

Digitale Klausurenwerk- statt Arbeitsrecht

**Friederike Malorny, Antje Rech, Jan Alexan-
der Daum**

Erstellt am 27. August 2025

Inhaltsverzeichnis

Fall 4 – Betriebsverfassungsrecht IV	3
Einführung	3
Sachverhalt	3
Lösung	5
Frage 1	6
A. Zulässigkeit	6
I. Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten.	6
II. Zuständigkeit	6
1. § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG	6
2. § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG	7
a) Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats als streitentscheidende Fragestellung.	7
b) Antragsteller irrelevant.	7
c) Zwischenergebnis	7
3. Zwischenergebnis	8
III. Richtige Antragsart	8
IV. Ordnungsgemäße Antragstellung	8
V. Beteiligtenbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen	8
VI. Zwischenergebnis	8
B. Begründetheit	8
I. Unterlassungsanspruch gem. § 23 Abs. 3 BetrVG	9
1. Grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers	9
II. Allgemeiner Unterlassungsanspruch	10
1. Herleitung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs	10
a) Ablehnung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs	10
b) Anerkennung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs	10
2. Voraussetzungen des allgemeinen Unterlassungsanspruchs	11
a) Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	11
aa) Voraussetzungen des Mitbestimmungstatbestandes	11
(1) Gesetzes- und Tarifvorrang (§ 87 Abs. 1 Einleitungshalbs. BetrVG)	11
(2) Technische Einrichtung	11
(3) Bestimmung zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung	12
(a) Subjektiv-finaler Ansatz	12
(b) Objektiv-finaler Ansatz	12
(c) Streitentscheid	13
(d) Zwischenergebnis	14
(4) Einführung oder Anwendung	14
(5) Zwischenergebnis	14
bb) Zuständigkeit des Betriebsrats des Betriebes M	15
(1) Angelegenheit mit betriebsübergreifender Bedeutung	15
(2) Zwingendes Erfordernis für unternehmenseinheitliche oder betriebsübergrei-	

fende Regelung.	15
cc) Zwischenergebnis	16
b) Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.	16
3. Zwischenergebnis	17
III. Zwischenergebnis	17
C. Ergebnis	17
Frage 2:	17
A. Hinzuziehung eines Sachverständigen gem. § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG	17
I. Sachverständiger.	18
II. Bei der Durchführung einer Aufgabe des Betriebsrates	18
III. Erforderlichkeit	18
1. Vorrang innerbetrieblicher Erkenntnisquellen.	18
2. Unwiderlegliche Erforderlichkeitsvermutung bei der Einführung oder Anwendung Künstlicher Intelligenz (§ 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG)	18
IV. Nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber	19
B. Ergebnis	20

Fall 4 – Betriebsverfassungsrecht IV

Einführung

Sachverhalt

Angelehnt an BAG 08.03.2022 - 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134

Hinweis zum Umfang der Klausur: Die Bearbeitungszeit beträgt zwei Stunden.

Hinweis: Im Folgenden wird zur besseren Lesbarkeit zufällig entweder das generische Maskulinum, das generische Femininum oder die movierte Form verwendet. Jeweils sind Personen aller Geschlechter gleichermaßen umfasst und gleichberechtigt angesprochen.

?!

Die A-GmbH ist ein mittelständisches Unternehmen der Metall- und Elektroindustrie mit Sitz in der Stadt Köln. Es verfügt über die drei Betriebe M (Standort Münster), B (Standort Bochum) und K (Standort Köln). In jedem dieser drei Betriebe besteht ein Betriebsrat. Es wurde daher gem. § 47 Abs. 1 BetrVG ein Gesamtbetriebsrat für die A-GmbH errichtet.

Die Geschäftsführung der A-GmbH plant, das von der M-AG angebotene Softwarepaket „Microsoft 365“ unternehmensweit einzuführen. Dieses Softwarepaket umfasst insbesondere die gängigen Office-Anwendungen („Word“, „Excel“, „PowerPoint“ und den E-Mail-Dienst „Outlook“), den Messaging-Dienst „Teams“ sowie das Dokumentenmanagementsystem „SharePoint“. Diese Anwendungen sollen von den Arbeitnehmern bei ihrer täglichen Arbeit genutzt werden. Die Anwendungen zeichnen bei ihrer Benutzung Daten über das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer auf, zum Beispiel zu welcher Tageszeit ein Dokument bearbeitet wurde. Diese Nutzerdaten können vom Administrator – also der A-GmbH – eingesehen werden und individuellen Arbeitnehmern zugeordnet werden. Die A-GmbH hat allerdings kein Interesse daran, diese Programme zur Leistungskontrolle einzusetzen. Sie möchte lediglich die IT-Systeme in ihrem Unternehmen auf den neuesten Stand bringen und ihren Arbeitnehmern so die neuesten technischen Mittel zur Erledigung ihrer Arbeit zur Verfügung stellen.

Im Softwarepaket ist zudem die Anwendung „Workplace Analytics“ enthalten. „Workplace Analytics“ erfasst alle Daten, die bei der Nutzung der gängigen Office-Anwendungen anfallen und erstellt auf dieser Grundlage anonymisierte Leistungsanalysen. Dem Administrator – also der A-GmbH – wird es damit ermöglicht, nachzuvollziehen, wie lange die Arbeitnehmer im Durchschnitt für die Bearbeitung bestimmter Arbeitsaufträge benötigt haben. Das Programm analysiert die einzelnen Arbeitsschritte, die mithilfe der Office-Anwendungen vorgenommen wurden und gibt Verbesserungsvorschläge für zukünftige Arbeitsvorgänge. Diese Leistungsanalysen betreffen keine individuellen Arbeitnehmer. Sie werden lediglich für einzelne Arbeitsteams, die aus jeweils fünf Arbeitnehmern bestehen und jeweils für eigene Projekte verantwortlich sind, generiert. „Workplace Analytics“ verwendet zur Erstellung der Leistungsanalysen Techniken des maschinellen Lernens, die nach allgemeiner Ansicht in der Informatik zum Gebiet der sog. Künstlichen Intelligenz zählen. Die genaue Funktionsweise von „Workplace Analytics“ ist technisch hochkomplex und für Außenstehende intransparent.

Die A-GmbH beabsichtigt, mit der M-AG einen Vertrag über die Bereitstellung des Softwarepakets zu schließen. Die M-AG bietet das Softwarepaket für Unternehmen ausschließlich in Form der sog. „1-Tenant-Lösung“ an. Die „1-Tenant-Lösung“ sieht vor, dass für das Softwarepaket ausschließlich das Kundenunternehmen – in diesem Fall also die A-GmbH – als sog. Tenant (engl. für „Mieter“) angelegt wird. Allein dem Tenant werden die zentralen Administrationsrechte und der alleinige Zugriff auf die in einer Cloud gespeicherten Daten eingeräumt. Insbesondere kann grundsätzlich nur der Tenant die genauen Systemeinstellungen für alle Anwendungen des Softwarepakets steuern und festlegen. Die theoretisch denkbare „Multi-Tenant-Lösung“, bei der mehrere Personen als Tenant festgelegt werden, würde die Funktionalität des Softwarepakets stark einschränken und wird daher von der M-AG nicht angeboten.

Lediglich für einen Teil des Softwarepakets – die Office-Anwendungen – ist es auch im Rahmen der „1-Tenant-Lösung“ möglich, die Systemeinstellungen dezentral zu steuern. Der Tenant kann dazu einzelne zugriffsberechtigte Benutzer bestimmen, die für ihren Zuständigkeitsbereich spezifische Einstellungen festlegen können. Aus technischer Sicht wäre es also zum Beispiel möglich, in jedem der drei Betriebe M, B und K eigenständig festzulegen, welche Daten von den Office-Anwendungen verarbeitet und in der Cloud gespeichert werden sollen. Die bei der Nutzung anfallenden Daten würden dabei jedoch weiterhin allein auf der unternehmenseinheitlichen Cloud gespeichert werden, auf die die A-GmbH als Tenant den alleinigen Zugriff hat.

Die Geschäftsführung informierte den Gesamtbetriebsrat am 01. Februar über die geplante Einführung des neuen Softwarepakets. Der Gesamtbetriebsrat stimmte der unternehmensweiten Nutzung des Softwarepakets am 01. Mai in einer mit der Geschäftsführung der A-GmbH abgeschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarung zu.

Der Betriebsrat des Betriebs M sieht sich hierdurch in seinen Mitbestimmungsrechten verletzt. Es könne nicht sein, dass die Geschäftsführung einfach „über die Köpfe der Betroffenen hinweg“ mit dem Gesamtbetriebsrat die Einführung eines neuen Softwarepakets beschließt. Der Gesamtbetriebsrat habe keine Einblicke in die betriebliche Realität am Standort Münster. Die Rechte der Arbeitnehmer des Betriebs M seien daher durch die Gesamtbetriebsvereinbarung nicht hinreichend gewahrt. Es bestehe auch keine zwingende Notwendigkeit, den Einsatz von „Microsoft 365“ unternehmenseinheitlich zu regeln. Schließlich bestehe die technische Möglichkeit, die Einstellungen für die Office-Anwendungen dezentral – also vor Ort in den Betrieben – zu regeln. Der Gesamtbetriebsrat sei daher überhaupt nicht zuständig für die Mitbestimmung zur Einführung des Softwarepakets.

Der Betriebsrat des Betriebs M beantragt daher beim Arbeitsgericht Münster, dass die Einführung des Softwarepakets solange unterlassen wird, bis eine Zustimmung durch den Betriebsrat des Betriebs M vorliegt. Die A-GmbH meint, der Betriebsrat des Betriebs M könne ausschließlich am Unternehmenssitz der A-GmbH – also beim Arbeitsgericht Köln – einen entsprechenden Antrag stellen.

Frage 1: Hat der Antrag des Betriebsrats des Betriebs M Aussicht auf Erfolg?

Frage 2: Hätte der Gesamtbetriebsrat im Rahmen der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einen Sachverständigen zur Unterstützung bei komplexen technischen Fragestellungen hinzuziehen können? Was wäre dem Gesamtbetriebsrat zu raten gewesen, wenn der Arbeitgeber die Sachverständigenhilfe verweigert hätte?

Lösung

Nun folgt die Falllösung. Es empfiehlt sich, die Fälle im Rahmen eines Peer-Learning Verfahrens zu besprechen, s. Einführungsvideo zum Peer-Learning.

Im Übrigen haben Sie die Möglichkeit, sich zusätzlich zur ausformulierten Lösung ein ausführliches Fallbesprechungsvideo anzuschauen.

?!

Frage 1

Der Antrag des Betriebsrats des Betriebs M hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit er begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Antrag müsste zunächst zulässig sein.

I. Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten

Es handelt sich hier um eine betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeit, für die gem. § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten im Beschlussverfahren eröffnet ist.

II. Zuständigkeit

Das Arbeitsgericht Münster müsste ferner sachlich und örtlich zuständig sein.

Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Münster ergibt sich aus § 8 Abs. 1 ArbGG, wonach die Arbeitsgerichte im ersten Rechtszug unabhängig vom Streitwert zuständig sind.

Die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes in einem Beschlussverfahren richtet sich nach der speziellen Vorschrift des § 82 ArbGG. Nach dieser Vorschrift kommt es für die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts darauf an, ob es sich um eine Angelegenheit des örtlichen Betriebsrats (§ 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG) oder um eine Angelegenheit des Gesamtbetriebsrats (§ 82 Abs. 1 S. 2 BetrVG) handelt.

1. § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG

Nach § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG ist das Arbeitsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Betrieb liegt. Vorliegend macht der Betriebsrat des in Münster verorteten Betriebs M ein eigenes Mitbestimmungsrecht geltend. Folglich könnte gem. § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG von einer örtlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Münsters ausgegangen werden.

2. § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG

Allerdings steht dem Betriebsrat des Betriebs M nur dann ein eigenes Mitbestimmungsrecht zu, wenn nicht der Gesamtbetriebsrat gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG für die Einführung des neuen Softwarepakets zuständig ist. Sollte es sich hier um eine Angelegenheit des Gesamtbetriebsrats handeln, würde sich die örtliche Zuständigkeit gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG nach dem Sitz des Unternehmens richten. Für die Ermittlung des örtlich zuständigen Gerichts ist daher maßgeblich, ob die Mitbestimmung der Einführung des neuen Softwarepakets „Microsoft 365“ in die originäre Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats fällt. Die A-GmbH hat ihren Sitz in Köln, sodass hiernach das Arbeitsgericht Köln zuständig wäre.

Die Frage, ob der Gesamtbetriebsrat für die Mitbestimmung bei der Einführung des Softwarepakets zuständig ist, ist somit sowohl für die Begründetheit als auch für die Zulässigkeit des Antrags entscheidend (sog. doppelrelevante Tatsache). Die Behandlung doppelrelevanter Tatsachen ist insofern problematisch, als es einerseits nicht zu einer Vorwegnahme materiell-rechtlicher Fragestellungen im Rahmen der Zulässigkeit und andererseits nicht zur Entscheidung eines Gerichts über Rechtsfragen, für das Gericht nicht zuständig ist, kommen soll.

a) Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats als streitentscheidende Fragestellung

Um eine Vorwegnahme materiell-rechtlicher Fragestellungen zu vermeiden, kommt es für die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nach § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG nur darauf an, ob die etwaige Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den zugrunde liegenden Rechtsstreit streitentscheidend ist. Die Frage, ob der Gesamtbetriebsrat tatsächlich gem. § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts ist, ist hingegen im Rahmen der Zuständigkeit noch nicht zu klären.

Im vorliegenden Fall würde bei einer Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats des Betriebes M bestehen. Das wiederum hätte zur Folge, dass auch der Unterlassungsantrag des Betriebes keinen Erfolg hätte. Somit ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates im vorliegenden Fall streitentscheidend.

b) Antragsteller irrelevant

Um darüber hinaus die Entscheidung eines unzuständigen Gerichts möglichst auszuschließen, kommt es zudem nicht darauf an, wer Antragsteller ist. Auch der Umstand, dass im vorliegenden Fall der örtliche Betriebsrat des Betriebs M Antragsteller ist, führt für sich betrachtet somit noch nicht zur örtlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Münster.

c) Zwischenergebnis

Für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit ist daher allein auf § 82 Abs. 1 S. 2 ArbGG abzustellen. Gemäß § 82 Abs. 1 S. 1 ArbGG sollen Rechtsfragen, die den Gesamtbetriebsrat betreffen, am Unternehmenssitz geklärt werden. Die A-GmbH hat ihren Sitz in Köln, sodass nicht das Arbeitsgericht Münster, sondern das Arbeitsgericht Köln örtlich zuständig ist.

3. Zwischenergebnis

Das Arbeitsgericht Münster ist somit nicht örtlich zuständig. Dies führt im Arbeitsgerichtsprozess jedoch nicht zur Unzulässigkeit der Klage. Vielmehr findet gem. §§ 80 Abs. 3, 48 Abs. 1 ArbGG die Vorschrift des § 17a GVG entsprechende Anwendung. Das Arbeitsgericht Münster hat den Rechtsstreit daher gem. §§ 80 Abs. 3, 48 Abs. 1 ArbGG iVm § 17a Abs. 2 GVG an das örtlich zuständige Gericht, also an das Arbeitsgericht Köln, zu verweisen.

III. Richtige Antragsart

Der Betriebsrat verlangt eine Unterlassung und hat damit den richtigen Antrag für sein Begehren gestellt.

IV. Ordnungsgemäße Antragstellung

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass der Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung der Einführung des Softwarepakets gem. §§ 81, 80 Abs. 2, 46 Abs. 2 ArbGG iVm § 253 Abs. 2 ZPO hinreichend bestimmt ist.

V. Beteiligtenbezogene Sachentscheidungsvoraussetzungen

Der Betriebsrat des Betriebs M ist gemäß § 10 S. 1 Hs. 2 ArbGG beteiligtenfähig. Er ist weiterhin im Beschlussverfahren gem. §§ 80 Abs. 2, 46 Abs. 2 ArbGG iVm § 51 Abs. 1 ZPO prozessfähig, soweit ihm durch das BetrVG Rechte und Pflichten zugewiesen sind. Die Postulationsfähigkeit des Betriebsrates ergibt sich aus § 11 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

Der Betriebsrat macht ein Mitbestimmungsrecht und damit ein eigenes Recht geltend. Er ist somit antragsbefugt.

VI. Zwischenergebnis

Das Arbeitsgericht Münster hat den Rechtsstreit gem. §§ 80 Abs. 3, 48 Abs. 1 ArbGG iVm § 17a Abs. 2 GVG an das örtlich zuständige Gericht, also an das Arbeitsgericht Köln, zu verweisen. Die Klage ist gleichwohl zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag des Betriebsrats des Betriebes M müsste begründet sein. Das ist der Fall, wenn der Betriebsrat von der A-GmbH verlangen kann, die Einführung des Softwarepakets „Microsoft 365“ solange zu unterlassen, bis seine Zustimmung eingeholt wurde. Dem Betriebsrat müsste also ein Unterlassungsanspruch zukommen.

I. Unterlassungsanspruch gem. § 23 Abs. 3 BetrVG

Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates könnte sich zunächst aus § 23 Abs. 3 S. 1 BetrVG ergeben. Danach kann der Betriebsrat bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine pflichtwidrige Handlung zu unterlassen.

1. Grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers

Entgegen dem Wortlaut ist der Unterlassungsanspruch nicht auf Verstöße gegen Pflichten aus dem BetrVG beschränkt. Vielmehr werden auch andere Pflichten des Arbeitgebers erfasst, sofern sie das betriebsverfassungsrechtliche Verhältnis zum Betriebsrat betreffen (zB Pflichten aus anderen Gesetzen wie § 17 Abs. 3 KSchG; Pflichten aus Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung). Nicht erfasst werden hingegen Pflichten des Arbeitgebers, die ihre Grundlage ausschließlich im Einzelarbeitsvertrag haben.

Eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitgebers liegt vor, wenn die Pflichtverletzung objektiv erheblich und offensichtlich schwerwiegend ist. Auf ein Verschulden oder eine etwaige Wiederholungsgefahr kommt es dabei nicht an. Ebenso kann bereits eine einmalige Pflichtverletzung ausreichend sein. Keine grobe Pflichtverletzung liegt hingegen vor, wenn der Arbeitgeber eine vertretbare Rechtsauffassung in einer schwierigen und ungeklärten Rechtsfrage vertritt.¹

Hier könnte sich eine grobe Pflichtverletzung aus der vom Arbeitgeber vertretenen Rechtsauffassung, allein der Gesamtbetriebsrat sei für die Mitbestimmung der Einführung eines unternehmenseinheitlich eingesetzten Softwarepakets zuständig, ergeben. Der Gesamtbetriebsrat ist gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig für die Behandlung von Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Das Softwarepaket „Microsoft 365“ soll einheitlich im gesamten Unternehmen eingeführt werden und betrifft damit alle Betriebe der A-GmbH. Zwar ist es technisch möglich, die Einstellungen bestimmter Teile des Softwarepakets dezentral auf Betriebsebene zu steuern. Bei einer solchen dezentralen Ausübung der Administrationsrechte könnte es jedoch zu Problemen bei der betriebsübergreifenden Kommunikation kommen. Daher ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Einzelheiten der Einführung des Softwarepakets nicht sinnvoll durch die einzelnen Betriebe geregelt werden können. Die rechtliche Einschätzung des Arbeitgebers, allein der Gesamtbetriebsrat sei im vorliegenden Fall der zuständige Ansprechpartner, ist mithin nicht von vornherein abwegig und stellt deshalb keine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG dar.

Anmerkung: Die entscheidende Frage der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats sollte nicht bereits an dieser Stelle im Gutachten geprüft werden, da man sich ansonsten die Prüfung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs (siehe dazu im Folgenden) abschneiden würde und die Prüfung insgesamt zu „kopflastig“ werden würde.

?!

1. Vgl. BAG v. 14.02.2023 – 1 ABR 9/22, NZA 2023, 651 Rn. 34.

Mangels grober Pflichtverletzung des Arbeitgebers besteht somit kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats des Betriebes M gemäß § 23 Abs. 3 BetrVG.

II. Allgemeiner Unterlassungsanspruch

Neben dem Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 BetrVG könnte ein ungeschriebener, sog. allgemeiner Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats in Betracht kommen.

1. Herleitung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs

Fraglich ist zunächst, ob ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – neben dem explizit in § 23 Abs. 3 BetrVG verankerten Unterlassungsanspruch – überhaupt anzuerkennen ist.

a) Ablehnung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs

Zum einen ließe sich – ebenso wie das BAG in seiner früheren Rechtsprechung – vertreten, dass ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrates abzulehnen ist. Hierfür könnte sprechen, dass der Gesetzgeber in den §§ 23 Abs. 3, 98 Abs. 5 BetrVG Unterlassungsansprüche des Betriebsrats für bestimmte Situationen explizit geregelt hat. Diese könnten vom Gesetzgeber bewusst als abschließende Regelungen konzipiert worden sein, sodass ein darüber hinausgehender allgemeiner Unterlassungsanspruch eine unzulässige Rechtsfortbildung darstellen würde. Es bestünde die Gefahr einer Umgehung der besonderen Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG.²

b) Anerkennung eines allgemeinen Unterlassungsanspruchs

Demgegenüber wird jedoch überwiegend – auch vom BAG in seiner neueren Rechtsprechung – angenommen, dass sich ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten des § 87 Abs. 1 BetrVG aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) bzw. aus einer analogen Anwendung von § 1004 BGB ergibt. So fordere das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit als Ausformung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) im Betriebsverfassungsrecht, dass der Arbeitgeber alle Handlungen unterlässt, die die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten durch den Betriebsrat gefährden. Hierfür spricht, dass die Mitbestimmungsrechte leerliefen, wenn der Betriebsrat ihre Einhaltung nicht präventiv sicherstellen könnte. Da § 87 BetrVG die stärksten Mitbestimmungsrechte des BetrVG bereithält, wäre es zudem wertungswidersprüchlich, an die Verletzung schwächerer Mitbestimmungsrechte (zB § 99 BetrVG) stärkere Sanktionen (vgl. § 101 BetrVG) zu knüpfen.³

Ein solches wertungswidersprüchliches Vorgehen kann dem Gesetzgeber an dieser Stelle nicht unterstellt werden. Es bestehen keine hinreichend gewichtigen Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Betriebsrat tatsächlich dazu verdammen wollte, gewichtige Verlet-

2. Vgl. BAG v. 22.02.1983 – 1 ABR 27/81, NJW 1984, 196, 197 f.

3. Vgl. BAG v. 22.02.1983 – 1 ABR 27/81, NJW 1984, 196, 197 f.

zungen seines Mitbestimmungsrechts unterhalb der Schwelle des § 23 Abs. 3 BetrVG hinzunehmen. Stattdessen sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, dass es sich um eine planwidrige Regelungslücke handelt, die unter Rückgriff auf die Wertungen des § 2 Abs. 1 BetrVG auszufüllen ist. Es besteht somit grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Betriebsrat vom Arbeitgeber die Unterlassung einer mitbestimmungswidrigen Handlung verlangen kann.

Anmerkung: A.A. mit der dargestellten Argumentation gut vertretbar. Die Prüfung müsste dann jedoch im Hilfsgutachten fortgesetzt werden.
?!

2. Voraussetzungen des allgemeinen Unterlassungsanspruchs

Die Voraussetzungen des allgemeinen Unterlassungsanspruchs sind von den Voraussetzungen des § 23 Abs. 3 BetrVG unabhängig. Ob ein Verstoß des Arbeitgebers gegen eine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats begründet, ist nach dem Sinn und Zweck der jeweils verletzten Norm zu entscheiden. Jedenfalls für Mitbestimmungsrechte aus § 87 Abs. 1 BetrVG ist anerkannt, dass ihre Verletzung einen allgemeinen Unterlassungsanspruch begründet, sofern hierdurch ein anhaltender mitbestimmungswidriger Zustand begründet wird. Es bedarf zudem einer Wiederholungsgefahr. Diese wird jedoch vermutet, sofern es in der Vergangenheit zur Verletzung eines Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 BetrVG gekommen ist.⁴

a) Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Hier kommt eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht.

aa) Voraussetzungen des Mitbestimmungstatbestandes

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

(1) Gesetzes- und Tarifvorrang (§ 87 Abs. 1 Einleitungshalbs. BetrVG)

Vorliegend ist keine gesetzliche oder tarifliche Regelung für die unternehmenseinheitliche Einführung des Softwarepakets ersichtlich.

(2) Technische Einrichtung

Beim Softwarepaket „Microsoft 365“ müsste es sich um eine technische Einrichtung handeln. Eine technische Einrichtung ist jedes optische, mechanische, akustische oder elektronische Gerät.⁵ Das Softwarepaket in Verbindung mit den verwendeten Rechnereinheiten stellt eine solche technische Einrichtung dar.

4. Vgl. BAG v. 29.02.2000 – 1 ABR 4/99, NZA 2000, 1066, 1066.

5. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 49.

(3) Bestimmung zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung

Das Softwarepaket müsste zudem zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung bestimmt sein.

Ein Verhalten ist dabei in jedem individuell steuerbaren Tun oder Unterlassen zu sehen.⁶

Eine Überwachung ist anzunehmen, wenn Daten erhoben oder programmgemäß ausgewertet werden, aus denen sich Aussagen über das Verhalten individueller Arbeitnehmer ableiten lassen.⁷

Eine Bestimmung zur Verhaltens- und Leistungsüberwachung liegt vor, wenn die technische Einrichtung den Zweck verfolgt, eine Verhaltens- oder Leistungsüberwachung zu bewirken. Im Einzelnen umstritten ist dabei, ob es allein auf die objektive Eignung der Einrichtung zur Überwachung (sog. objektiv-finaler Ansatz) oder darüber hinaus auch auf den subjektiven Willen des Arbeitgebers zur Auswertung der Überwachungsergebnisse ankommt (sog. subjektiv-finaler Ansatz).⁸

Die Anwendungen des Softwarepakets zeichnen bei ihrer Benutzung Daten über das Arbeitsverhalten – ein individuell steuerbares Tun oder Unterlassen – der Arbeitnehmer auf. Zudem können diese Nutzerdaten vom Arbeitgeber eingesehen und individuellen Arbeitnehmern zugeordnet werden. Fraglich ist allerdings, wie es sich auf die Bestimmung zur Überwachung auswirkt, dass die A-GmbH gar nicht beabsichtigt die Programme des „Microsoft 365“-Pakets zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle einzusetzen.

(a) Subjektiv-finaler Ansatz

Nach dem subjektiv-finalen Ansatz ist eine technische Einrichtung erst dann zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung bestimmt, wenn sie vom Arbeitgeber gerade zu diesem Zweck eingesetzt wird. Hier beabsichtigt die A-GmbH nicht, die Programme zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle einzusetzen, sondern möchte lediglich die IT-Systeme in ihrem Unternehmen auf den neuesten Stand bringen und ihren Arbeitnehmern so die neuesten technischen Mittel zur Erledigung ihrer Arbeit zur Verfügung stellen. Eine Auswertung der Überwachungsergebnisse ist nicht beabsichtigt. Mithin wäre nach dem subjektiv-finalen Ansatz vorliegend eine Bestimmung des Softwarepakets zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung der Arbeitnehmer abzulehnen.

(b) Objektiv-finaler Ansatz

Nach dem objektiv-finalen Ansatz ist eine technische Einrichtung bereits dann zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung bestimmt, wenn sie Verhaltensdaten der Arbeitnehmer erfasst oder auswertet und es dem Arbeitgeber somit objektiv ermöglicht wird, das Verhalten der Arbeitnehmer zu kontrollieren. Ob der Arbeitgeber diese Möglichkeit auch tatsächlich durch eine Auswertung der aufgezeichneten Daten nutzen will, ist dabei zweitrangig. Die gängigen

6. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 51.

7. Vgl. BAG v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 –, AP Nr. 47 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, Rn. 40.

8. Vgl. BAG v. 09.09.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261, 262.

Anwendungen des „Microsoft 365“-Paketes als auch die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ zeichnen bei ihrer Benutzung Daten über das Arbeitsverhalten der Arbeitnehmer auf. Das ermöglicht es der A-GmbH unter anderem nachzuvollziehen, wie lange die Arbeitnehmer im Durchschnitt für die Bearbeitung bestimmter Arbeitsaufträge benötigt haben. Die Nutzung des Softwarepakets ermöglicht es der A-GmbH damit objektiv, das Verhalten der Arbeitgeber zu kontrollieren. Nach dem objektiv-finalen Ansatz ist dies für die Bestimmung der technischen Einrichtung zur Verhaltens- und Leistungsüberwachung ausreichend.

(c) Streitentscheid

Für den subjektiv-finalen Ansatz könnte der Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sprechen: Das Wort „Bestimmen“ könnte darauf hindeuten, dass der Arbeitgeber mit der technischen Einrichtung einen subjektiven Einsatzzweck – namentlich die Überwachung – verfolgen muss. Zudem könnte in historischer Hinsicht die Gesetzesbegründung für den subjektiv-finalen Ansatz sprechen: Nach der Gesetzesbegründung sollten technische Einrichtungen erfasst werden, „die den Zweck haben, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“.⁹ Welchen Zweck eine Einrichtung verfolgt, bestimmt gerade derjenige, der sie einführt, sodass auch dies für eine tatsächliche Kontrollabsicht des Arbeitgebers sprechen könnte.

Für den objektiv-finalen Ansatz spricht jedoch, dass § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingeführt wurde, um die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer vor Eingriffen des Arbeitgebers mittels technischer Einrichtungen zu schützen. Ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte liegt bereits dann vor, wenn Verhaltens- oder Leistungsdaten eines Arbeitnehmers erhoben werden, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die Daten auswerten möchte oder nicht.¹⁰ Unter dem subjektiv-finalen Ansatz könnte zudem eine Umgehung des Mitbestimmungsrechts drohen, da der Arbeitgeber seine Überwachungsabsicht schlicht abstreiten könnte. Dies liefe dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Persönlichkeitsrechtsschutz zuwider.

Gegen einen subjektiv-finalen Ansatz spricht ferner, dass der Wortlaut und die herangezogene Passage der Gesetzesbegründung für sich betrachtet nicht zwingend sind, da sie gerade keine Aussage darüber treffen, aus wessen Sicht der Überwachungszweck der technischen Einrichtung zu bewerten ist. So kann eine technische Einrichtung aus Sicht eines objektiven Beobachters zur Überwachung „bestimmt“ sein bzw. „den Zweck haben, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“, selbst wenn der Arbeitgeber sie nicht zu diesem Zweck einsetzt.¹¹

Zuletzt führt der subjektiv-finale Ansatz zu widersprüchlichen Ergebnissen, wenn eine technische Einrichtung zunächst (mitbestimmungsfrei) ohne Überwachungsabsicht eingeführt wird und der Arbeitgeber die Einrichtung zu einem späteren Zeitpunkt dann doch zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle nutzen möchte. In der veränderten Willensrichtung des Arbeitgebers müsste dann eine (erneute) Einführung der technischen Einrichtung gesehen werden, obwohl die Einrichtung bereits eingeführt wurde. Der Betriebsrat müsste also regelmäßig überprüfen, ob sich die Willensrichtung des Arbeitgebers mittlerweile geändert hat.

9. BT-Drs. VI/1786, S. 49.

10. Vgl. BAG v. 09.09.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261, 262.

11. Vgl. BAG v. 09.09.1975 – 1 ABR 20/74, NJW 1976, 261, 262.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände sprechen daher die besseren Argumente – allen voran der vom Gesetzgeber mit der Schaffung der Norm verfolgte Zweck – für den objektiv-finalen Ansatz.

(d) Zwischenergebnis

Das Softwarepaket „Microsoft 365“ verarbeitet Daten über das Verhalten der Arbeitnehmer, da sie die darin enthaltenen Anwendungen nutzen, um ihre Arbeitsaufträge zu erledigen. Aus diesen Daten lassen sich auch Rückschlüsse auf das Verhalten individueller Arbeitnehmer ziehen, indem die Verhaltensdaten individuellen Nutzern der Anwendungen zugeordnet werden können. Bei objektiver Betrachtung ist die technische Einrichtung somit zur Überwachung bestimmt. Dass die A-GmbH nicht beabsichtigt, die hierbei anfallenden Verhaltensdaten zu Kontrollzwecken zu nutzen, ist nach der hier vertretenen Auffassung irrelevant.

Daneben werden auch durch die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ Verhaltensdaten verarbeitet, die sogar zur Erstellung von Leistungsanalysen und somit zur Auswertung der Arbeitsleistung verwendet werden sollen. Bezogen auf die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ müsste somit selbst auf der Grundlage des subjektiv-finalen Ansatzes von einer Überwachungsbestimmung ausgegangen werden. Dass hiervon keine individuellen Arbeitnehmer, sondern nur fünfköpfige Arbeitsteams betroffen sind, lässt die Bestimmung zur Leistungs- und Verhaltensüberwachung nicht entfallen: Da es sich bei den fünfköpfigen Arbeitsteams um eine kleine und überschaubare Gruppe von Arbeitnehmern handelt, entsteht ein Überwachungsdruck, der auf die einzelnen Arbeitnehmer durchschlägt.¹²

Sowohl die Anwendungen des „Microsoft 365“-Paketes als auch die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ sind mithin zur Verhaltens- und Leistungsüberwachung der Arbeitnehmer bestimmt.

(4) Einführung oder Anwendung

Zudem müsste eine Einführung oder Anwendung des Softwarepakets durch die A-GmbH vorliegen. Eine technische Einrichtung wird eingeführt, wenn der Arbeitgeber den festen Entschluss zur Anschaffung der Einrichtung gefasst hat. Angewendet wird die technische Einrichtung, wenn sie tatsächlich in Betrieb genommen wird und mit der Verarbeitung von Verhaltensdaten beginnt.¹³ Die Geschäftsführung informierte den Gesamtbetriebsrat am 01.02.2023 über die geplante Einführung des Softwarepakets und der Gesamtbetriebsrat stimmte der unternehmensweiten Nutzung am 01.05.2023 zu. Damit wurde der feste Entschluss zur Anschaffung der Einrichtung gefasst. Das Softwarepaket wurde mithin eingeführt.

(5) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG liegen vor. Es besteht somit grundsätzlich ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates des Betriebs M.

12. Vgl. BAG v. 26.07.1994 - 1 ABR 6/94, NZA 1995, 185; BAG v. 18.02.1986 - 1 ABR 21/84, NZA 1986, 488.

13. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 58 f.

bb) Zuständigkeit des Betriebsrats des Betriebes M

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates des Betriebs M könnte allerdings bereits durch den zuständigen Gesamtbetriebsrat ausgeübt worden sein. Das wäre der Fall, wenn die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG vorliegen würden. Der Gesamtbetriebsrat ist gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG zuständig für Angelegenheiten, die das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Bei der Einführung des Softwarepakets müsste es sich also um eine Angelegenheit handeln, die mehrere Betriebe betrifft und bei der objektiv ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung besteht.¹⁴

(1) Angelegenheit mit betriebsübergreifender Bedeutung

Das Softwarepaket soll betriebsübergreifend innerhalb der A-GmbH eingeführt werden, sodass es sich um eine Angelegenheit handelt, die mehrere Betriebe betrifft.

(2) Zwingendes Erfordernis für unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung

Bei der Frage, ob für die Einführung des Softwarepakets auch ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche oder betriebsübergreifende Regelung besteht, ist eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen. Maßgebend sind dabei die konkreten Umstände im Unternehmen und in den einzelnen Betrieben. Außerdem ist eine objektive Betrachtung vorzunehmen, das heißt der subjektive Wunsch des Arbeitgebers nach einer einheitlichen Regelung genügt für ein zwingendes Erfordernis ebenso wenig wie reine Kosten- oder Zweckmäßigkeitserwägungen.¹⁵

Vorliegend kann die Administration bei der „1-Tenant-Lösung“ nur von einer Stelle einheitlich ausgeübt werden, sodass auch die Administrationsrechte nur zentral vergeben werden können. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber, auf die in allen Betrieben anfallenden Verhaltensdaten Zugriff hat und die mit dem Softwarepaket einhergehenden Überwachungsmöglichkeiten somit unternehmenseinheitlich bestehen. Dem Sinn und Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG entsprechend kann die Mitbestimmung daher nur auf Ebene des Unternehmens ausgeübt werden.¹⁶

Fraglich ist, ob sich eine andere Beurteilung der Frage nach einem zwingenden Erfordernis aus dem Umstand ergeben könnte, dass für einzelne Module des Softwarepakets eine dezentrale Administration vorgenommen werden kann und somit betriebspezifische Regelungen getroffen werden könnten. Eine solche betriebspezifische Regelung stünde hier allerdings dem Grundsatz der Zuständigkeitstrennung entgegen. Nach dem Grundsatz der Zuständigkeitstrennung ist für eine bestimmte Angelegenheit im konkreten Fall entweder der Betriebsrat oder der Gesamtbetriebsrat (bzw. Konzernbetriebsrat) zuständig. Es sollen hingegen niemals zwei Gremien gleichzeitig zuständig sein. Vielmehr hat auch der Gesamtbetriebsrat im Falle seiner Zuständigkeit die Gegebenheiten vor Ort zu berücksichtigen und vertritt im Hin-

14. Vgl. BAG v. 08.03.2022 – 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134 Rn. 32 f.

15. Vgl. BAG v. 08.03.2022 – 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134 Rn. 33.

16. Vgl. BAG v. 08.03.2022 – 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134 Rn. 33.

blick auf betriebsspezifische Regelungen die Interessen der Arbeitnehmer des konkreten Betriebs. Allein die Tatsache, dass einzelne Module des Softwarepakets dezentral gesteuert werden können, steht der zwingenden Erforderlichkeit der unternehmenseinheitlichen Einführung des Softwarepakets daher nicht entgegen.¹⁷

Bei der Einführung des Softwarepakets „Microsoft Office 365“ besteht mithin ein zwingendes Erfordernis für eine unternehmenseinheitliche Regelung.

cc) Zwischenergebnis

Der Betriebsrat des Betriebes M ist im vorliegenden Fall nicht zuständig für die Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Eine Verletzung seines Mitbestimmungsrechtes scheidet somit aus.

b) Verletzung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Es könnte ferner das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verletzt worden sein. Danach hat der Betriebsrat bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen.

Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist zwischen dem mitbestimmungspflichtigen „Ordnungsverhalten“ und dem nicht mitbestimmungspflichtigen „Arbeitsverhalten“ zu unterscheiden. Das **Ordnungs**verhalten erfasst Verhaltens- und Kontrollvorschriften, die erforderlich sind, um die betriebliche Ordnung aufrechtzuerhalten (z. B. Arbeitskleidung, Torkontrollen, Radiohören im Betrieb). In diesen Angelegenheiten hat der Betriebsrat des einzelnen Betriebes mitzubestimmen. Demgegenüber erfasst das mitbestimmungsfreie **Arbeits**verhalten Vorschriften zur Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht des Arbeitnehmers (z. B. Vorgaben zur Verwendung bestimmter Arbeitsmittel, Verbot der Handynutzung während der Arbeitszeit).¹⁸

Im Rahmen der Abgrenzung zwischen Ordnungs- und Arbeitsverhalten kommt es darauf an, ob die Maßnahme des Arbeitgebers einen engen Bezug zur Arbeitsleistung aufweist oder ob die Maßnahme nur von untergeordneter Bedeutung für die Arbeitsleistung als solche ist und vielmehr das „Zusammenleben“ im Betrieb betrifft. Nur bei einem engen Bezug zur Arbeitsleistung ist das nicht mitbestimmungspflichtige Arbeitsverhalten betroffen.¹⁹

Fraglich ist insofern, ob die Einführung eines Softwarepakets das mitbestimmungspflichtige Ordnungs- oder das nicht mitbestimmungspflichtige Arbeitsverhalten betrifft. Durch das neue Softwarepaket sollen neue Arbeitsmittel zur Erfüllung von Arbeitsaufträgen zur Verfügung gestellt werden. Die arbeitsvertraglichen Leistungspflichten der Arbeitnehmer werden damit lediglich konkretisiert, sodass das Arbeitsverhalten und nicht das Ordnungsverhalten betroffen ist. Hinzu kommt, dass die Softwareanwendungen lediglich eine Überwachung des Arbeitsverhaltens der Arbeitnehmer ermöglicht und nicht etwa eingeführt wird, um die Si-

17. Vgl. BAG v. 08.03.2022 – 1 ABR 20/21, NZA 2022, 1134 Rn. 37.

18. Vgl. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 18 ff.

19. Vgl. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 18 ff.

cherheit im Betrieb zu gewährleisten. Kontrolleinrichtungen, wie hier das Softwarepaket, fallen vielmehr nur dann unter das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten, wenn sie der Durchsetzung der Ordnung im Betrieb dienen.²⁰ Das ist hier nicht ersichtlich.

Die Einführung des Softwarepakets fällt somit in das nicht mitbestimmungspflichtige Arbeitsverhalten. Folglich ist unabhängig von der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates (s.o.) auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates des Betriebes M aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nicht verletzt.

3. Zwischenergebnis

Dem Betriebsrat des Betriebes M steht im Zusammenhang mit der Einführung des Softwarepakets kein Mitbestimmungsrecht und damit auch kein Unterlassungsanspruch zu.

III. Zwischenergebnis

Der Antrag des Betriebsrats des Betriebes M ist somit unbegründet.

C. Ergebnis

Der Antrag des Betriebsrats des Betriebes M hat keine Aussicht auf Erfolg.

Frage 2:

Fraglich ist, ob der Gesamtbetriebsrat im Rahmen der Ausübung seines Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einen Sachverständigen zur Unterstützung bei komplexen technischen Fragestellungen hinzuziehen könnte. Die Hinzuziehung von Sachverständigen richtet sich grundsätzlich nach § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG. Hiernach kann der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber Sachverständige hinzuziehen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich ist. Sofern die Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG vorliegen, kann der Betriebsrat die Kosten für die Hinzuziehung des Sachverständigen gemäß § 40 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber ersetzt verlangen.

A. Hinzuziehung eines Sachverständigen gem. § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG

Für die Hinzuziehung eines Sachverständigen müssten die Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG vorliegen.

20. Vgl. ErfK/Kania, 24. Aufl. 2024, BetrVG § 87 Rn. 21.

I. Sachverständiger

Zunächst müsste es sich bei der hinzuzuziehenden Person um einen Sachverständigen im Sinne der Norm handeln. Ein Sachverständiger ist eine fachkundige, außerhalb des Unternehmens stehende Person, die die fehlende Sachkunde des Betriebsrates ersetzen soll.

II. Bei der Durchführung einer Aufgabe des Betriebsrates

Der Sachverständige müsste den Betriebsrat außerdem bei der Durchführung seiner Aufgaben unterstützen. Erforderlich ist dazu ein hinreichender Aufgabenbezug, das heißt, der Betriebsrat muss den Sachverständigen zur Bewältigung einer konkreten Aufgabe heranziehen, die ihm nach dem BetrVG zugewiesen ist (zB Mitbestimmung nach § 87 BetrVG, Durchführung einer Betriebsversammlung nach § 43 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Hier hätte der Gesamtbetriebsrat auf technischen Sachverstand im Rahmen seiner Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zurückgegriffen. Der von § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG geforderte hinreichende Aufgabenbezug bestünde mithin.

III. Erforderlichkeit

Die Hinzuziehung eines Sachverständigen müsste gemäß § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgabe erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn keine kostengünstigere Alternative zur Verfügung steht, mithilfe derer der Betriebsrat die Aufgabe bewältigen könnte.²¹

1. Vorrang innerbetrieblicher Erkenntnisquellen

Dabei gilt der sog. Vorrang innerbetrieblicher Erkenntnisquellen: Der Betriebsrat muss alle unmittelbar im Betrieb vorhandenen Informationsquellen nutzen, ehe er die Hinzuziehung externen Sachverständigen verlangen kann. Der Betriebsrat muss daher insbesondere vorrangig auf sein Unterrichtsrecht nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG zurückgreifen.²² Außerdem ist zunächst auf internen Sachverstand gemäß § 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG zurückzugreifen.²³ Schließlich ist auch die Möglichkeit, dass sich der Betriebsrat den nötigen Sachverstand selbst aneignet (z. B. durch Fachliteratur) vorrangig gegenüber der Hinzuziehung von Sachverständigen.²⁴

2. Unwiderlegliche Erforderlichkeitsvermutung bei der Einführung oder Anwendung Künstlicher Intelligenz (§ 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG)

Etwas anderes könnte sich im vorliegenden Fall allerdings aus § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG ergeben. Danach gilt die Hinzuziehung eines Sachverständigen als erforderlich, wenn der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Einführung oder Anwendung von Künstli-

21. Vgl. BAG v. 25.06.2014 – 7 ABR 70/12, AP Nr. 78 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 22.

22. Vgl. BAG v. 16.11.2005 – 7 ABR 12/05, AP Nr. 64 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 34.

23. Vgl. BAG v. 25.06.2014 – 7 ABR 70/12, AP Nr. 78 zu § 80 BetrVG 1972, Rn. 22.

24. Vgl. BAG v. 04.06.1987 – 6 ABR 63/85 –, AP Nr. 30 zu § 80 BetrVG 1972, unter B. II. 1. b).

cher Intelligenz (KI) zu beurteilen hat. Im Rahmen des § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG muss der Betriebsrat also nicht nachweisen, dass er nicht selbst über die erforderlichen Kenntnisse zur Bewältigung seiner Aufgaben verfügt und keine günstigeren Möglichkeiten bestehen, sondern die Erforderlichkeit wird durch das Gesetz unwiderleglich vermutet.

Mit der Einführung des § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG im Jahr 2021 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, dem Betriebsrat vereinfachten Zugriff auf Sachverständige zu verschaffen, sofern der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben die Auswirkungen von KI zu beurteilen hat. Der Gesetzgeber wollte insbesondere deshalb auf eine drohende Gefährdung der Mitbestimmung durch Künstliche Intelligenz reagieren, weil KI-Systeme häufig technisch komplex sind und sich ihre Funktionsweise daher zumeist der Kenntnis des Betriebsrates entzieht.

Die im Softwarepaket enthaltene Anwendung „WorkplaceAnalytics“ nutzt Techniken des maschinellen Lernens, die aus Sicht der Informatik der KI zuzuordnen sind. Zudem ist die Funktionsweise von „WorkplaceAnalytics“ technisch hochkomplex und für Außenstehende intransparent. Es handelt sich bei dieser Anwendung folglich um ein KI-System, das vom Schutzzweck des § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG erfasst wird.

Ferner wertet die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ die Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer aus und ist somit auch Gegenstand der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (s.o.). Der Betriebsrat muss die Einführung und Anwendung von KI daher auch „zur Durchführung seiner Aufgaben“ beurteilen.

Die Hinzuziehung eines Sachverständigen gilt im vorliegenden Fall somit jedenfalls nach § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG als erforderlich.

IV. Nach näherer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber

Der Arbeitgeber müsste der Hinzuziehung eines Sachverständigen ferner im Rahmen einer näheren Vereinbarung mit dem Betriebsrat zustimmen. Verweigert er seine Zustimmung, kann der Betriebsrat den Sachverständigen nicht eigenmächtig hinzuziehen. Die Zustimmung des Arbeitgebers ist ein zwingendes Erfordernis, sodass sie auch in den Fällen des § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG einzuholen ist.

Stimmt der Arbeitgeber nicht zu, obschon die sonstigen Voraussetzungen des § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG erfüllt sind, kann der Betriebsrat die Zustimmung des Arbeitgebers durch einen Beschluss des Arbeitsgerichts ersetzen lassen. Hierzu kann der Betriebsrat bei dem zuständigen Arbeitsgericht ein Beschlussverfahren anstrengen, wobei der Antrag hinreichend bestimmt sein muss, das heißt die anstehende Aufgabe, die Person des Sachverständigen und auch dessen Honorar bezeichnen muss. Der Betriebsrat kann hierzu gemäß § 85 Abs. 2 ArbGG auch ein einstweiliges Verfügungsverfahren anstrengen, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile erforderlich ist. Das ist der Fall, wenn es sich um eine eilbedürftige Angelegenheit handelt. Eilbedürftigkeit besteht etwa, wenn ein Einigungsstellenverfahren unmittelbar bevorsteht und der Betriebsrat daher ohne die schnelle Hinzuziehung eines Sachverständigen mit dem Arbeitgeber nicht auf Augenhöhe verhandeln kann oder wenn der Arbeitgeber durch umfangreiche Planungen zur Einführung der technischen Einrichtung in einem frühen Stadium „Fakten schafft“.

B. Ergebnis

Da die Anwendung „WorkplaceAnalytics“ Techniken der Künstlichen Intelligenz nutzt, hätte der Betriebsrat gem. § 80 Abs. 3 S. 1 BetrVG iVm § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG im Rahmen der Ausübung seines Mitbestimmungsrechtes aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Recht einen Sachverständigen hinzuzuziehen. Würde der Arbeitgeber die Sachverständigenhilfe verweigern, müsste der Betriebsrat die Zustimmung des Arbeitgebers durch Entscheidung des Arbeitsgerichts im Wege eines Beschlussverfahrens ersetzen lassen.