

Musterklausur Datenschutzrecht

von Dr. Thomas Hoeren, Münster
und Florian Walter, Münster

I. Vorbemerkung
II. Text der Klausuraufgabe

III. Originallösung eines
Studenten

I. Vorbemerkung

Die folgende Klausur ist im Sommersemester 1992 am Institut für Wirtschaftsinformatik in Münster im Rahmen der Übung „Betriebliches Datenschutzrecht“ gestellt worden. Im Anschluß an den Klausurtext findet sich der Lösungsversuch eines Studenten, dessen Klausur mit „gut“ bewertet wurde.

Der ursprüngliche Stil des Lösungsversuchs wurde (abgesehen von Rechtschreib- und Zeichensetzungsfehlern) beibehalten. Lediglich der Fettdruck einzelner Begriffe entspricht nicht dem Original und wurde vom Herausgeber veranlaßt. Von einer „Glättung“ der Darstellungsform wurde bewußt abgesehen, doch hat der Herausgeber die vier Zwischenüberschriften eingefügt, damit sich der Leser leichter zurechtfindet.

In den Fußnoten finden sich Hinweise zur Korrektur der Arbeiten sowie ergänzende Kommentierungen. Die in der Klausur wiedergegebenen Wertungen stammen vom Bearbeiter der Klausur; sie lassen daher keine Rückschlüsse auf die Wertungen des Klausurkorrektors zu.

Für die Klausur standen als Bearbeitungszeit 120 Minuten zur Verfügung; den Studenten wurde neben dem Klausurtext ein Exemplar des BDSG überreicht.¹ Entsprechend der Bearbeitungszeit wurde auch ein Maximum von 120 Punkten festgesetzt; jeder Bearbeiter wußte demnach, wieviel Bearbeitungszeit der Aufgabensteller für die einzelnen Fragen vorgesehen hatte.

Das Endergebnis war erfreulich. Nur etwa 40 % der Studenten bestanden die Prüfung nicht. Im übrigen gab es ca. 35 % Klausuren mit der Benotung „Ausreichend“, 15 % mit „Befriedigend“ und 10 % mit „Gut“.

¹ Mein besonderer Dank geht an dieser Stelle an die Pressestelle des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, die uns großzügig mit Texten versorgt hat

II. Text der Klausuraufgabe

Frage 1: Das Unternehmen S soll wegen datenschutzrechtlicher Verstöße ein Bußgeld in Höhe von 50.000,- DM zahlen (vgl. § 44 BDSG). Hintergrund hierfür waren folgende Vorfälle:

- Ein Mitarbeiter der S hatte die Daten von Stellenbewerbern in einer (nur für ihn bestimmten) Handkartei gesammelt, ohne die Betroffenen über diesen Vorgang zu informieren.
- Der Regierungspräsident in Arnberg hatte der S die Verwendung eines bestimmten Softwareproduktes wegen schwerer technischer Mängel des Programms untersagt. Die S hat die Software dennoch weiter eingesetzt.

S hält die Verhängung des Bußgeldes für unzulässig. Zu Recht? (35 P.)

Frage 2: Der Betriebsrat des Unternehmens S möchte Daten von Arbeitnehmern (Name, Anschrift) an die Gewerkschaft zwecks Mitgliederwerbung weitergeben. Der Datenschutzbeauftragte der S legt hiergegen Protest ein. Wer hat Recht?

Würde sich die Rechtslage ändern, wenn die Weitergabe an die Gewerkschaft in einer Betriebsvereinbarung geregelt worden wäre? (40 P.)

Frage 3: In welchem Umfang haftet der betriebliche Datenschutzbeauftragte für datenschutzrechtliche Verstöße innerhalb des Betriebes? (15 P.)

Frage 4: Inwieweit kann ein Betriebsrat Einfluß auf die Einführung von Software in einem Betrieb nehmen? Beschreiben Sie ausführlich und unter kritischer Würdigung der Rechtsprechung alle in Betracht kommenden Möglichkeiten! (30 P.)

III. Originallösung eines Studenten

1) Lösung von Frage 1:

1. „Stellenbewerber-Handkartei“

Ein Bußgeld müßte nach § 44 I Nr. 3 verhängt werden, wenn die Bewerber entgegen § 33 nicht benachrichtigt worden wären.² Hierzu

2. Die Formulierung ist sprachlich mißglückt. Ein Bußgeld ist zu verhängen, wenn gegen § 33 verstoßen worden ist. Der Gebrauch des Konjunktivs

wäre zu prüfen, ob das BDSG überhaupt anzuwenden ist, und wenn ja, ob ein Verstoß gegen § 33 vorliegt. Gem. § 3 I ist das Gesetz auf *personenbezogene Daten* anwendbar. Hier ist anzunehmen, daß es sich um Daten wie Name, Anschrift, Qualifikation, angestrebte Tätigkeit, Gehaltsvorstellung und ähnliches handelt. Insofern liegen personenbezogene Daten vor. Weiterhin muß eine *Verarbeitung oder Nutzung* der Daten vorliegen. Hier kann eine Verarbeitung in der Ausprägung der *Speicherung* (§ 3 V 1)⁴ angenommen werden.⁴ Der *personelle Anwendungsbereich des BDSG* ist hier der nicht-öffentliche Bereich, da es sich um ein privatrechtlich organisiertes und handelndes Unternehmen zu handeln scheint. Nicht-öffentliche Stellen müssen gemäß § 1 II 3 die Daten geschäftsmäßig oder für berufliche/gewerbliche Zwecke nutzen. Bei Bewerberdaten von Bewerbern, die später evtl. angestellt werden sollen, ist von einer Verarbeitung der Daten zu gewerblichen Zwecken auszugehen.

Weiterhin müssen die Daten „in oder aus Dateien“ (§ 1 II 3) verarbeitet werden. Eine Datei muß nicht notwendigerweise automatisiert verarbeitet werden können. Nach § 3 II 2 kann auch z.B. eine Kartei eine sog. „nicht-automatisierte Datei“ sein, wenn sie „nach bestimmten Merkmalen geordnet, ungeordnet und ausgewertet werden kann“. Das ist bei Karteien (auf Karteikarten o.ä.) üblicherweise gegeben und hier insbesondere anzunehmen, weil erstens mehrere Daten für jeden Bewerber gespeichert werden (s.o.) und die Speicherung für den Mitarbeiter der S nur sinnvoll ist, wenn er die Bewerberdaten z.B. nach der Qualifikation oder nach dem Beschäftigungswunsch auswerten kann.

Allerdings enthält § 1 III 2 eine *Einschränkung*: Nicht automatisierte Dateien, die nicht zur Weitergabe bestimmt sind, fallen (mit Ausnahme der §§ 5, 9, 39 und 40) nicht unter das BDSG. Dieser Fall ist

(Irrealis!) zeigt eine Unsicherheit des Studenten und ein gestörtes Verhältnis zur Wirklichkeit. Allerdings sind auch gestandene Rechtsprofessoren vor solchen Fehlern nicht gefeit; vgl. *Diederichsen*. Die BGB-Klausur, 4. Aufl. 1978.

- 3 Es macht den Studenten immer wieder Schwierigkeiten, die entsprechende Passage des Gesetzes richtig zu zitieren. Hier hätte es 3 V 2 Nr. 1 heißen müssen.
- 4 Hinzu kommt auch die Nutzung der Daten im Bereich der Personalabteilung, vgl. § 3 VI.

laut Sachverhalt hier gegeben. Insofern ist das BDSG nicht anwendbar und ein Bußgeld nicht angebracht.⁵

2. Programmstilllegung

Eine *Bußgeldverhängung* könnte gemäß § 44 I Nr. 7 BDSG geboten sein. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob mit dem Programm personenbezogene Daten oder andere Daten verarbeitet werden. Geht man von letzterem aus, greift das BDSG nicht (vgl. § 1 II und § 3 II). Im folgenden wird aber angenommen, daß die Regelungen des BDSG zum Zuge kommen. Für ein Bußgeld gemäß § 44 I Nr. 7 mußte eine *Anordnung* nach § 38 V 1 ignoriert worden sein. Gem. § 38 V 1 kann die Aufsichtsbehörde Maßnahmen zur Beseitigung technischer und organisatorischer Mängel verlangen. Da in Satz 2 desselben Paragraphen die Stilllegung eines Programms noch explizit erwähnt wird, ist anzunehmen, daß das keine Maßnahme im Sinne des Satz 1 ist. Die Stilllegung kann erst nach dem Unterbleiben von Maßnahmen und nach Verhängung eines Zwangsgeldes angeordnet werden. Davon ist anscheinend nichts geschehen. Im übrigen erlaubt § 44 I Nr. 7 eine *Bußgeldverhängung* nur bei *Zu widerhandlung gegen eine vollziehbare Anordnung* nach § 38 V 1. Der Regierungspräsident kann sich demnach nicht auf § 38 V 2 für das Bußgeld berufen. Denn Straf- und Bußgeldvorschriften sind eng auszulegen und dürfen auch über eine Analogie nicht *extensiv* ausgelegt werden.⁶

Insofern ist die Bußgeldverhängung im Falle der Bewerberkartei zu *Unrecht* und im Falle der Stilllegung des Programms *verfrüht* und somit ebenfalls zu *Unrecht* erfolgt.

- 5 Es fiel zahlreichen Studenten erstaunlicherweise schwer, auf das Vorliegen einer internen Datei gem. § 1 III Nr. 2 zu kommen. Die meisten übersahen diese Vorschrift, obwohl bereits die Fragestellung überdeutlich war. Was statt dessen erörtert wurde, war teilweise erschreckend: Einige Studenten prüften, ob die Verarbeitung der Daten im Sinne von § 28 BDSG rechtmäßig war und begründeten ein Bußgeld mit der Unzulässigkeit der Speicherung.
- 6 Die Frage des Bußgeldes (§ 44) war während der Übung nicht ausführlicher mit den Studenten erörtert worden. Dennoch war die Lösung dieser Teilfrage sicherlich nicht allzu schwer; sie erforderte nur eine genaue Lektüre des Gesetzes. Genau um diese Genauigkeit ging es didaktisch bei der Fragestellung.

2) Lösung von Frage 2:

Gem. § 4 BDSG ist jede Datenverarbeitung grundsätzlich verboten, es sei denn, es liegt eine Ausnahme vor, d.h., daß der Betroffene eingewilligt hat oder eine Rechtsvorschrift dies erlaubt. Zunächst ist aber die *Anwendbarkeit des BDSG* zu prüfen. Es handelt sich um personenbezogene Daten gem. § 3 I, nämlich um Name, Anschrift und Betriebszugehörigkeit einer natürlichen Person. Verarbeitet werden die Daten hier in dem besonderen Sinne einer *Übermittlung* an Dritte (§ 3 IV 3); denn die Daten werden der Gewerkschaft bekanntgegeben. Die Gewerkschaft ist organisatorisch völlig getrennt vom Betriebsrat. Eine gemeinsame Aufgabenerfüllung, die Gewerkschaft und Betriebsrat zu einer funktionalen Stelle machen könnte, ist auch nicht anzunehmen. Weder Gewerkschaft noch Betriebsrat sind öffentliche Stellen im Sinne von § 2 I-III. Somit sind hier die Regelungen für Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich anzuwenden. Hierzu müssen die Daten *in oder aus Dateien* verarbeitet werden. Da die Daten von Arbeitnehmern angesichts der vielfältigen Nutzung in Unternehmen (Lohnzahlung, Rente, Sozialversicherung, Jubiläen...) nur in Dateien sinnvoll zu speichern sind, ist anzunehmen, daß die Daten aus Dateien entnommen werden.

Weiterhin muß die Datenverarbeitung im privaten Bereich *geschäftsmäßig* oder für berufliche und gewerbliche Zwecke erfolgen. Berufliche und gewerbliche Zwecke scheiden hier aus, da der Betriebsrat keine Ertragsziele verfolgt und seine Betriebsrat-Tätigkeit auch nicht als Beruf zu sehen ist. Nach hM reicht für eine geschäftsmäßige Datenverarbeitung schon ihr *routinemäßiges, gewöhnliches Vorkommen*.⁷ Da die Mitgliederwerbung der Gewerkschaft ein ständiges Anliegen ist, ist hier eine geschäftsmäßige Verarbeitung anzunehmen. Somit kann das BDSG angewendet werden. Insofern ist die Weitergabe der Daten verboten, es sei denn, die Betroffenen hätten eingewilligt oder ein Gesetz erlaubt die Weitergabe. Von einer *Einwilligung* ist nichts zu erkennen, zumal diese gemäß § 4 II schriftlich vorliegen müßte.

Da hier eine Datenübermittlung für eigene Zwecke vorliegt, könnte die Weitergabe gemäß § 28 zulässig sein. § 28 I Nr. 1: Ist nicht anzu-

7 Vgl. zum Meinungsbild Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, § 1 Rdnr. 37 f.; Mallmann in Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl., Loseblattausgabe. Stand 1992, § 29 Rdnr 7 ff. mit weiteren Nachweisen.

nehmen, da zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsrat kein Vertrag und auch kein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis besteht. Auch der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtfertigt keine Übermittlung von Daten an die Gewerkschaft.⁸

§ 28 I Nr. 2: Ob ein berechtigtes Interesse des Betriebsrates an der Weitergabe der Daten besteht, ist fraglich, da sich die Interessen der Gewerkschaft und des Betriebsrates keinesfalls decken müssen. Das mag auch dahingestellt bleiben, weil im zweiten Halbsatz der Ziffer 2 gefordert ist, daß „kein Grund zu der Annahme besteht, daß das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluß der Verarbeitung ... überwiegt.“ Hier ist also den Interessen des Betroffenen ein großes Gewicht einzuräumen. Daß ein schutzwürdiges Interesse besteht, kann hier angenommen werden, da neben der Anschrift auch implizit das Arbeitsverhältnis mit angegeben wird.⁹

§ 28 I Nr. 3: Die Daten stammen insofern nicht aus allgemein zugänglichen Quellen, als zwar Namen und Adressen oft (nicht bei jedem!) im Telefonbuch ersichtlich sind. Ob jedoch jemand bei der S angestellt ist, kann auf keinen Fall als öffentlich zugänglich angesehen werden. Diese Information ist aber bei jedem Namen, der übermittelt wird, zumindest implizit beigegeben. § 28 II 1 lit. b): Denkbar wäre auch, daß es sich hier um eine Übermittlung zusammengefaßter Daten handelt. Auch wenn die Vorschrift ursprünglich vor allem für die Werbe- und Marketingbranche konzipiert worden ist, bestehen keine Bedenken, sie auch auf das Verhältnis Betriebsrat-Gewerkschaft anzuwenden.

Offensichtlich¹⁰ erhält die Gewerkschaft hier eine *Liste* von Arbeitnehmerdaten. Dabei sind Name, Anschrift und Betriebszugehörigkeit

8 Diese Ausführungen sind etwas kurz und klingen stark nach „Urteilsstil.“

9 Der Verfasser spielt hier auf § 28 II Nr. 1 S. 2 an. Diese Vorschrift im Rahmen von § 28 I anzuwenden, ist vertretbar, dies hätte aber einer sorgfältigeren Subsumtion bedurft. Unten wird ausführlicher auf diesen Mangel eingegangen. Im Ergebnis machte es vielen Studenten Schwierigkeiten, die im Rahmen von §§ 28, 29 erforderliche Interessenabwägung in concreto mit Leben zu füllen. Im Rahmen der Klausur kam es daher zumeist zu bloßen Behauptungen hinsichtlich einer Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen.

10 Solche Füllwörter sind gefährlich, da sie meist psychologisch auf eine Unsicherheit des Studenten verwiesen; dieser will jeder Diskussion und Kritik durch den Einsatz einer solchen Redewendung umgehen. Ähnliches gilt auch für Begriffe wie „zweifelsohne“ oder „selbstverständlich“

von der Aufzählung in § 28 II 1 lit. b) gedeckt. Es fragt sich aber, ob hier nicht „Grund zu der Annahme besteht, daß der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluß der Übermittlung hat.“¹¹ Hier ist zu beachten, daß nach § 28 II Daten über arbeitsrechtliche Verhältnisse im Regelfall nie weitergegeben dürfen, da es sich um besonderes sensible Daten handelt.¹² Insofern kann vorliegend davon ausgegangen werden, daß auch die Übermittlung einer Liste an die Gewerkschaft die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen verletzt und deswegen unzulässig ist. Insgesamt ist die Übermittlung der Daten vom Betriebsrat an die Gewerkschaft als unzulässig anzusehen.

Zusatzfrage: Änderung, wenn eine Betriebsvereinbarung bestünde? Laut höchstrichterlicher *Rechtsprechung des BAG* haben Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen bezüglich der Regelungen des BDSG den Rang eines Gesetzes, das die Verarbeitung von Daten erlauben kann. Diese Auffassung ist als höchst fragwürdig anzusehen, da in diesem Fall Arbeitgeber und Betriebsrat ohne gesetzliche Schranken über die eigentlich geschützten Belange des Arbeitnehmers entscheiden können. In diesem Fall wäre also die Übermittlung von Daten und Betriebsrat an die Gewerkschaft zulässig, wenn eine Betriebsvereinbarung sie gestatten würde.

3) Lösungen von Frage 3:

Im Prinzip haftet dem Betroffenen jeder an einer schadensersatzpflichtigen Rechtsgutverletzung Beteiligte gemäß § 823 I BGB. Der Betroffene kann also sowohl den betreffenden Sachbearbeiter als auch das Unternehmen als auch den Datenschutzbeauftragten oder alle drei (oder zwei davon) verklagen. Streitig ist allerdings, ob der Datenschutzbeauftragte aus § 823 II BGB iVm § 37 BDSG wegen Verletzung seiner Pflichten haftet.

- 11 Der Gesetzeswortlaut darf nicht abgeschrieben werden. Dies macht naturgemäß vielen Studenten (auch der Jurisprudenz) Schwierigkeiten, die in ihrer Unsicherheit froh sind, durch Zitieren des Gesetzes erst einmal etwas aufs Papier gebracht zu haben.
- 12 Dies ist nun allerdings zumindest von der Argumentation unzutreffend. § 28 II Nr. 1 S. 2 enthält mehrere Voraussetzungen, von denen der Verfasser nur eine kurz erwähnt. Im übrigen greift diese Regelung nur bei „Übermittlung durch den Arbeitgeber“. Die Frage wäre hier gewesen, ob der Betriebsrat hier als unselbständiger Teil des Arbeitgebers angesehen werden kann; dieses Problem wird von der Literatur unterschiedlich gelöst.

Im *Innenverhältnis* kann es aber sein, daß der Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer einstehen muß, auch wenn sie eigentlich für die Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten aus pVV haften.¹³

Dazu hat das BAG den Begriff der „*gefährdigen Arbeit*“ herausgebildet. Hier hat der Arbeitgeber, in dessen Interesse sich die Arbeitnehmer der Gefahr aussetzen, die Risiken zu tragen, sofern nicht Vorsatz oder schwere Fahrlässigkeit vorliegt (Tinnefeld¹⁴). Bei mittlerer Fahrlässigkeit (die im Einzelfall zu konkretisieren wäre) wird die Haftung aufgeteilt. Bei leichtester Fahrlässigkeit muß der Arbeitgeber im Innenverhältnis für alle vom Arbeitnehmer verursachten Schäden aufkommen; der Arbeitnehmer hat insofern auch einen Freistellungsanspruch.¹⁵

Im Falle eines einfachen *Sachbearbeiters* ist eine gefahrgeneigte Arbeit stets anzuwenden, da der AG für die Schulung des AN zuständig ist und dem AN nicht zuzumuten ist, daß er sich bis ins letzte in der komplexen DS-Materie auskennt.

Das ist andererseits gerade dem *betrieblichen Datenschutzbeauftragten* zuzumuten. Seine Aufgabe ist es ja gerade, die Datenschutzbelange in jeder Hinsicht wahrzunehmen und zu schützen. Die Anwendbarkeit der Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit des Datenschutzbeauftragten wird kontrovers diskutiert. Einerseits ist auch der Datenschutzbeauftragte nicht vor Fehlern gefeit, eine Gefahr besteht also auch für ihn. Andererseits wäre natürlich eine Beteiligung an der Haftung auch ein Impetus, die Einhaltung der Datenschutzgesetze streng zu prüfen. Hat ein Arbeitnehmer einen gewissen Überblick über die Folgen seines Tuns, ist ihm auch eine gewisse Verantwortung zuzumuten. Ein höchstrichterliches Urteil bliebe also abzuwarten.

- 13 Den meisten Studenten fiel es schwer, das Verhältnis von unbegrenzter Haftung im Außenverhältnis und begrenzter Haftung in Innenverhältnis zu begreifen. Sie wollten die Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit auch im Verhältnis zum Betroffenen anwenden.
- 14 Der Verfasser der Klausur bezieht sich hier auf einen Aufsatz von Marie-Theres Tinnefeld, Haftung des Arbeitnehmers bei betriebsbedingter Tätigkeit im EDV-Bereich, in: DuD 1992, 177 ff. Dieser Aufsatz war den Studenten während der Vorlesung als Pflichtlektüre angegeben worden. Der Verfasser geht im übrigen auf die Härteklausele nicht ein, was zu einem Punkteabzug führen mußte.
- 15 Die Formulierung ist natürlich ungeschickt; auch bei mittlerer Fahrlässigkeit steht dem Arbeitnehmer im Rahmen der vorzunehmenden Quotelung (der Verfasser spricht ungenau von Aufteilung) einen Freistellungsanspruch.

Allerdings versucht das BAG sowieso, auf das Element der Gefährdungseigenschaft der Arbeit zu verzichten und statt dessen jeden Arbeitnehmer in obigem Rahmen von der Haftung für Fehler zu befreien. Derzeit muß darüber der oberste Senat des Gerichts entscheiden.¹⁶

Als Ergänzung sei noch bemerkt, daß bei Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten (also zum Beispiel eines unabhängigen Rechtsanwaltes) der Begriff der gefährdungseigenen Arbeit nicht angewandt werden kann, da kein Arbeitsverhältnis besteht. Es fragt sich hier aber, ob die Bestellung externer Datenschutzbeauftragter wirklich sinnvoll ist. Rechtsanwälte sind meist in Sachen der Informatik und Betriebsorganisation unerfahren und daher allenfalls in Kleinbetrieben als Datenschutzbeauftragter einsetzbar.¹⁷

4) Lösung von Frage 4:

Die Einflußnahmemöglichkeiten des Betriebsrats lassen sich generell aufteilen in Informations-, Beratungs- und Mitbestimmungsrechte. Die Aufgaben und Rechte des Betriebsrats sind im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelt.

§ 80 BetrVG¹⁸ sieht vor, daß der Betriebsrat die Einhaltung der zum Schutz des AN geltenden Gesetze überwacht. Ein solches Gesetz stellt das BDSG dar. Dabei kann der Betriebsrat zwecks Durchführung dieser Aufgabe verlangen, vom Arbeitgeber unterrichtet zu werden¹⁹ und alle wichtigen Unterlagen zu erhalten.

16 Der Verfasser meint den Großen Senat des BAG. - In der Zwischenzeit hat sich auch der Große Senat für einen Verzicht auf die Voraussetzung der Gefährdungseigenschaft ausgesprochen (Beschluß vom 12. Juni 1992 - GS I/89). Da der Senat aber damit von der Rechtsprechung des BGH abweichen würde, hat er die Rechtsfrage dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zur Entscheidung vorgelegt.

17 Diese Ansicht ist sicherlich höchst streitig, vgl. auch die Ausführungen von Helfrich in seinem Beitrag „Der Anwalt als externer Datenschutzbeauftragter“, S. 106 ff. in diesem Band. Daß der Student aber (ohne daß darüber in der Übung gesprochen worden wäre) auf diese Argumente kommt, ist natürlich loblich.

18 Genauer: § 80 I Nr. 1.

19 Die Formulierung ist nicht ganz ungefährlich. Sie suggeriert, daß der Arbeitgeber nur auf besondere Anforderung des Betriebsrats tätig werden muß. Statt dessen hat der Arbeitgeber aber von sich aus den Betriebsrat zu unterrichten (arg. ex § 80 II 2). - Den Studenten ist allerdings zugute zu halten, daß ihnen während der Klausur kein Text des BetrVG zur Verfügung stand

§ 90 BetrVG verpflichtet die Unternehmensleitung, den Betriebsrat u. a. von der Planung neuer technischer Anlagen zu unterrichten. Nach Rechtsprechung des BAG ist hierunter auch und insbesondere die Einführung von neuer Software auf schon bestehender oder neuer Hardware zu verstehen. Der Betriebsrat hat hier also in jedem Fall ein Informationsrecht.²⁰

Gemäß § 87 I Nr. 6 BetrVG kann der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen mitbestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung eines Arbeitnehmers zu überwachen.²¹

a) Einführung und Anwendung impliziert auch jeweils Einführung oder Anwendung, wobei die nackte Einführung von Software ohne die Absicht der Anwendung eine eher akademische Fragestellung ist.

b) Technische Einrichtungen sind Softwareprodukte nach herrschender Meinung in jedem Fall.²²

c) „Dazu bestimmt ... zu überwachen“ können diese Einrichtungen auch sein, wenn der Arbeitgeber gar nicht die Absicht hat, die Überwachung auch vorzunehmen. Das BAG stellt hier auf den objektiven Überwachungsbegriff ab. Dabei genügt es, wenn Daten ermittelt werden, deren Auswertung allein oder unter Zuhilfenahme externer Daten Aussagen über Verhalten oder Leistung ermöglichen würde. Ob diese Auswertung regelmäßig, in Einzelfällen oder gar nicht stattfindet oder vorgesehen ist, ist ohne Belang.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang allerdings das vom BAG aufgestellte Erfordernis der Unmittelbarkeit: Die Einrichtung muß bereits in ihrem Kern unmittelbar zur Überwachung geeignet sein. Eine Anlage, die nur Daten auswerten kann, fällt nicht unter § 87. Später hat das BAG dieses Merkmal unter Hinweis auf das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wieder aufgegeben. Dadurch ist die Rechts-

20 Der Verfasser der Klausur übersieht, daß § 90 BetrVG auch ein Beratungsrecht des Betriebsrates vorsieht. Im übrigen bezieht sich § 90 neben den technischen Anlagen auch auf die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen.

21 Die Studenten haben sich im Vorfeld mit § 87 I Nr. 6 BetrVG insbesondere dadurch beschäftigt, daß sie einen Aufsatz von Michael Kort, EDV und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung, CR 1987, 300 ff. gelesen und miteinander diskutiert haben.

22 Das ist sehr knapp; hier wären weitere Erläuterungen durchaus sinnvoll gewesen.

lage bei § 87 **sehr unklar und schwammig** geworden; es ist damit zu rechnen, daß **fast jede Anlage, die Verhaltens- oder Leistungsdaten von Arbeitnehmern erheben, speichern oder auswerten kann**, unter das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats fällt.

d) Verhalten oder Leistung eines AN

Zu beachten ist, daß es um Daten gehen muß, die einem einzelnen Arbeitnehmer **zugeordnet** werden können. Gruppenverhalten oder Gruppenleistung ist nicht geschützt (anderer Ansicht aber neuerdings das BAG wegen des Überwachungsdrucks). Das BAG achtet aber **streng darauf, daß bei der Einteilung in Gruppen jede (!) Gruppe größer als 2 Personen ist**, da sonst bei Kenntnis der Daten des ersten Rückschlüsse auf den zweiten möglich wären.²³ Eine abteilungsweise Datenerfassung wäre also mitbestimmungspflichtig, wenn es Ein- oder Zwei-Mann/Frau-Abteilungen gäbe.

Wie sich Verhalten und Leistung zueinander verhalten, ist streitig („Verhalten“ als Oberbegriff?); der Streit hierüber ist aber letztlich akademisch und ohne praktische Relevanz. Verhalten ist ein willensgestütztes Tun. Darunter fallen also nicht unbewußte Gestik und Mimik, körperliche Gebrechen, Sprachfehler o.ä.

Nach **neuerer Rechtsprechung** stellt aber krankheitsbedingtes Fehlen ein Verhalten dar, weil unabhängig von dem objektiven Krankheitszustand das Kommen oder Fehlen einen Willensakt darstellt. Diese Argumentation ist gefährlich: Hier schützt sie den Arbeitnehmer. An anderer Stelle gefährdet sie den Arbeitnehmer, da sie „Krankfeiern“ und „Druckbergertum“ sowie „streberhaftes Verhalten“ suggeriert.²⁴

Nicht zu Verhalten oder Leistung zählen allgemeine Statusdaten (Name, Anschrift, Familienstand).²⁵

- 23 Natürlich „achtet“ nicht das BAG auf die Größe einer Gruppe, dies sollte der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der BAG-Rechtsprechung tun.
- 24 Was der Verfasser der Klausur damit meint, ist mir nicht hinreichend klar geworden. Seine Ausführungen dürften wohl so zu verstehen sein, daß der Verfasser auf der einen Seite den Schutz des erkrankten Arbeitnehmers über § 87 BetrVG als positiv empfindet, andererseits aber die Gefahr einer Speicherbarkeit von Krankheitsdaten sieht. Auf jeden Fall ist der Versuch einer eigenen Argumentation auch dann lobenswert, wenn die Argumente nicht sehr deutlich und überzeugend wirken.
- 25 Der Klausur merkt man an diesem Punkt an, daß ihrem Verfasser die Zeit knapp wurde. So fehlen wichtige Differenzierungen zu § 87; auf §94 BetrVG geht der Verfasser nicht mehr ein.