

Fälle zum Arbeitsrecht

Junker

6. Auflage 2026
ISBN 978-3-406-82845-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Zusatzfrage: Am 4.1. des Folgejahres wurde der Wartungstechniker W der B in den Betrieb der D gerufen, um eine Funktionsstörung einer Geldbearbeitungsmaschine zu beseitigen. Obwohl W von seinem Vorgesetzten auf die biometrische Zugangskontrolle hingewiesen worden war, weigerte er sich unter Berufung auf die fehlende Zustimmung seines Betriebsrats, die Netzhautdaten einlesen zu lassen. Er musste daher unverrichteter Dinge zum Betrieb der B zurückkehren. Die Geschäftsführer der B fragen, ob sie W wegen seines Verhaltens abmahnen dürfen und ob vor der Abmahnung der Betriebsrat zu beteiligen ist.

Vorüberlegungen

Im **Ausgangsfall** ist nach der Entscheidung des Gerichts gefragt. Zu untersuchen sind daher die Zulässigkeit und die Begründetheit des Antrags. Im Rahmen der **Zulässigkeitsprüfung** muss erkannt werden, dass nicht das arbeitsgerichtliche **Urteilsverfahren** einschlägig ist (§§ 2 V, 46 ff. ArbGG), sondern das **Beschlussverfahren** (§§ 2a II, 80 ff. ArbGG).¹ Das Beschlussverfahren findet in den Angelegenheiten der § 2a I ArbGG, §§ 122, 126 InsO statt; es ist eine besondere Verfahrensart für bestimmte Streitigkeiten auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts.²

Im Vergleich zum Urteilsverfahren (→ Fall 1 Rn. 11, 15f.) weist das Beschlussverfahren eine Reihe terminologischer und sachlicher Besonderheiten auf: Es wird nicht durch Klage, sondern auf **Antrag** eingeleitet (Einzelheiten in § 81 ArbGG). Während § 46 II 1 ArbGG für die **örtliche Zuständigkeit** im Urteilsverfahren auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung verweist, ist die örtliche Zuständigkeit im Beschlussverfahren in § 82 ArbGG abschließend geregelt. Am Ende des Beschlussverfahrens steht – wie schon der Name sagt – kein Urteil, sondern ein **Beschluss** (§ 84 ArbGG).

Im Beschlussverfahren ist nicht von „Parteien“ die Rede, sondern von „Beteiligten“ (§ 83 ArbGG). Für die **Beteiligtenfähigkeit** spielt **§ 10 ArbGG** eine bedeutende Rolle. Die Vorschrift gewährt über die Regeln der Zivilprozessordnung zur Parteifähigkeit hinaus (§ 50 ZPO iVm §§ 46 II 1, 80 II 1 ArbGG) bestimmten Akteuren in kollektivrechtlichen Streitigkeiten, zB dem Betriebsrat, die Beteiligtenfähigkeit.³ Am Beschlussverfahren beteiligt ist der **Antragsteller**. Es gibt keinen „Antragsgegner“.⁴ Vielmehr hat das Arbeitsgericht die **übrigen Beteiligten** von Amts wegen festzustellen und am Verfahren zu beteiligen (Einzelheiten in § 83 ArbGG).

Ein **Arbeitnehmer** wird am Beschlussverfahren nur beteiligt, wenn er unmittelbar in seiner betriebsverfassungsrechtlichen Stellung betroffen ist (zB weil um sein Wahlrecht gestritten wird), nicht jedoch, wenn er nur mittelbar betroffen ist (zB weil es um die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Versetzung geht).⁵ Von der Beteiligten-

¹ Einführend: *Junker* ArbR Rn. 884 ff.; ausf. *Weth*, Das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren, 1995.

² HWK/*Vogelsang* ArbGG § 80 Rn. 2; Schwab/*Weth/Weth* ArbGG § 80 Rn. 4.

³ § 10 ArbGG spricht zwar von „Parteifähigkeit“, gilt aber, wie sich schon aus der Verweisung auf § 2a ArbGG ergibt, auch und gerade für die Beteiligtenfähigkeit im Beschlussverfahren: HWK/*Kalb* ArbGG § 10 Rn. 7; Schwab/*Weth/Weth* ArbGG § 10 Rn. 16.

⁴ BAG 20.4.1999 – 1 ABR 13/98, NZA 1999, 1235; abw. Schwab/*Weth/Weth* ArbGG § 83 Rn. 45.

⁵ BAG 27.5.1982 – 6 ABR 105/79, BAGE 39, 102 (105) = NJW 1983, 192; abw. Schwab/*Weth/Weth* ArbGG § 83 Rn. 66.

fähigkeit zu trennen ist die **Antragsbefugnis** des Antragstellers.⁶ Sie besteht, wenn er eigene Rechte geltend macht⁷ oder vom Gesetz – wie zB in § 19 II BetrVG die im Betrieb vertretene Gewerkschaft – ausdrücklich als antragsbefugt bezeichnet wird. Über die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Beschlussverfahren unterrichtet im Überblick die folgende Zusammenstellung:

Übersicht 11. Zulässigkeitsprüfung im Beschlussverfahren

- 5
 1. Sachliche Zuständigkeit (§§ 2a, 3 ArbGG)
 2. Örtliche Zuständigkeit (§ 82 ArbGG)
 3. Beteiligtenfähigkeit (§ 50 ZPO, § 10 ArbGG), Antragsbefugnis
 4. Prozessfähigkeit (§§ 51 I, 52 ZPO)
 5. Postulationsfähigkeit (§ 11 ArbGG)
 6. Antrag (§ 81 I ArbGG), Bestimmtheit
- 6 Im Rahmen der **Begründetheitsprüfung** ist zunächst eine Anspruchsgrundlage zu suchen, denn der Betriebsrat macht der Sache nach einen **Unterlassungsanspruch** geltend. Eine gesetzlich normierte **Anspruchsgrundlage** ist § 23 III 1 BetrVG, der einen groben Verstoß der Arbeitgeberin (B) gegen ihre betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten verlangt. Muss ein grober Verstoß verneint werden, so kommt der allgemeine Unterlassungsanspruch in Betracht, den der 1. Senat des BAG bei Nichtbeachtung gewichtiger Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten aus § 87 I BetrVG herleitet.⁸
- 7 Da der Betriebsrat im **Ausgangsfall** einen betriebsverfassungsrechtlichen Anspruch (auf Unterlassung) geltend macht, handelt es sich um den Typus der **Anspruchsklausur** (→ Einl. Rn. 9, 11 ff.). Während der Ausgangsfall ausschließlich mit Betriebsverfassungsrecht zu tun hat, geht es bei der Antwort auf die **Zusatzfrage** in erster Linie um die individualarbeitsrechtliche Befugnis des Arbeitgebers, eine **Abmahnung** zu erklären. Mit der Abmahnung beanstandet der Arbeitgeber die Verletzung einer Vertragspflicht, verbunden mit der Aufforderung zu vertragsgemäßigem Verhalten und dem Hinweis, dass im Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen drohen.⁹

Lösung

A. Grundfall

- 8 Das ArbG Frankfurt am Main wird dem Antrag des Betriebsrats stattgeben, wenn der Antrag zulässig und begründet ist.

⁶ BAG 30.9.2008 – 1 ABR 54/07, BAGE 128, 92 = NZA 2009, 502 Rn. 20; Schwab/Weth/Weth ArbGG § 81 Rn. 52.

⁷ BAG 18.2.2003 – 1 ABR 17/02, NZA 2004, 336 (340); BAG 7.6.2016 – 1 ABR 30/14, NZA 2016, 1350 Rn. 14.

⁸ Grdl. BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364 (372 ff.) = NZA 1995, 40 = *Junker* ArbR Rn. 710 (Übungsfall 10.1); BAG 22.10.2019 – 1 ABR 17/18, NZA 2020, 123 Rn. 20.

⁹ BAG 27.2.2020 – 2 AZR 570/19, BAGE 170, 84 = NZA 2020, 1405 Rn. 23; BAG 16.12.2021 – 2 AZR 356/21, BAGE 177, 25 = NZA 2022, 407 Rn. 12.

I. Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag des Betriebsrats müsste zulässig sein. Der Betriebsrat macht ein Mitbestimmungsrecht geltend, das nur nach dem BetrVG bestehen kann. Daher ist der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten – und damit zugleich die **sachliche Zuständigkeit** des ArbG Frankfurt am Main – nach § 2a I Nr. 1 ArbGG gegeben. Das Gericht entscheidet im **Beschlussverfahren** (§ 2a II BetrVG). Die **örtliche Zuständigkeit** ergibt sich aus § 82 I 1 ArbGG, da der Betrieb im Gerichtsbezirk liegt. Die **Beteiligtenfähigkeit** des Antragstellers – des Betriebsrats – folgt aus § 10 Satz 1 Hs. 2 ArbGG. Die übrigen Beteiligten hat das Gericht von Amts wegen festzustellen. Beteiligt ist – neben dem **Betriebsrat** als Antragsteller – nur die **Arbeitgeberin** (§ 83 III ArbGG). Die Beteiligtenfähigkeit der B ergibt sich aus § 80 II ArbGG, § 50 I ZPO iVm § 13 I GmbHG; sie wird im Verfahren durch ihre Geschäftsführer vertreten (§ 35 I GmbHG).

Der vom Betriebsrat gestellte **Antrag** (§ 81 I ArbGG) ist zulässig, wenn er hinreichend bestimmt ist (§ 253 II Nr. 2 ZPO analog). Auch wenn der Betriebsrat der B nicht das Wort „unterlassen“ oder „Unterlassung“ verwendet hat, wird aus der Antragsformulierung hinreichend deutlich, dass es um einen **Unterlassungsantrag** geht. Ein Unterlassungsantrag genügt dem Gebot der **Bestimmtheit**, wenn die vom Arbeitgeber zu unterlassende Handlung so genau bezeichnet ist, dass kein Zweifel besteht, welche Maßnahme gemeint ist, und die eigentliche Streitfrage zwischen den Beteiligten mit Rechtskraftwirkung entschieden werden kann.¹⁰ Die Verhaltenspflichten der B sind in dem Antrag des Betriebsrats soweit konkretisiert, dass die B ohne Weiteres erkennen kann, welche Maßnahmen sie unterlassen soll. Der Antrag des Betriebsrats ist hinreichend bestimmt. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Beschlussverfahren sind erfüllt.

II. Begründetheit des Antrags

Der Antrag des Betriebsrats ist begründet, wenn es eine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch gibt und deren Voraussetzungen erfüllt sind.

1. Verletzung gesetzlicher Pflichten (§ 23 III 1 BetrVG)

Es könnte ein Anspruch aus § 23 III 1 BetrVG bestehen. Nach dieser Vorschrift kann der Betriebsrat bei einem groben Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG vom Arbeitgeber Unterlassung verlangen. Ein **grober Verstoß** liegt vor, wenn der Arbeitgeber seine betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten objektiv eklatant verletzt hat; ein Verschulden ist nicht erforderlich.¹¹ Die Geschäftsführung der B hat mit der Kundin D eine Vereinbarung über eine biometrische Zugangskontrolle geschlossen, die sich auf die Arbeitnehmer der B erstreckt. Ob eine solche Vereinbarung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegt, ist nicht offensichtlich, sondern von rechtlichen Überlegungen abhängig. Selbst wenn ein er-

¹⁰ BAG 3.5.2006 – 1 ABR 63/04, NZA 2007, 285 Rn. 16; BAG 27.4.2021 – 2 AZR 342/20, BAGE 174, 351 = NZA 2021, 1053 Rn. 19; Schwab/Weth/Weth ArbGG § 81 Rn. 4.

¹¹ BAG 18.4.1985 – 6 ABR 19/84, BAGE 48, 246 = NZA 1995, 783; BAG 18.3.2014 – 1 ABR 77/12, NZA 2014, 987 Rn. 15; HWK/Reichold BetrVG § 23 Rn. 31.

zwingbares Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bestehen sollte, liegt in dem bisherigen Verhalten des Arbeitgebers allenfalls ein „einfacher“, nicht aber ein „grober“ Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten. Es besteht folglich kein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus § 23 III 1 BetrVG.

2. Allgemeine Grundsätze (§§ 75 II 1, 80 I Nr. 1 BetrVG)

- 13 Ein Unterlassungsanspruch könnte sich aus § 75 II 1 BetrVG ergeben, wonach die Betriebsparteien die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben. Diese Vorschrift gibt den Betriebsparteien einen allgemeinen Schutzauftrag und eine Förderpflicht. Sie begründet jedoch keinen Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber, Maßnahmen, die das Persönlichkeitsrecht verletzen, gegenüber einem Arbeitnehmer oder einer Gruppe von Arbeitnehmern zu unterlassen.¹² Aus dem allgemeinen Überwachungsrecht des Betriebsrats nach § 80 I Nr. 1 BetrVG ergibt sich ebenfalls kein Anspruch des Betriebsrats gegen den Arbeitgeber auf Unterlassung eines rechtswidrigen Verhaltens. Das Überwachungsrecht ist darauf beschränkt, eine Nichtbeachtung oder fehlerhafte Durchführung von Rechtsnormen beim Arbeitgeber zu beanstanden und Abhilfe zu verlangen.¹³

3. Immanenter Unterlassungsanspruch aus § 87 I BetrVG

- 14 Es könnte jedoch ein Unterlassungsanspruch als ungeschriebener Nebenleistungsanspruch unmittelbar aus § 87 I BetrVG abzuleiten sein. Nach der Rechtsprechung enthält § 23 III BetrVG keine abschließende Regelung. Vielmehr kann einem Mitbestimmungstatbestand ein Unterlassungsanspruch immanent sein, wenn der Tatbestand hinreichend gewichtig ist: Die Rechtsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat sei – so die Rechtsprechung – einem **gesetzlichen Dauerschuldverhältnis** ähnlich; sie sei geprägt durch § 2 BetrVG, der eine dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vergleichbare Konkretisierung des Gebots partnerschaftlicher Zusammenarbeit enthalte. Ein Verstoß gegen einen Mitbestimmungstatbestand des § 87 I BetrVG sei derart gewichtig, dass dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zustehen müsse.¹⁴

a) Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG

- 15 Der auf § 87 I BetrVG gestützte Unterlassungsanspruch des Betriebsrats setzt voraus, dass hinsichtlich der biometrischen Zugangskontrolle nach dieser Vorschrift ein Mitbestimmungsrecht besteht. In Betracht kommt § 87 I Nr. 1 BetrVG. Dann müsste die Teilnahme an einer Zugangskontrolle ein mitbestimmungspflichtiges „Verhalten der Arbeitnehmer“ darstellen (→ Rn. 16 ff.) und das Tatbestandsmerkmal „im Betrieb“ auch erfüllt sein, wenn es sich nicht um Zugangskontrollen im Betrieb des Arbeitgebers handelt, sondern um Kontrollen im Betrieb eines Kunden

¹² BAG 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, BAGE 101, 216 (224 ff.) = NZA 2003, 166; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (243); HWK/Reichold BetrVG § 75 Rn. 15; GK-BetrVG/Jacobs § 75 Rn. 191.

¹³ BAG 28.5.2002 – 1 ABR 40/01, NZA 2003, 1352 (1355); BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (243); DKW/Buschmann BetrVG § 80 Rn. 172; GK-BetrVG/Weber § 80 Rn. 31 f.

¹⁴ BAG 3.5.1994 – 1 ABR 24/93, BAGE 76, 364 (372 ff.) = NZA 1995, 40 = Junker ArbR Rn. 710 (Übungsfall 10.1); BAG 25.9.2012 – 1 ABR 49/11, NZA 2013, 159 Rn. 19.

(→ Rn. 19 ff.). Schließlich könnten sich ungeschriebene Grenzen des Mitbestimmungsrechts daraus ergeben, dass der Kunde D kategorisch die Einhaltung der Zugangskontrollen verlangt und auch hinsichtlich der Modalitäten kein Verhandlungsspielraum der B besteht (→ Rn. 22 ff.).

aa) Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer

Die Teilnahme an biometrischen Zugangskontrollen müsste unter § 87 I Nr. 1 BetrVG zu subsumieren sein. Die beiden Tatbestände „Ordnung des Betriebs“ und „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ lassen sich nicht streng trennen: Regelungen über das **Verhalten der Arbeitnehmer** sind nur insoweit mitbestimmungspflichtig, als die **Ordnung des Betriebs** von dem Verhalten berührt wird.¹⁵ Die Rechtsprechung unterscheidet daher das mitbestimmungsfreie Leistungsverhalten (Arbeitsverhalten) und das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer: **Mitbestimmungsfrei** sind alle Maßnahmen, die nach ihrem objektiven Regelungszweck die Erbringung der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer konkretisieren und kontrollieren sollen („Arbeitsverhalten“). **Mitbestimmungspflichtig** sind Maßnahmen, die – über die Konkretisierung der Arbeitspflicht hinausgehend – das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb gestalten („Ordnungsverhalten“).¹⁶

Vorschriften über das Betreten und Verlassen der Arbeitsstätte betreffen **regelmäßig** das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten, weil sie sich nicht unmittelbar auf Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis auswirken.¹⁷ Eine **Ausnahme** von dieser Regel könnte sich im vorliegenden Fall daraus ergeben, dass bei der Arbeit in Tresorräumen Zugangskontrollen einen besonders engen Bezug zur Erfüllung der Arbeitspflicht haben. Denn bei Tresoren (thesaurós [griech.] = Schatzkammer) wird der Zugang definitionsgemäß restriktiv gehandhabt. Auch bei Tresorräumen bestehen jedoch, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, unterschiedliche Möglichkeiten der Zugangskontrolle, die das Persönlichkeitsrecht der Kontrollierten unterschiedlich berühren: Eine bloße Ausweiskontrolle wird als weniger belastend empfunden als zB eine Kontrolle des Augenhintergrundes oder die Abnahme von Fingerabdrücken.

Auch bei der Kontrolle des Zutritts zu Tresorräumen ist daher nicht nur der **Wortlaut**, sondern auch der **Sinn und Zweck** des § 87 I Nr. 1 BetrVG erfüllt, die Kontrollierten über ihren Betriebsrat an der Ausgestaltung der Kontrolle zu beteiligen. Eine Teilnahme an einer biometrischen Zugangskontrolle betrifft das Ordnungsverhalten iS des § 87 I Nr. 1 BetrVG.

bb) Tatbestandsmerkmal „im Betrieb“

§ 87 I Nr. 1 BetrVG spricht von der Ordnung „des Betriebes“ und vom Verhalten „im Betrieb“. Es fragt sich, ob damit nur der **Betrieb des Arbeitgebers** gemeint ist, sodass Zugangskontrollen im **Betrieb eines Kunden** von vornherein dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen sind. Ein **Betrieb iS des § 1 I 1 BetrVG** ist die

¹⁵ BAG 7.2.2012 – 1 ABR 63/10, BAGE 140, 343 = NZA 2012, 685 Rn. 16 ff.; BAG 25.9.2012 – 1 ABR 50/11, NZA 2013, 467 Rn. 145; GK-BetrVG/Wiese § 87 Rn. 180; Richardi/Maschmann BetrVG § 87 Rn. 174.

¹⁶ BAG 28.5.2002 – 1 ABR 32/01, BAGE 101, 216 (223) = NZA 2003, 166; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (238).

¹⁷ BAG 16.12.1986 – 1 ABR 35/85, BAGE 54, 36 (44 f.) = NZA 1987, 355; BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (238).

organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer zusammen mit Arbeitnehmern durch Einsatz von Betriebsmitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen.¹⁸ Das Mitbestimmungsrecht des § 87 I Nr. 1 BetrVG betrifft jedoch nach seinem Sinn und Zweck nicht die Organisation der dem Arbeitgeber zur Verfügung stehenden Sachmittel, sondern das Zusammenwirken und Zusammenleben der Arbeitnehmer. Der **Betrieb iS des § 87 I Nr. 1 BetrVG** wird daher nicht räumlich, sondern funktional verstanden: Es macht für den Schutzzweck der Vorschrift keinen Unterschied, ob zB ein Verkäufer im Kaufhaus oder ein Busfahrer „auf der Strecke“ ein Namensschild tragen soll; in beiden Fällen ist die Einführung von Namensschildern nach § 87 I Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹⁹

- 20 Das Mitbestimmungsrecht besteht also auch, wenn es um das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers geht, und zwar nicht nur, wenn der Arbeitnehmer räumlich **außerhalb irgendeines Betriebs** tätig ist (der Busfahrer „auf der Strecke“), sondern auch, wenn das Ordnungsverhalten **in einem fremden Betrieb** in Rede steht.²⁰ Die Arbeitnehmer der B unterliegen auch bei der Arbeit im Betrieb der D weiterhin den Weisungen der B, sodass grundsätzlich auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gegeben sein muss, das diese Weisungen einschränkt.²¹
- 21 Unerheblich ist ferner, ob der Arbeitgeber eine inhaltlich eigenständige Weisung erteilt oder seine Arbeitnehmer anweist, eine Regelung zu beachten, die im fremden Betrieb gilt.²² Es spielt also für das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 1 BetrVG grundsätzlich keine Rolle, dass es nicht um Zugangskontrollen im Betrieb der B, sondern im Betrieb eines Kunden geht.

cc) Einschränkung des Mitbestimmungsrechts

- 22 Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 1 BetrVG könnte dadurch eingeschränkt sein, dass die Kundin D den Arbeitgeber B vor die Wahl gestellt hat, entweder die Zugangskontrollen im Betrieb der D zu beachten oder die Beendigung des Wartungsvertrags zu riskieren. Der Sachverhalt ergibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass insoweit ein Verhandlungsspielraum der B bestanden hätte. Angesichts der in Banktresoren lagernden Werte erscheint es auch nicht willkürlich, wenn eine Bank von den Zugangskontrollen für Kundendienstmonteure von Fremdfirmen keine Ausnahmen zulässt. B stand vor der Wahl, entweder die Zugangskontrollen zu akzeptieren oder den Auftrag – und damit Beschäftigung – zu verlieren. Dieser Gesichtspunkt könnte zu einer Einschränkung des Mitbestimmungsrechts führen.
- 23 Das BAG lehnt eine solche Einschränkung ab mit der Begründung, ein Arbeitgeber habe als Vertragspartner des Kunden generell die Möglichkeit, darauf Einfluss zu neh-

¹⁸ BAG 25.9.1986 – 1 ABR 68/84, BAGE 53, 119 (124) = NZA 1987, 708; BAG 11.6.2020 – 2 AZR 660/19, NZA 2020, 1241 Rn. 12; *Junker ArbR* Rn. 656.

¹⁹ BAG 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, BAGE 101, 285 = NZA 2002, 1299; GK-BetrVG/*Wiese* § 87 Rn. 179.

²⁰ BAG 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BAGE 127, 146 Rn. 58; *Wiese*, Anm. zu BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, AP Nr. 40 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, Bl. 5 (7).

²¹ So auch BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (239) in der Entscheidung, der dieser Fall nachgebildet ist.

²² *Wiese* NZA 2003, 1113 (1115).

men, unter welchen Bedingungen „seine Arbeitnehmer“ im Kundenbetrieb zu arbeiten haben. Ein im Kundenbetrieb errichteter Betriebsrat könne diese Interessen regelmäßig nicht wahrnehmen. Der Arbeitgeber müsse daher durch eine entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen, dass die Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte „seines“ Betriebsrats gewährleistet sei.²³ Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch wäre demnach begründet; der Betriebsrat der B muss lediglich nach § 2 BetrVG (Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit) bei der Ausübung seines Mitbestimmungsrechts die mögliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange bedenken, die auch im Verlust eines Auftrags liegen kann.

Diese Argumentation begegnet mehreren Einwänden: Erstens wird die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers empfindlich eingeschränkt, wenn der Betriebsrat über das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG mittelbar darüber bestimmen kann, welche Aufträge der Arbeitgeber erfüllen kann und welche nicht. Dass der Betriebsrat bei der Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts die Gefährdung von Kundenbeziehungen bedenken soll,²⁴ nutzt in der Praxis wenig: Während der Dauer des Mitbestimmungsverfahrens darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmer beim Kunden nicht einsetzen, sodass bereits durch das Mitbestimmungsverfahren nicht nur die Gefährdung, sondern sogar der Verlust der Kundenbeziehung droht. Zweitens ist es ein bloß formales Argument, dass der Betriebsrat des Kundenbetriebs nicht die Interessen des Fremdpersonals wahrnehmen könne, weil er dafür kein Mandat besitze: Wenn der Betriebsrat der Bank hinsichtlich des Bankpersonals keine Bedenken gegen die Zugangskontrollen hat, ist nicht zu erkennen, warum die Interessenlage bei Bankangestellten wesentlich anders sein soll als bei in der Bank eingesetzten Kundendienstmonteuren.

Insgesamt sprechen daher die gewichtigeren Argumente dafür, in der Konstellation des vorliegenden Falles eine immanente Einschränkung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 I Nr. 1 BetrVG anzunehmen. Dieses Mitbestimmungsrecht ist daher nicht verletzt.

b) Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG

Der Betriebsrat könnte ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG haben. Dann müsste es sich bei der biometrischen Zugangskontrolle um eine technische Einrichtung handeln, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (→ Rn. 27). Ferner müsste die Arbeitgeberin diese Einrichtung eingeführt haben oder anwenden (→ Rn. 28f.). Schließlich fragt sich auch hier, ob das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch übergeordnete Erwägungen eingeschränkt ist (→ Rn. 30f.).

aa) Einrichtung zur Überwachung

Das biometrische Zugangskontrollsystem zu den Tresorräumen der D ist eine technische Einrichtung. Eine **Überwachung** iS des § 87 I Nr. 6 BetrVG ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers erhoben und aufgezeichnet werden, um sie späterer Wahrnehmung zugänglich zu

²³ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (240); zust. HWK/Clemenz/Geißler BetrVG § 87 Rn. 62; einschränkend ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 20.

²⁴ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (241).

machen.²⁵ Nach der Rechtsprechung sind technische Einrichtungen bereits dann zur Überwachung bestimmt, wenn sie die **objektive Eignung** haben, Verhaltens- oder Leistungsdaten über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die **subjektive Widmung** kommt es nicht an.²⁶ Die Netzhautidentifikation ist eine zur Überwachung des Zugangs – also eines Verhaltens – der Arbeitnehmer dienende Einrichtung; die Netzhautdaten werden beim ersten Zugang aufgezeichnet, um sie später immer wieder zu verwenden. Es handelt sich also um eine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das (Zugangs-)Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen.

bb) Einführung oder Anwendung

- 28 Mitbestimmungspflichtig nach § 87 I Nr. 6 BetrVG sind sowohl die Einführung als auch die Anwendung der technischen Einrichtung. Diese Tatbestandsmerkmale werden weit ausgelegt: Die Mitbestimmung bei der **Einführung** umfasst das „Ob“ der Anschaffung der technischen Einrichtung einschließlich aller Modalitäten des Einsatzes; die Vergabe der Überwachungstätigkeit an einen Dritten schließt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht aus.²⁷ Die **Anwendung** umfasst den Einsatz der Überwachungseinrichtung und die dadurch bewirkten Überwachungsmaßnahmen einschließlich der Festlegung der Arbeitnehmer, die überwacht werden sollen.²⁸ Der Arbeitgeber wendet ein technisches Überwachungssystem iS des § 87 I Nr. 6 BetrVG demnach auch an, wenn er im Einvernehmen mit einem Dritten seine Arbeitnehmer anweist, sich der Überwachung durch dessen technische Einrichtung zu unterwerfen.
- 29 Nach alledem ist die Überwachung im vorliegenden Fall weder deshalb mitbestimmungsfrei, weil sie in erster Linie im Interesse der D erfolgt, noch deshalb, weil B selbst keinen Zugriff auf die erfassten Daten nehmen kann.²⁹ B hat das Zugangskontrollsystem bei D zwar nicht iS des § 87 I Nr. 6 BetrVG „eingeführt“, weil sie keine Überwachungstätigkeit „an einen Dritten vergeben“ hat, sondern D aus eigenem Antrieb tätig geworden ist. Es liegt aber eine Anwendung des Überwachungssystems iS des § 87 I Nr. 6 BetrVG durch B vor, wenn sie ihre Arbeitnehmer anweist, an den Zugangskontrollen vor dem Tresorraum teilzunehmen.

cc) Einschränkung des Mitbestimmungsrechts

- 30 Wie bei § 87 I Nr. 1 BetrVG fragt sich auch bei § 87 I Nr. 6 BetrVG, ob das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats eine immanente Einschränkung erfährt, wenn der Arbeitgeber keinen Einfluss auf die Überwachung nehmen kann, weil der Kunde insoweit „nicht mit sich reden lässt“ und dafür nachvollziehbare Gründe vorbringen kann. Das BAG hat auch im Hinblick auf § 87 I Nr. 6 BetrVG entschieden, der Ar-

²⁵ BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03, BAGE 111, 173 (176) = NZA 2005, 1278; BAG 19.12.2017 – 1 ABR 32/16, BAGE 161, 225 = NZA 2018, 673 Rn. 15.

²⁶ BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (242); BAG 10.12.2013 – 1 ABR 43/12, NZA 2014, 439 Rn. 20; GK-BetrVG/*Gutzeit* § 87 Rn. 538.

²⁷ BAG 18.4.2000 – 1 ABR 22/99, NZA 2000, 1176; DKW/*Klebe* BetrVG § 87 Rn. 170f.; GK-BetrVG/*Gutzeit* § 87 Rn. 596.

²⁸ BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, BAGE 157, 220 = NZA 2017, 657 Rn. 21; ErfK/*Kania* BetrVG § 87 Rn. 59; HWK/*Clemenz/Geißler* BetrVG § 87 Rn. 125.

²⁹ So auch BAG 27.1.2004 – 1 ABR 7/03, BAGE 109, 235 (242) in der Entscheidung, der dieser Fall nachgebildet ist.