne des § 18 Abs. 1 AktG bewegt, ist mitbestimmungsrechtlich keine besondere Schwierigkeit gegeben. An der Mitbestimmungspflichtigkeit des Vorgangs »Vernetzung« ändert sich nach dem oben Gesagten⁴⁰¹⁾ nichts, wenn die Grenzen des einzelnen Betriebs überschritten werden: Das Regelungsbedürfnis ist im Gegenteil sogar größer, wenn das Informationssystem eine umfassendere Reichweite besitzt. Relativ ungeklärt ist lediglich die Frage, wie die Kompetenzen zwischen Einzelbetriebsrat, Gesamtbetriebsrat und Konzernbetriebsrat aufzuteilen sind⁴⁰²⁾. Da das Ausmaß der Integration der einzelnen Betriebe in den überbetrieblichen Informationsverbund variieren kann, bleibt die Zuständigkeit der

399) BAG AP Nr. 10 zu § 113 BetrVG 1972 Bl. 3. Näher zu dieser Problematik Däubler NZA 1985, 546

400) BAG AP Nr. 6 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit läßt eine Ausübung des Mitbestimmungsrechts für künftige Fälle ausnahmsweise dann zu, wenn es sich um eine Vielzahl eilbedürftiger Maßnahmen handelt, bei denen die Einschaltung des Betriebsrats besondere Schwierigkeiten machen würde

401) Oben 5. 1. 4

402) Allgemein dazu oben 4. 5. 1

Einzelbetriebsräte im Grundsatz erhalten. Dabei würde es allerdings naheliegen, die Grundsatzentscheidung, ob überhaupt eine Vernetzung erfolgt, in Verhandlungen mit dem Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat zu treffen, der dazu von den Einzelbetriebsräten ermächtigt werden müßte.

Schwierigkeiten ergeben sich dann, wenn die Vernetzung diese traditionellen betriebsverfassungsrechtlichen Grenzen überschreitet. Denkbar ist etwa ein Informationsverbund innerhalb eines Gleichordnungskonzerns im Sinne des § 18 Abs. 2 AktG, aber auch zwischen kapitalmäßig nicht verflochtenen Unternehmen, die - wie beispielsweise Zulieferer und Automobilwerk - ihre Produktion aufs engste aufeinander abstimmen. In einem solchen Fall sind die Grenzen des BetrVG offenkundig überschritten: Die »technische Einrichtung« als solche, die in dem Rechnerverbund besteht⁴⁰³), kann auch mit Hilfe eines Konzernbetriebsrats nicht mehr mitbestimmt werden. Dies ist als notwendiges Defizit der bestehenden Vertretungsstruktur in Kauf zu nehmen; die Mitbestimmung kann sich in diesem Fall eben nur auf den innerhalb des Konzerns angesiedelten Teil der »technischen Einrichtung« erstrecken. Insoweit gilt nichts anderes als wenn beispielsweise die Konzernspitze im Ausland liegt und so die Betriebsverfassung ebenso wie die Unternehmensmitbestimmung auf die inländischen Konzernteile beschränkt wird⁴⁰⁴).

Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts wird allerdings sehr stark ins Gewicht fallen, daß das neue Informationssystem eine große »offene Flanke« besitzt. Legt man die in der Opel-PAISY-Entscheidung entwickelten Prinzipien zugrunde⁴⁰⁵), so sind kaum Fälle denkbar, in denen die Gestattung der Weitergabe personenbezogener Daten als »billiger Ausgleich« zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen qualifiziert werden könnte: Die unkontrollierte Möglichkeit zu beliebigen Verknüpfungen mit anderen Daten und Auswertungen schafft einen so hohen Überwachungsdruck, daß allenfalls eine gleichberechtigte Einschaltung des Betriebsrats bei einer darauf beruhenden Arbeitgeberreaktion eine ausreichende Milderung darstellen würde⁴⁰⁶). Von daher besteht möglicherweise auch ein Arbeitgeberinteresse daran, zu einer überbetrieblichen Regelung der Personaldatenverarbeitung durch Tarifvertrag zu kommen. Diese würde die »institutionellen Grenzen« der Betriebsverfassung überwinden, würde allerdings keine Abhilfe schaffen, wenn es um datenschutzrechtliche Hindernisse geht.

5. 2. 2 Schranken durch das Datenschutzrecht

Bei überbetrieblicher Vernetzung kommt dem BDSG gesteigerte Bedeutung zu, da es auf das einzelne Unternehmen abstellt, also bereits die Weitergabe

403) Apitzsch-Schmitz AiB 1985, 170

404) Dazu etwa Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither § 54 Rn 23 ff. (für Betriebsverfassung) und § 76 BetrVG 1952 Rn 19 ff. (für Unternehmensmitbestimmung), jeweils mwN

405) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15

406) Zur billigen Abwägung s. oben 4.3.3.

innerhalb desselben Konzern als Übermittlung an Dritte im Sinne des § 24 BDSG qualifiziert^{406a)}. Dies hat zur Folge, daß mangels anderer Rechtstitel allenfalls ein »berechtigtes Interesse« des Arbeitgebers einen derartigen Vorgang legitimieren könnte. Die Tatsache eines Konzernverbands reicht hierfür noch nicht aus, da andernfalls die Entscheidung des BDSG für einen unternehmensbezogenen Datenschutz unterlaufen würde⁴⁰⁷⁾. Erst recht fehlt eine ausreichende Ermächtigung für die Weitergabe personenbezogener Daten an nichtkonzernangehörige Unternehmen.

Folgt man der Rechtsprechung des BAG, so kann allerdings eine Betriebsvereinbarung als »Erlaubnisnorm« im Sinne des § 3 Satz 1 Ziffer 1 BDSG zusätzliche Verarbeitungsmöglichkeiten schaffen⁴⁰⁸⁾. Dies hebt jedoch die Bindung der Betriebsparteien an das informationelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Arbeitnehmer nicht auf⁴⁰⁹⁾. Das bedeutet, daß nur solche Datenverarbeitungen gestattet werden dürfen, bei denen das Arbeitgeberinteresse gegenüber dem Schutzbedürfnis des einzelnen Arbeitnehmers eindeutig überwiegt. Dies kann etwa in bezug auf personenbeziehbare Betriebsdaten bei Steuerung der Produktion von einem fremden Unternehmen aus der Fall sein; die Tatsache, daß eine konzern einheitliche Personalführung rationeller als eine solche auf Unternehmensebene ist, reicht jedoch nicht aus.

Eine Ausnahme wird allerdings dann gelten, wenn der Arbeitnehmer »für den Konzern« eingestellt wurde, so daß er von vornherein in verschiedenen Konzernunternehmen eingesetzt werden kann: Da sich seine Arbeitnehmerrechte einschließlich des Kündigungsschutzes insoweit auf den Gesamtkonzern beziehen⁴¹⁰⁾, erscheint es nicht unbillig, der Konzernspitze oder der Personalführungsgesellschaft Datenverarbeitung in dem Umfang zu gestatten, der einem normalen Einzelunternehmen zur Verfügung steht.

406a) Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 233 ff.

407) Ebenso im Ergebnis Freise-Wohlgemuth DVR 1982, 286; Kroll S. 115 ff.; Simittis-Dammann-Mallmann-Reh § 22 Rn 39; Wohlgemuth AuR 1985, 244

408) Dazu oben 4. 2. 1 mit Nachweisen

409) Dazu oben 4. 2. 2 mit Nachweisen

410) Zum konzerndimensionalen Arbeitsverhältnis s. Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 562 ff. (10. 1), 573 ff. (10. 1. 3. 3) mwN