

Mitbestimmung und Beteiligungsrechte der MAV bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, § 36 Abs. 1 Nr. 9 MAVO

Teil 1

Was sind technische Einrichtungen? ▪ Beispiele ▪ Beteiligungsrechte der MAV

Die Digitalisierung hält immer mehr Einzug. Viele reden von Arbeit 4.0 und meinen damit die umfassende Digitalisierung der Arbeitswelt. Immer mehr Daten werden auch im Arbeitsverhältnis erhoben und gespeichert. Neue Technologien rufen bei vielen Menschen zunächst Ängste hervor. Man befürchtet die totale Kontrolle. Außerdem kann jede Form der Automatisierung von Arbeitsabläufen Personalabbau zur Folge haben. Vielfach ist hier die MAV als Interessenvertretung der Mitarbeiter¹ gefragt den Persönlichkeitsschutz des einzelnen Mitarbeiters gegen anonyme Kontrolleinrichtungen, die in den persönlichen Bereich des Mitarbeiters eingreifen, zu gewährleisten.

Gliederung der Arbeitshilfe:

- 1. Mitbestimmung und Beteiligungsrechte der MAV bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, § 36 Abs. 1 Nr. 9 MAVO (Seite 2-3)**
 - a) Rechtsgrundlage
 - b) Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen
 - aa) „technische Einrichtung“
 - bb) „Mitarbeiter“
 - cc) „Verhalten oder Leistung der Mitarbeiter überwachen“
 - dd) „dazu bestimmt“
- 2. Beispiele für technischen Einrichtungen (Seite 3-4)**
- 3. Mitbestimmung bei Einführung und Anwendung der technischen Überwachung (Seite 5)**
- 4. Missachtung des Zustimmungsverfahrens durch den Dienstgeber (Seite 5)**
- 5. Fazit (Seite 6)**

¹ Aus Gründen der Vereinfachung und der leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden nur die männliche Form verwendet, die jeweils auch für die weibliche steht.

1. Mitbestimmung und Beteiligungsrechte der MAV bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen

a) Rechtsgrundlage

§ 36 Abs. 1 Nr. 9 MAVO normiert ein Mitbestimmungsrecht der MAV bei der Einführung und Anwendung von **technischen Einrichtungen**, die **dazu bestimmt** sind, das **Verhalten oder die Leistung** der **Mitarbeiter** zu **überwachen**.

b) Die Tatbestandsmerkmale im Einzelnen:

aa) „technische Einrichtung“

Als technische Einrichtung werden Anlagen oder Geräte verstanden, die unter Verwendung nicht menschlicher, sondern anderweit erzeugter Energie mit allen Mitteln der Technik (optisch, akustisch, mechanisch, elektronisch etc.), eine selbständige Leistung, nämlich eine Kontrollwirkung erbringen, in dem sie Daten erheben oder auswerten.² Es kann sich dabei sowohl um Hardware wie um Software handeln. Unerheblich ist, ob das technische Gerät Daten aufzeichnet oder Informationen direkt übermittelt (Beispiele siehe Gliederungspunkt 2.).

bb) „Mitarbeiter“

Es müssen Mitarbeiter davon betroffen sein³. Ob die technische Einrichtung vorrangig mit dem Ziel eingesetzt wird, Mitarbeiter zu überwachen, oder die Überwachung der Mitarbeiter nur ein Nebenprodukt z.B. der Überwachung von Patienten oder anderen ist, spielt dabei keine Rolle. Sobald auch nur ein einziger Mitarbeiter – und sei es nur zufällig – durch die technische Einrichtung überwacht wird, ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.⁴

cc) „Verhalten oder Leistung der Mitarbeiter überwachen“

Die technische Einrichtung muss das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter überwachen. Laut Definition des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich bei „**Verhalten**“ um jede Art menschlichen Tuns (oder Unterlassens).⁵ Da der Verhaltensbegriff sehr weit gefasst ist und auch die **Leistung** des Mitarbeiters umfasst, kommt dem Leistungsbegriff im Kern keine eigenständige Bedeutung zu.⁶ „**Überwachung**“ meint das wahrnehmbar

² Sroka, in: Freiburger Kommentar zur Rahmen-MAVO, § 36 Rn 91.

³ Siehe zum Mitarbeiterbegriff § 3 MAVO

⁴ BAG, Beschluss vom 06.12.1983 – 1 ABR 43/81

⁵ BAG, Beschluss vom 11.03.1986 – 1 ABR 12/84

⁶ Sroka, in: Freiburger Kommentar zur Rahmen-MAVO, § 36 Rn 93.

machen dieses Tuns. Sobald eine technische Einrichtung also wahrnehmbar macht, was ein Mitarbeiter tut – oder auch nicht tut – ist dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt (Beispiel: Es reicht aus, wenn eine Telefonanlage älterer Bauart, einfach nur anzeigt, ob der Hörer des Telefonapparats einer Nebenstelle abgehoben ist oder nicht). Die Überwachung betrifft Leistung und Verhalten des Mitarbeiters, dagegen nicht die maschinelle Erfassung anderer Daten wie Statusdaten: u.a. Name, Anschrift, Geburtsdatum oder sonstige in der Person begründete Zustände wie z.B. Erreichen der Altersgrenze, Schwangerschaft.⁷

dd) „dazu bestimmt“

Die technische Einrichtung muss „dazu bestimmt sein“. Trotz des Wortlauts „dazu bestimmt sind“ kommt es nicht darauf an, ob der Dienstgeber damit ausschließlich, überwiegend oder vorrangig eine Überwachung des Verhaltens oder der Leistung beabsichtigt. Entscheidend ist, dass eine solche Kontrolle möglich und die technische Einrichtung nach ihrer Konstruktion zu einer objektiven Kontrolle geeignet ist.⁸ Die Zusicherung des Dienstgebers, von der Überwachungsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen, ist unbeachtlich.

2. Beispiele für technische Einrichtungen

- Zeiterfassungssysteme zur Erfassung der individuellen Arbeitszeit der Mitarbeiter (Beginn, Ende, Pausen etc.)
- Telefondatenerfassung durch Telefonanlagen, auch die Einzelverbindungs-nachweise des Telefondienstleisters, auch **Mobiltelefone** als Teil der betrieblichen Telefonanlage, dies gilt insbesondere für sog. „Blackberry“-Systeme und andere Systeme mit sog. „Pushmail“-Technologie, bei der E-Mail-Nachrichten sofort - in Echtzeit - ohne besondere Einwahl ins Firmennetzwerk auf das Mobiltelefon weitergeleitet werden. Hier kann sich der Mitarbeiter genötigt fühlen (oder entsprechend angewiesen sein), eingehende Anfragen sofort und letztlich rund um die Uhr zu bearbeiten, so dass ein erheblicher (Überwachungs-) Druck auf den Mitarbeiter entstehen kann. Bei Mobiltelefonen ist zu beachten, dass sog. „Local Based Services“, die die Ortung des Mobiltelefons zulassen, immer weiter auf dem Vormarsch sind. Technisch ist es schon längst möglich, ein Mobiltelefon weltweit zu orten, selbst dann wenn in die Geräte kein GPS-Modul eingebaut ist. Die Erstellung von Bewegungsprofilen von Mitarbeitern ist technisch möglich.

⁷ Sroka, in: Freiburger Kommentar zur Rahmen-MAVO, § 36 Rn 93; Jüngst, in: Thiel/Fuhrmann/Jüngst, Kommentar zur Rahmen-MAVO, § 36 Rn 114.

⁸ BAG, Beschluss vom 06.12.1983 – 1 ABR 43/81

- **Kopierer** mit persönlicher Codenummer für Benutzer⁹ (Der Kopierer macht nicht nur die gewünschte Kopie, sondern die Kopie wird im Speicher abgelegt; wer hat was, wann, wieviel kopiert wird protokolliert)
- **Dienstfahrzeuge** mit GPS-System (Daten werden gespeichert und können ausgelesen werden: Wie lange braucht man wohin? Kürzester Weg? Man kann jedem Mitarbeiter nachweisen, zu welcher Zeit er mit welcher Geschwindigkeit gefahren ist, wann er eine Pause gemacht hat usw.)
- Film-, Fernseh-, **Videokameras**, insbesondere Videoaufzeichnungssysteme mit Kontrollcharakter¹⁰ (Eine Kameraüberwachung ist verdeckt oder offen möglich. Hierbei sind unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen und Grenzen zu beachten.¹¹)
- EDV-Systeme, Softwarepakete (z.B. enthält das Programm „Outlook“ ein einfaches Log-Filesystem, welches den Bearbeitungszeitpunkt und die Bearbeitungsdauer von Dateien aufzeichnen kann, die sog. „Journal-Funktion“)
- **Keylogger-Programme** (Software, die sämtliche Tastatureingaben protokolliert und regelmäßig Bildschirmfotos (Screenshots) fertigt.¹²)
- Eine vom Dienstgeber betriebene **Facebookseite**¹³
- **Internet und E-Mail** (Die Kontrolle von E-Mail und Internetsurfen richtet sich vor allem danach, ob die Nutzung privat oder dienstlich erfolgte.¹⁴)
- **Cloud Computing** („Rechnerwolke“, beschreibt die Bereitstellung von IT-Infrastruktur wie beispielsweise Speicherplatz, Rechenleistung oder Anwendungssoftware als Dienstleistung über das Internet), wenn damit Verhaltens- oder Leistungsdaten der Beschäftigten in der Cloud gespeichert werden.

Grundsätzlich reicht es also aus, wenn eine Apparatur oder ein Mechanismus eingesetzt wird, der **einen gewissen Grad an Technisierung** erreicht.

⁹ OVG Münster, CR 1993, 375

¹⁰ BVerwG, Beschluss vom 31.08.1988 – 6 P 35/85; BAG, Urteil vom 27.03.2003 – 2 AZR 51/02

¹¹ BAG, Urteil vom 27.03.2003 – 2 AZR 51/02; Siehe hierzu auch die Arbeitshilfe unter A-Z „Datenschutz in kirchlichen Einrichtungen“, Seite 6, www.diag-mav-freiburg.de

¹² BAG, Urteil vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16

¹³ BAG, Beschluss vom 13.12.2016 – 1 ABR 7/15

¹⁴ Zur Vertiefung: Arbeitshilfe „Mitbestimmung und Beteiligungsrecht der MAV bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen Teil 2“, Rubrik: A-Z: www.diag-mav-freiburg.de

3. Mitbestimmung bei Einführung und Anwendung der technischen Überwachung

§ 36 MAVO beinhaltet die Voraussetzungen der Mitbestimmung¹⁵ und wird ergänzt durch das formelle Verfahren der Zustimmung nach § 33 MAVO.¹⁶

Das Mitbestimmungsrecht bezweckt den Schutz des Mitarbeiters vor modernen Technologien mit ihren vielfältigen Überwachungsmöglichkeiten bis hinein in deren Persönlichkeitsbereich. Das Mitbestimmungsrecht soll verhindern, dass die Mitarbeiter zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden.¹⁷

Das Mitbestimmungsrecht besteht bereits vor der **Einführung**, also bei der Gesamtheit aller Maßnahmen, die die geplante Anwendung schon vorbereiten. Einführung ist also nicht erst die erstmalige Anwendung einer bereits voll installierten technischen Einrichtung. Denn die beste Software nutzt nur wenig, wenn sie von der MAV nicht gebilligt und deshalb nicht in der Einrichtung eingeführt werden darf. Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich sodann auf die **Anwendung** der technischen Einrichtung, also die allgemeine Handhabung der Kontrolleinrichtung: Festlegung der Art und Weise ihrer Verwendung, Zeiten der Einschaltung, inhaltliche Gestaltung des Speicherungsprogramms und seiner Verwendung, Festlegung des Verwendungszwecks der gespeicherten Leistungs- und Verhaltensdaten. Hierzu kann die MAV eine entsprechende Dienstvereinbarung schließen.¹⁸

4. Was passiert bei Missachtung des Zustimmungsverfahrens durch den Dienstgeber?

Führt der Dienstgeber technische Überwachungseinrichtungen unter völliger Umgehung des Zustimmungsrechts der MAV ein, so kann die MAV im Rahmen des von ihr einzuleitenden Verfahrens beim Kirchlichen Arbeitsgericht gemäß § 2 Abs. 2 KAGO die Beseitigung der Anlage fordern. Sie kann auf weitere Unterlassung der Verwendung klagen. Notfalls ist eine einstweilige Verfügung gemäß § 52 KAGO geboten, die die MAV beim Kirchlichen Arbeitsgericht beantragen kann.¹⁹

¹⁵ Siehe Gliederungspunkt 1. der Arbeitshilfe.

¹⁶ Zur Vertiefung: Arbeitshilfe „Das Zustimmungsverfahren nach § 33 MAVO“, Rubrik A-Z: www.diag-mav-freiburg.de

¹⁷ BAG, Beschluss vom 06.12.1983 – 1 ABR 43/81

¹⁸ Zur Vertiefung: Arbeitshilfe „Mitbestimmung und Beteiligungsrecht der MAV bei der Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen Teil 2“, Rubrik A-Z: www.diag-mav-freiburg.de

¹⁹ Jüngst, in: Thiel/Fuhrmann/Jüngst, Kommentar zur Rahmen-MAVO, § 36 Rn 127.

FAZIT:

Die MAVO räumt der MAV in **§ 36 Abs. 1 Nr. 9** sehr weitgehende Mitbestimmungsmöglichkeiten im Hinblick auf technische Einrichtungen, die der Überwachung des Verhaltens oder der Leistung der Mitarbeiter dienen, ein. Die Regelung gewährleistet den **Persönlichkeitsschutz des einzelnen Mitarbeiters** gegen anonyme Kontrolleinrichtungen, die in den persönlichen Bereich des Mitarbeiters eingreifen. Dabei soll **bereits vor der Einführung**, der MAV die Möglichkeit gegeben werden, unzulässige Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich der Mitarbeiter abzuwehren und zu verhindern. An den Begriff der technischen Einrichtung sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Entgegen dem Wortlaut der Verordnung „die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen“, lässt die Rechtsprechung es genügen, dass die technischen Einrichtungen **objektiv zur Überwachung geeignet sind**. Ob diese Funktionen tatsächlich genutzt werden, ist für das Mitbestimmungsrecht unerheblich, es genügt, dass die Funktionen vorhanden sind. Führt der Dienstgeber technische Überwachungseinrichtungen unter völliger Umgehung des Zustimmungsrechts der MAV ein, so kann die MAV im Rahmen des von ihr einzuleitenden Verfahrens beim Kirchlichen Arbeitsgericht die Beseitigung der Anlage fordern.