

# Schutz der Arbeitnehmer bei der Einführung und Anwendung betrieblicher Datenverarbeitungsanlagen (Teil 2)

Wilfried Schlüter

## C. Der kollektivrechtliche Schutz der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz

Neben den soeben aufgezeigten individualrechtlichen Schutz der Arbeitnehmer bei der Einführung und Anwendung von Datenverarbeitungsanlagen im Betrieb tritt der kollektivrechtliche Schutz nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Dieser Schutz wird durch ganz unterschiedlich ausgestaltete Beteiligungen des Betriebsrats an den Entscheidungen des Arbeitgebers verwirklicht.

### I. Die Bedeutung des kollektivrechtlichen Schutzes

Der kollektivrechtliche Schutz ist im Gegensatz zum individualrechtlichen Schutz grundsätzlich präventiv (56), denn er setzt bereits im Vorfeld der Arbeitgebermaßnahme, also vor der jeweiligen Entscheidung, ein. Der individualrechtliche Schutz ist demgegenüber im wesentlichen repressiv. Mit ihm wird auf ein Arbeitgeberverhalten reagiert. Das Ziel, auf das sich die Mitwirkung des Betriebsrats auszurichten hat, ist in § 75 Abs. 2 BetrVG, der „Magna Charta des BetrVG“ (57) formuliert. Nach dieser Bestimmung haben die Betriebspartner die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Damit erweitert § 75 Abs. 2 BetrVG nicht nur die Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte ausdrücklich auch auf den Arbeitgeber und den Betriebsrat (58). Mit der Anweisung an die Betriebspartner, die freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht nur zu schützen, sondern auch zu fördern, geht das Betriebsverfassungsgesetz weit über die Verpflichtungen hinaus, die sich aus den im wesentlichen als Abwehrrechten ausgestalteten Freiheitsgrundrechten für Arbeitgeber und Betriebsrat ergeben (59). Arbeitgeber und Betriebsrat wird durch § 75 BetrVG nicht nur der unverhältnismäßige Eingriff in die Freiheitsrechte der Arbeitnehmer verboten; die Betriebspartner werden über die Beeinträchtigungabwehr hinaus zur Durchsetzung und Verwirklichung dieser Rechte verpflichtet; sie haben ihre Funktionen so wahrzunehmen, daß die Würde der ihnen anvertrauten Menschen nicht nur nicht beeinträchtigt, sondern durch menschengerechte Gestaltung aller betrieblichen Angelegenheiten weiterentwickelt wird (60). Durch den kollektivrechtlichen Schutz soll demnach

nicht nur einem rechtswidrigen Arbeitgeberverhalten vorgebeugt werden. Der Betriebsrat wird durch § 75 Abs. 2 BetrVG vielmehr auch verpflichtet, die betrieblichen Verhältnisse menschengerecht mitzugestalten. Derartige gestalterische Elemente sind dem Individualschutz weitgehend fremd. Dennoch ist der Schutz nach dem BetrVG keineswegs effektiver als der Individualrechtsschutz. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß mit der Einräumung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte zunächst einmal nur ein bestimmtes Verfahren gewährleistet ist, das der Arbeitgeber im Rahmen mitwirkungspflichtiger Maßnahmen einzuhalten hat. Trotz der Zielvorgaben des § 75 BetrVG ist damit keineswegs gesichert, daß die gemeinsam von Arbeitgeber und Betriebsrat erarbeiteten Ergebnisse diesen Vorgaben auch entsprechen. Betriebliche Mitwirkung kann dazu beitragen, bei den Arbeitnehmern Vertrauen zu schaffen und damit ein höheres Maß an Akzeptanz der Arbeitgeberentscheidungen (61) herbeizuführen. Sie kann dazu beitragen, den Individualschutz der Arbeitnehmer zu verstärken, ersetzen kann sie ihn aber nicht. Auch dort, wo der Arbeitgeber, wie etwa im Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, auf die Zustimmung des Betriebsrats angewiesen ist, ist nicht in jedem Fall gesichert, daß die abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen oder die sie ersetzenden Sprüche der Einigungsstellen die individuellen Rechte der Arbeitnehmer, wie sie im Grundgesetz oder in den Normen des einfachen Rechts umschrieben sind, hinreichend wahren. Ein gut ausgestalteter Individualschutz ist deshalb nicht nur für betriebsratslose Betriebe unverzichtbar.

(56) Ausnahme: korrigierendes Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG

(57) *Dietz/Richardi* (Fn. 51), § 75 Rdnr. 1

(58) *Riedel*, Die Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen nach § 75 BetrVG, in: Müller (Hrsg.), Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Band 14–1976, Berlin 1977, S. 79ff. (81); *Wiesinger*, Betriebliche Mitbestimmung bei der Personaldatenverarbeitung, in: Vollkommer (Hrsg.), Datenverarbeitung und Persönlichkeitsschutz, Beiträge zu aktuellen Problemen des Datenschutzes in Recht und Praxis, Erlanger Forschungen, Reihe A Geisteswissenschaften, Band 39, Erlangen/Nürnberg 1986, S. 195ff. (201); *Dietz/Richardi* (Fn. 51), § 75 Rdnr. 37

(59) *Riedel* (Fn. 58), S. 79ff. (92); *Wiesinger* (Fn. 58), S. 195ff. (201); *Löwisch*, Schutz und Förderung der freien Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer (§ 75 Abs. 2 BetrVG 1972), AuR 1972, 359ff. (363)

(60) *Riedel* (Fn. 58), S. 79ff. (92)

(61) vgl. *Wiesinger* (Fn. 58), S. 195ff. (202)

## II. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Bei der in den letzten Jahren zunehmenden Verwendung elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Betrieben erhebt sich bei der Personal- und Betriebsdatenverarbeitung immer zugleich die Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber dabei Beteiligungsrechte des Betriebsrats zu beachten hat. Das BetrVG enthält zahlreiche Normen, die dem Betriebsrat in diesem Zusammenhang Mitwirkungsrechte einräumen. Es sei nur auf die §§ 80, 90, 91, 94 und 95 BetrVG hingewiesen. Zentrale Bedeutung für den Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmer kommt aber dem Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu. Hiernach hat der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, die Leistung oder das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen. Kein Mitbestimmungstatbestand hat so viele langwierige Verhandlungen und Einigungsstellenverfahren ausgelöst wie § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn es sich darum handelte, EDV-Systeme zur Arbeitnehmerdatenverarbeitung einzuführen (62). Mit der zunehmenden elektronischen Datenverarbeitung in den Betrieben fordern die Betriebsräte immer detailliertere Regelungen, meist in Form gewerkschaftlich ausgearbeiteter Musterentwürfe (63). Zwischen Arbeitgebern und Betriebsräten haben sich im Hinblick auf die Nutzung von EDV-Systemen zur Überwachung der Arbeitnehmer Gräben aufgetan. Es verwundert daher nicht, daß sich auch das Bundesarbeitsgericht seit etwa 1983 in mehreren Entscheidungen mit diesen Problemen zu befassen hatte. Die Hoffnungen, daß mit diesen höchstrichterlichen Entscheidungen wieder der Rechtsfrieden einkehren werde, haben sich bisher nicht erfüllt. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist sehr kritisiert worden, und zwar sowohl von den Arbeitgebern als auch den Gewerkschaften. Es würde nun den Rahmen dieses Beitrags sprengen, die vielen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu referieren und zu ihnen Stellung zu nehmen. Die BAG-Rechtsprechung kann im folgenden daher nur skizzenhaft dargestellt und bewertet werden.

### 1. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung läßt sich im wesentlichen anhand von sieben Entscheidungen nachzeichnen:

a) Die ersten Rechtsstreitigkeiten wurden durch die Frage ausgelöst, ob dem Betriebsrat in bestimmten Fällen bei der Einführung einer elektronischen Datenverarbeitung überhaupt ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zusteht. Deshalb mußte sich das Bundesarbeitsgericht zunächst um eine *Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale* dieser Norm bemühen.

Am Anfang steht die *Bildschirmarbeitsplatzentscheidung vom 6. Dezember 1983* (64). In diesem Beschluß hat der 1. Senat entschieden, daß Datensichtgeräte —

also Hardware — in Verbindung mit einem Rechner dann zur Überwachung von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer i.S. von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bestimmt sind, wenn aufgrund vorhandener Programme Verhaltens- und Leistungsdaten ermittelt und aufgezeichnet werden, die bestimmten Arbeitnehmern zugeordnet werden können, und zwar unabhängig davon, zu welchem Zweck diese Daten erfaßt werden (65). Damit hat das Gericht im wesentlichen zu den Begriffen „Überwachung von Leistung und Verhalten“ und „bestimmt“ Stellung bezogen. Es hat klargestellt, daß Überwachung nicht erst mit der Auswertung der durch die technischen Geräte ermittelten und aufgezeichneten Informationen beginnt, sondern schon dann einsetzt, wenn durch technische Einrichtungen Informationen über Leistung und Verhalten erhoben und aufgezeichnet werden (66). Dabei soll es nicht erforderlich sein, daß die erhobenen und gespeicherten Daten allein oder in Verbindung mit anderen Daten auch eine vernünftige und sachgerechte Beurteilung von Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers ermöglichen; allerdings müssen die ermittelten und aufgezeichneten Leistungs- und Verhaltensdaten auch einem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnet werden können. Der einzelne Arbeitnehmer muß also identifizierbar sein (67). Das Merkmal „zur Überwachung bestimmt“ will der 1. Senat dahin verstanden wissen, daß es nicht auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers ankommt, sondern daß allein entscheidend ist, ob die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, Verhalten und Leistungen der Arbeitnehmer zu überwachen, d. h. also Verhaltens- und Leistungsdaten über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen (68). Die Frage, ob die technische Einrichtung zur Überwachung von Arbeitnehmern im o.g. Sinne geeignet ist, kann nach Ansicht des Gerichts nur anhand der im jeweiligen System verwendeten Programme beantwortet werden. Die Anschaffung der Hardware allein reicht also nicht aus. Für die objektive Eignung soll es allerdings nicht darauf ankommen, ob die erhobenen Daten für eine Überwachung benutzt werden sollen oder für andere Zwecke benötigt werden (69).

Mit der *Technikerberichtsentscheidung vom 14. 09. 1984* (70) hat das Bundesarbeitsgericht weitergehend entschieden, daß die technische Einrichtung die Daten nicht unbedingt selbst erfassen muß. Auch allein die Auswertung von nichttechnisch, d. h. manuell erhobenen Leistungs- und Verhaltensdaten durch eine technische Einrichtung ist nach Ansicht des Gerichts mitbestimmungspflichtig, wenn sie programmgemäß zu Aussagen über Verhalten und/oder Leistungen der Ar-

(62) vgl. *Ehmann*, Über Datenverarbeitung zur Generalklausel betrieblicher Mitbestimmung, ZfA 1986, 357ff. (361)

(63) *Ehmann* (Fn. 62), ZfA 1986, 357ff. (361); *ders.* (Fn. 29), NZA 1986, 657ff. (657)

(64) SAE 1985, 225ff.

(65) SAE 1985, 225ff., Leitsatz 6

(66) SAE 1985, 239

(67) SAE 1985, 241

(68) SAE 1985, 239

(69) SAE 1985, 241

(70) SAE 1985, 193ff.

beitnehmer verarbeitet werden, die eine Beurteilung von Verhalten und Leistung ermöglichen (71).

Mit der sogenannten *TÜV-* und der sogenannten *Textsystementscheidung*, beide vom 23. April 1985 (72), hat das Bundesarbeitsgericht die mit dem Relativsatz „die eine Beurteilung von Leistung und Verhalten ermöglichen“ in der Technikerberichtsentscheidung gemachte Einschränkung fallen gelassen. Es soll nun für die Eignung einer technischen Einrichtung zur Überwachung nicht mehr erforderlich sein, daß die Aussage als Ergebnis der Verarbeitung für sich allein schon eine sachgerechte Beurteilung ermöglicht. Das bedeutet, daß das konkrete EDV-Programm die Beurteilung nicht unmittelbar im Keru selbst bewerkstelligen muß, sondern daß es ausreichend ist, wenn die aufgrund der Verarbeitung gewonnenen Aussagen erst in Verbindung mit anderen Daten und Umständen zu einer vernünftigen und sachgerechten Entscheidung führen können (73). Damit unterlagen nun auch Personalinformations- oder Abrechnungssysteme der Mitbestimmung.

Eine weitere Modifizierung der vorangegangenen Entscheidungen vollzieht das Bundesarbeitsgericht dann in der *Kienzle-Schreiber-Entscheidung* vom 18. 02. 1986 (74). Bislang hatte das Gericht für eine Überwachung gefordert, daß die ermittelten und aufgezeichneten Verhaltens- und Leistungsdaten auch einem einzelnen Arbeitnehmer zugeordnet werden können, der einzelne Arbeitnehmer also identifizierbar war (75). Nach der Kienzle-Schreiber-Entscheidung soll nun bereits in der technischen Erhebung von Daten, die lediglich eine Aussage über eine Gruppe von Arbeitnehmern enthalten, eine Überwachung liegen, wenn der von der technischen Einrichtung auf die Gruppe ausgehende Überwachungsdruck auch auf den einzelnen Arbeitnehmer durchschlägt. Das soll dann der Fall sein, wenn die Arbeitnehmer in einer überschaubaren Gruppe im Gruppenakkord arbeiten (76). Entscheidend für das Bestehen des Mitbestimmungsrechts soll nicht mehr die Identifizierbarkeit der einzelnen Arbeitnehmer sein, sondern es soll ausreichen, daß ein Gruppenzwang besteht, der einer Überwachungsdruck auslöst.

In einem weiteren Beschluß, der sogenannten *Opel-PAISY-Entscheidung* vom 11. 03. 1986 (77) stellt das Gericht klar, daß es bei der Verarbeitung von Daten nicht darauf ankommt, ob die verarbeiteten Daten Leistungs- oder Verhaltensdaten darstellen. Bei der technischen Datenverarbeitung sei es — anders als bei der Überwachung von Arbeitnehmern durch eine technische Erhebung von Verhaltens- und Leistungsdaten — nur wichtig, ob Daten durch die technische Einrichtung zu Aussagen über Verhalten und Leistungen der Arbeitnehmer verarbeitet werden, gleichgültig, welche Daten dafür benutzt werden. Der Mitbestimmung unterliegen damit auch elektronische Auswertungen ganz unpersönlicher Daten zu betrieblichen Zwecken, wie etwa der Produktionssteuerung, wenn diese Datenverarbeitung zur Überwachung geeignet ist (78).

b) Während die ersten Entscheidungen des BAG die Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts des Be-

triebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG betrafen, hatte das BAG in der Opel-PAISY-Entscheidung vom 11. 03. 1986 (79) und in der Telefondatenerfassungsentscheidung vom 27. 05. 1986 (80) vornehmlich darüber zu befinden, welche *rechtlichen Grenzen für den Spruch der Einigungsstelle im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG*, der die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt, gelten, unter welchen Voraussetzungen also ein Spruch der Einigungsstelle wirksam ist.

In der *Opel-PAISY-Entscheidung* geht der 1. Senat davon aus, daß Regelungen der Betriebspartner und der Spruch einer Einigungsstelle aufgrund gegebener Mitbestimmungsrechte an Gesetz und Recht gebunden sind und billigem Ermessen entsprechen müssen (81). Deshalb prüft das Gericht auch, ob die Regelungen der Betriebsvereinbarung mit den Vorschriften des BDSG als zwingendem Recht zu vereinbaren sind.

In der *Telefondatenerfassungsentscheidung* hält das Gericht zwar daran fest, daß Betriebsvereinbarungen die für die Betriebsautonomie geltenden, sich aus grundrechtlichen Wertungen, zwingendem Gesetzesrecht und den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts ergebenden Beschränkungen beachten müssen. Überraschenderweise sollen aber weder die Betriebspartner noch die Einigungsstelle an die Vorschriften des BDSG gebunden sein. Das Bundesarbeitsrecht begründet seine Auffassung damit, daß Betriebsvereinbarungen „andere Rechtsvorschriften“ i.S. des § 3 BDSG seien, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten, die vom BDSG geschützt werden, zulässig ist, wenn dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt (82). Die Einbeziehung von Betriebsvereinbarungen in den Kreis der anderen Rechtsvorschriften i.S. von § 3 BDSG, so führt das Gericht aus, erscheine auch sinnvoll und erforderlich, weil die Vorschriften des BDSG die Zulässigkeit an eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des einzelnen Arbeitnehmers als des jeweiligen Betroffenen anknüpfen und damit eine Individualabwägung erforderlich machen. Demgegenüber könne die Verarbeitung personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis für den jeweiligen Arbeitgeber sinnvoll nur nach einheitlichen Kriterien erfolgen. Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung in Betrieben müsse daher an eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und der Gesamtbelegschaft anknüpfen. Die Interessen des Kollektivs treten also an die Stelle der Interessen des Individuums. Deshalb hält

(71) SAE 1985, 197

(72) SAE 1985, 284ff.; SAE 1985, 287ff.

(73) SAE 1985, 284ff. — Leitsatz

(74) SAE 1986, 253ff.

(75) siehe nur SAE 1985, 225ff. (241)

(76) SAE 1986, 253ff. — Leitsatz

(77) NZA 1986, 526ff.

(78) *Nipperdey*, Rechtsprechung und Praxis der Mitbestimmung bei der Personaldatenverarbeitung, CR 1987, 434ff. (435)

(79) NZA 1986, 526ff.

(80) NZA 1986, 643ff.

(81) NZA 1986, 526ff. (528)

(82) NZA 1986, 643ff. (646)

es das Bundesarbeitsgericht auch für zulässig, vom BDSG abweichende betriebliche Datenschutzregelungen zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer zu vereinbaren.

## 2. Die Würdigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist im Schrifttum vielfach kritisiert worden. Abgelehnt wird nicht nur die Art, wie das Gericht den Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ermittelt (83), sondern auch der so ermittelte Schutzzweck selbst (84). Kritisiert wird auch die aufgrund des zugrunde gelegten Schutzzwecks vorgenommene Umschreibung der Tatbestandsmerkmale des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, sogar die vom Bundesarbeitsgericht festgelegten Grenzen der Regelungsautonomie werden in der Literatur bekämpft. Einige Autoren halten es für eine Überdehnung des Tatbestandes, auch die Auswertung von manuell erhobenen Daten unter den Überwachungsbegriff zu fassen (85), andere wenden sich gegen die Auslegung des Merkmals „bestimmt“ als „objektiv geeignet“ (86); wieder andere stellen bei der Geeignetheit der technischen Einrichtung zur Überwachung nicht auf das jeweilige Programm ab, sondern bereits auf die Hardware (87). Ebenso verworfen wird die Theorie des Bundesarbeitsgerichts vom Gruppenzwang, der eine Individualisierung der Arbeitnehmer entbehrlich machen soll (88). Kritisiert wird schließlich auch die Auffassung, daß Betriebsvereinbarungen andere Rechtsvorschriften i.S.v. § 3 BDSG seien und daß über die Beteiligung des Betriebsrats ein kollektiver Datenschutz gewährleistet werde, der die Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes sogar noch unterlaufen könne (89).

a) Die Ermittlung des Schutzzwecks des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist nicht nur für die Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale unerlässlich, sondern hat auch Bedeutung für die Maßstäbe im Ermessensbereich. Die Ermessensentscheidung der Betriebspartner, vor allem der Einigungsstelle hat sich nämlich am Schutzzweck zu orientieren (90). Um die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG würdigen zu können, muß zunächst Klarheit über Sinn und Zweck der Norm geschaffen werden.

Der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist durch ein Doppeltes bestimmt: Durch die Rechtsgüter, die geschützt werden sollen und durch die typischen Gefahren, vor denen geschützt werden soll (91). Daher ist zu fragen, welchen Gefahren zum Schutze welcher Rechtsgüter im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG überhaupt begegnet werden soll. Hierbei ist zunächst von folgendem auszugehen:

Es ist das Recht des Arbeitgebers als Vertragspartei und Gläubiger, sich Kenntnis darüber zu verschaffen, ob der Arbeitnehmer die ihm rechtsgeschäftlich zugesagte Arbeitsleistung vertragsgemäß erbringt; auch sonst zwingt der arbeitsrechtliche Sozialschutz den Arbeitgeber dazu, sich ein zutreffendes Bild von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zu machen. Der Ar-

beitgeber darf den Arbeitnehmer also in bestimmten Grenzen (92) überwachen, d.h. bestimmte Daten sammeln, festhalten und diese anschließend auswerten (93). Mitbestimmungspflichtig wird eine Überwachung von Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer erst dann, wenn sie mittels technischer Einrichtungen durchgeführt wird (94). Die Überwachung durch den Arbeitgeber selbst oder durch Überwachungspersonal ist mitbestimmungsfrei. Demnach kann der Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nur darin bestehen, den Arbeitnehmer vor den Gefahren zu schützen, die von einer Überwachung gerade mittels technischer Einrichtungen ausgehen. Stellt man die Unterschiede zwischen einer Überwachung durch Personal und einer Überwachung durch technische Einrichtungen heraus, so wird deutlich, welche Rechtsgüter vor welchen Gefahren geschützt werden sollen.

Durch eine Technisierung der Überwachung kann eine ungleich größere Anzahl numerischer Daten erhoben, gespeichert und verarbeitet werden als es dem Arbeitgeber unter Beachtung betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte beim Einsatz von Überwachungspersonal möglich wäre. Während die Überwachung von Verhalten und/oder Leistung der Arbeitnehmer durch Überwachungspersonal aus wirtschaftlichen Gründen oftmals nur stichprobenartig durchgeführt werden kann, gestattet es der Einsatz von Apparaten und Geräten zur Überwachung dem Arbeitgeber, Daten dauernd und ununterbrochen zu erheben, zu speichern und zu verarbeiten. Diese Überwachungsvorgänge können zudem

(83) vgl. nur *Kort* (Fn. 20), CR 1987, 300ff. (309)

(84) vgl. nur *Hess/Schlochbauer/Glaubitz*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl., Darmstadt-Neuwied 1986, § 87 Rdnr. 255ff.; *Kraft*, Technische Einrichtungen i.S.v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ZfA 1985, 141ff. (145); *Söllner*, Zur Beteiligung des Betriebsrats und zur Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Einführung und Anwendung von Personalinformationssystemen, DB 1984, 1243ff. (1244); *Ehmann* (Fn. 30), Beilage 1, 2ff. (8)

(85) vgl. nur *Hess/Schlochbauer/Glaubitz* (Fn. 84), § 87 Rdnr. 277; *Kort* (Fn. 20), CR 1987, 300ff. (306); *Richardi*, Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 14. 09. 1984, AP Nr. 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, Bl. 1028; *Zöllner* (Fn. 20), DB 1984, 241ff. (245); *Hesse*, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei technischen Kontrolleinrichtungen, NZA 1985, Beilage 1, 15ff. (17); *Müllner*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Personalinformationssystemen, BB 1984, 475ff. (477); *Kraft* (Fn. 84), ZfA 1985, 141ff. (155)

(86) vgl. hierzu nur *Nipperdey* (Fn. 78), CR 1987, 433ff. (435)

(87) *Gnade/Kebrmann/Schneider/Blanke*, BetrVG, 2. Aufl., Köln 1983, § 87 Rdnr. 111

(88) *Nipperdey* (Fn. 78), CR 1987, 434ff. (437); *Kort* (Fn. 20), CR 1987, 300ff. (307); *Ehmann* (Fn. 62), ZfA 1986, 381

(89) vgl. nur *Linnenkohl/Rauschenberg/Schütz*, Auf dem Wege zu einem „kollektiven Datenschutz“, BB 1987, 145ff.; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitber* (Fn. 4), § 83 Rdnr. 29

(90) vgl. *Ehmann* (Fn. 29), NZA 1986, 657ff. (659); *ders.* (Fn. 30), Beilage Nr. 1, 2ff. (9)

(91) vgl. *Ehmann* (Fn. 62), ZfA 1986, 357ff. (386)

(92) vgl. Ausführungen unter B I 3 bb)

(93) zum Überwachungsbegriff vgl. *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitber* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 67

(94) vgl. *Buchner*, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beim Einsatz technischer Überwachungseinrichtungen, DB 1987, 1942ff. (1943); *Däubler* (Fn. 20), S. 177

mit einer größeren Geschwindigkeit durchgeführt werden. Der Arbeitgeber kann also mit Hilfe der Technik seine Überwachung im Hinblick auf numerische Daten effektiver gestalten (95). Durch den Einsatz der Technik verändert sich damit keineswegs nur die Form der Überwachung. Die Technisierung wirkt sich vielmehr auch auf die Arbeitsbedingungen aus (96). Der ohnehin im Arbeitsverhältnis bestehende Leistungs- und Anpassungsdruck, dem die Arbeitnehmer in der Regel unterliegen, und den sie gerade bei einer Überwachung durch den Arbeitgeber verspüren, wird durch die Technisierung der Überwachung noch verstärkt. Anpassung, d.h. eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts, ist im Arbeitsverhältnis notwendig und legitim. Mit jedem Schritt auf die Technisierung hin werden jedoch die ohnehin eingeschränkten Selbstbestimmungsmöglichkeiten und damit das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, so wie es in § 75 BetrVG angesprochen ist, weiter zurückgedrängt. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dient daher dem Schutz vor unverhältnismäßiger Intensivierung des Anpassungsdrucks und der damit einhergehenden Zurückdrängung des Selbstbestimmungsrechts (97). Damit ist der Schutz des aktiven Elements des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit angesprochen (98).

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verfolgt aber darüber hinaus einen weiteren Zweck. Technische Überwachungseinrichtungen führen die Überwachung anonym durch. Sie liefern zwar objektive und unbeeinflussbare, den Lebenssachverhalt aber verkürzende Informationen (99), denn sie registrieren nur bestimmte Daten, selektieren und abstrahieren also und vernachlässigen oder ignorieren die einem Kontrolleur erklärlichen und verständlichen Verhaltensweisen in ihrem Zusammenhang (100). Technische Systeme leiden zudem an einem Mangel an Ermessensspielraum; sind sie einmal in Gang gesetzt, so registrieren sie Verhaltens- und Leistungsdaten ohne Rücksicht darauf, ob nicht etwa besondere Umstände in der Person des Arbeitnehmers oder in den Umweltbedingungen begründet sind, die einen Verzicht auf eine Überwachung nahelegen. Technische Einrichtungen haben im Vergleich zum Menschen keine menschlichen Schwächen: Sie sind nicht ablenkbar, sie übersehen nichts und vergessen auch nichts. Auch lassen technische Einrichtungen einen Meinungs austausch und ein klärendes Gespräch zwischen Überwachendem und Überwachten nicht zu. Bei der technisierten Überwachung der Arbeitnehmer stehen sich nicht mehr Menschen mit typisch menschlichen Schwächen gegenüber. Menschen werden also nicht mehr von Menschen kontrolliert, sondern von Maschinen. Diese Maschinen begreifen den Arbeitnehmer nicht als Menschen in seiner Komplexität. Sie sondern vielmehr aus dem Gesamtkomplex „Mensch“ einige Daten aus und reduzieren damit den zu überwachenden Arbeitnehmer auf ein Datum selbst. Damit birgt die Überwachung der Arbeitnehmer mittels technischer Einrichtungen stets die Gefahr in sich, daß der Mensch versachlicht wird. Einer solchen Gefahr vorzubeugen heißt, Gefahren für die Menschenwürde vorzubeugen (101).

b) Ausgehend von dem damit herausgestellten Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, präventiven Schutz vor den Gefahren für das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und für die Menschenwürde zu gewährleisten, sind für die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur *Auslegung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale* folgende Konsequenzen zu ziehen:

aa) Mit dem Gericht ist davon auszugehen, daß eine Überwachung bereits dann vorliegt, wenn von der technischen Einrichtung Leistungs- und Verhaltensdaten lediglich erhoben und gespeichert werden, gleichgültig, ob diese Daten auch für eine Überwachung genutzt werden sollen oder nicht (102). Das gebietet zum einen der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, Gefahren für die Menschenwürde vorzubeugen, denn gerade bei der Erhebung und Speicherung von Leistungs- und Verhaltensdaten durch eine Apparatur sieht sich der Arbeitnehmer nicht mehr einem Menschen gegenüber gestellt, seine Daten werden vielmehr durch eine seelenlose Maschine registriert. Es besteht daher die Gefahr, daß sich der Arbeitnehmer nicht mehr menschengerecht behandelt fühlt. Auch kann durch die Möglichkeit der dauernden und ununterbrochenen Erhebung und Speicherung unzähliger Daten durch die technische Einrichtung der Anpassungsdruck verstärkt werden, vor dessen unverhältnismäßiger Intensivierung § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ebenfalls schützen soll. Diese Gefahr besteht unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die so gewonnenen Daten tatsächlich für eine Überwachung nutzen will oder nicht (103). Allein die Möglichkeit, die so erhobenen Daten für eine Überwachung nutzen zu können, kann bereits das Gefühl der Abhängigkeit und Unterlegenheit der Arbeitnehmer verstärken. Auf eine subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es demnach nicht an. Einer solchen Auslegung steht auch nicht der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG entgegen, wonach die technische Ein-

(95) vgl. auch *Nipperdey* (Fn. 78), CR 1987, 434ff. (437)

(96) vgl. *Simitis*, Mitbestimmung als Regulativ einer technisierten Kontrolle von Arbeitnehmern, NJW 1985, 401ff. (403)

(97) *Simitis* (Fn. 96), NJW 1985, 401ff. (403); *Nipperdey* (Fn. 78), CR 1987, 434ff. (437); *Löwisch*, Fragen der Mitbestimmung bei der Einführung neuer Techniken, AuR 1987, 96ff. (97); *Matthes*, Möglichkeiten und Grenzen betrieblicher Telefonatenerfassung, CR 1987, 108ff. (109); *Däubler* (Fn. 20), S. 178

(98) vgl. zu diesem aktiven Element *Starck* (Fn. 20), Art. 2 Abs. 1 GG Rdnr. 64

(99) *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (Fn. 84), § 87 Rdnr. 250ff.

(100) vgl. *Hesse* (Fn. 85), Beilage Nr. 1, 15 ff. (27)

(101) so wohl auch *Zöllner* (Fn. 19), S. 85

(102) *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (Fn. 84), § 87 Rdnr. 256; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 67 a; *Dietz/Richardi* (Fn. 51), § 87 Rdnr. 333; kritisch soweit ersichtlich lediglich *Ehmann*, Arbeitnehmerüberwachung mittels nicht beurteilungsrelevanter Datenverarbeitung?!, Anmerkung zum TÜV-Prüfbericht-Beschluß des BAG vom 23. 04. 1985 - 1 ABR 39/81 - und zum Textsystem-Beschluß des BAG vom 23. 04. 1985 - 1 ABR 2/82 -, SAE 1985, 273ff. (274)

(103) *Hess/Schlochauer/Glaubitz* (Fn. 84), § 87 Rdnr. 256; *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 69 a; *Dietz/Richardi* (Fn. 51), § 87 Rdnr. 327; a.A. soweit ersichtlich *Nipperdey* (Fn. 78), CR 1987, 434ff. (435)

richtung zur Überwachung bestimmt sein muß. Der Begriff „bestimmt“ kann nämlich durchaus objektiv ausgelegt werden, so daß eine Apparatur dann bestimmt ist, Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, wenn mit Hilfe dieser Einrichtung die Nutzung der Daten zu Überwachungszwecken „möglich“ wird. Da die Datenerhebung und Datenspeicherung ein unverzichtbarer Teil des Überwachungsvorgangs sind, läßt es der Einsatz von technischen Geräten, welche Daten aufzeichnen und speichern, zu, später auf diese Daten zum Zwecke der Überwachung zurückzugreifen. Es ist daher dem Bundesarbeitsgericht darin zu folgen, daß bereits die objektive Eignung ausreicht, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszulösen.

bb) Ob die technische Einrichtung *objektiv geeignet* ist, kann, wie das Bundesarbeitsgericht auch ausführt, nur anhand des konkreten im System verwendeten Programms entschieden werden (104). Erst das Programm macht nämlich die sogenannte Hardware im Betrieb überhaupt zu einem Mittel, mit dem eine Arbeitsaufgabe erledigt werden kann, und gibt Aufschluß darüber, ob überhaupt und welche Informationen über Arbeitnehmer als Verhaltens- und Leistungsdaten ermittelt und aufgezeichnet werden können. Auch kann der Betriebsrat nur auf der Grundlage eines konkreten Programms beurteilen, in welchem Umfang in Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen wird, und wie groß daher das Schutzbedürfnis dieser Arbeitnehmer vor einer solchen technischen Überwachung ist. Letztlich ist auch eine vernünftige Abwägung der jeweiligen Interessen der Betroffenen durch die Betriebspartner nur im Hinblick auf ein konkretes Programm möglich (105).

cc) Dem Bundesarbeitsgericht ist auch darin zu folgen, daß eine Überwachung i.S. von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG vorliegt, wenn lediglich manuell erhobene Daten gespeichert und zu Aussagen über Verhalten und Leistung verarbeitet werden. Das Wissen der Arbeitnehmer, daß ihre Daten mit großer Geschwindigkeit verarbeitet werden, ja sogar möglicherweise mit anderen Daten auf vielfältigste Art und Weise verknüpft werden und daß dabei sogar vielleicht auf Daten zurückgegriffen wird, die keinerlei Aktualität mehr besitzen, kann ebenso wie der Beobachtungsvorgang selbst einen Anpassungsdruck auslösen. Auch hier fühlt sich der Arbeitnehmer der Apparatur ausgeliefert. Seine Abhängigkeit im Arbeitsleben wird ihm noch stärker bewußt. Zudem wird es in der Regel so sein, daß Programme eine typisierende Auswertung vornehmen, so daß auch im Verarbeitungsprozeß das menschliche Korrektiv fehlt, mit dem etwaige Besonderheiten berücksichtigt werden können. Gerade in diesem sensiblen, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers betreffenden Bereich ist nach der Wertung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG die Einschaltung des Betriebsrats unerlässlich. Deshalb muß auch die Auswertung manuell erhobener Daten mit dem Bundesarbeitsgericht unter den Überwachungs begriff gefaßt werden (106).

dd) Nicht geteilt werden kann allerdings die Auffassung des Gerichts zu den Grenzen der Betriebsautonomie. Wenn es in Betriebsvereinbarungen andere Vor-

schriften i.S. von § 3 BDSG sieht, die eine Regelung des Datenschutzes abweichend vom BDSG sogar zu Lasten der einzelnen Arbeitnehmer erlauben (107), so wird diese Rechtsprechung weder dem BDSG noch § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gerecht. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sieht ein kollektiv-rechtliches Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vor, das zugleich den Betriebspartnern eine Ermächtigung zum Abschluß von Betriebsvereinbarungen über Art und Umfang der technisierten Überwachung i.S. des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verleiht. Regelungsautonomie ist den Betriebspartnern daher nur zum Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit und der Würde der Arbeitnehmer eingeräumt worden. Eine datenschutzrechtliche Regelungskompetenz, die die Anwendung des BDSG ausschließt, kann aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht abgeleitet werden (108). Im übrigen sind auch Zweifel daran angebracht, ob wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke, die das BDSG und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verfolgen, Betriebsvereinbarungen überhaupt *leges speciales* i.S.v. § 3 BDSG sein können. Auch die vom Bundesarbeitsgericht gezogene Konsequenz, daß sich der Arbeitgeber, der Normadressat des BDSG ist, mittels Betriebsvereinbarung, wenn auch nur mit Hilfe des Betriebsrats, diesem Gesetz entziehen kann, ist schwerlich überzeugend (109). Im übrigen ist der Betriebsrat nach § 80 BetrVG verpflichtet, darauf zu achten, daß das BDSG im Betrieb eingehalten wird. Er kann deshalb seiner Pflicht wohl kaum dadurch gerecht werden, daß er durch Abschluß von Betriebsvereinbarungen den Geltungsbereich des BDSG einschränkt. Im Ergebnis nimmt das Gericht damit in Kauf, daß durch betriebliche Datenschutzregelungen Tatbestände der Datenverarbeitung sanktioniert werden, die bei Anwendung des BDSG unzulässig, d.h. rechtswidrig wären. Ein kollektiver Datenschutz würde auch den Grundwertungen des BetrVG nach § 75 Abs. 2 widersprechen, wonach gerade der einzelne Arbeitnehmer um der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit willen zu schützen ist. Mit dem Gebot, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers zu schützen und zu fördern, ist es nicht vereinbar, daß nicht näher definierte Interessen eines Kollektivs Interessen des Individuums verdrängen können sollen. Vor einer Rechtsprechungsentwicklung, die dem Individuum den Stellenwert, den es nach dem BetrVG hat, streitig macht, ist zu warnen.

(104) so auch *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitber* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 74 a; a.A. *Gnade/Kebrmann/Schneider/Blanke* (Fn. 87), § 87 Rdnr. 111, die auf die Hardware abstellen

(105) vgl. *BAG, SAE* 1985, 225ff. (240, 241)

(106) Im Ergebnis auch *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heitber* (Fn. 4), § 87 Rdnr. 75 a; *Woblgemuth*, Grenzen der Personaldatenverarbeitung — Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG, *AuR* 1984, 257ff. (259)

(107) *Latendorf*, Möglichkeiten und Grenzen der Telefondatenerfassung, *CR* 1987, 242ff. (244); *Linnenkohl/Rauschenberg/Schütz* (Fn. 89), *BB* 1987, 1454ff. (1455, 1456)

(108) *Linnenkohl/Rauschenberg/Schütz* (Fn. 89), *BB* 1987, 1454ff. (1455)

(109) So im Ergebnis auch *Linnenkohl/Rauschenberg/Schütz* (Fn. 89), *BB* 1987, 1454ff. (1455)

### D. Abschließende Überlegungen

Der Rechtsprechung ist es mit dem vorhandenen rechtlichen Instrumentarium bisher gelungen, die Probleme, welche mit der Einführung und Anwendung elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in den Betrieben verbunden sind, im allgemeinen zufriedenstellend zu lösen. Auch dort, wo der Rechtsprechung nicht gefolgt werden kann, lassen sich auf dem Boden des geltenden Rechts befriedigende Ergebnisse erzielen.

Den individual- und kollektivrechtlichen Normen, die den Arbeitnehmer vor den unerwünschten Folgen dieser modernen Technologie bewahren sollen, ist gemeinsam, daß sie zahlreiche unbestimmte, zum Teil generalklauselartige Rechtsbegriffe enthalten, die erst durch den Rechtsanwender, d.h. im Regelfall durch den Richter, konkretisiert werden müssen. Der unbestrittene Vorteil dieses gesetzgeberischen Regelungsstils besteht darin, daß hiermit Entwicklungen leichter aufgefangen werden können als mit fest umrissenen Gesetzestatbeständen. Der Preis für diese normative Offenheit ist ein Mangel an Voraussehbarkeit richterlicher Entscheidungen und damit ein Mangel an Rechtssicherheit.

Dem könnte dadurch teilweise begegnet werden, daß der Gesetzgeber Art und Umfang des Schutzes der Persönlichkeitsrechte individual- und kollektivrechtlich näher ausformt. Das könnte in der Weise geschehen, daß der Gesetzgeber etwa durch Regelbeispiele die wichtigsten Fälle, in denen ein unzulässiger Eingriff in Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers anzunehmen ist, konkret umschreibt. Eine feste, abschließende Normierung aller rechtlichen Fallgestaltungen ist aber nicht möglich. Um künftige Entwicklungen auffangen zu können, wird der Gesetzgeber nicht auf einen Grundtatbestand mit unbestimmten Rechtsbegriffen verzichten können. Das gilt besonders im Bereich des Individualrechts. Die Rechtsprechung wäre also auch nach einer Novellierung des geltenden Rechts vor die Aufgabe gestellt, unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren.

Von einer häufig geforderten Novellierung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sollte im gegenwärtigen Zeitpunkt abgesehen werden. Angesichts der immer noch rasanten Entwicklung im EDV-Bereich erscheint eine Festschreibung durch den Gesetzgeber verfrüht. Damit der Gesetzgeber bei der Novellierung auf gesicherte rechtstatsächliche Grundlagen zurückgreifen kann, sollte die Rechtsprechung der nächsten Jahre abgewartet werden.

Infolge der Wirtschaftsreformen (perestrojka) und der Öffnung (glasnostj) von sowjetischer Wissenschaft und Kultur nach innen und außen gewinnt einerseits in der Sowjetunion geschaffene Software, andererseits die Nutzung ausländischer Software in der Sowjetunion rasch an wirtschaftlicher Bedeutung. Ein Bericht über die Fragen, die die sowjetischen Fachleute bezüglich der Schutzmöglichkeiten beschäftigen, dürfte deswegen von Interesse sein. *Die Autoren*

## Software-Schutz in der Sowjetunion

von A. Vida\* und E. P. Gavrilo\*\*

Mit der Frage des Softwareschutzes befassen sich sowjetische Fachleute schon seit Anfang der 70er Jahre.<sup>1</sup> Es handelte sich dabei keineswegs um reine juristische Spekulationen: In die 1966 eingerichtete sowjetische Staatliche Sammlung für Algorithmen und Programme waren schon am 1. 1. 1973 über 14 000 Algorithmen und Programme eingetragen, und allein in den Jahren 1968-1972 wurde 63 500 Personen Einsicht in das Register gewährt.<sup>2</sup>

Auch in der Sowjetunion wie in vielen anderen Ländern kann über zwei grundsätzliche Möglichkeiten des Softwareschutzes berichtet werden: Das Patentrecht (Erfinderrecht) und das Urheberrecht. Neben diesen

zwei Schutzmöglichkeiten sollte noch eine dritte Schutzform erwähnt werden, die Möglichkeit des Sonderschutzes.

\* Dr. jur., Professor, Sachverständiger beim Patentbureau Danubia, Budapest.

\*\* Dr. jur., Professor an der Plechanov Hochschule für Volkswirtschaft, Moskau.

<sup>1</sup> *Mamiofa*, Die technisch-wissenschaftliche Revolution unserer Zeit und die Probleme des Rechtsschutzes von Erfindungen (russ) Zusammenfassung der Habilitationsschrift Charkow 1970.

<sup>2</sup> Vgl. Conference on Some Topical Questions Concerning Protection of Industrial Property, Budapest, 1974. 325ff.