



EDEKA Tagung 2015

**Datenschutz:
Grundlagen und Rechte des GBR/ BR**

Marc-Oliver Schulze
Fachanwalt für Arbeitsrecht

I. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

1. Allgemeines
2. Anforderungen an Betriebsratstätigkeit bei neuen Technologien
 - a) Grundlegender Wandel in der Arbeitsorganisation
 - b) Neue Herausforderungen für den Betriebsrat
3. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts
4. Voraussetzungen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG
 - a) Technische Einrichtung
 - b) Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen
 - c) Überwachung
 - d) Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer
 - e) Bestimmung zur Überwachung
5. Umfang der Mitbestimmung
6. Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts
 - a) Möglichkeiten der Mitbestimmung
 - b) Zuständigkeit: BR oder GBR?
 - c) Rechtsfolgen unzureichender Beteiligung des Betriebsrats



II. Mitbestimmung nach § 94 BetrVG

1. Allgemeines
2. Zuständigkeit
3. Personalfragebogen, § 94 Abs. 1 BetrVG
 - a) Begriff
 - b) Umfang und Inhalt des Mitbestimmungsrechts
 - c) Zulässige Fragestellungen
 - d) Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts
4. Persönliche Angaben in AV, § 94 Abs. 2 Var. 1 BetrVG
5. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze, § 94 Abs. 2 Var. 2 BetrVG
 - a) Begriff
 - b) Umfang und Inhalt des Mitbestimmungsrechts
 - c) Beispiele
 - d) Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts

III. Mitbestimmung Betriebsrat bei IT-Sicherheit nach §§ 9, 31 BDSG

1. Begriff der „IT-Sicherheit“
2. Mitbestimmung nach § 9 BDSG
 - a) Regelungsinhalt
 - b) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats
 - c) Überwachungsrecht der Jugend- und Auszubildendenvertretung
 - d) Überwachungsrecht der Schwerbehindertenvertretung

3. Mitbestimmung über „besondere Zweckbindung“ des § 31 BDSG
 - a) Regelungsinhalt
 - b) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

IV. Umfang der datenschutzrechtlichen Bindung des Betriebsrates

1. Weitergabe der Daten durch den Arbeitgeber
2. Nutzung der Daten durch den Betriebsrat
3. Voraussetzungen für eine Datenerhebung durch den Betriebsrat
4. Überwachung der Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes
5. Aufbau eigener Datenbestände durch den Betriebsrat
6. Weitergabe personenbezogener Arbeitnehmerdaten (§ 89 BetrVG)

I. Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

1. Allgemeines

Bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen hat der Betriebsrat mitzubestimmen, wenn und soweit keine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat als Spezialvorschrift gegenüber § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Vorrang, wenn eine Überwachung gerade durch eine technische Einrichtung erfolgen soll (vgl. Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 214; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 483 m.w.Nachw.).

Daneben sind die Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 Nr. 7, 10 und 11 BetrVG zu beachten, sowie die Unterrichts- und Beratungsrechte des Betriebsrats gem. § 90 Abs. 1 Nr. 2 und 3, Abs. 2 BetrVG, § 106 Abs. 3 Nr. 5 i.V.m. Abs. 2 S. 1 BetrVG und § 111 S. 3 Nr. 5 BetrVG, welche im Vorfeld einer Einführung von technischen Kontrolleinrichtungen von Relevanz sein können (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 214).

2. Anforderungen an Betriebsratstätigkeit bei neuen Technologien

a) Grundlegender Wandel in der Arbeitsorganisation

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung und Anwendung von technischen Kontrolleinrichtungen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gewinnt mit dem fortschreitenden Einsatz von Computertechnologie in der Arbeitswelt zunehmend an Bedeutung.

Die Einführung neuer Technologien und die damit einhergehende Digitalisierung der Arbeitsabläufe haben zu einer nachhaltigen Umgestaltung des bisherigen Betriebs- und Unternehmensgefüges geführt. So haben sich neue Formen der Rationalisierung entwickelt, die die Optimierung des betrieblichen Systems bezwecken. Die Auswirkungen dieser Art von Rationalisierung sind sachlich, personell und räumlich übergreifend. Dies zeigt sich vor allem bei der engen datentechnischen Vernetzung von vor- und nachgelagerten Bereichen, von Zulieferfirmen und Händlern mit den Herstellerfirmen etwa in der Automobilindustrie (siehe z.B. Just-in-time-Anlieferung, betriebsübergreifende Logistiksysteme, Datenfernübertragung, Direkt-Eingriffe in die Fertigungsplanung).

Aufgrund der bereits vorhandenen und künftig zu erwartenden Datenverarbeitungsnetzwerke verfügen die Unternehmen über mehr Flexibilität hinsichtlich der Verarbeitung von Informationen, der entsprechenden Steuerung von Betriebsabläufen sowie deren Kontrolle.

Dies erleichtert Standortentscheidungen ebenso wie Entscheidungen über eine kurzfristige oder dauerhafte Verlagerung von Unternehmensfunktionen. Solche Vorgehensweisen stehen im Gegensatz zu der weitgehend stabilen Organisationsgrundlage für die Betriebsrats Tätigkeit, die dem BetrVG zugrunde liegt. Denn dieses geht von einem Unternehmen mit festem Standort, exakt definierten rechtlichen Grenzen, festen Organisationsstrukturen und einer dauerhaften Ressourcenzuordnung aus.

Durch die neuen Möglichkeiten der Datenverarbeitung werden die Unternehmen in die Lage versetzt, größeren Druck auf Arbeitnehmer, Betriebsräte und Gewerkschaften auszuüben. Produktivitäts- und Kostenvergleiche ermöglichen es den Unternehmen, selbst einzelne Standorte eines Unternehmens gegeneinander auszuspielen.

Neben diesen mittelbaren Auswirkungen kann die Digitalisierung der Arbeitswelt konkrete Nachteile für die Beschäftigten mit sich bringen: Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer sind mittlerweile an der Tagesordnung und Gesundheitsgefahren häufen sich bei zunehmender Bildschirmarbeit und einer generellen Arbeitsverdichtung. Hier muss der Betriebsrat durch eine vorausschauende Personal- und Qualifikationsplanung gegensteuern (siehe §§ 92, 92a, 97 BetrVG).

b) Neue Herausforderungen für den Betriebsrat

Die Nachteile der Nutzung technischer Kontrolleinrichtungen lassen sich nur dann effektiv im Interesse der Arbeitnehmer begrenzen, wenn der Betriebsrat bereits in der Planungsphase beteiligt wird und somit frühzeitig die Bedingungen und Details der Einführung erarbeiten und verhandeln kann (weiterführend siehe Strunk CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 8).

Die Folgen des Einsatzes von Computersystemen lassen sich im Nachhinein nur schwer korrigieren, insbesondere wegen ihrer abteilungs- und betriebsübergreifenden Auswirkungen. Es ist dem Betriebsrat daher zu raten, systematisch und koordiniert vorzugehen und sich insbesondere so viele Informationen wie möglich über eine eventuell bevorstehende Einführung technischer Kontrolleinrichtungen zu verschaffen. Hierfür genügt es nicht, allein beim Arbeitgeber nachzufragen. Zusätzlich sollten eigene Möglichkeiten der Informationsgewinnung wie die Befragung sachkundiger Arbeitnehmer etc. intensiv genutzt werden. Denn der Betriebsrat ist nur dann in der Lage, sachdienliche Gegenvorschläge im Interesse der

Belegschaft zu erarbeiten, wenn er hinreichende Kenntnis von den Absichten des Arbeitgebers hat.

Angesichts der Vielzahl regelungsbedürftiger Aspekte infolge der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen ist es erforderlich, dass sich der Betriebsrat auf die gestiegenen qualitativen und quantitativen Anforderungen im Betrieb einstellt. Um seine Schutz- und Gestaltungsfunktion effektiv wahrzunehmen, muss der Betriebsrat in der Lage sein, den unternehmerischen Konzepten, die regelmäßig von einer großen Anzahl an Fachleuten und zunehmend auch externen Beratungsfirmen entwickelt wurden, eigene Vorschläge entgegenzusetzen. Es ist dabei regelmäßig erforderlich gem. § 80 Abs. 3 BetrVG, dass der Betriebsrat auch externen Sachverstand, beispielsweise einen für die abzuhandelnden Themen qualifizierten Rechtsanwalt, hinzuzieht. Auch sollten sich die Betriebsratsmitglieder regelmäßig zu den hier in Frage stehenden Regelungsgegenständen/Mitbestimmungsrechten schulen lassen.

3. Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts

Hintergrund des Mitbestimmungsrechts gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i.V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Arbeitnehmer vor den mit Verhaltens- und Leistungskontrollen durch technische Einrichtungen verbundenen Gefahren. Denn technische Kontrolleinrichtungen greifen massiv in die Persönlichkeitssphäre ein, ohne dass der Betroffene das bemerkt und verhindern kann. Die Vorschrift ergänzt somit das Gebot des § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben. Entscheidender Bezugspunkt ist damit letztlich derselbe, wie im Datenschutz (Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 13, Rn. 666).

Das Mitbestimmungsrecht soll nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) die Beschäftigten aber nicht vor Überwachung an sich und vor der Überwachung mithilfe technischer Einrichtungen generell schützen (BAG v. 30.08.1995 – 1 ABR 4/95; BAG vom 27.05.1986 – 1 ABR 48/84). Dem Arbeitgeber wird als Gläubiger der Arbeitsleistung das Recht zugestanden, sich darüber zu informieren, ob der Arbeitnehmer diese vertragsgemäß erbringt. Auch aus der in § 75 Abs. 1 BetrVG festgelegten Pflicht, darüber zu wachen, dass alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit behandelt werden, folgt nach BAG das Erfordernis, Leistung und Verhalten der Beschäftigten zu überwachen.

Auch in anderen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes selbst ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer überprüft. So räumt § 94 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze ein.

Durch § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG soll deshalb vor den Gefahren geschützt werden, die sich aus der Überwachung mit technischen Mitteln ergeben. Diese resultieren zum einen daraus, dass auf diese Weise erheblich größere Datenmengen erhoben werden können als bei einer händischen Erfassung. Zum anderen sind die Abläufe der technisierten Datenermittlung für den Arbeitnehmer nicht erkennbar. Er kann sich ihr regelmäßig auch nicht entziehen. Der Arbeitnehmer wird zum Objekt einer Überwachungstechnik, die die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit beeinträchtigt, vgl. § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG (BAG v. 08.11.1994 – 1 ABR 20/94; BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82). Daneben entsteht im Rahmen der Datenverarbeitung immer das mit der Aufzeichnung verbundene Problem, dass Informationen stets verfügbar bleiben, also nicht „vergessen“ werden können und zudem jederzeit mit anderen Datensätzen verknüpft werden können. Bezugspunkt für das Mitbestimmungsrecht ist daher auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81).

Das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verfolgt somit drei Zielrichtungen:

- Es soll als präventiver Schutz rechtlich unzulässige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre der Beschäftigten bereits im Voraus abwenden (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 216).
- Es soll dem Betriebsrat ein Mitbeurteilungsrecht bei der oftmals schwierigen Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Eingriffen gewähren (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 216; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 487 f.)
- Es soll eine Mitgestaltung bei rechtlich zulässigen Eingriffen gewähren, um diese auf das durch die betrieblichen Notwendigkeiten erforderliche Maß zu begrenzen. So müssen in einer Betriebsvereinbarung geregelte Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer durch überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein und dürfen nicht

unangemessen sein (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 216; BAG v. 29.06.2004 – 1 ABR 21/03).

4. Voraussetzungen Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, mitzubestimmen.

a) Technische Einrichtung

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bezieht sich allein auf eine technische Überwachung. Rein organisatorische Maßnahmen zur Kontrolle von Verhalten und/oder Leistung der Beschäftigten wie etwa das Abfassen von Arbeitszeit- und Tätigkeitsberichten, die manuelle Betätigung einer Stoppuhr zwecks Arbeitszeitmessung (BAG v. 08.11.1994 – 1 ABR 20/94) oder die schriftliche Aufzeichnung privater Telefonate durch die Arbeitnehmer, werden hiervon nicht erfasst. Gleiches gilt, wenn die Überwachung durch Personen, z.B. durch Vorgesetzte, Mitarbeiter oder Privatdetektive erfolgt (vgl. Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 224). Das Mitbestimmungsrecht greift aber ein, sofern Telefongespräche von einer EDV-Anlage automatisch erfasst werden (BAG v. 27.05.1986 - 1 ABR 48/84).

Ein Computer allein ist dabei noch nicht als technische Einrichtung im Sinne der Vorschrift anzusehen, da er für sich betrachtet noch nicht zur Arbeitnehmerüberwachung geeignet ist. Sobald aber Programme vorhanden sind, die es ermöglichen, die Computernutzung der Beschäftigten zu verfolgen und aufzuzeichnen, greift das Mitbestimmungsrecht ein. Oftmals beinhaltet bereits die Standard-Konfiguration einiger Netzwerk-Betriebssysteme entsprechende Einstellungen (weiterführend hierzu Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 10). Da Computer regelmäßig Teil eines Unternehmensnetzwerks sind und der Verwaltung durch einen Systemadministrator mit entsprechenden Zugriffs- und Steuerungsrechten unterliegen, handelt es sich daher eigentlich immer um eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

b) Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen

Der Betriebsrat hat zum einen bei der **Einführung** einer technischen Einrichtung mitzubestimmen. Dies betrifft zunächst die Frage, ob eine solche überhaupt angeschafft werden soll, darüber hinaus aber auch sämtliche

erforderlichen Vorbereitungsmaßnahmen, also Ort, Zeit, Zweckbestimmung sowie Wirkungsweise der Kontrolleinrichtung (GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 567 f.; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 248 f.; BAG v. 27.01.2004 – 1 ABR 7/03).

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat im Rahmen des § 80 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG, sowie des § 90 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG rechtzeitig und umfassend zu unterrichten, wenn Überwachungsprogramme geplant sind. § 90 Abs. 2 S. 1 BetrVG schreibt dabei ausdrücklich vor, dass der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat die vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, insbesondere auf die Art ihrer Arbeit sowie die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Arbeitnehmer so rechtzeitig zu beraten hat, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats bei der Planung berücksichtigt werden können.

Die **Anwendung** einer technischen Einrichtung umfasst den allgemeinen Umgang mit ihr und die damit einhergehenden Kontrollmaßnahmen. Darunter fällt etwa die Festlegung des zu überwachenden Personenkreises, des Einsatzortes und die Art und Weise der Verwendung, d.h. durchgehend oder anlassbezogen (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 249; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 569; BAG v. 27.01.2004 – 1 ABR 7/03). Das Tatbestandsmerkmal der Anwendung beinhaltet außerdem die **Veränderung** der Einrichtung, beispielsweise durch Erweiterung der Anzahl der betroffenen Beschäftigten oder der erfassten Datenmenge (GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 570; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 249; Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 10). Da eine Erweiterung der Überwachung bei EDV-Anlagen weitgehend unbemerkt erfolgen kann, ist es umso wichtiger, dass der Betriebsrat bereits in der Planungsphase entsprechend unterrichtet wird, sodass er frühzeitig mitgestalten kann.

Hinsichtlich einer EDV-Anlage steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zu, sobald eine solche Anlage aufgrund neuer Programme oder infolge von Programmänderungen in der Lage ist, Benutzerdaten zu speichern. Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob die gesammelten Daten durch den Computer selbst oder manuell ausgewertet werden. Es ist zudem bei jeglicher Weiterentwicklung der Programme, die zu einer Ausweitung der Überwachung führt, erneut gegeben (vgl. Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 233 f.). Der Betriebsrat kann also insbesondere bei der Festlegung des Verwendungszweckes der so erfassten Verhaltens- oder Leistungsdaten mitwirken (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 249).

c) Überwachung

Das Tatbestandsmerkmal der Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bezieht sich auf die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von entsprechenden Informationen unter Zuhilfenahme einer technischen Einrichtung.

Eine Datenerhebung in diesem Sinne liegt vor, wenn die Informationen unter Verwendung von technischen Einrichtungen ermittelt und gespeichert werden (BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81). Hierbei ist nicht erforderlich, dass auch eine sich ggf. anschließende Auswertung der erlangten Daten von derselben oder einer anderen technischen Einrichtung vorgenommen wird. Für eine Überwachung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG reicht vielmehr bereits das bloße Sammeln von Informationen mittels technischer Einrichtungen aus (BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81; BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82).

Eine mitbestimmungspflichtige Verarbeitung und Nutzung ist zunächst zu bejahen, wenn technisch erhobene Daten wiederum mithilfe technischer Einrichtungen ausgewertet werden. Gleiches gilt darüber hinaus auch dann, wenn die Daten rein manuell erlangt wurden und anschließend eine technische Auswertung vorgenommen wird (BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82). Maßgeblich ist allein, dass eine Auswertung auf technischem Wege durchgeführt wird. Denn damit sind vielfältige Gefahren für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten verbunden. Dies zeigt sich etwa daran, dass die ausgewählten Informationen aus dem jeweiligen Zusammenhang genommen werden und sämtliche Daten, die jemals über ihn eingeholt worden sind, auch solche älteren Datums, verwertet werden können. Dadurch kann bei den Beschäftigten ein Anpassungsdruck hervorgerufen werden, der die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit einschränkt (BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82).

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verlangt nicht, dass die Überwachung der Arbeitnehmer ausschließlich durch technische Einrichtungen geschieht. Dem Betriebsrat steht vielmehr auch dann ein Mitbestimmungsrecht zu, wenn dies nur für einen Teil der Überwachungsmaßnahmen zutrifft. Denn der Überwachungsdruck für die Beschäftigten wird schon durch den partiellen Einsatz solcher Einrichtungen gesteigert (weiterführend Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 218).

d) Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer

Konkretes Objekt der technischen Überwachung ist gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer.

Unter **Verhalten** ist jedes Tun oder Unterlassen sowohl im betrieblichen als auch im außerbetrieblichen Bereich zu verstehen, das für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein kann (GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 537; BAG v. 11.03.1986 – 1 ABR 12/84). Darunter fällt z.B. die Erhebung von Daten zu Streikbeteiligung, Einkäufen von Betriebserzeugnissen, betrieblichen Darlehen oder Pfändungen (weiterführend Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 11).

Leistung meint hier die gesamte vom Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten entfaltete Tätigkeit (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 221; BAG v. 23.04.1985 – 1 ABR 2/82; Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 14, Rn. 733). Für den Arbeitgeber sind in diesem Zusammenhang beispielsweise Daten zu Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Gleitzeit, Überstunden, Fehlzeiten ebenso wie zu Buchungen und Umsätzen je Zeiteinheit oder erreichten Arbeitsergebnissen im Hinblick auf Zielvereinbarungen von Interesse (vgl. Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 223, weitere Beispiele bei Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 11).

Die Datenerhebung mittels EDV-Anlagen ist nur insoweit gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig, als es um Daten geht, die Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung zulassen (vgl. Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 232). Im Rahmen der technischen Datenverarbeitung müssen die Daten nicht zwingend auch technisch erhoben worden sein, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszulösen. Ausreichend ist vielmehr, dass sie in die technische Einrichtung eingegeben wurden, um eine technische Auswertung zu ermöglichen. Die Daten müssen zunächst weder verhaltens- noch leistungsbezogen sein. Allerdings ist erforderlich, dass sie programmgemäß zu Aussagen über Verhalten oder Leistung einzelner Beschäftigter herangezogen werden können (BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82). Die bloße Verwendung der Daten bei der Anfertigung von Stellenbeschreibungen, betrieblichen Anforderungsprofilen oder Übersichten und Statistiken über Verhalten und Leistung der Beschäftigten ist nach überwiegender Auffassung mitbestimmungsfrei (vgl. Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 11; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 497).

Nachdem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in erster Linie das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer schützen will, hat der Betriebsrat mitzubestimmen, sofern die durch technische Überwachung erlangten bzw. verarbeiteten Daten einem einzelnen Beschäftigten unmittelbar oder im Zusammenhang mit anderen, auf sonstige Weise gesammelten Informationen zugeordnet werden können (vgl. BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81). Ein Beispiel hierfür ist die Datenaufzeichnung anhand eines Fahrtenschreibers. Dabei ist in der Regel aufgrund der Arbeitseinteilung nachvollziehbar, welcher Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Aufzeichnung gefahren ist (Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 499).

Werden Daten ausschließlich anonymisiert ermittelt oder ausgewertet, besteht keine Gefahr für das Persönlichkeitsrecht mit der Folge, dass diese Vorgänge mitbestimmungsfrei sind (Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 11; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 219). Können die technisch erlangten oder ausgewerteten Informationen nur einer Gruppe von Arbeitnehmern insgesamt zugeordnet werden ohne nähere Individualisierung, so besteht das Mitbestimmungsrecht nur, wenn es sich um eine kleine und überschaubare Gruppe handelt, die für eine bestimmte Leistung oder ein bestimmtes Verhalten zusammen verantwortlich ist und der durch die technische Überwachung hervorgerufene Überwachungsdruck sich auch auf den einzelnen Beschäftigten überträgt, etwa bei einer Akkordgruppe (BAG v. 26.07.1994 – 1 ABR 6/94; BAG v. 18.02.1986 – 1 ABR 21/84, Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 12; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 220; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 500).

e) Bestimmung zur Überwachung

Die technische Einrichtung muss nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (so auch Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 14, Rn. 713, 732). Ausreichend ist aber nach der ständigen Rechtsprechung des BAG, wenn eine solche Einrichtung an sich zur Verhaltens- und Leistungskontrolle geeignet ist, indem sie Verhaltens- und Leistungsdaten über die Beschäftigten erheben und aufzeichnen kann. Auf eine subjektive Absicht des Arbeitgebers kommt es also nicht an (siehe BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 501).

Die Einführung und Anwendung von EDV-Anlagen unterfällt bereits dann der Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn überhaupt Informationen gesammelt oder genutzt werden, die zwar für sich genommen noch

keine Aussage über das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten treffen können, eine solche Bewertung jedoch in Verbindung mit anderen Daten erlauben (BAG v. 11.03.1986 – 1 ABR 12/84).

Werden bei der Überwachung durch Menschen technische Geräte wie konventionelle Schreibgeräte, Stopp- oder Stechuhren lediglich als reine Hilfsmittel eingesetzt, so löst dies keine Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG aus. Denn nicht das technische Gerät selbst bewirkt die Kontrolle, sondern diese obliegt allein der damit betrauten Person (vgl. für Stoppuhren: BAG v. 08.11.1994 – 1 ABR 20/94).

Es wird also eine Vielzahl technischer Kontrolleinrichtungen erfasst. Dazu zählen biometrische Zugangskontrollen, insbesondere Fingerprint-Scanner-Systeme zum Zweck des Fingerabdruckvergleichs, sog. Multi-moment-Filmkameras, die in regelmäßigen Abständen Aufnahmen von Arbeitsplätzen machen, aber auch andere Filmkameras, selbst wenn sie lediglich für kurze Zeit die Arbeitnehmer bei Ausübung ihrer Tätigkeit aufnehmen genauso wie Stechuhren oder ähnliche technische Zeiterfassungssysteme, Mitschnitte von Telefonaten der Beschäftigten sowie die automatische Registrierung von Telefondaten oder -gebühren (Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 507; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 551).

Mitbestimmungspflichtig sind zudem Telekommunikationssysteme, da sie eine Vielzahl von Überwachungsmöglichkeiten bieten. So macht z.B. die Anrufumleitung Zeiten der Abwesenheit vom Arbeitsplatz leichter nachvollziehbar oder kann der Arbeitgeber durch Heranholen des konkreten Anrufes den jeweiligen Gesprächspartner ermitteln ohne dass der Arbeitnehmer dies verhindern könnte. Dem Mitbestimmungsrecht unterfallen deshalb Automatic-Call-Distribution-Telefonanlagen (ACD-Anlagen), wie sie üblicherweise in Call-Centern zum Einsatz kommen, sowie Internetanschlüsse, da sie ebenfalls umfassende Überwachungsmöglichkeiten eröffnen. Dies geschieht u.a. durch Protokollierung und Speicherung sämtlicher Onlinevorgänge mithilfe eines Proxy-Servers, wodurch der Arbeitgeber ersehen kann, welche Seiten jeder Beschäftigte zu welchen Zeiten und für welche Dauer im Internet abgerufen hat.

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG umfasst schließlich die Internettelefonie, sog. VoIP, E-Mail-Systeme wie etwa MS Outlook und mobile Kommunikationsgeräte (BlackBerry, MDA etc.). Der Betriebsrat hat darüber hinaus bei der Einrichtung und Vornahme einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz mitzubestimmen, unerheblich, ob es sich um eine offene oder heimliche Überwachung handelt (diese und weitere Beispiele bei Fitting, § 87 Rn.

244 ff.; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 551; Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 10).

5. Umfang der Mitbestimmung

Gegenstand des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist die Regelung, ob eine technische Einrichtung zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle der Beschäftigten überhaupt eingeführt wird und wenn ja, unter welchen Bedingungen und mit welchen Konsequenzen welches Verhalten der Arbeitnehmer damit überwacht wird (grundlegend dazu BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88).

Das Mitbestimmungsrecht besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die Überwachung selbst vornimmt oder an einen Dritten delegiert. In einem solchen Fall ist er verpflichtet, durch entsprechende Vertragsgestaltung mit dem Dritten dafür zu sorgen, dass der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte vollumfänglich wahrnehmen kann (siehe zuletzt BAG v. 27.01.2004 – 1 ABR 7/03; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 514).

Dem Betriebsrat steht im Rahmen der Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG allerdings, anders als bei den Rechten nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 - 5 sowie 7 - 13 BetrVG, grds. kein Initiativrecht hinsichtlich der Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung zu. Denn § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zielt darauf ab, die Gefahren für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die von technischen Kontrolleinrichtungen ausgehen können, durch eine mitbestimmte Regelung über die Einführung und Verwendung derartiger Einrichtungen zu minimieren. Diese Abwehrfunktion des Mitbestimmungsrechts würde unterlaufen, wenn der Betriebsrat selbst die Einführung einer technischen Überwachungseinrichtung fordern könnte, unerheblich aus welchen Gründen (so BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 97/88, zur Gegenansicht Fitting, § 87 BetrVG Rn. 251 m.w.Nachw.). Der Betriebsrat könnte somit auch nicht bei der vom Arbeitgeber geplanten Abschaffung einer technischen Kontrolleinrichtung mitbestimmen, jedenfalls nicht auf Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, u.U. aber im Rahmen der Nr. 1.

Ein Initiativrecht dürfte aber bei der Änderung bestehender Überwachungseinrichtungen auch im Rahmen der Nr. 6 bestehen, etwa hinsichtlich einer Reduzierung der Anwendung (so Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 251; GK-Wiese, § 87 BetrVG Rn. 574). Denn wenn sich im Laufe der konkreten Nutzung einer technischen Kontrolleinrichtung zeigt, dass dadurch Gefahren für das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer entstehen – die vor der Einführung möglicherweise noch gar nicht absehbar waren –

so muss der Betriebsrat von sich aus auf entsprechende Änderungen hinwirken können.

Wichtig: Der Betriebsrat hat gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG nur mitzubestimmen, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Ist der Einsatz einer technischen Einrichtung also bereits gesetzlich vorgeschrieben, wie beispielsweise ein Fahrtenschreiber gem. § 57a StVZO, so entsteht kein Mitbestimmungsrecht, wenn der Arbeitgeber die Überwachungseinrichtung ausschließlich entsprechend der gesetzlichen oder tariflichen Vorschriften einsetzt und es keine auszufüllenden Gestaltungsspielräume gibt.

6. Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts

Eine Regelung zur Einführung und Anwendung einer technischen Kontrolleinrichtung durch Betriebsrat und Arbeitgeber sollte im Rahmen einer Betriebsvereinbarung erfolgen, da nur so eine normative Wirkung, also eine auch für den einzelnen Arbeitnehmer durchsetzbare Rechtsgrundlage, geschaffen wird (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 255; GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 578; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 528).

a) Möglichkeiten der Mitbestimmung

Der Betriebsrat kann im Wege der Mitbestimmung nicht verhindern, dass der Arbeitgeber Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer überhaupt mithilfe technischer Einrichtungen kontrolliert. Er muss aber darauf hinwirken, Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer zu vermeiden, zumindest aber zu minimieren. (Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 480, 529; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 252). In einer Betriebsvereinbarung müssen deshalb Regelungen über die Vernichtung, Löschung und Anonymisierung von Arbeitnehmerdaten sowie über deren Aufbewahrungsdauer, Festlegung der Verwendungszwecke, Begrenzung des Kreises der zugriffsberechtigten Personen und regelmäßige oder anlassbezogene Unterrichtung der Beschäftigten bezüglich der über sie vorliegenden Daten gefunden werden (weiterführend hierzu Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 252).

§ 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG verpflichtet die Betriebspartner, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen. Daraus folgt, dass durch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht übermäßig beeinträchtigt werden darf (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 253).

Inwieweit eine Beschränkung des Persönlichkeitsrechts erfolgen kann, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Somit müssen Regelungen der Betriebspartner, welche Rechte der Beschäftigten, vor allem deren Handlungsfreiheit, beschränken oder ihnen Pflichten auferlegen, geeignet, erforderlich und angemessen sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen (BAG v. 26.08.2008 – 1 ABR 16/07; BAG v. 14.12.2004 – 1 ABR 34/03).

Für die Frage der Angemessenheit ist maßgeblich, wie schwerwiegend der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist. Im Fall einer Videoüberwachung ist dies u.a. anhand der Anzahl der überwachten Personen, der Art der erfassten Inhalte der Kommunikation, Heimlichkeit sowie Dauer und Art der Maßnahme zu bewerten. Von Bedeutung kann auch sein, ob die Betroffenen dabei anonym bleiben, welche Nachteile ihnen aufgrund der Überwachung drohen oder drohen können und ob sie einen zurechenbaren Anlass für die Kontrolle gegeben haben (BAG v. 26.08.2008 – 1 ABR 16/07).

Wichtig: Durch die Mitbestimmung des Betriebsrats kann einem verbotenen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Arbeitnehmer nicht zur Zulässigkeit verholfen werden (s.a. Strunk, CuA 2010, Ausgabe 07-08, S. 7, 12; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 529).

b) Zuständigkeit: BR oder GBR?

Die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts steht grds. dem örtlichen **Betriebsrat (BR)** zu. Er hat jedoch gem. § 50 Abs. 2 S. 1 BetrVG die Möglichkeit, den **Gesamtbetriebsrat (GBR)** damit zu beauftragen (abgeleitete Zuständigkeit)

Gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist der **GBR** originär für die Behandlung von Angelegenheiten zuständig, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können (Richardi- Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 531). Von einer originären Zuständigkeit des GBR ist dann auszugehen, wenn die mit dem Datenverarbeitungssystem verfolgten Zwecke auf der gesamten Unternehmensebene nur einheitlich verwirklicht werden können (grundlegend hierzu: BAG v. 14.09.1984 – 1 ABR 23/82).

Ein solches zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung kann sich aus technischen oder rechtlichen Gründen ergeben.

Eine technische Notwendigkeit für eine betriebsübergreifende Regelung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn im Wege der elektronischen Datenverarbeitung in mehreren Betrieben Daten erhoben und verarbeitet werden, die auch zur Verwendung in anderen Betrieben bestimmt sind. Hierbei kann es aus arbeitstechnischen Gründen sinnvoll sein, in sämtlichen beteiligten Betrieben auf den dortigen Rechnern dieselbe Software zu installieren. Die Verwendung derselben Programme, Eingabemasken und Formate kann den Datentransfer zwischen den jeweiligen Betrieben erleichtern. Gleiches gilt für den Fall, dass die Betriebe nicht unmittelbar miteinander vernetzt sind, sondern der Datenaustausch über einen gemeinsamen Server erfolgt. In diesem Fall kann es sein, dass sich eine unterschiedliche Ausgestaltung des elektronischen Datenverarbeitungssystems in den einzelnen Betrieben mit dessen einheitlicher Funktion nicht vereinbaren lässt (vgl. dazu BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06).

Allein die Zweckmäßigkeit einer unternehmenseinheitlichen oder betriebsübergreifenden Regelung, Kosten- oder Koordinierungsinteressen des Arbeitgebers oder sein Wunsch nach einer unternehmenseinheitlichen Regelung führen bei Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung jedoch nicht zur Zuständigkeit des GBR. Es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des jeweiligen Unternehmens und der einzelnen Betriebe an (siehe dazu BAG v. 09.12.2003 – 1 ABR 49/02; BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06).

Für die Behandlung von Angelegenheiten, die den Konzern oder mehrere Konzernunternehmen betreffen und nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihrer Unternehmen geregelt werden können, ist gem. § 58 Abs. 1 S. 1 BetrVG der **Konzernbetriebsrat (KBR)** zuständig. Dies betrifft beispielsweise den Fall der Weitergabe von Mitarbeiterdaten im Konzern (BAG v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95) oder konzernweiter IT-Sicherheitsmaßnahmen (hierzu Kort, NZA 2011, 1319, 1323).

Hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit des KBR gilt Folgendes: § 58 Abs. 1 S. 1 BetrVG grenzt die Zuständigkeit des KBR nach denselben Kriterien ab wie § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG diejenige des GBR. Somit sind die für den GBR dargestellten Grundsätze auch hier anzuwenden (vgl. BAG v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95; Fitting, § 58 BetrVG, Rn. 10).

Daraus folgt, dass hierbei ebenfalls ein zwingendes Erfordernis für eine konzern einheitliche Regelung gegeben sein muss. Dies ist anhand der konkreten Verhältnisse des jeweiligen Konzerns, seiner konkreten Unternehmen und der konkreten Betriebe zu beurteilen.

Bloße Zweckmäßigkeitsaspekte, Kosten- oder Koordinierungsinteressen des Arbeitgebers allein sind auch hier nicht ausreichend (Fitting, § 58 BetrVG, Rn. 11). Ebenso wenig ist maßgeblich, auf welcher betriebsverfassungsrechtlichen Ebene der Arbeitgeber eine Regelung herbeiführen möchte. Abzustellen ist vielmehr auf den Inhalt der geplanten Regelung sowie das Ziel, das mit ihr erreicht werden soll.

Kann dieses Ziel sinnvollerweise nur im Wege einer einheitlichen Regelung auf Konzernebene verwirklicht werden, so ist die Zuständigkeit des KBR zu bejahen (vgl. BAG v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95).

Daneben sieht § 58 Abs. 2 S. 1 BetrVG ebenfalls die Möglichkeit der Beauftragung des KBR durch den GBR vor.

Ist gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG der GBR bei der Einführung und Anwendung einer technischen Kontrolleinrichtung zu beteiligen, wurde ein solcher jedoch entgegen § 47 Abs. 1 BetrVG nicht gebildet, so können nach wohl h.M. die einzelnen Betriebsräte nicht an dessen Stelle das Mitbestimmungsrecht wahrnehmen (so Fitting, § 50 BetrVG, Rn. 10; ErfK/Koch, § 50 BetrVG, Rn. 2; für eine Auffangzuständigkeit dagegen DKKW-Trittin, § 50 BetrVG, Rn. 15).

Dies wird damit begründet, dass im Bereich der zwingenden Mitbestimmung – dazu zählt die Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – der Grundsatz der Zuständigkeitstrennung gilt. Danach seien ausschließlich entweder die einzelnen Betriebsräte oder der GBR (oder der KBR) zuständig. Diese gesetzliche Zuständigkeitsverteilung sei zwingend und unabdingbar (so BAG v. 14.11.2006 – 1 ABR 4/06).

Während § 47 Abs. 1 BetrVG die Errichtung eines GBR bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend vorschreibt, ist die Bildung eines KBR gem. § 54 Abs. 1 S. 1 BetrVG freiwillig. Wenn für die konzernweite Einführung und Anwendung einer technischen Kontrolleinrichtung grundsätzlich der KBR gem. § 58 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig wäre, im konkreten Einzelfall aber keiner existiert, so gibt es nach der Rechtsprechung des BAG ebenfalls keine Ersatzzuständigkeit des GBR (BAG v. 14.12.1993 – 3 AZR 618/93). Denn die Zuständigkeit des KBR würde diejenige des GBR bzw. der einzelnen Betriebsräte hinsichtlich desselben Regelungsgegenstandes ausschließen (vgl. ErfK/Koch, § 58 BetrVG, Rn. 2). Fehlt das für die Entscheidungsebene zuständige Mitbestimmungsorgan, so kann keine Mitbestimmung stattfinden (so ausdrücklich BAG v. 14.12.1993 – 3 AZR 618/93).

Anderenfalls könnte es zu dem Folgeproblem kommen, ob sämtliche GBR gemeinsam oder nur ein einzelner und wenn ja, welcher GBR, das Mitbestimmungsrecht ersatzweise ausüben soll.

c) Rechtsfolgen unzureichender Beteiligung des Betriebsrats

Beteiligt der Arbeitgeber den Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung einer technischen Kontrolleinrichtung nicht oder nicht ordnungsgemäß nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ist die Überwachung rechtswidrig. Dies führt zu einem Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber, der bei Eilbedürftigkeit auch im Wege der einstweiligen Verfügung im Beschlussverfahren durchgesetzt werden kann (GK-Wiese, § 87 BetrVG, Rn. 579; Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 256)

Verfolgt eine technische Datenerhebung neben der Verhaltens- oder Leistungskontrolle noch weitere Zwecke, so kann der Betriebsrat nach wohl h.M. lediglich Maßnahmen fordern, welche die Überwachungsmöglichkeit ausschließen. In Bezug auf eine technische Datenverarbeitung kann er demnach nur geltend machen, dass die Programmgestaltung keinerlei Aussagen über Verhalten oder Leistung der Beschäftigten erlauben darf. Der Unterlassungsanspruch würde demnach entsprechend dem Umfang des Mitbestimmungsrechts nicht die vollständige Stilllegung der technischen Einrichtung umfassen (Matthes, MünchArbR, § 248, Rn. 46).

Diese Auffassung ist nicht nachvollziehbar. Wenn bereits die bloße Ge-eignetheit der technischen Kontrolleinrichtung zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle zur Mitbestimmungspflicht führt, lässt sich daraus für den Unterlassungsanspruch des Betriebsrates ableiten, dass bei einer technischen Datenerhebung bzw. -verarbeitung, die zusätzlich zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle auch anderen Zwecken dient, der Betriebsrat im Umkehrschluss die Nutzung der technischen Einrichtung insgesamt untersagen lassen kann. Denn der Einsatz zu weiteren Zwecken ändert nichts daran, dass die technische Einrichtung in diesem Fall gerade auch zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle geeignet ist bzw. (teilweise) sogar dafür eingesetzt wird.

Die mitbestimmungswidrige Überwachung wirkt sich auch individualrechtlich aus: Dient die jeweilige technische Einrichtung allein der Verhaltens- oder Leistungskontrolle, so muss der Arbeitnehmer sie weder benutzen noch bedienen. Er hat vielmehr ein Leistungsverweigerungsrecht, welches seinen Entgeltanspruch unberührt lässt, soweit ihm die Erbringung

der arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit nicht möglich ist, ohne dass sein Verhalten oder seine Leistung von der unzulässigen Überwachungseinrichtung erfasst wird (Fitting, a.a.O. § 87 BetrVG, Rn. 256; GK-Wiese, § 87 BetrVG; Rn. 580; Richardi-Richardi, a.a.O. § 87 BetrVG, Rn. 533).

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Löschung unzulässig gespeicherter Daten gem. § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BDSG sowie bei gravierender Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Schmerzensgeldanspruch gem. §§ 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG (Fitting, § 87 BetrVG, Rn. 256; GK-Wiese § 87 BetrVG, Rn. 581; ähnlich Richardi-Richardi, § 87 BetrVG, Rn. 533).

II. Mitbestimmung nach § 94 BetrVG

1. Allgemeines

Personalfragebogen bedürfen gem. § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats. Dies gilt entsprechend für persönliche Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, die allgemein für den Betrieb verwendet werden sollen, sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze (§ 94 Abs. 2 BetrVG).

Personalfragebogen und allgemeine Beurteilungsgrundsätze stellen wichtige Instrumente der Personalplanung dar. Der Arbeitgeber erlangt auf diesem Wege Daten über die Person der Bewerber bzw. Arbeitnehmer, ihre beruflichen Kenntnisse, Fähigkeiten und damit deren Einsatzmöglichkeiten (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 5). Dadurch wird ihm eine effektive Personaleinsatzplanung ermöglicht (BAG v. 21.09.1993 - 1 ABR 28/93). Es besteht allerdings die Gefahr, dass Personalfragebogen oder das Offenlegen von persönlichen Daten im Arbeitsvertrag die Benachteiligungsverbote des AGG und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzen (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 11). Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 94 BetrVG ist es daher, solche Gefahren zu vermeiden. Indem der Betriebsrat zuzustimmen hat, soll sichergestellt werden, dass die gestellten Fragen in Inhalt und Umfang nicht über das hinausgehen, was der Arbeitgeber berechtigterweise fragen darf (Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 2; s.a. BAG v. 21.09.1993 – 1 ABR 28/93). Ein Bewerber ist zwar nicht verpflichtet, unzulässige Fragen überhaupt oder wahrheitsgemäß zu beantworten, Stichwort: „**Recht zur Lüge**“ (u.a. Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 12).

Gleichwohl wird er sich in der Regel dazu veranlasst sehen, um seine Einstellung nicht zu gefährden. Aufgrund der Beteiligung des Betriebsrats soll es erst gar nicht zu einer solchen Konfliktlage für den Bewerber kommen (s.a. Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 2).

2. Zuständigkeit

Grundsätzlich ist der örtliche Betriebsrat für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts zuständig. Gem. § 50 Abs. 2 S. 1 BetrVG hat er die Möglichkeit, den Gesamtbetriebsrat (GBR) damit zu beauftragen (abgeleitete Zuständigkeit).

Sollen in einem Unternehmen mit mehreren Betrieben einheitliche Personalfragebogen, Formulararbeitsverträge oder allgemeine Beurteilungsgrundsätze verwendet werden, ist von der originären Zuständigkeit des GBR gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG auszugehen, wenn angesichts der Gleichartigkeit der Betriebe und einer unternehmenseinheitlich durchgeführten Personalplanung eine unterschiedliche Regelung dieser Materien nicht sinnvoll wäre. Dies trifft etwa für persönliche Angaben in betriebsübergreifend eingesetzten schriftlichen Arbeitsverträgen zu, falls der Arbeitgeber die Arbeitsverträge von der Zentrale aus abschließt, von der aus er auch die gesamte Personalpolitik steuert (LAG Nürnberg v. 21.12.2010 – 6 TaBVGa 12/10). Dagegen erfordert die Aufstellung von allgemeinen Beurteilungsgrundsätzen für ein jährliches Mitarbeitergespräch, welches neben der Verbesserung der Mitarbeiterbindung und -motivation auch dazu dienen soll, die Leistung nach bestimmten Kriterien zu bewerten, keine unternehmenseinheitliche und betriebsübergreifende Regelung. Denn mit einer entsprechenden Betriebsvereinbarung würde das Ziel verfolgt, die Leistungseinschätzung der Beschäftigten des jeweiligen Betriebes zu regeln (LAG Rheinland-Pfalz v. 06.06.2008 – 6 TaBV 4/08).

Ausnahmsweise ist der KBR für die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG gem. § 58 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig, sofern die Maßnahmen von der Konzernführung getroffen werden und wegen der Gleichartigkeit der zu den unterschiedlichen Konzernunternehmen gehörenden Betriebe eine konzern einheitliche Regelung notwendig erscheint (s.a. Fitting, § 58 BetrVG, Rn. 13; Richardi-Annuß, § 58 BetrVG, Rn. 11). Da die Personalwirtschaft oftmals unternehmens- oder konzernweit ausgerichtet ist, können durchaus betriebs- und unternehmensübergreifende Interessen der Belegschaft eines Unternehmens oder eines gesamten Konzerns bestehen.

Regelmäßig dürfte aber eine informatorische Einschaltung des KBR genügen (näher DKKW-Trittin, § 58 BetrVG, Rn. 68).

3. Personalfragebogen, § 94 Abs. 1 BetrVG

a) Begriff

Bei einem Personalfragebogen handelt es sich um die formularmäßige Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, insbesondere Eignung, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person (DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 3; BAG v. 21.09.1993 – 1 ABR 28/93). Nicht entscheidend ist, ob die Fragen lediglich Bewerbern um einen Arbeitsplatz oder Arbeitnehmern im bereits bestehenden Beschäftigungsverhältnis gestellt werden sollen. Beide Fälle unterliegen § 94 Abs. 1 BetrVG (Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 6).

§ 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG umfasst jede standardisierte Erfassung von persönlichen Angaben. Es ist hierbei unerheblich, ob der Bewerber bzw. Arbeitnehmer einen Fragebogen ausfüllt oder ein Interview dergestalt geführt wird, dass der Arbeitgeber oder ein Dritter Fragen anhand eines standardisierten Fragenkatalogs (Checkliste) stellt und die Antworten schriftlich festhält (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 7; DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 4; BAG v. 21.09.1993 – 1 ABR 28/93). Letzteres kann auch durch Eingabe in ein Computersystem oder eine sonstige technische Aufzeichnung, etwa durch eine Mitarbeiterbefragung über E-Mail und Intranet, erfolgen (LAG Hessen v. 05.07.2001 – 5 TaBV 153/00; D/K/K/W-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 3). Maßgeblich ist allein, dass die Angaben der Beurteilung des Bewerbers oder Arbeitnehmers dienen.

Nicht von § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG erfasst werden dagegen bloße Arbeitsplatzbeschreibungen (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 10; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 7).

b) Umfang und Inhalt des Mitbestimmungsrechts

Das Mitbestimmungsrecht besteht bei der Einführung sowie jeglicher Änderung entsprechender Fragebögen (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 31; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 9). Die Entscheidung, ob Personalfragebogen eingesetzt oder abgeschafft werden sollen, obliegt allerdings allein dem Arbeitgeber. Der Betriebsrat verfügt nicht über ein entsprechendes Initiativrecht, da seine Beteiligung hier nicht als erzwingbares Recht, sondern als Zustimmungsgewalt ausgestaltet ist. Er kann allenfalls die Einführung von Personalfragebogen gem. § 92 Abs. 2 BetrVG vorschlagen.

Werden jedoch Personalfragebogen vom Arbeitgeber verwendet, so muss deren Inhalt mit dem Betriebsrat abgestimmt werden. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber nur solche Fragen stellen darf, denen der Betriebsrat zuvor zugestimmt hat. Insofern kann der Betriebsrat nicht unerheblichen Einfluss ausüben, wenn er seine Zustimmung versagt und damit ein Einigungsstellenverfahren erzwingt, vgl. § 94 Abs. 1 S. 2 BetrVG (s.a. Fitting, § 94 Rdnr. 9, 13 f.).

Um dem Zweck des § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG, unzulässige Fragen des Arbeitgebers zu verhindern, ausreichend Rechnung zu tragen, muss dem Betriebsrat auch ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der näheren Festlegung des Verwendungszwecks der erfragten Informationen zugebilligt werden (zum Meinungsstreit siehe DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 7).

Denn ob eine Frage zulässig ist oder nicht, lässt sich oftmals erst beurteilen, wenn festgelegt ist, in welchem Kontext die mit ihr erlangten Informationen genutzt werden sollen. Werden etwa Krankheitsdaten eines Beschäftigten nicht nur der Betriebskrankenkasse zugänglich gemacht, sondern darüber hinaus auch der Personalabteilung, welche Kündigungen vorbereitet, so kommt diesen Daten eine besondere Bedeutung zu.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Arbeitgeber infolge einer Verknüpfung unterschiedlicher, zulässig erhobener Daten Informationen erlangen kann, für deren Kenntnis ihm weder im Hinblick auf die Tätigkeit noch auf den Arbeitsplatz des Betroffenen ein berechtigtes schützenswertes Interesse zusteht. Dies wird insbesondere durch den Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen begünstigt. Der damit verbundene Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers rechtfertigt es ebenfalls, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf die Festlegung des Verwendungszwecks zu erstrecken (s.a. DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 7).

c) Zulässige Fragestellungen

Der Zielsetzung des § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG entsprechend ist hinsichtlich des Inhalts der Fragebogen eine Abwägung der berechtigten schutzwürdigen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern erforderlich. Dabei können Fragen, die im Zusammenhang mit der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses als unzulässig einzustufen sind – etwa nach einer Schwangerschaft oder Gewerkschaftszugehörigkeit – während des bestehenden Arbeitsverhältnisses durchaus zulässig sein (Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 16).

Nach allgemeinen Grundsätzen muss der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der jeweiligen Frage haben, das sich gerade auf das Arbeitsverhältnis bezieht (BAG v. 16.12.2004 – 2 AZR 148/04). Nicht ausreichend ist ein lediglich allgemeiner Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis. Vielmehr muss die Frage einen konkreten Bezug zur Erfüllung der vom Arbeitnehmer geschuldeten vertraglichen Leistung, zu dessen sonstiger Pflichtenbindung oder zur Pflichtenbindung des Arbeitgebers erkennen lassen (BAG v. 07.09.1995 – 8 AZR 828/93 zum Auskunftsanspruch im bestehenden Beschäftigungsverhältnis).

Das Fragerecht des Arbeitgebers wird daher sowohl durch das Erfordernis eines berechtigten betrieblichen Interesses als auch durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. § 1 Abs. 1 BetrVG, des Beschäftigten begrenzt (BAG v. 13.06.2002 – 2 AZR 234/01).

Bei der Aufstellung von Personalfragebogen ist diese Beschränkung von Arbeitgeber, Betriebsrat und ggf. der Einigungsstelle zu berücksichtigen. Der Betriebsrat kann einer unerlaubten Frage durch seine Zustimmung nicht zur Zulässigkeit verhelfen. Er sollte darauf achten, dass der Personalfragebogen lediglich solche Fragen enthält, die ohne Zweifel statthaft sind (s.a. Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 16). Daneben muss der Arbeitnehmer in der Lage sein, die Zulässigkeit einer Frage zu beurteilen. Folglich sollten die Fragen so formuliert sein, dass er eindeutig erkennen kann, wonach gefragt ist (BAG v. 13.06.2002 – 2 AZR 234/01; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 16).

Beispiele zulässiger Fragen nach der Einstellung sind solche nach der Sozialversicherung, dem Familienstand und der Zahl der Kinder, da der Arbeitgeber diese Angaben zur Gehaltsabrechnung und zur Erfüllung seiner damit verbundenen Pflichten (Lohnsteuerabzug, Abführen der Sozialversicherungsbeiträge) benötigt. Dagegen besteht für Fragen nach den Familienverhältnissen im Übrigen, Heiratsabsichten oder Freizeitaktivitäten kein berechtigtes Arbeitgeberinteresse, da insoweit kein Bezug zur Tätigkeit besteht.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts soll die Frage nach der **Schwerbehinderteneigenschaft** eines Bewerbers uneingeschränkt zulässig sein, und zwar auch, wenn die Behinderung tätigkeitsneutral ist. Zur Begründung wird auf die entsprechenden gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebers verwiesen (zuletzt BAG v. 18.10.2000 – 2 AZR 380/99).

Inwiefern diese Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des Benachteiligungsverbot in § 81 Abs. 2 SGB IX, § 7 Abs. 1 AGG i.V.m. § 1 AGG noch Bestand haben kann, ist fraglich. Überträgt man die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH zum vergleichbaren Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts (EuGH v. 04.10.2001 – C-109/00 und C-438/99) auf die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft, so dürfte diese unzulässig sein (s.a. DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 13).

Fragen nach den **persönlichen Vermögensverhältnissen** sind nur bei besonderen Vertrauensstellungen statthaft, bei denen der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit notwendigerweise über nicht unerhebliche Geldbeträge zu verfügen hat oder die Gefahr der Bestechung oder des Geheimnisverrats besteht (GK-Raab, § 94 BetrVG, Rn. 34; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 21). Fragen zu Lohn- und Gehaltspfändungen können erst nach der Einstellung für Zwecke der Gehaltsabrechnung durch das Lohnbüro zulässigerweise gestellt werden, da sie keinerlei Bezug haben zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten (s.a. DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 19; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 21). Eine Ausnahme kann für Arbeitnehmer in besonderen Vertrauenspositionen gelten (GK-Raab, § 94 BetrVG, Rn. 34).

Nach **Vorstrafen** darf der Arbeitgeber bei der Einstellung nur fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert. Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einstellung des Arbeitgebers an, welche Vorstrafen er als relevant ansieht. Entscheidend ist vielmehr ein objektiver Maßstab (GK-Raab, § 94 BetrVG, Rn. 32; DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 16). Somit darf etwa beim Bankkassierer nach vermögensrechtlichen Vorstrafen und beim Kraftfahrer nach verkehrrechtlichen Vorstrafen gefragt werden (BAG v. 15.01.1970 – 2 AZR 64/69). Gleiches gilt für die Frage nach **laufenden Ermittlungsverfahren** (DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn.16; BAG v. 06.09.2012 – 2 AZR 270/11).

Die Zulässigkeit von Fragen nach **Krankheiten** richtet sich danach, ob ein unmittelbarer Zusammenhang mit der auszuübenden Tätigkeit besteht (BAG v. 07.06.1984 – 2 AZR 270/83; DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 15; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 25). Solche Fragen sind regelmäßig nur dann statthaft, wenn sie sich auf solche Krankheiten beziehen, die zu einer dauerhaften Gefährdung oder Verringerung der Leistungsfähigkeit des Beschäftigten auf dem in Rede stehenden Arbeitsplatz führen können, z.B. bei Piloten, Kraftfahrern oder Mitarbeitern im Sicherheitsbereich von Atomkraftwerken (s.a. Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 25).

Fragen allgemeiner Art, etwa nach Erkrankungen in der Vergangenheit oder in der Familie, sind unstatthaft (weiterführend DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 15).

d) Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu Personalfragebogen entweder formlos durch eine **Regelungsabrede** erteilen oder eine **Betriebsvereinbarung** mit dem Arbeitgeber abschließen. (DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 28). Letztere kann nur freiwillig erfolgen, da kein erzwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 39).

Kommt eine Einigung über den Inhalt der Fragebogen nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle, § 94 Abs. 1 S. 2 BetrVG. Deren Spruch ersetzt die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, § 94 Abs. 1 S. 3 BetrVG.

Der Betriebsrat kann seine einmal erteilte Zustimmung nicht einseitig widerrufen (LAG Hessen v. 08.01.1991 – 5 TaBV 162/90). Eine einvernehmliche Aufhebung der Einigung ist allerdings möglich. Gem. § 77 Abs. 5 BetrVG können Betriebsvereinbarungen, vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen, mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden (so auch DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn.28); und zwar sowohl vom Betriebsrat als auch vom Arbeitgeber. Dies gilt entsprechend für eine Regelungsabrede.

4. Persönliche Angaben in AV, § 94 Abs. 2 Var. 1 BetrVG

Gem. § 94 Abs. 2 Var. 1 BetrVG besteht das Erfordernis der Zustimmung seitens des Betriebsrats auch für persönliche Angaben in schriftlichen Formular-Arbeitsverträgen, die allgemein für den Betrieb verwendet werden. Zweck dieser Regelung ist es, eine Umgehung der Mitbestimmung bei Personalfragebogen zu verhindern (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 51). Denn anderenfalls könnte sich der Arbeitgeber die gewünschten Informationen auch ohne Beteiligung des Betriebsrats verschaffen, indem er sie nicht durch Personalfragebogen ermittelt, sondern unmittelbar in die Arbeitsverträge aufnimmt (DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 31).

Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich ausschließlich auf die persönlichen Angaben in Formulararbeitsverträgen, nicht jedoch auf die Arbeitsverträge, mithin allgemeine Arbeitsbedingungen (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 52; DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 31).

Im Unterschied zu Personalfragebogen, deren Zweck es ist, Daten von Arbeitnehmern abzufragen, stellen persönliche Angaben nur einen Teil der üblicherweise in Arbeitsverträgen enthaltenen Punkte dar. Zentraler Bestandteil des Arbeitsvertrages sind stattdessen vertragliche Absprachen über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Solche Abreden, die nichts mit persönlichen Angaben zu tun haben und die zum Teil, d.h. hinsichtlich der Hauptleistungspflichten, zwingend notwendig als Inhalt des Arbeitsverhältnisses vereinbart werden müssen, unterliegen weitgehend nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. § 94 Abs. 2 Var. 1 BetrVG sieht vielmehr eine Betriebsratsbeteiligung ausdrücklich nur für persönliche Angaben in Formulararbeitsverträgen vor, nicht jedoch für sonstige Angaben und das Formular als solches (LAG Nürnberg v. 21.12.2010 – 6 TaBVGa12/10; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 27).

§ 94 Abs. 2 Var. 1 BetrVG gilt nur für schriftliche Verträge, nicht mündliche Abrede und findet auch Anwendung bei allgemein einzuführenden schriftlichen Ergänzungen bereits bestehender Arbeitsverträge (s.a. Fitting, § 94 Rdnr. 27).

5. Allgemeine Beurteilungsgrundsätze, § 94 Abs. 2 Var. 2 BetrVG

a) Begriff

Allgemeine Beurteilungsgrundsätze im Sinne des § 94 Abs. 2 Var. 2 BetrVG sind Regelungen, die die Bewertung des Verhaltens oder der Leistung eines Arbeitnehmers objektivieren und nach einheitlichen, für die Beurteilung jeweils erheblichen Kriterien ausrichten sollen (Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 29; BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83). Regelungsgegenstand ist die Frage, auf welche Weise, d.h. nach welchen Gesichtspunkten der Beschäftigte insgesamt oder in Teilen seiner Leistung oder seines Verhaltens beurteilt werden soll. Die Verwendung solcher allgemeiner Beurteilungsgrundsätze soll ein einheitliches Vorgehen bei der Beurteilung und eine Bewertung nach einheitlichen Maßstäben ermöglichen. Dadurch soll eine Vergleichbarkeit der Beurteilungsergebnisse hergestellt werden (BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83). Unerheblich ist, ob die Beurteilung schriftlich niedergelegt oder elektronisch gespeichert wird. (Richardi- Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 58)

Führungsrichtlinien, die Beurteilungskriterien enthalten, sind nicht als allgemeine Beurteilungsgrundsätze anzusehen. Denn nicht der Umstand als solcher, dass Arbeitnehmer beurteilt werden sollen, löst das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus, sondern erst die Einführung von allge-

meinen Beurteilungsgrundsätzen, die diese Beurteilung im oben dargestellten Sinne näher regeln und ausgestalten sollen (BAG v. 23.10.1984 – 1 ABR 2/83).

Dagegen zählt auch die Festlegung des Verfahrens, wie Beurteilungen zustande kommen, zu den Beurteilungsgrundsätzen. Aus diesem Grund ist auch der Einsatz von EDV-Programmen, die für die Beurteilung relevante Daten zusammenstellen, mitbestimmungspflichtig. Dies trifft ebenso auf Programme zu, die anhand der gespeicherten Informationen unmittelbar selbst eine Beurteilung erstellen (s.a. Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 30).

b) Umfang und Inhalt des Mitbestimmungsrechts

Dem Betriebsrat steht grundsätzlich kein Initiativrecht hinsichtlich der Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze zu (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 62; Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 28). Eine Ausnahme hiervon besteht aber, wenn die Beurteilungsgrundsätze in einem direkten Zusammenhang mit Entlohnungsfragen, z.B. Zielvereinbarungen, stehen.

In diesem Fall greift das Initiativrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 10 oder Nr. 11 BetrVG ein (s.a. Fitting, § 94 BetrVG, Rn. 28).

Der Mitbestimmung unterliegen die Einführung und die Verwendung der Beurteilungsgrundsätze ebenso wie die Ausgestaltung der einzelnen Beurteilungskriterien und das Verfahren, wie eine Beurteilung letztlich zustande kommt.

c) Beispiele

Mitbestimmungspflichtig ist etwa ein Personalinformationssystem, das Fähigkeits- und Eignungsprofile anlegt, da Voraussetzung hierfür eine Festlegung der entsprechenden Merkmale, mithin die Aufstellung von Beurteilungsgrundsätzen ist.

Weitere Beispiele sind Beurteilungsformulare, Systeme zur Auswertung von Bewerbungsunterlagen, Zeugniserstellung anhand von Beurteilungsbogen und darauf aufbauenden Textbausteinen oder biometrische Identifikationsverfahren, sofern sie nicht nur die Identität feststellen, sondern auch Aussagen zum Gesundheitszustand oder Charakter ermöglichen (diese und weitere Beispiele bei DKKW-Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 38 ff.).

d) Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze formlos, d.h. durch eine Regelungsabrede erteilen oder eine Betriebsvereinbarung abschließen. Letztere bietet ein mehr an Rechtssicherheit. Es kommt aber auch hier nur eine freiwillige Betriebsvereinbarung in Betracht, da das Mitbestimmungsrecht nur den Inhalt der allgemeinen Beurteilungsgrundsätze umfasst (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 65). Ebenso wie bei Personalfragebogen besteht keine einseitige Widerrufsmöglichkeit, die Einigung kann jedoch von beiden Seiten gekündigt werden. Insoweit gelten die oben unter II.3.d zu den Personalfragebögen ausgeführten Grundsätze (Richardi-Thüsing, § 94 BetrVG, Rn. 66).

Falls über den Inhalt der Beurteilungsgrundsätze keine Einigung zustande kommt, entscheidet die Einigungsstelle, deren Spruch die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, § 94 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 und 3 BetrVG.

III. Mitbestimmung Betriebsrat bei IT-Sicherheit nach §§ 9, 31 BDSG

Neben den klassischen Bereichen der Mitbestimmung im Rahmen der technischen Kontrolleinrichtungen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und der Betriebsratsbeteiligung bei Personalfragebogen und Beurteilungsgrundsätzen gem. § 94 BetrVG hat der Betriebsrat Mitsprachemöglichkeiten bei Fragen der IT-Sicherheit nach den §§ 9 und 31 BDSG.

1. Begriff der „IT-Sicherheit“

Das BDSG regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten, die im Wege der elektronischen Datenverarbeitung verarbeitet werden. Eine solche Datenverarbeitung ist unter anderem auch für die Herstellung und Wahrung der sog. „IT-Sicherheit“ im Unternehmen – die dem Arbeitgeber als Unternehmer obliegt – erforderlich.

Während die Aufgabenverteilung eindeutig ist – der Arbeitgeber muss für die „IT-Sicherheit“ im Betrieb sorgen – ist der Begriff der „IT-Sicherheit“ nicht klar definiert. Zunächst bedeutet „IT“ (engl. für „information technology“) nichts anderes als Informationstechnik bzw. Informationstechnologie. Diese umfasst den Vorgang der Informations- bzw. Datenverarbeitung und die hierfür notwendigen Hilfsmittel (Hardware und Software). Es geht also um die Sicherheit der Informationstechnik, d.h. der Datenverarbeitung, im Unternehmen.

Im deutschen Recht gibt es weder einen einheitlichen Begriff der „IT-Sicherheit“ noch ein Gesetz, das die einzelnen Bereiche und Fragen der IT-Sicherheit abschließend regelt. In § 2 Abs. 2 BSIG (Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik) wird die „Sicherheit in der Informationstechnik“ definiert als „die Einhaltung bestimmter Sicherheitsstandards, die die Verfügbarkeit, Unversehrtheit oder Vertraulichkeit von Informationen betreffen“. Sie soll durch „Sicherheitsvorkehrungen in informationstechnischen Systemen“ gewährleistet werden.

2. Mitbestimmung nach § 9 BDSG

Den Maßstab für die Maßnahmen, die der Arbeitgeber ergreifen kann bzw. muss, um die Sicherheit der Informationen hinreichend zu gewährleisten, bestimmen § 9 BDSG sowie die Anlage zu § 9 S. 1 BDSG.

a) Regelungsinhalt

§ 9 BDSG ist die zentrale Datenschutzvorschrift im BDSG, die in alle Bereiche des Gesetzes hineinreicht.

Hiernach ist der Arbeitgeber verpflichtet – wenn er personenbezogene Daten (z.B. persönliche Daten der Arbeitnehmer) erhebt, verarbeitet oder nutzt – alle technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften des BDSG, insbesondere die in der Anlage zum BDSG genannten Anforderungen, zu gewährleisten.

Hintergrund dieser Verpflichtung: Wenn der Arbeitgeber personenbezogene Daten der Arbeitnehmer erhebt oder in irgendeiner Art und Weise nutzt, so ist damit zwangsläufig ein Eingriff in deren allgemeines Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verbunden. Denn grundsätzlich kann jede Person selbst bestimmen, welche privaten Informationen sie von sich preisgeben will.

Damit die Daten, die bereits erhoben wurden, nicht von Dritten außerhalb des Betriebes eingesehen, genutzt oder gar verändert werden können, hat der Arbeitgeber die Daten, die er im Betrieb erhoben hat, gegen Missbrauch zu schützen. Hierzu verpflichtet ihn § 9 BDSG. Zum Schutz der erhobenen Daten kann er verschiedene Maßnahmen ergreifen, die die Sicherheit der Datenverarbeitung im Betrieb bezwecken. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen der IT-Sicherheit.

§ 9 BDSG sieht organisatorische und technische Maßnahmen vor.

Eine **organisatorische** Maßnahme ist beispielsweise gegeben, wenn Beschäftigte, die mit sensiblen Daten in Berührung kommen, bei Aufnahme ihrer Tätigkeit über die Einhaltung des Datengeheimnisses (§ 5 BDSG) ausreichend informiert und gem. § 5 S. 2 BDSG auf das Datengeheimnis verpflichtet werden. Zu den organisatorischen Maßnahmen gehört auch die Bestellung eines betrieblichen **Datenschutzbeauftragten nach §§ 4 f, 4 g BDSG**, der über die Einhaltung der einschlägigen Datenschutzbestimmungen wacht, indem er die ordnungsgemäße

Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme überprüft und die Personen, die mit der Verarbeitung der persönlichen Daten betraut sind, auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen hinweist.

Technische Maßnahmen sind demgegenüber vor allem bauliche oder technische Vorkehrungen zur Gewährleistung der Datensicherheit, wie Zugangskontrollen an Gebäuden, in denen sich datenverarbeitende IT-Anwendungen befinden, sodass Unbefugte und Dritte keinen Zugang zu diesen Räumlichkeiten haben oder Zugriffskontrollen auf die Daten in Form der Verwendung von Passwörtern (vgl. Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG).

b) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Dem Betriebsrat stehen in Bezug auf diese Maßnahmen unterschiedlich stark ausgeprägte Mitbestimmungsrechte zu.

Zunächst hat der Betriebsrat hinsichtlich der Datensicherungsmaßnahmen nach § 9 BDSG ein Mitwirkungsrecht aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Nach dieser Vorschrift hat der Betriebsrat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Ein Gesetz, das auch zugunsten der Arbeitnehmer besteht, ist das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Dieses verpflichtet den Arbeitgeber, die über die Arbeitnehmer erhobenen Daten so zu sichern, dass sie nicht von unbefugten Dritten eingesehen werden können. Es dient damit dem Recht jedes einzelnen Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung (Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 13, Rn. 630 f.)

Das Mitwirkungsrecht gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG würde allerdings beeinträchtigt, wenn dem Betriebsrat nicht bekannt ist, ob der Arbeitgeber die nach § 9 BDSG erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.

Daher bestimmt § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat rechtzeitig und vollständig zu unterrichten hat, wenn er entsprechende Maßnahmen plant. Der Betriebsrat hat insoweit ein umfassendes Informationsrecht, vgl. auch § 80 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG. Dies gilt selbst dann, wenn im Betrieb bereits ein Datenschutzbeauftragter tätig ist. Welche Informationen dem Betriebsrat gegeben werden müssen, hängt entscheidend davon ab, was unter den jeweils gegebenen Umständen zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist (vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 13, Rn. 633 f.).

Plant der Arbeitgeber als Maßnahme zur Datensicherung etwa, dass die von den Arbeitnehmern erhobenen Daten durch eine Zugriffskontrolle (Passwort o.ä.) geschützt werden sollen, so hat der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG einen Anspruch auf frühzeitige Unterrichtung. Darauf aufbauend kann der Betriebsrat sodann unter der Prämisse des § 9 BDSG bestimmte Maßnahmen vorschlagen, damit die Datensicherheit gewährleistet wird. Sollte der Arbeitgeber entsprechende Sicherheitsmaßnahmen entgegen der Anregungen des Betriebsrats nicht umsetzen, so kann dieser die Aufsichtsbehörden (§ 38 BDSG) einschalten (weiterführend: DKKW-Buschmann, § 80 BetrVG, Rn. 15).

Soweit die Maßnahmen nach § 9 BDSG geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu kontrollieren, besteht zudem grundsätzlich das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (siehe oben I.).

Im Rahmen von IT-Sicherheitsmaßnahmen gem. § 9 BDSG werden oftmals Protokolldaten verwertet. Hierbei genügt es für die Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn ein Personenbezug der Daten mit noch vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann. Die Verarbeitung von Protokolldaten an sich ist allerdings nicht unmittelbar zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle geeignet. Es kommt daher auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles an. Zu beachten ist jedoch, dass eine Protokollierung regelmäßig eine lückenlose Erfassung der Personen ermöglicht, welche die Datenverarbeitungssysteme bedienen. Somit können dauerhafte Protokollierungen einer weitgehenden Erfassung des Mitarbeiterverhaltens dienen mit der Folge, dass ein Mitbestimmungsrecht bei der Protokolldatenverarbeitung zu bejahen ist (s.a. Kort, NZA 2011, 1319, 1321).

Der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist dagegen nicht eröffnet, falls es um nicht-personenbezogene Protokolldaten geht. Soweit keinerlei Rückschlüsse auf Personen möglich sind, besteht auch kein Mitbestimmungsrecht nach dieser Vorschrift.

Ein solches Recht besteht bei solchen personenbezogenen Protokolldaten, die ausschließlich zu Zwecken der Datensicherung im Sinne der §§ 9 und 31 BDSG gespeichert werden, nicht ausnahmslos. Selbst wenn diese Daten einen konkreten Personenbezug aufweisen und daher als Grundlage für eine Verhaltens- oder Leistungskontrolle dienen können, kann das Mitbestimmungsrecht an § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG scheitern.

Denn § 9 BDSG stellt eine gesetzliche Regelung im Sinne von § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG dar. Anderes soll nur dann gelten, wenn es um einzelne Maßnahmen gem. § 9 BDSG geht, bei denen ein gewisser Regelungsspielraum besteht (s.a. Kort, NZA 2011, 1319, 1322).

c) Überwachungsrecht der Jugend- und Auszubildendenvertretung

Ebenso wie dem Betriebsrat steht auch der Jugend- und Auszubildendenvertretung (JAV) hinsichtlich der Datensicherungsmaßnahmen nach § 9 BDSG ein Überwachungsrecht zu.

Dieses ergibt sich aus § 70 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Danach hat die JAV darüber zu wachen, dass die zugunsten der jugendlichen, bzw. zu ihrer Berufsausbildung beschäftigten Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Ein solches Gesetz ist das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Es verpflichtet den Arbeitgeber, die über die Arbeitnehmer erhobenen Daten so zu sichern, dass sie nicht von unbefugten Dritten eingesehen werden können. (vgl. III, 2.,b)). Insoweit gilt für jugendliche Arbeitnehmer und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte nichts anderes, vgl. §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1, 11 Nr. 1, 2 BDSG.

Das Überwachungsrecht gem. § 70 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG würde jedoch beeinträchtigt, wenn den Jugend- und Auszubildendenvertretern nicht bekannt wäre, ob der Arbeitgeber die nach § 9 BDSG erforderlichen Maßnahmen getroffen hat. Daher bestimmt § 70 Abs. 2 S. 1 BetrVG, dass der Betriebsrat die JAV rechtzeitig und vollständig zu unterrichten hat, wenn der Arbeitgeber entsprechende Maßnahmen plant. Die Jugend- und Auszubildendenvertretung hat insoweit ein umfassendes Informationsrecht.

Stellt die JAV jedoch fest, dass die (auch) zugunsten der Arbeitnehmer nach § 60 Abs. 1 BetrVG geltenden Vorschriften nicht beachtet werden, so kann sie nicht selbst und direkt gegenüber dem Arbeitgeber für Abhilfe schaffen. Vielmehr ist insoweit der Betriebsrat einzuschalten (DKKW-Trittin, § 70 BetrVG, Rn. 17).

d.) Überwachungsrecht der Schwerbehindertenvertretung

Das Überwachungs- und Kontrollrecht der Schwerbehindertenvertretung gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB IX deckt sich inhaltlich mit dem für den Betriebsrat geltenden § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Insoweit kann die Schwerbehindertenvertretung beim Arbeitgeber die Verletzung gesetzlicher Vorschriften beanstanden und auf entsprechende Abhilfe hinwirken (Müller-Wenner/Winkler-Müller-Wenner, § 95 SGB IX, Rn. 7).

Vom Überwachungsrecht umfasst sind nicht nur die sich direkt aus dem SGB IX ergebenden, sondern allgemein all diejenigen Regelungen, die nicht nur zugunsten von Schwerbehinderten gelten, sondern sich auch zugunsten von schwerbehinderten Arbeitnehmern auswirken, mithin das BDSG, vgl. §§ 1 Abs. 1, 3 BDSG. Um ihrer Überwachungspflicht nachzukommen, stehen der Schwerbehindertenvertretung gegenüber dem Arbeitgeber umfassende Informations- und Unterrichtsrechte zu, vgl. § 95 Abs. 2 S. 1 SGB IX (Müller-Wenner/Winkler-Müller-Wenner, § 95 SGB IX, Rn. 9, 10).

3. Mitbestimmung über „besondere Zweckbindung“ des § 31 BDSG

Eine weitere wichtige Regelung hinsichtlich der personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer ist § 31 BDSG. Nach dieser Vorschrift dürfen personenbezogene Daten, die ausschließlich zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert werden, nur für diese Zwecke verwendet werden.

a) Regelungsinhalt

Hat der Arbeitgeber personenbezogene Daten ausschließlich zu den in § 31 BDSG genannten Zwecken gespeichert, so gilt eine strikte Zweckbindung. Jegliche Verwendung der Daten für andere Ziele ist dem Arbeitgeber, wie auch anderen Personen, die mit den Daten in Kontakt kommen (z.B. der betriebliche Datenschutzbeauftragte im Rahmen seiner Kontrolltätigkeit nach § 4 g Abs. 1 S. 4 Nr. 1 BDSG), untersagt. Diese Zweckbindung erstreckt sich auf sämtliche Phasen der Datenverarbeitung.

Zu beachten ist, dass die in § 31 BDSG angeführten Zwecke sehr weit gehen. Die Bestimmung zur „Sicherung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage“ beinhaltet etwa auch eine Nutzung zur Missbrauchsbekämpfung.

Das Zweckbindungsgebot des § 31 BDSG enthält zugleich ein Zweckänderungsverbot. Weder durch eine individuelle Vereinbarung, etwa in einem Arbeitsvertrag, oder Allgemeine Geschäftsbedingungen, noch durch eine Betriebsvereinbarung kann die Zweckbindung beseitigt werden. (so auch Simitis-Dammann, § 31 BDSG, Rn. 6, 7) Eine Nutzung von Daten, die nach Maßgabe des § 31 BDSG gespeichert worden sind, zu anderen Zwecken ist somit selbst dann unzulässig, wenn ihre Verwendung im Übrigen gem. § 32 BDSG oder § 28 BDSG möglich wäre (s.a. Kort, NZA 2011, 1319, 1320).

Es ist zwar denkbar, bei der erstmaligen Erhebung von Daten im Sinne des § 31 BDSG deren Verwendung auch zu anderen Zwecken als den in § 31 BDSG benannten vorzusehen. Denn die Norm bezieht sich nicht auf weitere Zwecke, die mit der Datenerhebung zusätzlich verfolgt werden sollen. Ob eine solche Mehrfachnutzung statthaft ist, richtet sich in diesen Fällen vielmehr nach §§ 4, 28 BDSG und § 32 BDSG. Dennoch kann die Zweckbestimmung gespeicherter Arbeitnehmerdaten nicht nach Belieben erweitert werden. Nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Volkszählungsurteil aufgestellt hat (BVerfG v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83) und die für Beschäftigungsverhältnisse gleichermaßen gelten, ist der Erhebungs- und Verwendungszweck von personenbezogenen Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG möglichst eng zu bestimmen (s.a. Kort, NZA 2011, 1319, 1320).

b) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Auch die der besonderen Zweckbestimmung des § 31 BDSG unterliegenden personenbezogenen Daten unterfallen der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, sofern sie automatisiert verarbeitet werden. Allein die Möglichkeit der Nutzung dieser Daten genügt, um das Mitbestimmungsrecht auszulösen (s.a. BAG v. 06.12.1983 – 1 ABR 43/81). Dieses wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber eine nach § 9 BDSG bzw. nach der Anlage zu § 9 S. 1 BDSG erforderliche Maßnahme ergreift.

Bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung ist Folgendes zu beachten:

Von der Zweckbindung des § 31 BDSG dürfen die Betriebspartner nicht abweichen, da die Vorschrift insoweit nicht dispositiv ist. Zulässig ist es jedoch, die Zweckbindung näher zu konkretisieren, sofern diese Konkretisierung noch im Einklang mit der Norm steht. So wird in der Praxis dem Arbeitgeber in einer Betriebsvereinbarung häufig untersagt, die gespeicherten personenbezogenen Daten für eine allgemeine Verhaltens- und Leistungskontrolle auszuwerten (Simitis-Dammann, § 31 BDSG, Rn. 7).

Daneben kann aber auch geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen die Daten für Überwachungs- und Kontrollzwecke genutzt werden dürfen oder für welche Zwecke sie über § 31 BDSG hinaus noch verwendet werden dürfen (DKWW-Weichert, § 31 BDSG, Rn. 7).

Zu empfehlen ist hierbei eine genaue Festlegung, wer unter welchen Voraussetzungen und im Rahmen welcher Verfahren die Daten jeweils nutzen darf.

Hier bietet es sich an, dem Betriebsrat und/ oder dem Datenschutzbeauftragten ein Kontrollrecht einzuräumen (weiterführend Simitis - Dammann, § 31 BDSG, Rn. 7; DKWW-Weichert, § 31 BDSG, Rn. 7).

IV. Umfang der datenschutzrechtlichen Bindung des Betriebsrates

Im Rahmen seiner Tätigkeit hat auch der Betriebsrat selbst datenschutzrechtliche Normen zu berücksichtigen (u.a. WHW-Kramer, C, I, Rn. 48). Denn ihm werden nicht selten Mitarbeiterdaten vom Arbeitgeber übermittelt oder er nutzt solche übermittelten Daten für seine Arbeit. So muss der Betriebsrat im Rahmen einer Kündigung gem. § 102 BetrVG zumindest erfahren, warum dem Arbeitnehmer gekündigt werden soll. Diese Gründe hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitzuteilen (vgl. § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Übermittelt der Arbeitgeber dem Betriebsrat entsprechende Daten, so ist dieser ebenfalls mit den Daten „befasst“.

Hierbei ist zunächst zwischen zwei unterschiedlichen Konstellationen zu differenzieren, in denen der Betriebsrat mit den Daten der Arbeitnehmer befasst ist. Es ist dies einerseits die Weitergabe der Daten an den Betriebsrat durch den Arbeitgeber, andererseits die Nutzung der Daten durch den Betriebsrat selbst.

1. Weitergabe der Daten durch den Arbeitgeber

Eine Weitergabe von Arbeitnehmerdaten vom Arbeitgeber an den Betriebsrat kann u.a. im Rahmen eines Informationsrechts des Betriebsrats geschehen (z.B. gem. § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG) oder aufgrund einer Mitteilungspflicht des Arbeitgebers (z.B. nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG). Hierbei leitet der Arbeitgeber die von ihm erhobenen Daten an den Betriebsrat weiter. Es handelt sich mithin um eine „bloße Datenweitergabe“. Liegt ein solcher reiner Datenfluss innerhalb desselben Unternehmens vor, so bedarf es abweichend von § 4a BDSG keiner erneuten Einwilligung des Arbeitnehmers.

Dies ist darauf zurückzuführen, dass eine solche Einwilligung in die Weitergabe der Daten nur erforderlich ist, wenn jene die datenerhebende Stelle verlassen und von einer anderen Stelle genutzt werden. Der Betriebsrat – wie auch die JAV (vgl. Simitis-Dammann, § 3 BDSG, Rn. 240) – ist jedoch im Prinzip ein – wenn auch unabhängiger – Teil des Unternehmens, das die Daten erhoben hat und deshalb kein Dritter (vgl. § 3 Abs. 8 S. 2 BDSG; s.a. zum BDSG a.F. BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97).

Wäre eine Einwilligung, § 4 a BDSG, oder eine Rechtsgrundlage im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG für jede Weitergabe der Daten im Unternehmen erforderlich, so würde der Datenfluss innerhalb des Unternehmens erheblich beschränkt.

Es bedarf daher für eine solche bloße Datenweitergabe an den Betriebsrat/JAV keiner Rechtfertigung, da die Übermittlungsregeln des Bundesdatenschutzgesetzes hier nicht greifen (Simitis-Dammann, § 3 BDSG, Rn. 240). Vielmehr wird bereits durch die Geheimhaltungspflicht des Betriebsrats gem. § 83 BetrVG hinreichend gewährleistet, dass dieser die erlangten Daten nicht unbefugt weitergibt.

Sofern es sich daher lediglich um eine Weitergabe der personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern handelt, findet hierfür ausschließlich das Betriebsverfassungsgesetz Anwendung. Diese Nachrangigkeit des Bundesdatenschutzgesetzes folgt bereits aus § 1 Abs. 3 BDSG und wird mittelbar auch von der speziellen arbeitsvertraglichen Vorschrift des § 32 Abs. 3 BDSG bestätigt, wonach die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen unberührt bleiben.

Im Umkehrschluss bedeutet dies für den Betriebsrat, dass der Arbeitgeber die Übermittlung von Informationen nicht unter Berufung auf datenschutzrechtliche Bedenken verweigern kann.

2. Nutzung der Daten durch den Betriebsrat

Von dieser bloßen Weitergabe der Daten vom Arbeitgeber an den Betriebsrat ist die zweite Konstellation strikt zu unterscheiden. Hier erstellt, verwendet bzw. nutzt der Betriebsrat eigenständig Daten der Arbeitnehmer oder aber gibt die Arbeitnehmerdaten selbst an Dritte weiter, ohne dass dies betriebsverfassungsrechtlich von seinen Aufgaben gedeckt wäre.

Erstellt der Betriebsrat also selbst personenbezogene Daten, so handelt es sich hierbei nicht um eine vom Arbeitgeber „abgeleitete“, sondern um eine „originäre“, d.h. eigenständige Datenerhebung. Der Betriebsrat ist dann praktisch der Erste, der die Daten innerhalb der verantwortlichen Stelle im Sinne von § 3 Abs. 7 BDSG erhebt. Während im Rahmen der bloßen Datenweitergabe allein das Betriebsverfassungsgesetz anzuwenden ist und damit nur die Geheimhaltungspflicht aus § 83 BetrVG besteht (vgl. oben IV.1.), kommt bei einer selbständigen Erhebung, Nutzung oder Weitergabe der Daten durch den Betriebsrat grundsätzlich auch das Bundesdatenschutzgesetz zur Anwendung.

Dies gilt jedoch nicht generell. Vielmehr kommt es auch darauf an, ob der Betriebsrat die Daten im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben nutzt oder nicht.

Verwendet er die Daten außerhalb seiner Pflichten aus dem Betriebsverfassungsgesetz, so ist das Betriebsverfassungsgesetz gerade nicht einschlägig, sondern ausschließlich die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes. Erforderlich ist dann in aller Regel die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers, vgl. § 4a BDSG.

Nutzt der Betriebsrat die Daten allerdings zur Erfüllung der ihm durch das Betriebsverfassungsgesetz übertragenen Aufgaben, so gilt vorrangig das Betriebsverfassungsgesetz. Das Bundesdatenschutzgesetz ist grundsätzlich subsidiär. Letzteres wird hier dennoch relevant, da die Daten durch den Betriebsrat erstmals von der „verantwortlichen Stelle“ erhoben werden, vgl. § 3 Abs. 7 BDSG.

Da das Betriebsverfassungsgesetz die Grundlage für die Arbeit des Betriebsrates bildet, welcher das strukturelle Ungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgleichen soll, bezweckt es primär die kollektive Einflussnahme des Betriebsrates im Falle von Interessensgegensätzen. Dabei soll der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber vertrauensvoll zum Wohle der Arbeitnehmer zusammenarbeiten, § 2 Abs. 1 BetrVG.

Das Bundesdatenschutzgesetz hingegen dient dem individuellen Schutz des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer und zwar nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern gegenüber jedermann, also auch dem Betriebsrat, vgl. § 1 Abs. 1 BDSG.

Erhebt der Betriebsrat nun im Rahmen seiner Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz Daten der Arbeitnehmer oder gibt er diese an außerbetriebliche Stellen weiter, so handelt er zwar regelmäßig zum kollektiven Wohl der Arbeitnehmer. Er muss aber weiterhin deren individuellen Persönlichkeitsrechte beachten.

3. Voraussetzungen für eine Datenerhebung durch den Betriebsrat

Nachdem in der dargestellten Konstellation der eigenen Datenerhebung durch den Betriebsrat sowohl das Betriebsverfassungsgesetz, als auch das Bundesdatenschutzgesetz einschlägig sind, ergeben sich hieraus zwei Anforderungen, die zu erfüllen sind, damit eine Erhebung datenschutzrechtlich und betriebsverfassungsrechtlich zulässig ist.

Zunächst bedarf es eines Aufgabenbezuges, d.h. der Betriebsrat muss handeln, gerade um eine ihm nach dem Betriebsverfassungsgesetz zustehende Aufgabe zu erfüllen (s.a. LAG Hamburg v. 26.11.2009 – 7 TaBV 2/09).

Eine solche kann sich zum einen aus den allgemeinen Aufgaben, d.h. dem Katalog des § 80 BetrVG ergeben, zum anderen aber auch aus den Mitbestimmungsvorschriften (z.B. §§ 87, 94, 99 BetrVG) oder aus Betriebsvereinbarungen.

Liegt eine solche Aufgabe vor, so wird jeweils der datenschutzrechtliche Aspekt relevant, der nach dem Bundesdatenschutzgesetz zu beurteilen ist. Handelt es sich nicht um personenbezogene Daten der Arbeitnehmer im Sinne von § 3 Abs. 1 BDSG, so kann der Betriebsrat die Daten uneingeschränkt nutzen, da das Bundesdatenschutzgesetz gem. § 1 Abs. 2 BDSG nur bei personenbezogenen Daten Anwendung findet.

Sind allerdings persönliche Daten zu erheben oder zu nutzen, dann setzt das Bundesdatenschutzgesetz dem Betriebsrat hierfür Grenzen. Obwohl eine Aufgabe nach dem Betriebsverfassungsgesetz vorliegt, muss die Nutzung der Arbeitnehmerdaten auch verhältnismäßig, in erster Linie also erforderlich sein (BAG v. 30.09.2008 – 1 ABR 54/07; BAG v. 15.03.2011 – 1 ABR 112/09). Der Betriebsrat muss prüfen, ob die Daten zur Erfüllung der Aufgabe tatsächlich erforderlich sind oder ob hierfür auch unpersönliche, anonymisierte Daten genügen (LAG Hamburg v. 26.11.2009 – 7 TaBV 2/09).

4. Überwachung der Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes

Neben einem eventuell bestehenden Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Datenerhebung durch den Arbeitgeber hat der Betriebsrat zunächst auch selbst die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu beachten (WHW-Kramer, C, I, Rn. 49) – unter anderem auch die des § 9 BDSG (vgl. oben III. 2.).

Er hat selbst dafür Sorge zu tragen, dass im Rahmen seiner Datenerhebung ausreichende Maßnahmen zum Schutz der personenbezogenen Daten getroffen werden. Daher ist es sinnvoll, dass der Betriebsrat analog § 4 f BDSG einen eigenen Datenschutzbeauftragten bestellt (DKWW - Wedde, § 9 BDSG, Rn. 14; Däubler, Gläserne Belegschaften?, § 13, Rn. 641)

Der betriebliche Datenschutzbeauftragte hat in Bezug auf den Betriebsrat keine eigenständigen Kontrollbefugnisse. Dies folgt daraus, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte vom Arbeitgeber bestellt wird und daher die Gefahr einer fehlenden Unabhängigkeit besteht (vgl. BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97; DKWW-Wedde, § 9 BDSG, Rn. 15).

Möchte der Betriebsrat einen eigenen Beauftragten für Datenschutz einsetzen, ist hierfür eine freiwillige Betriebsvereinbarung mit dem Arbeitgeber hilfreich. Sollte der Arbeitgeber nicht zu einem Abschluss bereit sein, so können die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten auch von einem Betriebsratsmitglied – als eine Art Datenschutzkoordinator – wahrgenommen werden. Hierfür ist eine Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG möglich (s.a. DKWW-Wedde, § 9 BDSG, Rn. 14).

Die für die Maßnahmen nach § 9 BDSG anfallenden Aufwendungen hat gem. § 40 BetrVG der Arbeitgeber zu tragen (s.a. DKWW-Wedde, § 9 BDSG, Rn. 14).

5. Aufbau eigener Datenbestände durch den Betriebsrat

Höchst problematisch ist der Aufbau eines eigenen Registers des Betriebsrats, das alle Arbeitnehmer des Betriebes erfasst. Oft wird ein solches für notwendig erachtet, damit der Betriebsrat bei der Wahrnehmung eines Mitwirkungsrechts, z.B. bei der Anhörung im Rahmen einer Kündigung gem. § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG, leichter nachvollziehen kann, um welchen Arbeitnehmer es sich konkret handelt.

Speichert der Betriebsrat sämtliche Daten, die er im Laufe seiner Tätigkeit über die Arbeitnehmer erhält, in einem eigenen System ab und richtet er sich dadurch ein paralleles Personalinformationssystem zu demjenigen des Arbeitgebers ein, so beurteilt sich dessen Zulässigkeit ebenfalls nach den obigen Kriterien, da der Betriebsrat die Daten selbst „originär“ verarbeitet.

Zunächst hat der Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz weder die Aufgabe noch die Befugnis, sich praktisch eine zweite, eigene Personalakte anzulegen. Eine solch umfangreiche Sammlung persönlicher Arbeitnehmerdaten ist wohl auch zu keiner Ausführung einer betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabe oder Mitbestimmung nötig. Mangels einer Aufgabe ist das Betriebsverfassungsgesetz in diesem Fall nicht anwendbar.

Maßgeblich für die Zulässigkeit eines eigenen Datenregisters ist daher allein das Bundesdatenschutzgesetz. Somit hat der Betriebsrat die danach geltenden Bestimmungen zu beachten. Für das Anlegen einer solchen Datensammlung bedarf es gem. § 4 Abs. 1 BDSG einer Rechtsgrundlage oder der Einwilligung jedes einzelnen betroffenen Arbeitnehmers nach Maßgabe des § 4a BDSG (vgl. BVerwG v. 04.09.1990 – 6 P 28/87). Selbiges gilt für die JAV, bzw. Schwerbehindertenvertretung.

6. Weitergabe personenbezogener Arbeitnehmerdaten (§ 89 BetrVG)

Gem. § 89 Abs. 1 S. 1 BetrVG hat sich der Betriebsrat dafür einzusetzen, dass die Vorschriften über den Arbeitsschutz, die Unfallverhütung im Betrieb sowie den betrieblichen Umweltschutz durchgeführt werden. Insoweit wird die nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bestehende allgemeine Überwachungspflicht des Betriebsrats konkretisiert (DKKW-Buschmann, § 89 BetrVG, Rn. 28). § 89 Abs. 1 S. 2 BetrVG verpflichtet ihn, bei der Bekämpfung von Unfall- und Gesundheitsgefahren die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden, die Träger der gesetzlichen Unfallversi-

cherung und die sonstigen in Betracht kommenden Stellen durch Anregung, Beratung und Auskunft zu unterstützen.

Hinsichtlich der damit verbundenen Datenweitergabe müssen ebenfalls die oben unter IV. 3 dargestellten Voraussetzungen, d.h. Aufgabenbezug und Verhältnismäßigkeit, erfüllt sein.

Konkret könnte beispielsweise der Fall eintreten, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer in seinem Betrieb länger als nach dem Arbeitszeitgesetz zulässig beschäftigt oder aber die elfstündige Ruhezeit gemäß § 5 ArbZG zwischen den Arbeitseinsätzen nicht einhält. Fraglich ist dann, ob der Betriebsrat entsprechende Arbeitszeitchweise der Beschäftigten an die zuständigen Behörden weiterleiten darf.

Die Arbeitszeitregelungen unterfallen dem Arbeitsschutz. Gem. § 89 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die Arbeitsschutz – und mithin auch die Arbeitszeitregelungen – eingehalten werden. Zu diesem Zweck kann er nach dieser Vorschrift auch die zuständigen Arbeitsschutzbehörden unterrichten. Von einer Aufgabe nach Betriebsverfassungsrecht ist das Handeln also gedeckt.

Da es sich bei den Daten aus den Arbeitszeitkonten um personenbezogene Daten handelt, die dem Bundesdatenschutzgesetz unterliegen, muss auf der zweiten Stufe das Übermitteln der Daten verhältnismäßig, insbesondere erforderlich sein.

Sind die Daten, die der Aufsichtsbehörde übermittelt werden, jedoch hinreichend anonymisiert, so kann daraus nicht ersehen werden, welcher Arbeitnehmer konkret wie lange gearbeitet hat. Aufgrund dieser Anonymisierung liegen schon keine „personenbezogenen Daten“ im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG vor. Die Übermittlung wäre dann unbedenklich.

Übermittelt der Betriebsrat der Behörde allerdings die gesamten Arbeitszeitkonten der Mitarbeiter samt deren Namen etc., so sind die Daten durch das Bundesdatenschutzgesetz geschützt. Der Betriebsrat hat insofern zu prüfen, ob eine Übermittlung der Daten in ihrer Gesamtheit zur Feststellung des Verstoßes des Arbeitgebers zwingend notwendig ist.

Zum Nachweis eines Verstoßes des Arbeitgebers gegen das Arbeitszeitgesetz wird es regelmäßig ausreichen, dass die Daten der Arbeitszeitkonten anonym übermittelt werden. Für die Aufsichtsbehörde ist grundsätzlich nicht relevant, welche konkrete Person wann wie lange gearbeitet hat, sondern nur, dass überhaupt zu lange gearbeitet wurde.

Daher ist eine Weitergabe der vollständigen Daten einschließlich der Namen der betroffenen Mitarbeiter nicht erforderlich und ohne deren Einwilligung somit unzulässig (s.a. BAG v. 03.06.2003 – 1 ABR 19/02).