

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Datenschutz bei Kindern

Sensibilisierung ist der einzig wirksame Weg

Interview mit Eva Souhrada-Kirchmayer, Richterin am BVerwG

Kinderschutz in der DSGVO

Werner Pilgermair

Minderjährige in der datenschutzrechtlichen Judikatur

Viktoria Haidinger

Praxisprojekt: Handhabung von Datenpannen

Markus Oman

Networks of Control – das Ende von Freiheit und Würde?

Sarah Spiekermann

Sozialversicherungsnummer in der Rechtsprechung

Andreas Gerhartl

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einführung von IT Systemen

Klaus zu Hoene/Christian Kern

Klaus zu Hoene/Christian Kern

intersoft consulting services AG/Rechtsanwaltsanwärter Preslmayr Rechtsanwälte

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einführung von IT-Systemen in Österreich und Deutschland

Informationspflicht; Mitteilungsrecht; Schiedsstelle; Menschenwürde. Durch verschiedene IT-Systeme können Leistung und Verhalten von Arbeitnehmern (AN) bis ins Detail kontrolliert werden. Einerseits gehört es zu den ureigenen Kompetenzen des Betriebsrats (BR), zu überwachen, ob sich die Leistungs- und Verhaltenskontrolle durch den Arbeitgeber (AG) in den Grenzen des Zulässigen hält. Andererseits kann sich durch das weitreichende Mitbestimmungsrecht gerade die Einführung technisch komplexer Systeme erheblich verzögern, auch wenn die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens von dem System abhängt und eine Leistungskontrolle nicht beabsichtigt ist.

Österreich

Zu den allgemeinen Ausführungen zur Mitbestimmung und der Geeignetheit von IT-Systemen zur Mitarbeiteruberwachung siehe die folgenden Ausführungen für Deutschland. Die Rechtslage betreffend die Mitbestimmungsrechte und die Informationspflichten stellt sich in Österreich etwas anders – nämlich arbeitgeberfreundlicher – dar. So gibt es zustimmungspflichtige Maßnahmen, bei deren Einführung eine Betriebsvereinbarung (BV) notwendig ist, die jedoch nicht wie in Deutschland fast jedes erdenkliche IT-System abdecken. So ist in Österreich – entgegen der deutschen Rechtslage – immer eine Einzelfallbeurteilung notwendig. Zentrale Normen des Mitbestimmungsrechts in Österreich sind die §§ 96, 96a Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), die die zustimmungspflichtigen Maßnahmen regeln:

■ Maßnahmen gem § 96 ArbVG

dürfen nur nach Zustimmung des BR eingeführt werden, diese Zustimmung kann nicht durch eine Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt werden. Darunter fallen

- die Einführung einer betrieblichen Disziplinarordnung;
- die Einführung von Personalfragebogen, sofern in diesen nicht bloß die allgemeinen Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des AN enthalten sind;
- die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der AN, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, und

- die Einführung leistungsbezogener Entgelte.

Praktisch wichtigster Anwendungsbereich ist die Einführung von die **Menschenwürde berührenden Kontrollmaßnahmen und -systemen**. Dies sind im weitesten Sinne Maßnahmen und Einrichtungen,

- die es dem AG ermöglichen, die AN beim Betreten und/oder beim Verlassen des Betriebes oder bestimmter Betriebsteile oder überhaupt während ihres Aufenthaltes im Betrieb,
- ferner während ihrer Arbeitsleistung (auch wenn sie außerhalb der Betriebsräumlichkeiten erbracht wird) zu irgendeinem Zweck zu kontrollieren.

Erfasst sind also ua die Einführung von Zutrittskontrollen, Leibesvisitationen, Kontrollleinrichtungen direkt am Arbeitsplatz, Fernsehuberwachungen und Abhorgerate.¹

In Österreich sind nur solche Maßnahmen mitbestimmungspflichtig, die eine gewisse Mindesteingriffsintensitat übersteigen.

Dies ist auch der entscheidende Unterschied zur deutschen Rechtslage: Während in Deutschland jede Kontrollmanahme mitbestimmungspflichtig ist, betrifft dies in Österreich nur solche Maßnahmen, die die Menschenwürde berühren, daher eine gewisse Mindesteingriffsintensitat übersteigen. Ob aber eine Maßnahme nun tatsächlich geeignet ist, die Menschenwürde zu berühren, muss im Einzelfall beurteilt werden; im Zweifel sollte der BR aber im-

mer einbezogen werden. Zu beachten ist auch, dass derartige Maßnahmen **in Betrieben ohne BR nur nach der Einzelzustimmung** der AN gem § 10 AVRAG eingeführt werden dürfen.

■ Maßnahmen nach § 96a ArbVG

sind mitbestimmungspflichtig – aber durch die Entscheidung der **Schlichtungsstelle ersetzbar**:

- Die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des AN, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen (eine Zustimmung des BR ist nicht erforderlich, soweit die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, die sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben), und
- die Einführung von Systemen zur Beurteilung von AN des Betriebes, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind.

Der **praktisch wichtigste Fall** der Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des AN betrifft potentiell sämtliche IT-Anwendungen, die personenbezogene Mitarbeiterdaten verarbeiten. Ausgenommen sind nur Systeme, die nicht mehr AN-Da-

¹Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 96 Rz 129ff.

ten, als zur Abwicklung des Arbeitsverhältnisses unbedingt notwendig sind, verarbeiten. Eine Orientierungshilfe bietet dafür die **Standardanwendung SA002 – Personalverwaltung** für privatrechtliche Dienstverhältnisse. Das ArbVG sieht die BV-Pflicht für alle Systeme vor,² die über die Ermittlung dieser notwendigen Daten hinausgehen; damit ist bei einer Übermittlung der Daten jedenfalls die Mitbestimmungspflicht gegeben (auch wenn die Übermittlung nach der SA002 datenschutzrechtlich gestattet ist). In Betrieben ohne BR dürfen derartige Systeme ohne Einzelzustimmung der AN eingeführt werden, da sich § 10 AVRAG nur auf Kontrollmaßnahmen und technische Systeme, welche die Menschenwürde berühren, bezieht.

Deutschland

Die Mitbestimmung bei der Einführung von Hard- und Software geht in Deutschland sehr weit. Das führt zu einem hohen Abstimmungsbedarf zwischen AG und BR. Die Abstimmung ist mittlerweile ein fortlaufender Prozess, bei dem BR sowohl in technischer als auch in rechtlicher Hinsicht häufig externen Rat suchen.

Informationsrechte des Betriebsrates

Schon aus faktischen Gründen ist es ratsam, den BR möglichst früh einzubeziehen, wenn ein neues IT-System eingeführt werden soll. Aber auch aus rechtlichen Gründen ist es geboten, den BR frühzeitig über das Vorhaben zu informieren. Den Informationspflichten muss der AG spätestens nachkommen, solange er noch Alternativen überlegt, also noch Einfluss auf die Entscheidung genommen werden kann.

Aus § 80 Abs 2 erster Satz Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ergibt sich die Pflicht des AG, den BR zur Durchführung seiner Aufgaben „rechtzeitig und umfassend“ zu unterrichten. Der BR hat ua nach § 80 Abs 1 Z 1 BetrVG die Aufgabe, über die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes zu wachen, denn es handelt sich hierbei nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts um ein zugunsten der AN geltendes Gesetz.³ Die Einführung von IT-Systemen hat beinahe regelmäßig datenschutzrechtliche Auswirkungen.

Darüber hinaus hat der AG den BR über „die Planung von technischen Anlagen, von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen oder der Arbeitsplätze rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten“, wie

es § 90 Abs 1 BetrVG vorschreibt. Die Vorschrift bezieht sich mit „technischen Anlagen“ und „Arbeitsplatz“ zumindest auf Hardware. Inwieweit Software „Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufe“ beeinflusst, muss zwar im Einzelfall entschieden werden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift sollte im Zweifel aber nicht zu restriktiv ausgelegt werden, denn ein Verstoß gegen die Informationspflicht ist bußgeldbewehrt.⁴

Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

§ 87 Abs 1 Z 6 BetrVG sieht ein Mitbestimmungsrecht vor für die „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der AN zu überwachen“. Die Vorschrift stammt aus dem Jahr 1952 und wurde bei der Neufassung des BetrVG im Jahr 1972 wortgleich übernommen.⁵ Zu dieser Zeit konnte der Gesetzgeber noch nicht absehen, in welchem Umfang IT-Systeme die Arbeit im Unternehmen prägen werden. Ob eine extensive Anwendung der Vorschrift dem Willen des Gesetzgebers entspricht, kann daher nicht beurteilt werden.

Auf die subjektive Überwachungsabsicht des AG kommt es nicht an.

Die zentrale Bedeutung des Mitbestimmungsrechts beruht aber nicht nur auf der fortschreitenden Digitalisierung der Arbeitswelt, sondern auch auf der Auslegung der Vorschrift durch das Bundesarbeitsgericht: **Zur Überwachung** „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie **objektiv geeignet** sind, Verhaltens- oder Leistungsdaten der AN zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des AG kommt es nicht an.⁶ „Überwachung“ im Sinne der genannten Vorschrift ist ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung des AN erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die Informationen müssen auf technische Weise ermittelt und dokumentiert werden, so dass sie zumindest für eine gewisse Dauer verfügbar bleiben und vom AG herangezogen werden können.⁷ Ausreichend ist es, wenn lediglich ein Teil des Überwachungsvorgangs mittels einer technischen Einrichtung erfolgt.⁸

Praktische Auswirkungen

„Geeignet“ zur Leistungskontrolle ist **beinahe jedes System**, schon allein wegen des automatisch geführten Protokolls von Aktionen. **Betriebssysteme** wie Windows protokollieren in der Regel Dateidownload, Ausführung von Programmen, Öffnung/Erstellung von Dateien, Löschen von Dateien/Dateienkenntnis des Nutzers, physischen Standort, USB-Gerätenutzung, Account-Nutzung sowie Browser-Nutzung. Auch Programme wie etwa ein E-Mail-Server oder ein Proxyserver speichern Eingaben des Anwenders, um Aktionsmeldungen, Fehlermeldungen und Hinweise verfügbar zu halten. Ähnliches gilt für Installationsprogramme, Firewalls, Virens Scanner und dergleichen, aber auch Unternehmenssoftware zum Enterprise-Resource-Planning (ERP) oder Customer-Relationship-Management (CRM) verfügt über Protokollfunktionen. Weil jede **Aktivität** (zB Lesen, Ändern, Kopieren, Löschen) zusammen mit weiteren Informationen wie Zeitpunkt und Anwender aufgezeichnet werden kann, lassen sich über die Auswertung der Logdateien sämtliche Arbeitsschritte in einem System nachvollziehen.

Beinahe jedes System mit automatisch geführten Protokollen ist zur Leistungskontrolle geeignet.

In der **elektronischen Personalakte** werden **verhaltens- und leistungsbezogene Daten**, wie krankheitsbedingte Fehlzeiten, unentschuldigte Abwesenheiten, Beurteilungen von Vorgesetzten und Abmahnungen, gespeichert und verarbeitet. Selbst wenn ausschließlich **Statusdaten** des AN, also Anschrift, Familienstand, Ausbildung, beruflicher Werdegang vor Eintritt in die Dienststelle und Sprachkenntnisse, enthalten sein sollten, wäre ein System zur Personalverwaltung mitbestimmungspflichtig. Denn in diesem Fall wird es in der Regel noch möglich sein, mithilfe des Systems auszuwerten, wann, wie oft welcher Personalsachbearbeiter auf die elektronische Personalakte zugegriffen hat.⁹ Die gleichen

²V über Standard- und Musteranwendungen nach dem Datenschutzgesetz 2000 (Standard- und Musterverordnung 2004 – StMV 2004). ³BAG v 11. 11. 1997, 1 ABR 21/97. ⁴§ 121 BetrVG. ⁵§ 56 Abs 1 lit f BetrVG 1952. ⁶StRsp, BAG v 10. 12. 2013, 1 ABR 43/12. ⁷BAG v 27. 1. 2004, 1 ABR 7/03. ⁸BAG v 10. 12. 1992, 1 ABR 24/92. ⁹Hitzelberger-Kijima, Die elektronische Personalakte, öAT 2016, 87 (88).

Überlegungen gelten für Systeme zur Lohn- und Gehaltsabrechnung.

Bei dem **Produktpaket Office 365** bezieht sich die Mitbestimmung auf jedes einzelne Element. Die Komponente Outlook zum Verwalten von E-Mails, Kontakten, Terminen und Aufgaben enthält zB ein Log-Filesystem, das den Bearbeitungszeitpunkt und die Bearbeitungsdauer von Dateien aufzeichnen kann, die sog „Journal-Funktion“.

Daher reicht das Mitbestimmungsrecht des BR bei der Einführung von IT-Systemen sehr weit und erstreckt sich auch auf einzelne Systemkomponenten und Updates.

PRAXISTIPP

In der Praxis behelfen sich die Betriebsparteien mit einer Rahmenvereinbarung zu den IT-Systemen, die den Umfang der Leistungs- und Verhaltenskontrolle grundsätzlich regelt. Die einzelnen Systeme werden mit einer Leistungsbeschreibung im Anhang zu der Rahmenbetriebsvereinbarung aufgeführt.

Ein **Initiativrecht** gesteht das Bundesarbeitsgericht dem BR jedoch nicht zu.¹⁰ Die Arbeitnehmervertretung kann vom AG also nicht die Einführung von IT-Systemen zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle verlan-

gen, etwa die eines Zeiterfassungssystems, auch wenn es die Beschäftigten wünschen. Ebenso wenig ist die Abschaffung technischer Überwachung mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs 1 Nr 6 BetrVG.¹¹

Beim **IT-Outsourcing** kommt es auf den Einzelfall an. Werden externe Rechen- und Speicherkapazitäten eingekauft, muss der BR nicht gehört werden. Wird das Helpdesk ausgegliedert oder gar die ganze IT-Abteilung des Unternehmens, liegt der Fall schon komplizierter. Je nach Umfang der Maßnahme kann es sich um eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG handeln, sodass ein Interessenausgleich oder Sozialplan gem § 112 BetrVG erforderlich wird.

Zusammenfassung

Obwohl in rechtlicher Hinsicht unterschiedlich geregelt, wird man faktisch in vielen Fällen bei der Einführung eines AN-Daten-verarbeitenden IT-Systems in Österreich und Deutschland zum selben Ergeb-

nis kommen: dem Bestehen der Pflicht zum Abschluss einer BV. Wo in Deutschland der BR die Einführung in vielen Fällen blockieren kann, besteht in Österreich aber zumindest in den – praktisch am öftesten vorkommenden – Fällen des § 96 a ArbVG die Möglichkeit, die Zustimmung des BR durch die Entscheidung der Schlichtungsstelle zu ersetzen. Die in Deutschland geübte Praxis der Rahmenbetriebsvereinbarung samt Anhängen ist aufgrund der umfassenden Pflicht zum Abschluss von BV geeignet, auf die österreichische Situation lässt sich das Modell jedoch nur selten umlegen. Hier bestünde die Gefahr, dass vieles von BV geregelt wird, das gesetzlich gar nicht notwendig wäre.

Dako 2017/6

¹⁰ BAG v 28. 11. 1989, 1 ABR 97/88. ¹¹ BAG v 28. 11. 1989, 1 ABR 97/88.

Zum Thema

Über die Autoren

RA Dr. Klaus zu Hoene ist Berater bei intersoft consulting services AG, Hamburg.

E-Mail: khoene@intersoft-consulting.de

Mag. Christian Kern ist Rechtsanwaltsanwärter bei Preslmayr Rechtsanwälte, Wien.

E-Mail: kern@preslmayr.at