

Sachgebiet:

BVerwGE: ja  
Übersetzung: nein

Personalvertretungsrecht und Richtervertretungsrecht

Rechtsquelle/n:

HmbPersVG § 88 Abs. 1 Nr. 23 und 32, § 99 Abs. 2  
ArbGG § 93 Abs. 1 Satz 1, § 96 Abs. 1 Satz 2  
ZPO § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3

Titelzeile:

Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei Personalfragebogen, deren Nutzung freigestellt ist, sowie beim Übergang einer technischen Einrichtung vom Probe- in den Dauerbetrieb

Leitsatz:

Das Mitbestimmungsrecht bei der Bestimmung des Inhalts von Personalfragebogen gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG wird nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass Beschäftigten oder Bewerbern um eine Stelle die Verwendung des Personalfragebogens freigestellt ist.

Beschluss des 5. Senats vom 29. Juli 2021 - BVerwG 5 P 2.20

- I. VG Hamburg vom 7. Februar 2017  
Az: VG 26 FL 1/15
- II. OVG Hamburg vom 10. Dezember 2018  
Az: OVG 8 Bf 40/17.PVL





Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**BESCHLUSS**

BVerwG 5 P 2.20  
OVG 8 Bf 40/17.PVL

In der Personalvertretungssache



hat der 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts

am 29. Juli 2021

durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Störmer,  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Stengelhofen-Weiß und  
Dr. Harms sowie die Richter am Bundesverwaltungsgericht Holtbrügge und  
Preisner

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des Hamburgischen Obergerichts - Fachsenat für Personalvertretungssachen nach dem Landespersonalvertretungsrecht - vom 10. Dezember 2018 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor des angegriffenen Beschlusses wie folgt neu gefasst wird:

"In Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 7. Februar 2017 wird festgestellt, dass der Beteiligte die Mitbestimmungsrechte des Antragstellers aus § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG und § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG verletzt hat, indem er das Verfahren zur Durchführung elektronischer Bewerbungs- und Auswahlverfahren (SAP E-Recruiting) ohne Zustimmung des Antragstellers im Dauerbetrieb eingeführt hat.

Im Übrigen wird der Antrag des Antragstellers zurückgewiesen."

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Beteiligten streiten um das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Einführung des elektronischen Bewerbermanagementsystems "SAP E-Recruiting".
- 2 Dieses soll den Auswahlprozess bei Stellenausschreibungen standardisieren und verschlanken, die Übernahme von Daten bei Einstellungen vereinfachen und internen und externen Bewerbern ein zeitgemäßes Bewerbungsmedium bieten. Über eine Benutzeroberfläche wird ihnen ermöglicht, Stellenausschreibungen zu sichten, sich zu registrieren und ihr Profil zu hinterlegen, um sich auf eine

ausgeschriebene Stelle zu bewerben und bei künftig zu besetzenden Stellen berücksichtigt zu werden. Die abtrennbare Komponente "Kandidatenprofil" enthält dabei Registerkarten, mit denen zahlreiche personenbezogene Angaben über Ausbildungen, Berufserfahrungen, Qualifikationen und Präferenzen abgefragt werden, wobei die Nutzer des Systems selbst bestimmen, welche dieser Fragen sie beantworten. Auch die Nutzung an sich ist freigestellt. Bewerbungen, die auf anderem Wege eingehen, werden vom Geschäftsbereich Personal in das System eingepflegt. Schreibende Zugriffe werden protokolliert.

- 3 Nach mehrjährigen ergebnislosen Verhandlungen über die Nutzung des Systems teilte der Beteiligte dem Antragsteller durch E-Mail vom 29. August 2014 mit, dass das System nunmehr am selben Tag in einem "ersten Probelauf" mit der Ausschreibung für eine Praktikantenstelle in Betrieb genommen worden sei. Beigefügt war der Entwurf einer "Regelungsabsprache über den Probebetrieb der SAP-Komponente eRecruiting". Danach war ein sechsmonatiger Probebetrieb in zwei benannten sowie in zwei noch zu benennenden Bereichen des Klinikums vorgesehen. Nach dem Ende der sechsmonatigen Probephase sollte das System deinstalliert werden, falls keine Dienstvereinbarung über den Betrieb abgeschlossen werde.
- 4 In der Folgezeit trafen die Beteiligten keine Vereinbarungen zur Nutzung des Systems. Nach der Probephase nutzte der Beteiligte das System für alle Bereiche des Klinikums und richtete einen Dauerbetrieb ein.
- 5 Der Antragsteller hat das personalvertretungsrechtliche Beschlussverfahren eingeleitet und die Feststellung begehrt, dass der Beteiligte seine Mitbestimmungsrechte verletzt habe bzw. verletze, indem er das Verfahren zur Durchführung elektronischer Bewerbungs- und Auswahlverfahren ("SAP E-Recruiting") eingeführt habe und anwende, ohne dass er, der Antragsteller, dem zugestimmt habe bzw. seine Zustimmung ersetzt worden sei. Das Verwaltungsgericht hat diesem Antrag stattgegeben. Auf die Beschwerde des Beteiligten hat das Oberverwaltungsgericht den Beschluss des Verwaltungsgerichts geändert. Es hat festgestellt, der Beteiligte habe Mitbestimmungsrechte des Antragstellers verletzt, soweit er im August 2014 mit dem System "SAP E-Recruiting" auch die Komponente "Kandidatenprofil" ohne Zustimmung des Antragstellers eingeführt habe

und indem er das System ohne seine Zustimmung anwende. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beteiligte habe das System zwar am 29. August 2014 nach dem bis zum 31. August 2014 geltenden § 87 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG (a.F.) wegen Fehlens der nach dieser Vorschrift erforderlichen Überwachungsabsicht ohne Mitbestimmung des Personalrats einführen dürfen. Bei der mit dem System eingeführten abtrennbaren Komponente "Kandidatenprofil" handele es sich aber um einen Personalfragebogen, für den nach § 87 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG (a.F.) ein Mitbestimmungsrecht bestanden habe. Dieses sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Nutzung und Beantwortung der Fragen freigestellt worden sei. Die Freiwilligkeit sei insofern nicht gewährleistet, weil im Falle eines Verzichts Nachteile für die Bewerber nicht ausgeschlossen seien. Der Antragsteller habe außerdem ungeachtet der mitbestimmungsfreien Einführung des Systems im Probetrieb das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers aus § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG in der seit dem 1. September 2014 geltenden Fassung verletzt. Bei dem System "SAP E-Recruiting" handle es sich wegen der Protokollierung schreibender Zugriffe um eine zur Überwachung der Beschäftigten geeignete technische Einrichtung, mit deren Nutzung im Dauerbetrieb für alle Bereiche des Klinikums eine auf einer entsprechenden Entscheidung des Beteiligten beruhende zeitliche und gegenständliche Ausweitung des Anwendungsbereichs verbunden sei. Diese unterliege als Änderung der Anwendung der Mitbestimmung des Personalrats.

- 6 Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit der Rechtsbeschwerde. Das Oberverwaltungsgericht habe sein Recht auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt und gegen den Untersuchungsgrundsatz verstoßen, weil es fälschlicherweise davon ausgegangen sei, dass für Bewerber, die das "Kandidatenprofil" nicht verwendeten, Nachteile entstünden. Es habe außerdem zu Unrecht ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung der Komponente "Kandidatenprofil" angenommen, weil niemand gezwungen sei, den Personalfragebogen zu nutzen oder bestimmte Fragen zu beantworten. Auch ein Mitbestimmungsrecht wegen einer Änderung der Anwendung sei nicht gegeben, weil die technische Einrichtung mitbestimmungsfrei eingeführt worden sei.

## II

- 7 Die zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Der Beschluss des Oberverwaltungsgerichts beruht nicht auf der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm (§ 99 Abs. 2 HmbPersVG i.V.m. § 93 Abs. 1 Satz 1 ArbGG), sondern stellt sich im Ergebnis als richtig dar. Weil der entscheidungserhebliche Sachverhalt geklärt ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 96 Abs. 1 Satz 2 ArbGG i.V.m. § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Soweit das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers wegen der mit dem System "SAP E-Recruiting" im Probebetrieb eingeführten abtrennbaren Komponente "Kandidatenprofil" noch Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist, ist der konkrete Feststellungsantrag unzulässig (1.). Der Antragsteller hat aber gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 32 des seit dem 1. September 2014 geltenden Hamburgischen Personalvertretungsgesetzes vom 8. Juli 2014 (HmbPersVG - HmbGVBl. S. 299) ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Einführung des Systems "SAP E-Recruiting" im Dauerbetrieb (2.) sowie gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG hinsichtlich der Bestimmung des Inhalts der abtrennbaren Komponente "Kandidatenprofil" (3.).
- 8 1. Bei dem vom Antragsteller vor dem Verwaltungsgericht gestellten und im Beschwerdeverfahren nicht geänderten Antrag festzustellen, dass der Beteiligte im Wege der Einführung und Anwendung des Systems "SAP E-Recruiting" Mitbestimmungsrechte verletzt habe bzw. verletze, handelt es sich um einen konkreten Feststellungsantrag. Das Oberverwaltungsgericht hat diesen Antrag zu Recht dahin ausgelegt, dass er sich sowohl auf die Aufnahme des Probebetriebes im August 2014 als auch darauf bezieht, dass das System später auf weitere Einheiten ausgeweitet und in Dauerbetrieb genommen worden ist.
- 9 Der so zu verstehende Antrag ist unzulässig, soweit er die Feststellung einer Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Antragstellers durch die zusammen mit dem System "SAP E-Recruiting" im Probebetrieb eingeführte abtrennbare Komponente "Kandidatenprofil" einschließt. Insoweit fehlt diesem das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Ein konkretes Feststellungsbegehren ist nur zulässig, solange es rechtlich und tatsächlich möglich ist, die streitige Maßnahme rückgängig zu machen, so dass die Fortsetzung oder Nachholung des Mitbestimmungsverfahrens noch Sinn macht (BVerwG, Beschlüsse vom 2. Februar

2009 - 6 P 2.08 - Buchholz 251.2 § 85 BlnPersVG Nr. 16 Rn. 11 und vom 16. September 2019 - 5 P 5.18 - Buchholz 250 § 76 BPersVG Nr. 46 Rn. 13 m.w.N.). Es ist mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn die von ihm in Bezug genommene Maßnahme im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung keine Rechtswirkungen mehr entfaltet (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 5. Oktober 2011 - 6 P 7.10 - juris Rn. 10 m.w.N.). So liegt es hier.

- 10 Die Komponente "Kandidatenprofil" ist als Bestandteil des Systems "SAP E-Recruiting" zusammen mit diesem im August 2014 im Probetrieb eingeführt worden. Diese Maßnahme hat sich auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts, an die der Senat gebunden ist, erledigt. Das Oberverwaltungsgericht hat dem Vortrag des Beteiligten und den von ihm vorgelegten Unterlagen, namentlich dem Inhalt der E-Mail des Beteiligten vom 29. August 2014 und dem beigefügten Entwurf einer "Regelungsabrede" entnommen, dass der Beteiligte hinsichtlich des Einsatzes des Systems "SAP E-Recruiting" zwei Entscheidungen getroffen hat, nämlich zum einen diejenige, Ende August 2014 den auf sechs Monate angelegten Probetrieb in lediglich vier Bereichen des Klinikums aufzunehmen, und zum anderen die (erst) zu einem späteren Zeitpunkt getroffene und ebenfalls umgesetzte Entscheidung, das System in allen Bereichen des Klinikums dauerhaft einzusetzen. Den Vortrag des Beteiligten, die Bezeichnung als Probetrieb sei lediglich "politisch motiviert" gewesen, hat es nicht als erwiesen angesehen. Obwohl der Beteiligte die Tatsachewürdigung des Oberverwaltungsgerichts in der Sache für unzutreffend hält, geht auch er davon aus, dass es das Vorliegen von zwei Entscheidungen - einer über den Probetrieb und einer späteren über den Dauerbetrieb des Systems - festgestellt hat. Eine Verfahrensrüge hat er insoweit ausdrücklich nicht erhoben. Auf der Grundlage der demnach für den Senat bindenden Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts ist die Anordnung des befristeten Probetriebs durch die später angeordnete Aufnahme des Dauerbetriebs, in dessen Rahmen die weitere Nutzung des Systems "SAP E-Recruiting" seither ausschließlich erfolgt, beendet worden und entfaltet keine Rechtswirkungen mehr. Eine Fortsetzung oder Nachholung eines auf den Probetrieb bezogenen Mitbestimmungsverfahrens ergäbe keinen Sinn mehr (vgl. dagegen zum Fortbestehen des Rechtsschutzinteresses für den Fall, dass - was hier nicht geschehen ist - der konkrete in einen abstrakten Feststellungsantrag umgestellt und geltend gemacht wird,



dass sich die Frage der Mitbestimmungspflichtigkeit jederzeit wieder stellen könne: BVerwG, Beschluss vom 24. September 1991 - 6 P 6.90 - juris Rn. 2, 4, 5, 12).

- 11 2. Das Oberverwaltungsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Verwendung des Systems "SAP E-Recruiting" im Dauerbetrieb gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG in der seit September 2014 geltenden Fassung der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt.
- 12 Nach dieser Regelung hat der Personalrat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitzubestimmen, die das Überwachen des Verhaltens oder der Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes ermöglichen. Zwischen den Beteiligten steht zu Recht nicht im Streit, dass es sich bei dem System "SAP E-Recruiting" um eine technische Einrichtung im Sinne des Mitbestimmungstatbestandes handelt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass schreibende Zugriffe innerhalb des Systems protokolliert werden und dies zumindest potentiell eine Kontrolle der Beschäftigten ermöglicht.
- 13 Die Entscheidung des Beteiligten, das System "SAP E-Recruiting" im Dauerbetrieb zu nutzen, unterliegt als Einführung einer technischen Einrichtung im Sinne des § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG der Mitbestimmung des Personalrats. Unter Einführung ist jedenfalls eine Neueinführung der technischen Einrichtung zu verstehen, wobei der Begriff nicht auf deren erstmalige Installation beschränkt ist (vgl. Sommer, in: Ilbertz/Widmaier/Sommer, BPersVG, 14. Aufl. 2018, § 75 Rn. 197 und Kaiser/Annuß, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 5. Aufl. 2020, § 75 Rn. 546). So liegt es hier. Mit seiner nach der Probephase getroffenen Entscheidung hat der Beteiligte (im Unterschied zum zeitlich befristeten und auf vier Bereiche beschränkten Probetrieb) erstmals für das gesamte Klinikum den fortwährenden Einsatz des Systems "SAP E-Recruiting" zumindest konkludent angeordnet. Dem Mitbestimmungsrecht des Antragstellers steht nicht entgegen, dass der Probetrieb dieses Systems unter der Geltung des früheren Rechts noch mitbestimmungsfrei eingeführt werden konnte. Das gilt schon deshalb, weil Probetrieb und Dauerbetrieb hier unterschiedliche Maßnahmen darstellen, deren Mitbestimmungspflichtigkeit sich nach dem jeweils auf sie anzuwendenden Recht beurteilt.

- 14 Liegt mit der Entscheidung, das System im Dauerbetrieb einzuführen, eine mitbestimmungspflichtige Einführung im Sinne des § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG vor, so bedarf es hier keiner abschließenden Entscheidung darüber, ob, wie das Oberverwaltungsgericht angenommen hat, durch die Umstellung vom Probe- auf den Dauerbetrieb auch eine Änderung des Systems vorgenommen worden ist, die sich als mitbestimmungspflichtige Anwendung im Sinne dieser Vorschrift darstellt.
- 15 3. Dem Antragsteller steht, wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend entschieden hat, bei der Einführung der abtrennbaren Komponente "Kandidatenprofil" des Systems "SAP E-Recruiting" ein Mitbestimmungsrecht zu, das sich aus § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG ergibt. Danach hat der Personalrat bei der Bestimmung des Inhalts von Personalfragebogen mitzubestimmen.
- 16 Zwischen den Beteiligten steht zu Recht nicht im Streit, dass es sich bei der Komponente "Kandidatenprofil" um einen Personalfragebogen im Sinne des § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG handelt und es insofern unerheblich ist, dass die Abfrage im Wege der elektronischen Datenverarbeitung erfolgt. Dies hat auch das Oberverwaltungsgericht, auf dessen Ausführungen insofern vollumfänglich verwiesen werden kann, beanstandungsfrei aufgezeigt.
- 17 Die insoweit allein streitige und hier klärungsbedürftige Frage, ob das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers deshalb nicht besteht, weil es den Beschäftigten oder externen Bewerbern freigestellt ist, ob sie den Personalfragebogen nutzen und welche Fragen sie beantworten, ist zu verneinen. Das Mitbestimmungsrecht bei der Bestimmung des Inhalts von Personalfragebogen gemäß § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Verwendung des Personalfragebogens für die Betroffenen freigestellt ist. Das folgt aus Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck des Mitbestimmungstatbestandes.
- 18 a) Der Wortlaut des § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG enthält keine ausdrückliche Einschränkung auf Personalfragebogen, deren Nutzung verpflichtend ist. Im Gegenteil knüpft das Beteiligungsrecht mit der "Bestimmung des Inhalts" an die

Erstellung des Personalfragebogens und nicht an dessen anschließende Verwendung an. Mitbestimmungspflichtig sind die Formulierung der Fragen und ihre Zusammenstellung in einem Personalfragebogen, nicht dessen spätere Verwendung, der eine den Stellenbewerbern freigestellte Nutzung eindeutig zuzuordnen ist.

- 19 b) Unabhängig davon ergibt sich auch aus der Systematik des § 88 Abs. 1 HmbPersVG, dass die freigestellte Nutzung eines Personalfragebogens, die jedenfalls im Umfang der Verwendung als Einwilligung des Betroffenen zu qualifizieren ist, der Mitbestimmung bei der Bestimmung seines Inhalts nicht entgegensteht. Das Gesetz differenziert genau, in welchen Fällen eine Einwilligung Voraussetzung für eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme ist, der Mitbestimmung nicht entgegensteht oder aber sie ausschließt. Während sich die meisten Mitbestimmungstatbestände des § 88 Abs. 1 HmbPersVG mit einer Einwilligung oder Zustimmung der betroffenen Beschäftigten nicht in Verbindung bringen lassen, dürfen andere mitbestimmungspflichtige Maßnahmen wie etwa die Begründung des Beamtenverhältnisses (Nr. 1), die Einstellung (Nr. 2), das Hinausschieben des Eintritts in den Ruhestand wegen Erreichens der Altersgrenze (Nr. 16) oder die Weiterbeschäftigung über die Altersgrenze hinaus (Nr. 17) ohne zustimmende Mitwirkung des Betroffenen nicht realisiert werden, oder es ist zumindest möglich, dass die ihnen zugrundeliegenden Maßnahmen mit Einwilligung des Betroffenen erfolgen (so z.B. Versetzung, Abordnung, Zuweisung oder Umsetzung - Nr. 7-11 -). Soweit demgegenüber die Einwilligung des Betroffenen die Mitbestimmung ausschließen soll, ist dies regelmäßig ausdrücklich gesetzlich geregelt. So unterliegt die fristgemäße Entlassung einer Beamtin oder eines Beamten auf Probe oder auf Widerruf dann nicht der Mitbestimmung des Personalrats, wenn sie die Beamtin oder der Beamte selbst beantragt hat (§ 88 Abs. 1 Nr. 13 HmbPersVG). Gleiches gilt für die vorzeitige Versetzung in den Ruhestand und die Herabsetzung der Arbeitszeit nach § 41 HmbBG wie auch die Ablehnung entsprechender Anträge (§ 88 Abs. 1 Nr. 15 HmbPersVG). Diese im Hinblick auf die Einwilligung Betroffener differenzierenden Regelungen sprechen dafür, dass Mitbestimmungstatbestände ohne entsprechende Ausschlussregelung - wie etwa der hier in Rede stehende § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG - auch im Falle einer möglichen Einwilligung des von der Maßnahme Betroffenen eingreifen sollen.

- 20 c) Auch aus Sinn und Zweck des § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG folgt, dass es für das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts des Personalrats nicht darauf ankommt, ob den Beschäftigten und Bewerbern die Nutzung des Personalfragebogens freigestellt ist.
- 21 Der Schutzzweck dieses Mitbestimmungsrechts besteht generell darin, den Schutz der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten einschließlich der Bewerber zu verstärken. Der Personalrat soll im Einzelnen verhindern können, dass sie Fragen des Arbeitgebers beantworten müssen, die erkennbar in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen. Insbesondere Fragen, die tief in die verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitssphäre eindringen, sollen auf die Gegenstände und den Umfang beschränkt bleiben, für die ein berechtigtes Auskunftsbedürfnis des Arbeitgebers besteht. Bei ihnen ist zur Vermeidung unnötiger Auskünfte in besonderem Maße darauf zu achten, dass sie nach Voraussetzung und Gegenstand unmissverständlich formuliert sind. Dem Personalrat soll insbesondere auch die Möglichkeit gegeben werden, darüber zu wachen, ob es gerechtfertigt ist, Beschäftigte - wenn vielleicht auch nur mittelbar - zu einer sie unter Umständen belastenden Selbstbeurteilung zu veranlassen (stRspr, vgl. BVerwG, Beschluss vom 22. Dezember 1993 - 6 P 11.92 - Buchholz 251.2 § 85 BlnPersVG Nr. 6 S. 10 f. m.w.N.; vgl. ferner die Begründung zu § 94 Abs. 1 BetrVG in BT-Drs. VI/1786 S. 50; ebenso BAG, Beschluss vom 9. Juli 1991 - 1 ABR 57/90 - BAGE 68, 127 zu § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG). Der Zweck des Mitbestimmungsrechts ist danach erkennbar auf den präventiven Schutz vor unzulässigen Fragen des Arbeitgebers gerichtet. Es knüpft an die Formulierung der Fragen an, soll verhindern, dass unzulässige Fragen gestellt werden und besteht deshalb nicht erst dann, wenn der Personalfragebogen unzulässige Fragen enthält. Dementsprechend kommt es auch nicht darauf an, ob die Verwendung des Fragebogens freigestellt ist, zumal die freigestellte Verwendung nichts daran ändert, dass den Beschäftigten die Fragen vorgelegt werden und sie sich jedenfalls insoweit damit befassen müssen, ob sie die Fragen beantworten wollen (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 30. Oktober 1996 - 1 A 2348/93.PVL - PersR 1997, 212 <213>).

- 22 d) Auch aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich entgegen der Ansicht des Beteiligten nicht, dass das Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Bestimmung des Inhalts von Personalfragebogen nur besteht, wenn die Beschäftigten zu dessen Nutzung und Beantwortung der gestellten Fragen verpflichtet sind. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht - wie dargelegt - im Zusammenhang mit diesem Mitbestimmungstatbestand ausgeführt, der Personalrat solle im Einzelnen verhindern können, dass die Beschäftigten Fragen des Arbeitgebers beantworten "müssen", die erkennbar in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen (BVerwG, Beschluss vom 22. Dezember 1993 - 6 P 11.92 - Buchholz 251.2 § 85 BlnPersVG Nr. 6 S. 11) bzw. dass es Sinn und Zweck des Mitbestimmungsrechts ist, eine "Auskunftspflicht" der Beschäftigten gegenüber dem Dienststellenleiter zu begrenzen und eine unter Umständen belastende Selbstbeurteilung nach Möglichkeit zu vermeiden (BVerwG, Beschluss vom 30. April 2008 - 6 PB 6.08 - juris Rn. 5). Diese Formulierungen beschreiben mit der Pflicht zur Nutzung jedoch nur den in den vorgenannten Entscheidungen zugrundeliegenden Regelfall der Verwendung von Personalfragebogen, ohne zugleich die Anwendung des Mitbestimmungstatbestandes generell in Fällen auszuschließen, in denen die Verwendung des Fragebogens den Beschäftigten freigestellt ist, zumal die zu entscheidenden Fallgestaltungen keinen Anlass für Ausführungen hierzu boten.
- 23 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, in denen dieses ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BetrVG, dem § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG nachgebildet ist, bei einer anonymen Mitarbeiterbefragung abgelehnt hat, weil die Teilnahme daran "strikt freiwillig" bzw. "freiwillig" ausgestaltet gewesen sei (BAG, Beschlüsse vom 21. November 2017 - 1 ABR 47/16 - PersV 2018, 219 Rn. 31 und vom 11. Dezember 2018 - 1 ABR 13/17 - NZA 2019, 1009 Rn. 36). Ob § 88 Abs. 1 Nr. 23 HmbPersVG ebenso auszulegen ist, muss hier - auch wenn dieser personalvertretungsrechtliche und der bezeichnete betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungstatbestand inhaltlich weitgehend übereinstimmen - nicht entschieden werden. Denn das vorgenannte Problem stellt sich hier nicht in gleicher Weise, weil den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen ein anderer Sachverhalt zugrunde lag. Es ging um die Beteiligung an freigestellten, anonymisierten Mitarbeiterbefragungen zur Situation der Arbeitnehmer im Betrieb,

bei denen die Teilnahme oder Nichtteilnahme für die Beschäftigten keine Konsequenzen im Sinne eines Vorteils oder Nachteils hatte. Demgegenüber wird hier das "Kandidatenprofil" im Rahmen von Bewerbungsverfahren eingesetzt, bei denen Stellenbewerber eigene Interessen verfolgen und - soll eine entsprechende Bewerbung nicht von vornherein ohne Erfolgsaussichten sein - zur Vermeidung von Nachteilen zwangsläufig Angaben zu ihrer Person und ihrem persönlichen und beruflichen Werdegang machen werden, sofern sie sich für eine Nutzung des Systems entscheiden. In diesem Zusammenhang müssen sie sich zudem notwendig mit der Frage auseinandersetzen, ob und inwieweit sie das "Kandidatenprofil" verwenden wollen und werden dabei in Anbetracht ihres Interesses am Erfolg einer Bewerbung einzuschätzen haben, ob und inwieweit eine Beantwortung der dort aufgeworfenen Fragen ihre Bewerbung günstig beeinflusst und ob den Fragen zu entnehmen ist, dass ihre Beantwortung unter Umständen auch außerhalb der Verwendung des "Kandidatenprofils" angeraten erscheint. Darüber hinaus hat in den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen - anders als hier - ein zwischengeschalteter externer Dienstleister die Personalfragebogen ausgewertet und der Dienststellenleitung die Ergebnisse in aggregierter und anonymisierter Form zur Verfügung gestellt.

- 24 Die Verfahrensrügen des Beteiligten, mit denen er eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie einer mangelhaften Aufklärung des Sachverhalts geltend macht, dringen schon mangels Entscheidungserheblichkeit nicht durch. Sie beziehen sich auf die vom Oberverwaltungsgericht angenommenen Nachteile für Stellenbewerber bei Nichtnutzung des "Kandidatenprofils", derentwegen es eine "strikte Freiwilligkeit" der Nutzung des Kandidatenprofils verneint hat (BA S. 15). Nach dem Vorstehenden hängt das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers aber nicht von einer (wie auch immer gearteten) Freiwilligkeit der Nutzung des "Kandidatenprofils" durch interne oder externe Stellenbewerber ab.

Dr. Störmer

Stengelhofen-Weiß

Dr. Harms

Holtbrügge

Preisner