

Initiativrecht - technische Einrichtung

LAG BB, Beschluss vom 22.01.2015, 10 TaBV 1812/14, 10 TaBV 2124/14

Leitsatz

Der Betriebsrat hat auch im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Initiativrecht. Ob im Einzelfall gerechtfertigt ist, in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer einzugreifen, ist bei der Ausübung der Mitbestimmung zu beurteilen.

Tenor

- I. Die Beschwerde der Arbeitgeberin gegen den Beschluss des Arbeitsgericht Brandenburg a.d.H. vom 11. September 2014 - 1 BV 19/14 - wird - auch hinsichtlich des Hilfsantrages - zurückgewiesen.
- II. Auf die Anschlussbeschwerde des Betriebsrates wird der Beschluss des Arbeitsgericht Brandenburg a.d.H. vom 11. September 2014 - 1 BV 19/14 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:
 1. Die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg Dr. O. H. wird zur Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Einführung oder Änderung der elektronischen Zeiterfassung“ bestellt.
 2. Die Zahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer wird auf drei festgesetzt.
- III. Im Übrigen wird die Anschlussbeschwerde zurückgewiesen.
- IV. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 6.250,00 EUR festgesetzt.
- V. Die Rechtsbeschwerde ist von Gesetzes wegen nicht zugelassen (§ 99 Abs. 2 Satz 4 ArbGG).

Gründe

I.

1 Die Beteiligten streiten über die Einsetzung einer Einigungsstelle im Zusammenhang mit der elektronischen Zeiterfassung sowie die Anzahl der Beisitzer in der Einigungsstelle.

2 Der aus 9 Personen bestehende Betriebsrat beantragte am 20. August 2014 vor dem Arbeitsgericht Brandenburg an der Havel die Richterin am Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Dr. O. H. zur Vorsitzenden einer Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Änderung der elektronischen Zeiterfassung“ zu bestellen und die Anzahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer auf vier festzusetzen.

3 Bislang wird im Betrieb das elektronische System Personaleinsatzplanung (PEP) eingesetzt. Dieses wird zur Dienstplanung/Personaleinsatzplanung sowie zur Dienstplanabrechnung genutzt. Dabei ist bei einer Abweichung der Ist-Arbeitszeit von der in PEP enthaltenen Soll-Arbeitszeit ein Korrekturbogen manuell auszufüllen und von einer Zeitkorrekturbeauftragten in der PEP-Datenbank zu erfassen.

4 Spätestens seit Dezember 2011 wurde in der Unternehmensgruppe, der die Arbeitgeberin angehört, geplant, die elektronische Zeiterfassung von PEP auf eine sogenannte positive Zeitwirtschaft (PZW) umzustellen. Mit diesem System sollte die Ist-Arbeitszeit mittels Chipkarte an Terminals jeweils elektronisch erfasst und elektronisch an das PEP-System übermittelt werden. Entsprechendes plante die Arbeitgeberin im hiesigen Betrieb. Zur Einführung sollte eine Muster-Betriebsvereinbarung PZW eines Gesamtbetriebsrates aus der Unternehmensgruppe herangezogen werden. Mit diesem Regelungs-Muster war der hiesige Betriebsrat weitgehend einverstanden. Die Betriebsparteien konnten jedoch keine Einigung über die Standorte der Erfassungsterminals erzielen. Der Betriebsrat teilte mit Schreiben vom 15. Februar 2012 an den Geschäftsbereich Arbeitsrecht mit, dass sie sich mit dem Hausleiter und dem Vertriebsleiter bislang nicht über die Standorte der Terminals hätten einigen können. Unstrittig seien die Terminals im Erdgeschoss/Wareneingang, im 1. Obergeschoss/Lager und im Außenbereich Leergut/Tankstelle. Strittig sei der Standort für das Terminal für den Pausenraum im 2. Obergeschoss.

5 Die Arbeitgeberin teilte sodann mit Schreiben vom 22. März 2012 an den Betriebsrat mit, dass sie sich aufgrund des derzeitigen Verhandlungsstandes im Hinblick auf die Aufstellungsorte für die Zeiterfassungsterminals dazu entschieden habe, von einer Einführung der PZW im hiesigen Betrieb Abstand zu nehmen. Unter dem 7. Mai 2012 teilte der Hausleiter dem Betriebsrat mit, dass die Arbeitgeberin es für erforderlich erachte, im Bereich des Kassenbüros ein Zeiterfassungsterminal aufzustellen, nicht jedoch im Sozialtrakt im Obergeschoss. Aufgrund der diesbezüglichen Forderungen des Betriebsrates bleibe es bei der Entscheidung, von einer Einführung der elektronischen Zeiterfassung in der Filiale abzusehen. Selbstverständlich sei die Arbeitgeberin jederzeit bereit, die diesbezüglichen Gespräche mit dem Betriebsrat wieder aufzunehmen, wenn und soweit die genannten Forderungen des Betriebsrates nicht weiter aufrechterhalten würden. Nach weiterem Schriftverkehr im Juli und August 2012 und sachverständiger Prüfung für den Betriebsrat forderte der Betriebsrat die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 23. November 2012 erneut zur Fortsetzung der Verhandlungen auf. Unter dem 8. Oktober 2013 beschloss der Betriebsrat, die hiesigen Verfahrensbevollmächtigten, das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Hinblick auf die Verhandlung einer Betriebsvereinbarung „Positive Zeitwirtschaft“ (BV PZW) sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich gegenüber der Arbeitgeberin durchzusetzen.

6 Im Rahmen weiteren Schriftverkehrs lehnte die Arbeitgeberin unter dem 1. November 2013 unter Hinweis auf den Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 28. November 1989 – 1 ABR 97/88 und dem dort postulierten fehlenden Initiativrecht des Betriebsrates bei der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG weitere Gespräche und Verhandlungen ab.

7 Die Arbeitgeberin hatte mit Nichtwissen die ordnungsgemäße Beschlussfassung zur Einleitung dieses Verfahrens bestritten. Sodann hatte die Arbeitgeberin auf verschiedene ungekündigte Regelungen zur Arbeitszeit verwiesen. Diese würden dem Regelungsgegenstand entgegenstehen. Ob die Regelung zum PEP in der Sitzung des Betriebsrates am 1. Juli 2014 wirksam gekündigt sei, sei unklar und werde bestritten. Selbst wenn diese aber wirksam gekündigt worden sei, hätten die Betriebsparteien darüber noch keinerlei Verhandlungen geführt, so dass die Einigungsstelle zumindest verfrüht angerufen worden sei und derzeit noch kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe. Und Teile der Regelung in Form einer Protokollnotiz seien jedenfalls ungekündigt. Selbst wenn all diese Bedenken zurückgestellt würden, könne die Einigungsstelle allenfalls zur Regelung des PEP-Systems eingesetzt werden.

8 Die Arbeitgeberin meint, dass für die Einigungsstelle zwei Beisitzer je Seite ausreichend seien. Denn ein technischer Sachverstand könne von der Einigungsstelle selbst hinzugezogen werden und der Betriebsrat könne für die rechtliche Unterstützung einen Verfahrensbevollmächtigten bestellen.

9 Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 11. September 2014 die begehrte Einigungsstelle eingesetzt und die Anzahl der Beisitzer auf zwei bestimmt. Unter Voranstellung des Maßstabs der offensichtlichen Unzuständigkeit hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Frage des Initiativrechts des Betriebsrates im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dahinstehen könne, da es letztlich darum gehe zu bestimmen, wie die Abweichungen der Ist- von der Sollarbeitszeit dokumentiert würden. Die Regelung zum PEP-System sei wirksam gekündigt. Die Anzahl der Beisitzer sei mit zwei je Seite ausreichend, da technischer Sachverstand im Bedarfsfall von der Einigungsstelle selbst hinzugezogen werden könne.

10 Gegen diesen der Arbeitgeberin am 18. September 2014 zugestellten Beschluss legte die Arbeitgeberin am 30. September 2014 Beschwerde ein und begründete diese auch sogleich. Die Arbeitgeberin wiederholt und vertieft weitgehend ihren erstinstanzlichen Vortrag. Insbesondere habe die Arbeitgeberin wieder Abstand von ihrem Vorhaben der elektronischen Zeiterfassung genommen, ein Initiativrecht des Betriebsrates im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gebe es nicht. Zugleich begehrte die Arbeitgeberin hilfsweise, den Regelungsgegenstand als PEP-System ohne die elektronische Zeiterfassung zu beschreiben.

11 Die Arbeitgeberin beantragt,

12 den Beschluss des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom 11. September 2014 - 1 BV 19/14 aufzuheben und die Anträge des Betriebsrates ebenso wie die Anschlussbeschwerde des Betriebsrates zurückzuweisen,

13 hilfsweise,

14 die Richterin am Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg Dr. O. H. zur Vorsitzenden der Einigungsstelle mit dem Regelungsgegenstand „Neuabschluss einer Betriebsvereinbarung in Bezug auf das bei der Arbeitgeberin derzeit verwendete elektronische Personaleinsatzplanungssystem PEP mit seinem derzeitigen Anwendungsbereich, soweit es nicht um die Einführung eines elektronischen Zeiterfassungssystems bestehend aus Zeiterfassungsterminals, Chipkarten und dazugehöriger Software geht“ zu bestellen und die Anzahl der von jeder Seite zu benennenden Beisitzer auf zwei Personen festzulegen.

15 Der Betriebsrat beantragt,

16 1. die Beschwerde der Arbeitgeberin mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Regelungsgegenstand „Einführung oder Änderung der elektronischen Zeiterfassung“ lautet;

17 2. den Beschluss des Arbeitsgerichts Brandenburg an der Havel vom 11. September 2014 - 1 BV 19/14 teilweise abzuändern, soweit es die Anträge des Betriebsrates abgewiesen hat und die Anzahl der Beisitzer, die von Arbeitgeber und Betriebsrat bestellt werden, auf jeweils vier festzusetzen.

18 Der Betriebsrat erwidert, dass es im Zusammenhang mit der Zuständigkeit der Einigungsstelle um Rechtsfragen und im Zusammenhang mit der Regelung des Systems um technische Fragen gehe. Insofern müssten neben zwei Betriebsratsmitgliedern zwei weitere Beisitzer in der Einigungsstelle tätig werden. KL.tellend hat der Betriebsrat darüber hinaus beantragt, dass es um die positive Zeitwirtschaft (PZW) genannte elektronische Zeiterfassung gehe, unabhängig davon, ob es sich um die Einführung eines gesonderten Systems oder um die Änderung des bereits im Einsatz befindlichen PEP-Systems handele. Im Übrigen hat auch der Betriebsrat seinen erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und vertieft.

19 Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten in der Beschwerdeinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt der Beschwerdebegründung der Arbeitgeberin vom 29. September 2014, dessen Schriftsätze vom 9. Dezember 2014 (2x), und 16. Januar 2015 sowie den Inhalt der Beschwerdebeantwortung des Betriebsrates vom 20. November 2014 und die Schriftsätze vom 16. Januar 2015 und 19. Januar 2015 sowie das Sitzungsprotokoll vom 22. Januar 2015 Bezug genommen.

II.

20 Die statthafte Beschwerde der Arbeitgeberin ist form- und fristgerecht i. S. d. § 99 Abs. 2 ArbGG eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Auch die Anschlussbeschwerde des Betriebsrates ist form- und fristgerecht innerhalb der vom Beschwerdegericht bestimmten Erwidierungsfrist eingelegt und begründet worden. Sie hat in der Sache teilweise Erfolg.

1.

21 Der Hilfsantrag der Arbeitgeberin ist unzulässig. Denn dieser würde darauf hinauslaufen, dass das mit dem Hauptantrag des Betriebsrates verfolgte Begehren nicht zum Gegenstand der Einigungsstelle gemacht werden dürfte. Da der Hilfsantrag jedoch nur für den Fall des Obsiegens des Betriebsrates gestellt ist, schließen sich ein Obsiegen des Betriebsrates mit dem Hauptantrag und ein Obsiegen der Arbeitgeberin mit dem Hilfsantrag wechselseitig aus.

2.

22 Der Antrag des Betriebsrates ist zulässig. Nach dem gemäß §§ 99 Abs. 2 ArbGG, 89 Abs. 1, 2, 87 Abs. 2, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG auch im Beschlussverfahren anzuwendenden § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss eine Klageschrift unter anderem einen „bestimmten Antrag“ enthalten. Ein Antrag im Beschlussverfahren unterliegt insoweit denselben Anforderungen wie im Urteilsverfahren. Dementsprechend muss der Verfahrensgegenstand so genau bezeichnet werden, dass die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Beteiligten entschieden werden kann (BAG, Beschluss vom 22. Juli 2014 - 1 ABR 9/13; Beschluss vom 9. Juli 2013 - 1 ABR 17/12). Sie gilt auch für einen Antrag auf Bestellung einer Einigungsstelle gemäß § 76 Abs. 2 S. 2, S. 3 BetrVG i. V. m. § 99 ArbGG als Gestaltungsantrag. Im Verfahren nach § 99 ArbGG wird nicht nur die Person des Vorsitzenden und erforderlichenfalls die Zahl der Beisitzer festgelegt, sondern auch der Kompetenzrahmen der Einigungsstelle bestimmt. Die gerichtliche Vorgabe des Regelungsgegenstands aus dem Bestellungsverfahren kann nicht durch eine streitige Entscheidung der Einigungsstelle, sondern nur von beiden Betriebspartnern einvernehmlich abgeändert werden. Dementsprechend muss der Antragsteller im Bestellungsverfahren zwar nicht den Inhalt der von ihm angestrebten Regelung darlegen, wohl aber hinreichend konkret angeben, über welchen Gegenstand bzw. welche Meinungsverschiedenheit in der Einigungsstelle verhandelt werden soll (LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 21. Januar 2014 - 1 TaBV 47/13; LAG München, Beschluss vom 27. Februar 2007 - 8 TaBV 56/06; LAG Hessen, Beschluss vom 31. Januar 2006 - 4 TaBV 208/05; LAG Hamburg, Beschluss vom 1. Februar 2007 - 8 TaBV 18/06; vgl. auch Wenning-Morgenthaler, Die Einigungsstelle RN 51 m.w.N.).

23 Zutreffend hat der Betriebsrat sein Begehren konkretisiert. Da zwischen den Beteiligten streitig ist, ob die positive Zeitwirtschaft als Teil des PEP oder neben dem PEP betrieben werden

müsste, ohne dass es für die Zuständigkeit der Einigungsstelle an sich erheblich wäre, konnte an dieser Stelle unentschieden bleiben, wie das System PEP und die positive Zeitwirtschaft miteinander im Verhältnis stehen. Dieses wird gegebenenfalls die Einigungsstelle zu klären haben.

3.

24 Eine Einigungsstelle im Sinne des § 76 BetrVG kann gemäß § 99 Abs. 1 ArbGG durch das Arbeitsgericht nur eingerichtet werden, wenn sie im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht offensichtlich unzuständig ist. Offensichtlich unzuständig ist eine Einigungsstelle nur dann, wenn bei fachkundiger Beurteilung durch das Gericht sofort erkennbar ist, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates in der fraglichen Angelegenheit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Frage kommt, sich also die Streitigkeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat erkennbar nicht unter einem mitbestimmungspflichtigen Tatbestand subsumieren lässt (vgl. nur LAG Hamm, Beschluss vom 16. Dezember 2014, 7 TaBV 73/14; LAG Düsseldorf, Beschluss vom 25. August 2014 - 9 TaBV 39/14; LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. April 2014 - 4 TaBV 638/14; LAG Hamburg, Beschluss vom 26. März 2014 - 5 TaBV 3/14; LAG Köln, Beschluss vom 19. Februar 2014 - 11 TaBV 90/13 jeweils mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung und Literatur). Die Frage der offensichtlichen Unzuständigkeit entbindet nach alledem das Gericht im Verfahren nach § 99 ArbGG nicht davon, überhaupt einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand festzustellen.

3.1

25 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu geeignet sind, Leistung und/oder Verhalten von Arbeitnehmern zu überwachen. Zu diesen technischen Einrichtungen zählt auch ein Zeiterfassungssystem. Denn in einem Zeiterfassungssystem werden typischerweise zumindest die Komm- und Gehzeiten von Arbeitnehmern sowie vielfach auch die Pausenzeiten technisch erhoben und verarbeitet. Dass die positive Zeitwirtschaft ein solches zur Überwachung geeignetes System ist, ist zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Streitig ist allerdings, ob der Betriebsrat ein Initiativrecht zur Einführung oder Intensivierung der Überwachung von Arbeitnehmern hat.

3.2

26 Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des § 87 BetrVG im Jahre 1972 ganz bewusst nicht zwischen Mitbestimmungsrechten mit Initiativrecht des Betriebsrates und solchen ohne Initiativrecht des Betriebsrates unterschieden. Der „Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Betrieb und Unternehmen“ der Bundestagsfraktion der

CDU/CSU (BT-Drs. VI/1806) beinhaltet im § 29 Abs. 1 unter der Überschrift „Mitbestimmungsrecht“ einerseits die Regelung

27 „Folgende Angelegenheiten können vom Arbeitgeber und Betriebsrat nur gemeinsam geregelt werden“

28 und andererseits im § 30 unter der Überschrift „Zustimmungsrecht“ die Regelung

29 „Folgende Angelegenheiten können vom Arbeitgeber nur mit vorheriger Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt werden“.

30 Im Falle des § 29 beinhaltet Absatz 2

31 „Ist eine Übereinstimmung über die vorstehenden Angelegenheiten nicht zu erzielen, so entscheidet die Einigungsstelle verbindlich“,

32 Im Falle des § 30 demgegenüber beinhaltet der dortige Absatz 2

33 „Ist eine Verständigung nicht zu erzielen, so kann der Arbeitgeber bei der Einigungsstelle die verbindliche Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats beantragen“.

34 Nach dem Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeits- und Sozialordnung (vgl. zu BT-Drs. VI/2729) wurde dieser Vorschlag nach Beratung im Ausschuss abgelehnt und nicht weiter verfolgt.

35 Der Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung war in seiner Gesamtheit der Ansicht, dass die Beteiligung des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten gegenüber dem geltenden Recht auszuweiten sei. Allerdings sprach sich die Mehrheit gegen die im CDU/CSU-Entwurf vorgesehene Aufteilung der sozialen Angelegenheiten aus, die zwischen solchen, in denen der Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht, d. h. auch ein eigenes Initiativrecht hat, und solchen, die ausschließlich von der Initiative des Arbeitgebers abhängen und lediglich der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen, unterscheidet. Die Mehrheit des Ausschusses erkannte an, dass nach der CDU, CSU-Vorlage der Kreis der beteiligungsbedürftigen Angelegenheiten ebenfalls erweitert werden sollte. Sie sah jedoch in dieser Aufspaltung eine sachlich nicht gebotene Einschränkung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates (zu BT-Drs. VI/2729, S. 4).

3.3

36 Dennoch hatte das Bundesarbeitsgericht mit einer vereinzelt Entscheidung vom 28. November 1989 - 1 ABR 97/88 - entschieden, dass § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG den Betriebsrat nicht berechtige, die Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung zu verlangen und gegebenenfalls

über den Spruch einer Einigungsstelle zu erzwingen. Dieser Satz jener Entscheidung, den das Bundesarbeitsgericht zu keinem Zeitpunkt so wiederholt hat, hat seither die meisten Instanzgerichte veranlasst, ein Initiativrecht des Betriebsrates zur Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung abzulehnen und dieses sogar als offensichtlich nicht bestehend anzunehmen. Die Voraussetzungen für eine solche richterliche Rechtsfortbildung sind jedoch nicht gegeben (vgl. zur richterliche Rechtsfortbildung allgemein LArbG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5. Juni 2014 – 10 TaBVGa 146/14).

37 Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt (BAG, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13). Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (BVerfG, Urteile vom 11. Juli 2012 - 1 BvR 3142/07, 1 BvR 1569/08).

3.4

38 Bereits in der Entscheidung vom 28. November 1989 hatte das Bundesarbeitsgericht selbst erste Zweifel an der zuvor geäußerten Rechtsauffassung formuliert. Denn dort wurde zugleich angemerkt:

39 „Ob ein aus anderen Gründen gegebenes Interesse des Betriebsrats an der Einführung einer technischen Kontrolleinrichtung auch ein entsprechendes Initiativrecht des Betriebsrats begründet, kann sich allenfalls aus anderen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes, nicht aber aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben.“

40 In jenem Verfahren meinte der Betriebsrat, dass er die technische Zeiterfassung im Zusammenhang mit seinem Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 10 BetrVG benötige, da die maschinelle Arbeitszeiterfassung eine Frage der betrieblichen Ordnung sei und darüber hinaus der Lohngestaltung diene. Die Arbeitnehmer würden in erheblichem Umfang Überstunden leisten, deren leistungsgerechte Vergütung der Arbeitgeber ablehne. Nur eine maschinelle Arbeitszeiterfassung setze ihn, den Betriebsrat, in die Lage, auf die Einhaltung der Arbeitszeit und der Arbeitszeitvorschriften hinzuwirken und darüber zu wachen, dass geleistete Überstunden vergütet würden. Dieses hielt das Bundesarbeitsgericht zur Begründung eines

Initiativrecht nicht für ausreichend, da der Arbeitgeber dem Betriebsrat nur diejenigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen habe, die er selbst besitze. Der Betriebsrat könne nicht verlangen, dass der Arbeitgeber nur für ihn Unterlagen erstelle und zu deren Erstellung erforderliche Einrichtungen anschaffe.

41 Diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht bereits mit dem Beschluss vom 6. Mai 2003 im Verfahren 1 ABR 13/02 geändert. Eine Pflicht des Arbeitgebers zur Erteilung solcher Auskünfte zur Arbeitszeit bestehe auch dann, wenn der Arbeitgeber über die entsprechenden Kenntnisse selbst bislang nicht verfüge. Die gegenteilige Auffassung überzeuge nicht.

42 Daten zur Arbeitszeit der Arbeitnehmer, über die der Betriebsrat Auskunft begehre und deren Kenntnis er zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe benötige, würden im Betrieb ohne weiteres und ständig anfallen. Der Arbeitgeber, der über die tatsächlichen Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter Auskunft geben solle, müsse sich diese Daten nicht etwa von dritter Seite erst beschaffen. Er müsse lediglich auf geeignete Weise dafür sorgen, dass die objektiv vorhandenen Daten im Betrieb zur Kenntnis genommen und mitteilbar gemacht würden. Anders als im Fall nicht existierender Unterlagen brauche er dazu nichts herzustellen, sondern nur etwas Gegebenes wahrzunehmen.

43 Zu einer solchen Wahrnehmung der anfallenden Daten sei der Arbeitgeber schon unabhängig von der Überwachungsaufgabe des Betriebsrats verpflichtet. Darauf, ob er die Daten erheben wolle, komme es nicht an. Ein Verzicht auf die Erhebung von Arbeitszeitdaten der Arbeitnehmer sei keine zu respektierende Ausübung der betrieblichen Organisations- und Leitungsmacht des Arbeitgebers (BAG, Beschluss vom 06. Mai 2003 – 1 ABR 13/02).

3.5

44 Sicherlich ist der Grundansatz des Bundesarbeitsgerichts in der Entscheidung vom 28. November 1989 zutreffend, dass der Betriebsrat in der Regel einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer eher verhindern als ermöglichen will, aber es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass es andere schützenswerte Rechte gibt, die dem Persönlichkeitsschutz überwiegen (vgl. Gola/Wronka Handbuch Arbeitnehmerschutz, 6. Aufl. 2013, RN 1891; Beispiele dazu finden sich auch schon bei Schwarz, Arbeitnehmerüberwachung und Mitbestimmung, 1982 S. 37 f.). Deshalb gibt es neben dem Willen des Gesetzgebers auch ansonsten keinen Grund, den Betriebsrat von jeder Initiative zur einschlägigen technischen Ausrüstung auszuschließen. Soweit sich aus den Resultaten solcher Initiativen Unvereinbarkeiten mit geschützten Persönlichkeitsrechten betroffener Arbeitnehmer ergeben sollten, erfolgt die Abgrenzung nicht beim Initiativrecht, sondern durch die „Binnenschranken der Betriebsautonomie“, also hier durch die Ermessensausübung der Einigungsstelle (vgl. ArbG Berlin, Beschluss vom 20. März 2013 - 28 BV 2178/13 m.w.N.).

45 Damit kann sich allein aus dem vom Betriebsrat geltend gemachten Regelungsgegenstand keine offensichtliche Unzuständigkeit der Einigungsstelle ergeben. Der Betriebsrat hat auch im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Initiativrecht (so auch Fitting, Betriebsverfassungsgesetz 27. Aufl. § 87 RN 251; HaKo-BetrVG/Kohte, 4. Aufl. § 87 RN 20; Däubler/Kittner/Klebe/Wedde BetrVG 13. Aufl. § 87 RN 166; Däubler, Gläserne Belegschaften 6. Aufl. § 14 RN 815). Ob es hinreichende Gründe gibt, mit einer Betriebsvereinbarung zur positiven Zeitwirtschaft das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer im Betrieb zu berühren, muss die Einigungsstelle im Rahmen des von ihr nach § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG auszuübenden Ermessens im Lichte des § 75 Abs. 2 BetrVG selbst entscheiden.

4.

46 Soweit die Arbeitgeberin im Verlauf des Verfahrens entgegenstehende ungekündigte Regelungen angeführt hatte, hat der Betriebsrat diese spätestens im Laufe des Verfahrens allesamt gekündigt. Die dazu jeweils erhobene Rüge der nicht ordnungsgemäßen Beschlussfassung hat die Arbeitgeberin ausdrücklich nicht weiter aufrechterhalten, so dass auch insoweit nicht von einer offensichtlichen Unzuständigkeit der angestrebten Einigungsstelle ausgegangen werden kann.

5.

47 Die Anzahl der Beisitzer war mit drei je Seite festzusetzen. Bei einer gerichtlichen Festsetzung der Anzahl der Beisitzer ist zunächst zu beachten, dass es entgegen einer verbreiteten Ansicht keine Regelbesetzung gibt (vgl. Wenning-Morgenthaler, Die Einigungsstelle RN 126 m.w.N.). Maßgebend für die Anzahl der Beisitzer einer Einigungsstelle sind in erster Linie der Schwierigkeitsgrad der Meinungsverschiedenheit und die zu ihrer Beilegung notwendigen Fachkenntnisse und betriebspraktischen Erfahrungen (vgl. LAG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Februar 2013 - 9 TaBV 129/12; LAG Hamburg, Beschluss vom 13. Januar 1999 - 4 TaBV 9/98).

48 Einigungsstellen im Zusammenhang mit technischen Systemen, die geeignet sind, Leistung und/oder Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, gehören zu den komplexesten Aufgaben im Rahmen des gesamten Einigungsstellenspektrums. Deshalb ist die vom Arbeitsgericht festgesetzte Zahl von Beisitzern nicht ausreichend. Da es sich um eine besondere Spezialmaterie handelt, die in aller Regel technische und nicht nur organisatorische Regelungen verlangt, sind Fachleute auf beiden Seiten nahezu unabdingbar. Deshalb ist die Besetzung der Einigungsstelle in diesem Bereich mit mindestens drei Beisitzern je Seite vorzunehmen. Dazu gehört jeweils ein Beisitzer, der die betrieblichen Verhältnisse kennt und beurteilen kann, sowie sinnvollerweise auf jeder Seite ein technisch sowie ein (datenschutz-)rechtlich versierter Beisitzer. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen durch die Einigungsstelle selbst kommt zwar grundsätzlich in Betracht (Wenning-Morgenthaler, Die Einigungsstelle RN 277 f.), doch ersetzt ein solcher

Sachverständiger, der ein System, einen Gegenstand o.ä. mit einem klaren Prüfauftrag beurteilen müsste, nicht die Mitarbeit an der Erarbeitung einer ermessensfehlerfreien betrieblichen Regelung über eine technische Einrichtung. Das Gleiche gilt für die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten. Der Verfahrensbevollmächtigte ist Vertreter der Betriebspartei und hat deren Interessen zu vertreten. Der Beisitzer in der Einigungsstelle kann - zumindest ein wenig - ungebundener an einer Regelung (Betriebsvereinbarung) mitarbeiten. Hier kommt hinzu, dass zwischen den Betriebsparteien eine grundlegend andere Auffassung besteht, wieweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der positiven Zeitwirtschaft reicht. Da die Einigungsstelle selbst zunächst über ihre Zuständigkeit zu befinden hat, erscheint eine Verfahrensbevollmächtigung nicht ausreichend.

49 Eine größere Zahl als drei war jedoch nicht geboten. Denn bei der positiven Zeitwirtschaft handelt es sich nicht um eine besonders komplexe technische Einrichtung, wie beispielsweise bei der Regelung zu einem DataWarehouse.

6.

50 Die Person der Vorsitzenden war in der Beschwerdeinstanz nicht mehr im Streit. Frau Dr. H. ist eine fachkundige und äußerst fähige Richterin der Arbeitsgerichtsbarkeit, die über zahlreiche Erfahrungen als Einigungsstellenvorsitzende verfügt. Ihre Unparteilichkeit steht außer Frage.

III.

51 Die Entscheidung ergeht gem. § 2 Abs. 2 GKG in Verbindung mit § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG gerichtskostenfrei.

52 Der Verfahrenswert war für die Frage der offensichtlichen Unzuständigkeit der Einigungsstelle mit dem Hilfwert nach § 23 Abs. 3 S. 2 RVG (5.000,-- EUR) und hinsichtlich der Anzahl der Beisitzer mit $\frac{1}{4}$ dieses Hilfwertes zu bemessen.