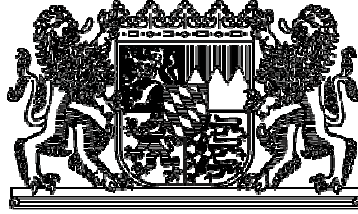


3 TaBV 84/13
27 BV 354/12
(ArbG München)

Verkündet am: 13.02.2014

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

BESCHLUSS

In dem Beschlussverfahren

mit den Beteiligten

1. Betriebsrat der H. B. V. & Co. KG, Filiale O.

- Antragsteller, Beteiligter zu 1 und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigte:

2. Firma H. B. V. & Co. KG

- Beteiligte zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Anhörung vom 23. Januar 2014 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Baumann und Veh

für Recht erkannt:

- I. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) wird der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 12.07.2013 - 27 BV 354/12 - teilweise unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen abgeändert und wie folgt insgesamt neu gefasst:**
 - 1. Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb H.-Straße, M., Gespräche mit den Beschäftigten über deren krankheitsbedingten Fehlzeiten zu führen, ohne dass der Antragsteller seine Zustimmung hierzu erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.**
 - 2. Die Anträge im Übrigen werden zurückgewiesen.**

- II. Die Rechtsbeschwerde wird für die Beteiligte zu 2) zugelassen.**

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über Mitbestimmungsrechte in Bezug auf die Erfassung von Krankheitszeiten in An- und Abwesenheitslisten sowie in Bezug auf sog. „Welcome-Back-Gespräche“ nach krankheitsbedingten Fehlzeiten.

Die Beteiligte zu 2) ist ein bundesweites Unternehmen des Mode-Einzelhandels. Der Beteiligte zu 1) ist der in der Filiale 000 in M. gebildete Betriebsrat.

Die Beteiligte zu 2) führt in der Filiale 000 für jeden Arbeitnehmer sog. An- und Abwesenheitslisten. Dabei handelt es sich um formularmäßige Jahresübersichten, in denen handschriftlich für jeden einzelnen Arbeitstag eingetragen wird, ob der betreffende Arbeitnehmer mit welchen Arbeitszeiten gearbeitet hat, ihm Urlaub gewährt worden ist, er krankheitsbedingt gefehlt hat oder er wegen der Betreuung erkrankter Kinder abwesend war. Das Formular wird von dem Kassenverantwortlichen ausgefüllt und von der Filialleitung unter Verschluss aufbewahrt. Darüber hinaus führt die Beteiligte zu 2) aus verschiedenen Anlässen sog. „Welcome-Back-Gespräche“, u. a. bei krankheitsbedingter Abwesenheit. Dies betrifft sowohl Arbeitnehmer mit auffälligen und hohen Ausfallzeiten als auch solche, die eine geringe Fehlquote haben. Nach den Angaben der Beteiligten zu 2) dienen diese Gespräche u. a. dazu herauszufinden, ob ein Mitarbeiter evtl. Probleme hat und wie die Arbeitgeberin hierbei helfen kann, zur Vorbereitung evtl. individualrechtlicher Bewertungen, um eine Information über die Fehlzeiten zu bekommen, um evtl. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit zu beseitigen oder um bei besonders langen Fehlzeiten individualrechtliche Folgemaßnahmen in Gestalt einer Versetzung oder - ggf. - personenbedingten Kündigung zu erwägen.

Mit Schreiben vom 19.04.2012 (Anl. AST 1, Bl. 13 d. A.) wandte sich der Beteiligte zu 1) ergebnislos an die Beteiligte zu 2) mit der Bitte um Einsichtnahme in die und Vernichtung der An- und Abwesenheitslisten der Jahre 2011 und früher. Am 21.06.2012 beschloss der Beteiligte zu 1), rechtliche Schritte einzuleiten und die Verfahrensbevollmächtigten mit seiner Vertretung zu beauftragen.

Der Beteiligte zu 1) hat die Auffassung vertreten, das Procedere im Zusammenhang mit der Durchführung sog. Krankenrückkehrgespräche sei gem. § 87 Abs. 1 Ziffn. 1 und 6 sowie § 94 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Das Führen der An- und Abwesenheitslisten wie auch die Krankenrückkehrgespräche dienen auch der Verhinderung des sog. „Krankfeierns“ und von Krankschreibungen bei leichtem Krankheitsgefühl. Beide Maßnahmen betreffen daher Fragen der betrieblichen Ordnung und nicht das Verhalten bei der Arbeitsleistung selbst. Alle Arbeitnehmer, die ein gewisses Kontingent an krankheitsbedingten

Fehlzeiten - in der Regel mehr als 14 Tage in einem Zeitraum von einem halben bis ganzen Jahr - angesammelt hätten, würden zum Gespräch aufgefordert werden. Ein kollektiver Bezug ergebe sich zudem aus der Formalisierung des Verfahrens. Das Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer begründe sich aus der Frage nach Krankheiten und ihren Ursachen, die deren Privatsphäre berührten. Darüber hinaus begründe sich ein Mitbestimmungsrecht aus § 94 Abs. 1 BetrVG, der auf jede formularmäßig gefasste Zusammenstellung von auch mündlich gestellten Fragen an den Arbeitnehmer Anwendung fände.

Der Beteiligte zu 1) hat erstinstanzlich beantragt:

1. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb H.-Straße, M., die Krankheitszeiten der Beschäftigten mittels dem Formular „An-Abwesenheitsliste“ zu erfassen und aufzubewahren, solange nicht der Beteiligte zu 1) seine Zustimmung zur Verwendung dieses Formulars erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.*
2. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, die im Betrieb H.-Straße, M., erstellten Formulare „An- Abwesenheitsliste“ zu vernichten oder an die betroffenen Beschäftigten herauszugeben.*
3. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb H.-Straße, M., Gespräche mit den Beschäftigten über deren krankheitsbedingten Fehlzeiten zu führen, ohne dass der Beteiligte zu 1) seine Zustimmung hierzu erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.*

Die Beteiligte zu 2) hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie hat ausgeführt, dass es ihr bei der Führung der handschriftlichen An- und Abwesenheitslisten nicht um eine Kontrolle der Arbeitnehmer ginge, sondern lediglich um einen besseren Überblick über die verschiedenen Zeiten mit ihren jeweils verschiedenen rechtlichen Konsequenzen (Arbeitsentgelt, Entgeltfortzahlung, Urlaubsentgelt) zu gewinnen. Damit stellten die An- und Abwesenheitslisten lediglich die Grundlage für die „Welcome-Back-Gespräche“ dar. Die „Welcome-Back-Gespräche“ würden nicht schematisch und systematisch, sondern einzelfallbezogen geführt. Sie seien nicht auf Arbeitnehmer mit auffälligen Fehlzeiten beschränkt, sondern würden auch nach langen Urlaubszeiten, Rückkehr aus der Elternzeit und bei verschiedenen langen Arbeitsunfähigkeitszeiten geführt. Es gäbe auch keine standardisierten Vorgaben für die Gespräche.

Mit Beschluss vom 11.09.2012 hat das Arbeitsgericht München zum Gz. 31 BVGa 37/12 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in Bezug auf die hier gestellten Anträge zu 1. bis 3. abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht München durch Beschluss vom 16.01.2013 zum Gz. 10 TaBVGa 8/12 zurückgewiesen.

Das Arbeitsgericht München hat durch Beschluss vom 12.07.2013 - 27 BV 354/12 - die hiesigen Anträge des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Dem Beteiligten zu 1) stehe ein Mitbestimmungsrecht weder hinsichtlich der An- und Abwesenheitslisten noch hinsichtlich der „Welcome-Back-Gespräche“ betreffend krankheitsbedingte Fehlzeiten zu. Durch die An- und Abwesenheitslisten werde das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer nicht betroffen, weil die Beteiligte zu 2) ohnehin über die dort gesammelten Informationen verfüge. Hierin bestehe der Unterschied zur verdeckten Videoüberwachung, mit der sich der Arbeitgeber bis dato unbekannte Informationen beschaffe. Ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Krankenrückkehrgespräche sei im Anschluss an die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.11.1994 - 1 ABR 22/94 - zu verneinen. Es fehle an einer hinreichenden Systematik, weil der Beteiligte zu 1) nicht konkret dargestellt habe, dass die Gespräche in einer generalisierenden Art und Weise zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes durchgeführt würden. Allein die Frage, was die Beteiligte zu 2) für die Arbeitnehmer tun könne, reiche hierfür nicht aus. Die Behauptung des Beteiligten zu 1), dass der Auswahl der Arbeitnehmer, mit denen ein Gespräch geführt werde, ein System zugrunde liege, stelle lediglich eine Mutmaßung dar. Das Beteiligungsrecht

nach § 94 Abs. 1 BetrVG sei zu verneinen, weil der Beteiligte zu 1) auch insoweit nichts Konkretes zu standardisierten Fragen vorgebracht habe.

Gegen diesen, ihm am 26.07.2013 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1) am 19.08.2013 Beschwerde beim Landesarbeitsgericht München eingelegt und diese am 21.10.2013 innerhalb der bis zu diesem Tag verlängerten Beschwerdebegründungsfrist begründet.

Das Mitbestimmungsrecht könne entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts nicht davon abhängig gemacht werden, ob die Beteiligte zu 2) bei Planung und Durchführung der Krankenrückkehrgespräche einer nach außen erkennbaren Systematik folge. Nach dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts, Beschäftigte gleichberechtigt in die Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens einzubeziehen, sei eine Maßnahme, die das Krankheitsverhalten der Arbeitnehmer beeinflussen soll, allein wegen dieses Ziels dem betrieblichen Ordnungsverhalten zuzurechnen. Deshalb unterliege das Führen der An- und Abwesenheitslisten dem Mitbestimmungsrecht, denn allein die Kenntnis davon beeinflusse die Arbeitnehmer dahingehend, trotz eigentlich bestehender Krankheit die Arbeit anzutreten. Gleiches gelte für die Krankenrückkehrgespräche, die nicht die Erbringung der Arbeitsleistung konkretisierten. Zudem seien die Krankenrückkehrgespräche entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts formalisiert, weil nicht anzunehmen sei, dass Filiale und Mitarbeiter wahllos zur Führung der Krankenrückkehrgespräche herausgegriffen werden würden.

Der Beteiligte zu 1) beantragt:

1. *Der Beschluss des Arbeitsgerichts München vom 12.07.2013 - 27 BV 354/12 - wird abgeändert.*
2. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb H.-Straße, M., die Krankheitszeiten der Beschäftigten mittels dem Formular „An-Absenheitsliste“ zu erfassen und aufzubewahren, solange nicht der Beteiligte zu 1) seine Zustimmung zur Verwendung dieses Formulars erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.*

3. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, die im Betrieb H.-Straße, M., mittels dem Formular „An- Abwesenheitsliste“ erfassten Zeiten in ihrer EDV zu löschen und die Listen zu vernichten oder an die betroffenen Beschäftigten herauszugeben.*
4. *Der Beteiligten zu 2) wird aufgegeben, es zu unterlassen, im Betrieb H.-Straße, M., Gespräche mit den Beschäftigten über deren krankheitsbedingten Fehlzeiten zu führen, ohne dass der Beteiligte zu 1) seine Zustimmung hierzu erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.*

Die Beteiligte zu 2) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf „Welcome-Back-Gespräche“ mit erkrankten Arbeitnehmern scheidet aus, weil es bei Planung und Durchführung dieser Gespräche an einer nach außen erkennbaren Systematik fehle, die das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 08.11.1994 vorausgesetzt habe. Das Bundesarbeitsgericht habe ausdrücklich offen gelassen, ob allein wegen des Ziels der Beeinflussung des sog. Krankheitsverhaltens die Maßnahme dem betrieblichen Ordnungsverhalten zuzurechnen sei. Die Beteiligte zu 2) führe die Krankenrückkehrgespräche rein einzelfallbezogen. Es werde spontan, von Einzelfall zu Einzelfall, entschieden, ob ein Gespräch geführt werde. Dabei werde den Arbeitnehmern das Formular „An- und Abwesenheitsliste“ nicht vorgehalten. Das Gespräch folge keinem vorgegebenen Gesprächsablauf oder sonstigen Regeln. Das Führen der An- und Abwesenheitslisten sei nicht mitbestimmungspflichtig. Diese Listen würden händisch geführt und dienten dazu, dem Store Manager einen Überblick über die krankheitsbedingten Fehlzeiten zu verschaffen und die Urlaubstage zu kontrollieren. Ein Effekt auf die Arbeitnehmer könne nicht entstehen, weil die Beteiligte zu 2) ohnehin über die dort gesammelten Informationen verfüge.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Schriftsatz des Beteiligten zu 1) vom 21.10.2013 (Bl. 161 ff. d. A.), der Beteiligten zu 2) vom 18.11.2013 (Bl. 198 ff. d. A.) und auf die Niederschrift über die öffentliche Anhörung am 23.01.2014 (Bl. 210 ff. d. A.) Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig, aber nur hinsichtlich des Führens von Krankenrückkehrgesprächen begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

Sie ist statthaft, weil sie sich gegen einen das Verfahren beendenden Beschluss des Arbeitsgerichts wendet, § 87 Abs. 1 ArbGG, sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist, §§ 89 Abs. 1 und 2 i. V. m. 87 Abs. 1 i. V. m. 66 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG.

2. Die Beschwerde ist in Bezug auf das Führen der Krankenrückkehrgespräche begründet. Dem Beteiligten zu 1) steht insoweit ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu, sodass der Beteiligten zu 2) aufzugeben ist, es zu unterlassen, im Betrieb 000 Gespräche mit den Beschäftigten über deren krankheitsbedingten Fehlzeiten zu führen, ohne dass der Beteiligte zu 1) seine Zustimmung hierzu erteilt hat oder die Einigung wirksam durch Spruch einer Einigungsstelle ersetzt worden ist.

a) Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit - wie hier - eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das ein aufeinander abgestimmtes Verhalten erfordert. Neben verbindlichen Verhaltensregeln dienen unterschiedliche Maßnahmen des Arbeitgebers dazu, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen und zu koordinieren. An ihrer Gestaltung sollen die Arbeitnehmer über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beteiligt werden. Demgegen-

über besteht kein Mitbestimmungsrecht, wenn das Arbeitsverhalten eines Arbeitnehmers durch Anordnungen, mit denen seine Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird - die also bestimmen, welche Arbeiten in welcher Weise auszuführen sind -, betroffen ist (vgl. BAG, Beschl. v. 08.11.1994 - 1 ABR 22/94 -, NZA 1995, 857; Beschl. v. 28.05.2002 - 1 ABR 32/01 -, BAGE 101, 216; Beschl. v. 27.01.2004 - 1 ABR 7/93 -, BAGE 109, 235; Beschl. v. 28.07.2008 - 1 ABR 40/07 -, BAGE 127, 146; Beschl. v. 07.02.2012 - 1 ABR 63/10 -, NZA 2012, 685).

b) Auf dieser Grundlage hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 08.11.1994 (aaO) ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Führung formalisierter Krankengespräche zur Aufklärung eines überdurchschnittlichen Krankenstandes mit einer nach abstrakten Kriterien ermittelten Mehrzahl von Arbeitnehmern gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bejaht. Die Mitbestimmungspflicht folge in diesem Fall unabhängig von dem etwaigen Fernziel einer Beeinflussung der Arbeitnehmer bei Krankheitsverhalten aus der Art und Weise der Durchführung der Krankengespräche. Dadurch werde das Verhalten der Arbeitnehmer bei der Führung der Gespräche selbst zum Gegenstand der Maßnahme. Dies gehöre nicht unmittelbar zur Erbringung der Arbeitsleistung. Darüber hinaus läge bei Gesprächen in einer generalisierten Art und Weise ein kollektiver Tatbestand vor, der einer generellen Regelung zugänglich sei und die Mitbestimmung des Betriebsrats erforderlich mache. Das Bundesarbeitsgericht hat das Vorliegen formalisierter Krankengespräche bejaht, wenn die Auswahl der zu Krankengesprächen herangezogenen Arbeitnehmer nach einer abstrakten Regel erfolge und das Verfahren durch den gleichförmigen Ablauf formalisiert sei. Dann gehe es um die Frage, wie sich die Arbeitnehmer während des Gesprächs verhalten sollten. Die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer ergebe sich aus der Frage nach ihren Krankheiten und deren Ursachen, die die Privatsphäre der Arbeitnehmer berühre und einen faktischen Zwang, dem sich die Arbeitnehmer häufig nicht entziehen könnten, entstehen lasse. Ergänzend hat das Bundesarbeitsgericht darauf abgestellt, dass es um eine betriebliche Aufklärungsaktion ginge, wenn die Arbeitgeberin mit der Befragung der Arbeitnehmer evtl. arbeitsplatzspezifische Einflüsse erkennen und abstellen wolle. Mit der Beantwortung derartiger Fragen erfüllten die Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, die dem Ordnungsverhalten zuzurechnen sei.

c) Die Mitbestimmungspflichtigkeit von Krankengesprächen wird in Literatur und Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte unterschiedlich beurteilt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die zutreffende Darstellung des Arbeitsgerichts Bezug genommen (vgl. ein Mitbestimmungsrecht bejahend auch Fitting u. a., 26. Aufl. 2012, § 87 Rn. 71; Bender in Wlotzke/Preis/Kreft, BetrVG, 4. Aufl. 2009, § 87 Rn. 42; Reichold in MHdbArbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 86 Rn. 17; Kohte in Düwell, BetrVG, 3. Aufl. 2010, § 87 Rn. 31; verneinend Richardi in BetrVG, 13. Aufl. 2012, § 87 Rn. 192; Wiese in GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 87 Rn. 225; Worzalla in Hess u. a., BetrVG, 9. Aufl. 2014, § 87 Rn. 140).

d) Die Kammer folgt der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, weil sie dem Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts, Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens zum Schutz ihres Persönlichkeitsrechts zu gewähren, Rechnung trägt. Krankenrückkehrgespräche führen aufgrund des Gesprächsgegenstandes, nämlich der Frage nach Krankheiten und ihren Ursachen, zu einer besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer. Hierdurch werden ihre Privatsphäre und ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht berührt, und zwar in einer Situation, in der sie sich zur Beantwortung der Fragen unter Druck gesetzt fühlen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Krankenrückkehrgespräche der Vorbereitung konkreter Personalmaßnahmen wie einer Kündigung dienen (in dieser Konstellation das Mitbestimmungsrecht bejahend auch Wiese in GK-BetrVG, aaO, § 87 Rn. 225). In diesen Fällen macht der Arbeitnehmer möglicherweise Angaben zu seinem Krankheitszustand, zu denen er nach der Darlegungs- und Beweislastverteilung im Kündigungsschutzprozess nicht verpflichtet wäre. Auch beurteilt sich die Frage, ob ein mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten vorliegt, nicht nach den subjektiven Vorstellungen, die einen Arbeitgeber zu der Maßnahme bewegen haben, sondern nach dem objektiven Regelungszweck, der sich nach dem Inhalt der Maßnahme und der Art des zu beeinflussenden betrieblichen Geschehens bestimmt (so BAG, Beschl. v. 11.06.2002 - 1 ABR 46/01 -, NZA 2002, 1299; Beschl. v. 14.01.2012 - 1 ABR 45/10 -, NZA 2012, 687 Rn. 22).

e) Die Durchführung der Krankenrückkehrgespräche im Betrieb der Beteiligten zu 2) unterliegt dem Mitbestimmungsrecht des Beteiligten zu 1). Die Voraussetzungen, die das Bundesarbeitsgericht hierfür erfordert, liegen vor.

aa) Die Durchführung der Krankenrückkehrgespräche setzt im Hinblick auf die von der Beteiligten zu 2) angegebenen und damit verbundenen Ziele eine Auswahl der Arbeitnehmer nach abstrakten Regeln voraus. Andernfalls ist es weder möglich, mit denjenigen Arbeitnehmern ein Gespräch zu führen, die besonders lange Fehlzeiten haben, noch mit denjenigen Arbeitnehmern, bei denen individualrechtliche Folgemaßnahmen in Gestalt einer Versetzung oder - ggf. - einer personenbedingten Kündigung erwogen werden. Die Behauptung der Beteiligten zu 2), es handle sich dabei um individuell geführte Gespräche, ist deshalb nicht glaubhaft.

Selbst wenn die Gespräche rein einzelfallbezogen durchgeführt werden würden, unterlägen sie dem Mitbestimmungsrecht des Beteiligten zu 1). Denn dann wäre die Auswahl der Arbeitnehmer willkürlich: Während der eine Arbeitnehmer bereits dem Druck eines Krankenrückkehrgesprächs ausgesetzt wäre, wenn er drei Arbeitstage arbeitsunfähig fehlte, könnte ein anderer Arbeitnehmer diesem Gespräch bei längeren Arbeitsunfähigkeitszeiten entgehen. Eine solche Praxis widerspräche dem Gerechtigkeitsgedanken, der Grundprinzip der in § 87 Abs. 1 BetrVG katalogisierten Mitbestimmungsrechte ist.

bb) Es ist auch in Teilen ein formalisiertes Verfahren zur Durchführung der Krankenrückkehrgespräche ersichtlich geworden. Im erstinstanzlichen Verfahren wurde von der Beteiligten zu 2) ein Formular „Mitarbeitergespräch“ eingereicht, das Inhalt und Ziel des Gesprächs sowie eine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer festhält. Darüber hinaus führt die Beteiligte zu 2) An- und Abwesenheitslisten, die eine bessere Übersicht über die krankheitsbedingten Fehltage von Arbeitnehmern ermöglicht und solchermaßen der Vorbereitung der Krankenrückkehrgespräche dient.

cc) Auch ergibt sich bei den von der Beteiligten zu 2) geführten Gesprächen ein besonderes Schutzbedürfnis der zum Gespräch herangezogenen Arbeitnehmer. Die Beteiligte zu 2) versucht nach eigenen Angaben, Informationen über die Fehlzeiten zu bekommen. Ausweislich des Gesprächsprotokolls vom 02.03.2012 (Anl. AGG 3, Bl. 83 d. A.)

zwischen B. und S. hat der dortige Arbeitnehmer S. angegeben, er leide an einer Depression; ihm sei zurzeit alles zuviel (Arbeit, privat ...). Er hat damit, ohne gesetzlich oder arbeitsvertraglich verpflichtet zu sein, Informationen preis gegeben, die sich für ihn nachteilig auswirken könnten. Im Hinblick auf die im Zeitpunkt des Gesprächs noch fortbestehende Erkrankung fehlte ihm in dem Gespräch unter Umständen auch der Überblick über die möglichen Konsequenzen seiner Antwort. Zutreffend hat das Bundesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang auf den faktischen Zwang hingewiesen, in derartigen Situationen Antworten zu geben.

Gleiches gilt, wenn sich der Arbeitnehmer mit Angaben offenbart, die geeignet sind, individualrechtliche Bewertungen bzw. Folgemaßnahmen bis hin zur Kündigung zu bewirken.

dd) Sofern die Beteiligte zu 2) mit den Gesprächen evtl. arbeitsplatzspezifische Einflüsse zu erkennen beabsichtigt, erfüllen die zu den Gesprächen herangezogenen Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, die dem betrieblichen Ordnungsverhalten zuzurechnen ist und ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht begründet.

ee) Fragen nach Krankheitsursachen betreffen nicht das Arbeitsverhalten des Arbeitnehmers. Dem Arbeitnehmer werden damit keine Anordnungen erteilt, welche Arbeiten in welcher Weise von ihm auszuführen sind. Der kollektive Bezug begründet sich aus der Tatsache, dass die Beteiligte zu 2) mit allen Arbeitnehmern ein Gespräch führt, sofern dies zur Erreichung ihrer Ziele erforderlich ist.

f) Liegt danach ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in Bezug auf die Krankrückkehrgespräche vor, war dem Betriebsrat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein allgemeiner Unterlassungsanspruch zur Abwehr zukünftiger Verstöße gegen das Mitbestimmungsrecht zu gewähren (vgl. BAG, Beschl. v. 25.09.2012, aaO, Rn. 11). Auf die Zustimmungspflichtigkeit nach § 94 BetrVG kam es nicht mehr an.

3. Dagegen ist ein Mitbestimmungsrecht in Bezug auf das Führen der An- und Abwesenheitslisten zu verneinen mit der Folge, dass der Beteiligte zu 1) weder die Unterlassung der Erfassung, der Aufbewahrung und der Auswertung noch eine Vernichtung oder Herausgabe der Listen an die Beschäftigten verlangen kann, § 87 Abs. 1 BetrVG.

Die Kammer schließt sich insoweit den Ausführungen des Arbeitsgerichts im angefochtenen Beschluss vom 12.07.2013, auf die Bezug genommen wird, §§ 87 Abs. 2 i. V. m. 69 Abs. 2 ArbGG, und denen des Landesarbeitsgerichts München im Beschluss vom 16.01.2013 - 10 TaBVGa 8/12 - an. Das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer wird nicht dadurch betroffen, dass die Beteiligte zu 2) eine nach Mitarbeitern gesonderte Zusammenfassung der krankheitsbedingten und aus anderen Gründen angefallenen Fehl- bzw. Arbeitstage führt. Die Beteiligte zu 2) verfügt ohnehin über die dort zusammengefassten Informationen; sie könnte sie sich jederzeit ad hoc in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer zusammenstellen, würde sie nicht abschnittsweise die Informationen in die An- und Abwesenheitslisten einpflegen. Die Gefahr, zu einem Krankenrückkehrgespräch wegen Fehlzeiten herangezogen zu werden, besteht damit unabhängig von dem Führen der An- und Abwesenheitslisten.

Die Neutralität der An- und Abwesenheitslisten zeigt sich auch aus dem Umstand, dass dann, wenn die Arbeitgeberin hieraus keine Folgen ableitete, die Arbeitnehmer ihr keine Bedeutung zumäßen. Eine Vergleichbarkeit zur Videoüberwachung besteht, wie bereits in den vorstehend genannten Beschlüssen des Arbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichts ausgeführt, nicht.

Soweit der Beteiligte zu 1) im Beschwerdeverfahren den Antrag zu Ziff. 3. erstmals auf die Löschung der mittels des Formulars „An- Abwesenheitsliste“ erfassten Zeiten in der EDV erweitert hat, fehlt es an einem entsprechenden Sachvortrag, der Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung sein könnte.

III.

Nach § 2 Abs. 2 GKG werden Kosten für dieses Verfahren nicht erhoben.

IV.

Die Rechtsbeschwerde war für die Beteiligte zu 2) im Hinblick auf die abweichenden Entscheidungen anderer Landesarbeitsgerichte, der Kontroversen in der arbeitsrechtlichen Literatur und der Tatsache, dass die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.11.1994 - 1 ABR 22/94 - bei grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage fast 20 Jahre zurückliegt, zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss kann die Beteiligte zu 2) Rechtsbeschwerde einlegen.

Für den Beteiligten zu 1) ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben.

Die Rechtsbeschwerde muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Beschlusses.

Die Rechtsbeschwerde muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Rechtsbeschwerdeschrift und die Rechtsbeschwerdebegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Rechtsbeschwerdeeinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dr. Eulers

Baumann

Veh