

## **Informationen zur Mitbestimmung bei der Durchführung zur Befragung bezüglich der Pflegekammer in Baden-Württemberg**

(die folgenden Ausführungen gelten im Grundsatz auch für das LPVG sowie MVG und MAVO. Die entsprechenden Paragraphen werden am Schluss des Textes genannt)

### **1. Personalfragebogen (§ 94 BetrVG)**

Nach § 94 BetrVG bedürfen Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats sowohl hinsichtlich ihres Inhaltes als auch ihrer Anwendung überhaupt (vgl. BAG, Beschluss vom 09.07.1991 - 1 ABR 57/90, NZA 1992, 126).

Der Fragebogen zum Thema „Pflegekammer in Baden-Württemberg“ kann als Personalfragebogen im Sinne des § 94 BetrVG gewertet werden. Unter einem Personalfragebogen sind alle formularmäßig gefassten Zusammenstellungen von auszufüllenden oder zu beantwortenden Fragen zu verstehen, die Aufschluss über die Person, Kenntnis und Fertigkeiten des Befragten geben sollen (BAG 21.09.1993, 1 ABR 28/93, AP Nr. 4 zu § 94 BetrVG 1972). Der Begriff ist nach überwiegender Ansicht weit auszulegen und umfasst alle formalisierten, standardisierten Informationserhebungen des Arbeitgebers im Hinblick auf Arbeitnehmerdaten, so dass beispielsweise auch Befragungen mittels Internet/Intranet umfasst sind (vgl. DKK-Klebe, 13. Aufl., BetrVG, § 94 Rn. 3).

Das Mitbestimmungsrecht ist jedoch nur insoweit tangiert, als der Arbeitgeber selbst Personalfragebögen verwendet, um von den Arbeitnehmer\*innen Daten über persönliche Verhältnisse, wie die Haltung zu der Errichtung einer Pflegekammer zu erlangen. In der vorliegenden Fallgestaltung kam der Anstoß der Fragebogenaktion von Seiten des Sozialministeriums, welches wiederum mit der weitergehenden Umsetzung derselben sich zunächst eines Dritten (Kantar Deutschland GmbH) bedient und letztlich über die Geschäftsführungen/ Einrichtungsleitungen die Durchführung der Fragebogenaktion in die Einrichtungen/Betriebe betreibt. Einen Umsetzungszwang der Fragebogenaktion für die Einrichtungen/Betriebe gibt es nicht. Die Geschäftsführungen der zufällig ausgewählten Einrichtungen/Betriebe, die bereit sind, die Befragung zu unterstützen, nennen dem Befragungsinstitut die Namen der bei ihnen beschäftigten Pflegefachkräfte. Es sollen in kleineren Einrichtungen alle Pflegefachkräfte befragt werden; in größeren sollen die zu Befragenden ebenfalls zufällig ausgewählt werden. Auch Auszubildende werden befragt.

Das LAG Hessen bereits einen innerdeutschen Arbeitgeber zur Einhaltung des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG verpflichtet, obwohl dieser ohne Einfluss auf Inhalt und Gestaltung der Fragebögen zu haben, eine von der ausländischen Konzernmuttergesellschaft initiierte Befragungsaktion durchführen hat lassen.

## LAG Hessen, Beschluss vom 5. 7. 2001 - 5 TaBV 153/00, NZA-RR 2002, 200

„(...)

1. Der Streitgegenständliche Unterlassungsanspruch scheidet nicht daran, dass die Arbeitgeberin im Zusammenhang mit der Befragung nichts tut, was sie unterlassen könnte, weil sie selbst über das konzerninterne Kommunikationssystem keine Fragebögen verschickt. Diese Sichtweise der Arbeitgeberin greift zu kurz. Sie betreibt im Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes ein Unternehmen und hat hierzu Arbeitsplätze eingerichtet, die sie mit PCs ausgestattet hat. Über diese EDV-Ausrüstung sind die von der Arbeitgeberin dort beschäftigten Arbeitnehmer an das konzerninterne Intranet angeschlossen und per E-Mail erreichbar. Damit hat die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmer für die Übermittlung von elektronischen Daten zugänglich gemacht. Sie trägt als Unternehmerin die Verantwortung dafür, dass die von ihr beschäftigten Arbeitnehmer über die von ihr erworbene und unterhaltene EDV-Ausrüstung elektronisch ansprechbar sind. **Es geht also durchaus auf ein Verhalten der Arbeitgeberin zurück, wenn ihre Arbeitnehmer auf dem geschilderten Wege den Streitgegenständlichen periodischen Fragebogenaktionen ausgesetzt sind, auch wenn die Fragestellungen nicht von ihr veranlasst und gesteuert werden.**

(...)

Es bleibt der Arbeitgeberin also vorbehalten, eine Verständigung mit dem Gesamtbetriebsrat zu suchen und für den Fall des Scheiterns die Einigungsstelle anzurufen, deren Entscheidung abzuwarten wäre. **Es trifft wohl zu, dass die Arbeitgeberin nicht die Position hat, der amerikanischen Konzernspitze eine Weisung zur Unterlassung der Fragebogenaktion zu erteilen. Vielmehr trifft es zu, dass sie in einem Abhängigkeitsverhältnis zur amerikanischen Muttergesellschaft steht. Die Arbeitgeberin steht aber auch in einem Abhängigkeitsverhältnis zur deutschen Rechtsordnung. Unter Hinweis auf diesen Umstand wird sie von der Konzernspitze den Inhalt der beabsichtigten Fragestellung für die nächste Fragebogensequenz zu ermitteln haben und erforderlichenfalls in der Einigungsstelle zur Abstimmung bringen.** Die Einigungsstelle hat ihre Entscheidung unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebsrats und der betroffenen Arbeitnehmer nach billigem Ermessen zu treffen ( § 76 Absatz V 3 BetrVG). (...)

**(Hervorhebungen** nachträglich durch Unterfertigte)

Wenn bereits das zur Verfügung stellen von Kommunikationseinrichtungen, über die eine Befragungsaktion abgewickelt wird, bereits als ausreichend anzusehen ist, dass die Befragungsaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers zurückzuführen ist, dann ist erst Recht davon auszugehen, dass in der vorliegenden Fallgestaltung die Befragungsaktion auf ein Verhalten des jeweiligen Arbeitgebers zurückzuführen ist, da über die Einrichtungsleitungen letztendlich die unmittelbare Durchführung der Befragungsaktion erfolgt. Insofern wird man davon ausgehen haben, dass vorliegend die jeweiligen Arbeitgeber die Fragebögen im Sinne des § 94 BetrVG verwendet, insbesondere dann, wenn auch der Rücklauf der ausgefüllten Fragebögen über die Einrichtungsleitungen organisiert ist.

Die Mitbestimmungspflichtigkeit entfällt ferner dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Befragung als freiwillig bezeichnet und die Arbeitnehmer nicht zur Teilnahme verpflichtet sind bzw. unabhängig davon, ob die Fragen vom Arbeitgeber oder von einem Dritten gestellt werden.

Wie sich auch aus der oben zitierten Entscheidung des LAG Hessen vom 5. 7. 2001 bereits entnehmen lässt, ist für das Bestehen des Mitbestimmungsrechts nach § 94 BetrVG nicht von Bedeutung, von wem die Fragen gestellt werden, ob vom Arbeitgeber oder von einem Dritten (vgl. dazu auch GK-BetrVG, § 94 Rn. 15 unter Hinweis auf Klebe/DKK § 94 Rn. 3), so dass es unerheblich ist, dass im vorliegenden Fall seitens des Staatsministeriums die beabsichtigte Fragebogenaktion initiiert wurde. Auch die Freiwilligkeit der Befragungsaktion ist mitbestimmungsrechtlich nicht von Bedeutung, da ausreichend ist, dass die Fragebögen auf Veranlassung der Einrichtungsleitungen faktisch im Betrieb Verwendung finden (vgl. LAG Köln, Beschluss vom 21. 4. 1997 - 3 TaBV 79/96, NZA-RR 1997, 481).

Die Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 94 BetrVG könnte nach überwiegender Ansicht jedoch dann entfallen, falls die Befragung anonym erfolgt. Dies wird letztendlich mit dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts begründet.

Aus dem vorliegenden Fragebogen wird zwar ersichtlich, dass kein Name oder konkrete Geburtsdaten abgefragt werden, jedoch sollen die Fragebögen dahingehend codiert sein, dass diese den jeweiligen Einrichtungen zugeordnet werden können. Ferner werden unter den Abschnitten 4. bis 10. personenbezogene Daten, beispielsweise der Berufsabschluss, die aktuelle Funktion/Position in der Einrichtung, das Geschlecht, eine Altersclusterung, die Dauer der Berufserfahrung, Zusatzqualifikationen, Arbeitszeitumfang etc. abgefragt. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass je nach Einrichtunggröße und Belegschaftsstruktur durch die Beantwortung der Abschnitte 4. bis 10. oder bereits durch Eingabe der Kennung und des Passworts bei der Onlinebefragung die Anonymität der Befragung nicht mehr gewahrt ist.

Wenn man von der Mitbestimmungspflichtigkeit der Fragebogenaktion nach § 94 BetrVG ausgeht, hat ein Betriebsrat gegen den Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Durchführung der Befragung, solange bis das Mitbestimmungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt wurde. Dieser Unterlassungsanspruch ist aus den zu § 87 BetrVG entwickelten Gründen, die auch hier gelten, anzuerkennen (DKK-Klebe, 12. Aufl., BetrVG, § 94 Rn. 44). Denn bei der Wertung der im Gesetz vorgesehenen Rechte kann aus diesem allgemeinen Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit als Nebenpflicht grundsätzlich auch das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegensteht. Auch das Arbeitsgericht München stützte in vergleichbaren Fällen, in denen Personalfragebögen ohne Beteiligung des Betriebsrats eingeführt wurden, den Anspruch auf den allgemeinen Unterlassungsanspruch (vgl. ArbG München 04.04.2007, 3 BVGa 12/07; 11.04.2002, 38 BVGa 24/02).

#### **ArbG München 04.04.2007, 3 BVGa 12/07**

„(...)

c) **Der Antragsteller hat wegen des Verstoßes gegen sein Mitbestimmungsrecht aus § 94 Abs. 1 BetrVG einen allgemeinen Unterlassungsanspruch.** Die besondere Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat gibt dem Betriebsrat einen selbständigen Nebenleistungsanspruch gegen den Arbeitgeber, mitbestimmungswidrige Maßnahmen bis zum ordnungsgemäßen Abschluss des Mitbestimmungsverfahrens zu unterlassen (vgl. Däubler/Kittner/Klebe, § 94 BetrVG, Rn. 44). Hierzu gehört vorliegend insbesondere die Unterlassung, weitere Emails mit einer MS-Excel-Datei "Bewerbungsbogen" an die Arbeitnehmer

zu übersenden. Da die Antragsgegnerin bereits am 22.03.2007 mit der Durchführung des Stellenbesetzungsverfahrens begonnen hat und daher eine Reihe von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bereits entsprechende Emails enthalten haben und gegebenenfalls auch bereits zurückgesandt haben, gehört hierzu auch die Unterlassung, rückläufige Bewerbungsbögen auszuwerten sowie sonstige im Zusammenhang mit dem Stellenbesetzungsverfahren anfallende Daten auszuwerten. Um das Mitbestimmungsrecht des Antragsstellers ausreichend zu sichern, hat die Antragsgegnerin bereits erhobene und gespeicherte Daten sowie Dateien zu löschen beziehungsweise zu vernichten. (...)“

**(Hervorhebung** nachträglich durch Unterfertigte)

## 2. Online-Fragebogen (§ 87 I 1 Ziffer 6 BetrVG)

§ 87 I 1 Ziffer 6 BetrVG besagt, dass der Betriebsrat mitzubestimmen hat bei der „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.“

Entgegen dem missverständlichen Wortlaut des § 87 I 1 Ziffer 6 BetrVG ist aber nach allgemeiner Meinung nicht erforderlich, dass die technische Einrichtung ausschließlich oder überwiegend die Überwachung der Arbeitnehmer zum Ziel hat. Insbesondere braucht der Arbeitgeber eine Überwachung der Arbeitnehmer nicht zu beabsichtigen. Entsprechend dem Zweck der Norm, die Arbeitnehmer präventiv vor Eingriffen in ihren Persönlichkeitsbereich zu schützen, genügt es, wenn die Einrichtung auf Grund ihrer technischen Gegebenheiten und ihres konkreten Einsatzes objektiv zur Überwachung der Arbeitnehmer geeignet ist. Unerheblich ist somit die primäre Verwendung der technischen Einrichtung. Das Mitbestimmungsrecht entfällt selbst dann nicht, wenn der Arbeitgeber erklärt, mit der technischen Einrichtung keine Kontrollen durchführen zu wollen oder die Überwachung eine arbeitsnotwendige Maßnahme darstellt.

Ausweislich des Fragebogens soll dieser auch online auszufüllen sein. Dabei hat man sich mit einer Kennung und einem Passwort zu authentifizieren. Mangels näherer Informationen über die jeweilige konkrete Ausgestaltung der Onlinebefragung ist eine konkrete Aussage zur Mitbestimmungspflichtigkeit gegenwärtig nicht möglich. Selbst wenn allein durch die Authentifizierung ein Rückschluss auf Leistung/Verhalten eines Arbeitnehmers noch nicht möglich sein sollte, so werden erfahrungsgemäß bei Onlinebefragungen verschiedenste technische Daten, die wiederum Aufschluss über den Nutzer geben können, z. B. IP-Adressen, erfasst, oder Zugriffe in Logdateien dokumentiert. Es spricht daher je nach konkreter Ausgestaltung des technischen Verfahrens eine entsprechende Wahrscheinlichkeit für die Mitbestimmungspflichtigkeit nach § 87 I 1 Ziffer 6 BetrVG.

## 3. Weitere Mitbestimmungstatbestände

Je nach konkreter betrieblicher Ausgestaltung der Durchführung der Befragung könnten auch noch weitere Mitbestimmungstatbestände einschlägig sein, so beispielsweise § 87 I 1 Ziffer 1 BetrVG bzgl. „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“.

## **Personalvertretungsrecht/Mitarbeitervertretungsrecht**

### 1. Personalfragebogen

Nach **Paragraph 75 Absatz 3 Ziffer 3. LPVG** Baden-Württemberg hat ein Personalrat mitzubestimmen über den Inhalt von Personalfragebögen. Im Grundsatz gilt das oben zu § 94 BetrVG ausgeführte entsprechend. Angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 75 Absatz 3 Ziffer 3. LPVG bezieht sich das Mitbestimmungsrecht des Personalrats hier nicht auf die Einführung des Personalfragebogens, sondern auf seine inhaltliche Ausgestaltung.

Auch im Personalvertretungsrecht ist von einem mitbestimmungspflichtigen Personalfragebogen auszugehen, wenn, wie im vorliegenden Fall, mit Wissen und Billigung der Dienststelle ein von Dritten verwendeter Fragebogen von der Dienststelle unmittelbar den Beschäftigten der Dienststelle überlassen wird.

Mitbestimmungsrechte bestehen auch nach § 39 a) MVG bzw. § 36 Abs. 1 Ziffer 5 MAVO über Inhalt und Verwendung von Personalfragebögen für Mitarbeitende.

### 2. Online-Fragebogen

Ein dem § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG korrespondierendes Mitbestimmungsrecht des Personalrats ergibt sich aus Paragraph 75 Absatz 4 Ziffern 11 und 13 LPVG.

§ 40 j) MVG gewährt der Mitarbeitervertretung bereits bei der Einführung von Maßnahmen und nicht nur bei der Einführung von technischen Einrichtungen, die dazu geeignet sind, das Verhalten oder die Leistung der Mitarbeiter zu überwachen ein Mitbestimmungsrecht.

§ 36 Abs. 1 Ziffer 9 MAVO gewährt wiederum der Mitarbeitervertretung ein dem § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG korrespondierendes Zustimmungsrecht.

**Höchstvorsorglich muss an dieser Stelle darauf aufmerksam gemacht werden, dass die vorgenannten Ausführungen Rechtsmeinungen darstellen und dass bei einem Streit hierüber letztlich eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen wäre.**

**Eine Veröffentlichung von** ver.di Baden- Württemberg, Fachbereich Gesundheit, Soziale Dienste, Wohlfahrt und Kirchen, Theodor-Heuss-Str. 2/1, 70174 Stuttgart.

Verantwortlich: Irene Gözl, irene.goelz(a)verdi.de ;

Bearbeitung: Irene Gözl in Zusammenarbeit mit RA Andreas Müller, seebacher.fleischmann.müller Kanzlei für Arbeitsrecht, München