



Auf den Willen des Arbeitgebers kommt es nicht an

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

Wenn der Arbeitgeber zum Beispiel eine biometrische Zugangskontrolle einführen oder seine LKW mit Fleetboard-Analysegeräten ausstatten will, verspricht er seinem Betriebsrat immer wieder, dass eine Leistungs- sowie Verhaltenskontrolle der Mitarbeiter nicht beabsichtigt sei. Welch einen Wert solch eine Aussage für das Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besitzt, darüber informiert Prof. Dr. Hans Hermann Wohlgemuth.

Das dem Betriebsrat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (vgl. Abbildung 1) eingeräumte Mitbestimmungsrecht zeigt, dass eine Kontrolle der Arbeitnehmer nicht nur bezüglich ihrer Arbeitsleistung, sondern auch hinsichtlich des sonstigen betrieblichen

Verhaltens und zum Zwecke der Vermeidung von Vermögensdelikten nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Soweit die Arbeitnehmerkontrolle individual- und kollektivrechtlich zulässig ist, trifft den Arbeitnehmer die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, diese hinzunehmen.

Eine einseitige Einführung von Kontrollmaßnahmen durch den Arbeitgeber scheidet wegen der erheblichen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer regelmäßig aus. Solche Maßnahmen können allerdings nach einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder dem Arbeitsvertrag zulässig sein, soweit diese auch in Ansehung des Bundesdatenschutzgesetz-

Abb. 1: Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

...

6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;

...



Prof. Dr. Hans Hermann Wohlgemuth lehrt an der TFH Georg Agricola in Bochum

zes (BDSG) und des § 75 Abs. 2 BetrVG statthaft sind und andere Rechtsnormen (z.B. §§ 201, 203 StGB [Strafgesetzbuch]) nicht entgegenstehen.

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG stellt dem Betriebsrat das mit Abstand wirksamste Instrument zur Einwirkung auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten dar, die sich auf Arbeitnehmer, ehemalige Arbeitnehmer sowie Stellenbewerber beziehen.

Kontrolleinrichtung

Der Begriff der Kontroll- bzw. Überwachungseinrichtung ist der Dreh- und Angelpunkt des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Anders als nach dem Bundesdatenschutzgesetz, das fast durchgängig auf eine bestimmte Technik bezogene Regelungen nicht enthält und sich primär auf die Reglementierung des so genannten Verarbeitungsrahmens konzentriert, setzt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unmittelbar bei einer bestimmten Technikanwendung an und unterwirft diese der Mitbeurteilung und Mitentscheidung durch den Betriebsrat. Dabei ist allgemein anerkannt, dass sie den Schutz des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer vor Eingriffen durch anonyme technische Kontrolleinrichtungen bezweckt.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezieht sich auf die Einführung und Anwendung von technischen Kontrolleinrichtungen bzw. von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Auf dieser Grundlage setzt der Betriebsrat solchen Einrichtungen durch Herbeiführung in der Regel einschränkender Regelungen kollektivrechtlich begründete Schranken.

Vorgang der Kontrolle

Die Vorschrift erfasst technische Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (= kontrollieren). Der Vorgang der Kontrolle vollzieht sich dabei regelmäßig in drei Phasen, nämlich dem Ermitteln (Erheben), Verarbeiten (Auswertung durch Sichten, Ordnen und In-Bezug-Setzen: nicht identisch mit dem Begriff nach § 3 Abs. 4 BDSG) und Beurteilen bzw. Bewerten der Daten durch einen Soll-Ist-Vergleich mit der eigenen Leistung oder dem Verhalten in der Vergangenheit bzw. anderer Arbeitnehmer. Dabei ist

für das Mitbestimmungsrecht nicht Voraussetzung, dass die technische Einrichtung alle Phasen der Überwachung bewerkstelligt. Ausreichend ist vielmehr, dass mit ihrer Hilfe ein Teil des Überwachungsvorgangs durchgeführt wird. Daher handelt es sich auch um eine Kontrolle, wenn nur die Erhebung – wie bei einer Videokamera – oder lediglich die Auswertung manuell erhobener leistungs- bzw. verhaltensrelevanter Daten – wie bei einem Personalinformationssystem – mittels einer technischen Einrichtung erfolgt.

Kontrolle durch Dritte

Bei einer Vergabe der Kontrolltätigkeit an einen Dritten ist diese dem Arbeitgeber zuzurechnen mit der Folge, dass es bei der Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bleibt. Der Arbeitgeber muss für die Beachtung des Mitbestimmungsrechts sorgen. Wird die Kontrolle – wie zum Beispiel bei Außendienstmitarbeitern – außerhalb des eigentlichen Betriebs ausgeübt, ändert auch dies nichts.

Gegenstand der Kontrolle

Gegenstand der Überwachung muss das Verhalten oder die Leistung einzelner Arbeitnehmer sein (vgl. Abbildung 2). Unter den Begriff „Verhalten“ fällt jedes Tun oder Unterlassen im betrieblichen, aber auch außerbetrieblichen Bereich, das für das Arbeitsverhältnis erheblich sein kann.

Die Aussagen über das Verhalten bzw. über die Leistung müssen einzelnen Arbeitnehmern zugeordnet werden können. Sofern Leistungs- und/oder

Verhaltensdaten nur einer Gruppe von Arbeitnehmern zugeordnet werden können, liegt der Mitbestimmungsbestand nur vor, wenn der von der technischen Einrichtung ausgehende Überwachungsdruck auf die Gruppe auch auf den einzelnen Arbeitnehmer durchschlägt, wie es etwa beim Gruppenakkord der Fall ist.

Bei den heute im Vordergrund stehenden EDV-Anlagen ist immer dann von verhaltens- bzw. leistungsrelevanten Daten auszugehen, wenn diese durch eine Verknüpfung mit anderen Daten gewonnen werden können. Selbst für sich allein genommen neutrale Daten wie Geschlecht, Geburtstag, Schul- und Ausbildung und Kinderzahl können durch Verknüpfung mit anderen Daten Grundlage für leistungs- bzw. verhaltensrelevante Aussagen werden, weshalb auch „Statusdaten“ (z.B. Anschrift, Familienstand, Steuerklasse, Kinderzahl, Tarifgruppe, Vorbildung, Vorbeschäftigung, allgemeine Gesundheitsdaten) hier einzubeziehen sind.

Zu Recht wird daher die Auffassung vertreten, es handele sich bereits dann um eine Arbeitnehmerkontrolle, wenn überhaupt personenbezogene oder (mittels Zusatzwissen im Betrieb) personenbeziehbare Daten über einzelne Arbeitnehmer verarbeitet werden, zumal es im Zeichen der modernen Datenverarbeitung ohnehin keine harmlosen Daten mehr gibt.

Begriff der technischen Einrichtung

Soll die Mitbestimmung eingreifen, muss eine technische Einrichtung mit

Abb. 2: Beispielhafte Verhaltens- und Leistungsdaten über einen Arbeitnehmer

- > Beginn und Ende seiner täglichen Arbeitszeit
- > Seine Gleitzeitdaten
- > Einzelheiten seiner Vertragserfüllung
- > Erreichte Arbeitsergebnisse im Rahmen von Zielvereinbarungen
- > Überstunden
- > Streikbeteiligung
- > Fehlzeiten unabhängig von ihrem Anlass
- > Bargeldlose Abrechnung des Kantinen- und Automatenverzehrs
- > Benutzung des Werksbusses
- > Einkäufe von Betriebserzeugnissen
- > Betriebliche Darlehen und Pfändungen



der Bestimmung zur Kontrolle/Überwachung vorliegen. An den Begriff der technischen Einrichtung sind dabei keine besonderen Anforderungen zu stellen; dieser soll vielmehr lediglich den Mitbestimmungstatbestand auf technische Überwachung beschränken und damit eine Überwachung durch Personen (z.B. Vorgesetzte, Revisoren, Werkschutz) sowie organisatorische Vorkehrungen (z.B. Tätigkeitsberichte, Zeitkarten, Arbeitsbücher) von der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ausschließen. Dabei reicht es aus, dass das Verhalten oder die Leistung zumindest teilweise durch eine technische Einrichtung menschlicher Wahrnehmung zugänglich gemacht wird, wobei dies optisch (z.B. Kameras), akustisch (z.B. Tonaufzeichnungsgeräte) sowie unter Einsatz der EDV geschehen kann. Unerheblich sind dabei auch die zeitliche Dauer der Überwachung und der Standort der Einrichtung.

Bestimmung zur Überwachung

Nach dem insoweit missglückten Wortlaut der Bestimmung muss die technische Einrichtung „dazu bestimmt“ sein, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Arbeitgeber diesen Zweck subjektiv verfolgen muss. Vielmehr reicht es aus, dass die Einrichtung zur Überwachung (technisch) geeignet ist (vgl. Abbildung 3).

Andererseits setzt der Mitbestimmungstatbestand voraus, dass die technische Einrichtung eine eigenständige Kontrollwirkung entfalten kann, weshalb beispielsweise eine Stoppuhr sowie eine Lupe insoweit ausscheiden. Im Übrigen weisen technische Einrichtungen, welche lediglich den Lauf oder

die Ausnutzung einer Maschine kontrollieren (z.B. Warnlampen, Druckzähler), keine Bestimmung zur Überwachung auf. Das Gegenteil ist aber dann der Fall, wenn hierdurch auch eine Bediener- bzw. Benutzerkontrolle bewerkstelligt wird, indem auf diesem Weg Rückschlüsse auf die Leistung bzw. das Verhalten von Arbeitnehmern gezogen werden können.

Bei EDV-Anlagen, welche regelmäßig multifunktional einsetzbar sind, ist jedenfalls immer dann eine Bestimmung zur Überwachung anzunehmen, wenn

nach ihrer Verwendung im konkreten Fall leistungs- oder verhaltensrelevante Arbeitnehmerdaten erfasst werden können. Maßgeblich ist insoweit die jeweilige Programmierung. Die Mitbestimmungspflicht entsteht, wenn eine bislang mitbestimmungsfreie EDV-Anlage durch Programmänderung oder neue Programme Benutzerdaten speichern kann.

Einführung und Anwendung der Kontrolleinrichtung

Das Mitbestimmungsrecht besteht bei der Einführung und Anwendung der technischen Kontrolleinrichtung.

Unter der Einführung sind dabei das „Ob“ der Anschaffung sowie die hierzu erforderlichen Modalitäten (z.B. Durchführung von Probeläufen) zu verstehen. Weiter gehört hierzu die Auswahl des Anbieters und des Modells.

„Anwendung“ meint zunächst die allgemeine Handhabung der eingeführten technischen Überwachungseinrichtung, das heißt die Art und Weise, in der die Einrichtung tatsächlich zur Kontrolle verwendet wird, etwa in Bezug auf die Einschaltzeiten, die zu überwachenden Arbeitnehmer und den Installationsort. Die Veränderung der Ein-

Abb. 3: Zur Überwachung bestimmte technische Einrichtungen

- > Stechuhren und Zeitstempler
- > Zugangskontrollsysteme bzw. Sicherungssysteme, die den Zu- und Abgang am Arbeitsplatz oder in bestimmten Arbeitsbereichen aufzeichnen
- > Video- und Multimomentkameras
- > Fernsehmonitore
- > Spiegel und Einwegscheiben
- > Mikrofone und Geräte zum Mithören
- > Produktografen mit Überwachungsmöglichkeit
- > Fahrtenschreiber, soweit gesetzlich nicht vorgeschrieben
- > Zeitmessgeräte und automatische Zeiterfassungsgeräte
- > Fotokopiergeräte mit persönlichem Zugangscode
- > Automatische Telefondaten- bzw. Telefongebührenerfassung
- > Telefonanlagen mit Kontrollmöglichkeit
- > Mobiltelefone mit Ortungsmöglichkeit
- > Computerinformationssysteme
- > Bildschirmarbeitsplätze mit Benutzerkontrolle
- > Personalabrechnungs- und Personalinformationssysteme
- > ISDN-Nebenstellenanlagen
- > Internet und Intranet, sofern die Online-Inhalte protokolliert bzw. der E-Mail-Verkehr aufgezeichnet wird
- > RFID-Anwendungen
- > Desk-Sharing-Arbeitsplätze

richtung gehört ebenfalls zur Anwendung. Eine solche liegt beispielsweise bei einer Vergrößerung der Zahl der erfassten Arbeitnehmer vor. Ebenso gehört die Festlegung des Verwendungszwecks hierher.

Abschaffung der Kontrollleinrichtung

Ob auch die Abschaffung der Kontrollleinrichtungen – zumindest, wenn sie zur Vermeidung der „Selbstaussbeutung“ im Rahmen der Vertrauensarbeitszeit eingeführt wurden – hierher gehört, ist umstritten. Unzweifelhaft ist dies zumindest dann der Fall, wenn der Betriebsrat auch ein Initiativrecht zur Einführung entsprechender Kontrollleinrichtungen besitzt, was aber vom Bundesarbeitsgericht zu Unrecht abgelehnt wurde.

Bestehende gesetzliche oder tarifliche Regelung

Der Eingangshalbsatz des 87 Abs. 1 BetrVG verdeutlicht, dass kein Mitbestimmungsrecht besteht, soweit bestimmte Kontrollleinrichtungen gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschrieben sind – was etwa dann der Fall sein kann, wenn ein Tarifvertrag bei leistungsbezogenen Entgelten zur Ermittlung von Vorgabezeiten eine bestimmte Technik vorschreibt: Weiter ist § 57a StVZO (Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung) zu nennen, der in bestimmten Fällen Fahrtschreiber vorschreibt. Allerdings besteht ein Mitbestimmungsrecht wiederum dann, wenn der Arbeitgeber darüber hinausgehende Kontrollen durchführen will.

Betriebsvereinbarung

Das Mitbestimmungsrecht wird schon aus Gründen der Rechtssicherheit am zweckmäßigsten durch eine Betriebsvereinbarung ausgeübt. Eine solche empfiehlt sich in der Regel auch deshalb, weil sie gemäß § 77 Abs. 4 BetrVG normative Wirkung zugunsten der Arbeitnehmer entfaltet, was vor allem dann bedeutsam ist, wenn in Bezug auf die Kontrollleinrichtung einschränkende Regelungen vorgenommen oder Rechte der Arbeitnehmer begründet werden.

Eine am Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer und damit am Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG orientierte Betriebsvereinbarung sollte die in der Abbildung 4 aufgeführten Aspekte

Abb. 4: Wichtige Aspekte einer Betriebsvereinbarung

- > Eingrenzung der bereits vorhandenen und zukünftigen Datenquellen
- > Ausschluss von Speicherungen über den Zweck des Arbeitsverhältnisses hinaus
- > Möglichst abschließende Aufzählung der zulässigen Speicher-, Verarbeitungs- und Verwendungsarten
- > Verbot oder doch zumindest Einschränkung der Verknüpfung mit anderen Systemen
- > Verpflichtung zur Löschung nach Ablauf einer definierten Zeit
- > Verpflichtung zur vollständigen Information der Arbeitnehmervertretung
- > Regelung über die Zugriffsberechtigungen (möglichst nach Funktionen)
- > Anonymisierung nach Ablauf bestimmter Fristen
- > Vorrang des Bundesdatenschutzgesetzes, soweit es für die Arbeitnehmer günstiger ist
- > Präzisierung der Informationsrechte der Arbeitnehmer

berücksichtigen.

Individualrechtliche Zulässigkeit von Kontrollen

Die Beachtung des Kollektivrechts – vor allem des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – ist grundsätzlich Voraussetzung für die individualrechtliche Zulässigkeit der durch eine technische Überwachungseinrichtung bewerkstelligten Kontrolle. Das bedeutet, dass beispielsweise eine durch eine mitbestimmungswidrig eingeführte Kontrollleinrichtung vorgenommene Erhebung oder Auswertung von Arbeitnehmerdaten datenschutzrechtlich unzulässig ist. Darüber hinaus haben Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht, das heißt, sie können die Arbeitsleistung an einer mitbestimmungswidrig eingeführten Kontrollleinrichtung ohne Entgeltverlust verweigern. Ferner kann der Betriebsrat die Beseitigung der Kontrollleinrichtung und die Unterlassung von Kontrollen verlangen und bei Bedarf auch per einstweiliger Verfügung durchsetzen.

Mitbestimmungswidrig gewonnene Beweismittel unterliegen grundsätzlich einem prozessualen Beweisverwertungsverbot und können daher vom Arbeitgeber nicht mit Erfolg in einem Rechtsstreit (z.B. Kündigungsschutzklage) vorgebracht werden. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht (vgl. Urteil vom 13.12.2007, dbr 7/2009, Seite 41) ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot zu Unrecht auf die Fälle beschränkt, in denen über das mitbe-

stimmungswidrige Verhalten des Arbeitgebers hinaus auch eine erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers vorliegt.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine kollektivrechtliche „Heilung“ datenschutzrechtlicher Fehler grundsätzlich nicht möglich ist. Zwar können Betriebsvereinbarungen Erlaubnisvorschriften im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG sein, jedoch besteht insoweit gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG eine Verpflichtung der Betriebsparteien zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer, weshalb die Zustimmung des Betriebsrats datenschutzrechtlich unzulässige Tatbestände nicht legalisieren kann.

Resümee

Die immer wieder festgestellte massive Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer durch rechtswidrige arbeitgeberseitige Überwachung muss dringend durch ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz, das auch empfindliche Sanktionen bei Verstößen festlegt, bekämpft werden (vgl. dbr 7/2009, Seite 9). Die sozusagen in letzter Minute der letzten Legislaturperiode durch den Gesetzgeber zum 01.09.2009 vorgenommene Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes erfüllt diese Anforderungen nicht. Jedoch müssen die Betriebsräte schon jetzt unter Einsatz ihres Instrumentariums diesen Missständen entgegenzutreten. § 87 Abs. Nr. 6 BetrVG bietet hierfür die mit Abstand wichtigste Handlungsgrundlage. ■