

Mitbestimmung bei modernen ITK-Systemen

und die Notwendigkeit, das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu ändern

Ist das Mitbestimmungsrecht noch zeitgemäß? Wie soll man vor Inbetriebnahme eines Systems wissen, welche zukünftigen Änderungen welche Auswirkungen auf die Persönlichkeitsrechte Beschäftigter haben werden? Das Mitbestimmungsrecht des § 87 (1) Nr. 6 BetrVG stammt aus der Frühzeit der betrieblichen Mitbestimmung, ohne dass bisher eine wesentliche gesetzliche Anpassung erfolgt ist.

Die Ausgangslage

Betriebsräte haben bei der Einführung technischer Systeme mitzubestimmen, wenn mithilfe des jeweiligen Systems das Verhalten und die Leistung der von ihnen vertretenen Beschäftigten kontrolliert oder überwacht werden können. Diese Bestimmung findet sich im Betriebsverfassungsgesetz in einer Auflistung verschiedener Tatbestände, die die Mitbestimmung auslösen können.

Da moderne IT-Systeme in aller Regel mindestens über einen Berechtigungsmechanismus und, schon allein aus Sicherheitsgründen, über eine Nutzungsprotokollierung verfügen, sind die Voraussetzungen des § 87 (1) Nr. 6 BetrVG fast immer erfüllt: IT-Systeme sind fast immer mitbestimmungspflichtig. Die langjährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) stellt klar, dass die Eignung zur „Leistungs- und Verhaltenskontrolle“ ausreicht, um das Mitbestimmungsrecht auszulösen. Nicht nötig ist die gewollte oder tatsächliche Nutzung der anfallenden Beschäftigtendaten zu einer Kontrolle oder Überwachung.



Fahrradkuriere, Foto: Bilderwelt68, Pixabay

Der Zeitpunkt der Mitbestimmungspflicht – also wann der Betriebsrat mit dem Ansinnen des Arbeitgebers befasst wird – muss vor der Einführung und dem Betrieb eines mitbestimmungspflichtigen Systems liegen. Eine Nachfrage beim Betriebsrat *in letzter Minute* verbietet sich. Eine fachgerecht geplante System-einführung muss die Information, die Verhandlung und die Zustimmungserteilung des Betriebsrats als Meilensteine im Projektplan vorsehen.

Die Zustimmung kann sehr unterschiedliche Formen haben. Theoretisch kann der Betriebsrat dem Arbeitgeber nach entsprechendem Beschluss des Gremiums eine Mail des Inhalts „Mach

was Du willst“ schreiben. Das dürfte allerdings eher die Ausnahme sein. Häufiger finden sich schriftlich fixierte Absprachen darüber, welche Grenzen für den Systembetrieb gelten sollen. Das können schlichte *Regelungsabreden* sein oder aber, der Standardfall, *Betriebsvereinbarungen*, in denen ausführliche Rahmenbedingungen für den Systembetrieb und die Nutzung der anfallenden Daten vereinbart werden.

Das Betriebsratsgremium muss einen offiziellen Beschluss über die Tatsache und die Rahmenbedingungen der Zustimmung schließen. Die Entscheidung nur eines einzelnen Betriebsratsmitglieds oder der bzw. des Vorsitzenden genügt nicht.

Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass „das Betriebsratsmitglied XY doch Mitglied im Projektteam war“, und auch nicht darauf, dass der Betriebsrat informiert worden ist, aber nicht reagiert hat. Der gerne angeführte *Zeitdruck* rechtfertigt nicht, ein mitbestimmungspflichtiges System ohne die vorherige Zustimmung des Betriebsrats einzuführen.

Es liegt also im Interesse und in der Verantwortung des Arbeitgebers, die rechtlich korrekte Zustimmung einzuholen. Er ist derjenige, der bei der Projektplanung an die Schritte denken muss, die für die Durchführung der Mitbestimmung erforderlich sind. Auch muss er die Informations- und Verhandlungsphase mit dem Betriebsrat im Einführungsprozess berücksichtigen und professionell planen. Ein mitbestimmungspflichtiges System ohne Zustimmung des Betriebsrats zu betreiben, ist keine gute Idee. Und die Mitbestimmung in letzter Minute durchpeitschen zu wollen, weil erst drei Tage vor geplanter Produktivsetzung zufällig daran gedacht wurde, ist eine Zumutung, die leider allzu häufig vorkommt.

Was passiert nun, wenn Informations- und Verhandlungsphase zeitlich angemessen ablaufen und die Betriebsparteien die Modalitäten des Systembetriebs in einer Betriebsvereinbarung festhalten möchten?

Die Herausforderung

Betriebsvereinbarungen sind Verträge. Sie werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat des jeweiligen Unternehmens geschlossen.

Grundprinzipien, die für andere Arten von Verträgen gelten, gelten für Betriebsvereinbarungen gleichermaßen. Dass man das betonen muss, liegt an dem häufig zu beobachtenden Phänomen, dass Arbeitgeber die Verbindlichkeit einer Betriebsverein-

barung leugnen. Zu diesen Grundprinzipien gehört, dass ein Vertrag nicht einseitig geändert werden kann. Sind die Unterschriften der Vertragspartner geleistet, dann gilt das Vereinbarte – und zwar als Ganzes und nicht nur in Teilen. Wenn Arbeitgeber das vereinbarte System anpassen möchten und Änderungen wünschen, die den Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung widersprechen würden, müssen die Änderungen von beiden Vertragsparteien neu verhandelt und vereinbart werden. Erst danach dürfen sie gemäß der neuen Vereinbarung umgesetzt werden.

Auch nach Abschluss eines Vertrags zur wöchentlichen Lieferung einer Biogemüsebox muss man sich nicht gefallen lassen, dass der Lieferant plötzlich einseitig bestimmt, nur noch konventionell angebautes Gemüse zu liefern.

Eine Änderung der Vertragsbedingungen kann nur in beiderseitigem Einverständnis erfolgen; andernfalls muss der Vertrag gekündigt werden. Insofern unterscheidet sich eine Betriebsvereinbarung nicht von jedem anderen Vertrag.

Das bedeutet: Jede Änderung eines Vertrags, in diesem Fall der Betriebsbedingungen eines vereinbarten IT-Systems, macht die erneute Durchführung der Mitbestimmung nötig. Der Arbeitgeber muss, wie bei Einführung des Systems, mit dem Betriebsrat als Vertragspartei über die gewünschten Änderungen verhandeln und einen modifizierten, den neuen Rahmenbedingungen entsprechenden Vertrag schließen.

Patches, Updates und der ganze Rest

Natürlich ist einem in der IT vertraut, dass sich das *Update-Karusell* heutzutage immer schneller dreht. Wo man früher Systeme auf Servern im eigenen Rechenzentrum betrieb und häufig jahrelang keine nennenswerten Änderungen an der Software vornahm, wird heute auf Cloud-Systeme gesetzt, die bei einem Dienstleister betrieben und manchmal fast jede Nacht durch alle Arten von Patches und Updates modifiziert werden. Es ist zudem häufig, dass der Kunde, also der Arbeitgeber, überhaupt keine faktische Einflussnahmemöglichkeit hat. Die Auswirkungen *ungefragt eingespielter Updates* werden den Nutzerinnen und Nutzern oft erst im Nachhinein bewusst.

Arbeitgeber als verantwortliche Systembetreiber haben also das große Problem, dass sie in vielen Fällen, selbst wenn sie wollten, die Konsequenzen von Änderungen auf Beschäftigtendaten und ganz allgemein die Mitbestimmung nicht überblicken. Sie können oft selbst im Nachhinein keine ausreichenden Informationen gem. § 80 (2) BetrVG zur Verfügung stellen, so dass dem Betriebsrat auch keine Bewertung möglich ist. Viele kleinere Änderungen finden sich allenfalls in *Release Notes* wieder, deren Aussagekraft schwankt.

Es zählt daher heute zu den traurigen Selbstverständlichkeiten, dass selbst bei geregelten Systemen, die also mit einer Zustimmung des Betriebsrats betrieben werden, große Diskrepanzen zwischen dem zum Zeitpunkt der Prüfung formal vereinbarten Stand und dem tatsächlichen Systemstand bestehen. Die aus grundsätzlichem Regelungsunwillen des Arbeitgebers nicht geregelten Systeme sind hier explizit nicht angesprochen. Es soll

nur das Problem der durch nicht nachgehaltene Änderungen vom Soll-Stand (der Betriebsvereinbarung) abweichenden Systeme betrachtet werden.

Verbrauch der Mitbestimmung

Die Schwierigkeit, ein System initial durch Betriebsvereinbarung zu regeln und dann über längere Zeit Vereinbarung und Systembetrieb kongruent zu halten, ergibt sich aus folgenden wesentlichen Aspekten:

1. Die initiale Vereinbarung muss vor der Produktivsetzung geschlossen sein. Andernfalls würde der Arbeitgeber das System rechtswidrig ohne Zustimmung betreiben.
2. Zum Zeitpunkt der initialen Vereinbarung sind wesentliche Charakteristika des Systemeinsatzes häufig weder dem Arbeitgeber noch dem Betriebsrat in allen für die Beschäftigten überwachungsrelevanten Auswirkungen bekannt. Selbst wenn, was selten genug vorkommt, eine sachgerechte technische Dokumentation vorliegt, werden unerwünschte Nebenwirkungen oft erst im Praxisbetrieb deutlich.

Wird eine Betriebsvereinbarung vor dem Systemeinsatz geschlossen, so gilt die Mitbestimmung zu diesem System(stand) als ausgeübt. Ein Nachbessern, beispielsweise aufgrund späterer Erkenntnisse, ist nur in zwei Fällen möglich: Entweder wird durch eine gewünschte Systemänderung ohnehin eine Anpassung der bestehenden Regelung nötig, oder eine der beiden Seiten kündigt die Vereinbarung. Außerhalb dieser beiden Fälle spricht man von „verbrauchter“ Mitbestimmung: Der Betriebsrat kann für einzelne Aspekte keine Nachbesserungen verlangen, solange die Bestimmungen der einmal abgeschlossenen Betriebsvereinbarung vom Arbeitgeber eingehalten werden.

Betriebsräte unterliegen also auch bei unübersichtlichen Systemführungen dem Zwang, dass *der erste Wurf sitzen* muss. Das gilt, obwohl die Identifizierung vieler Gefährdungen durch das System für die Persönlichkeitsrechte Beschäftigter einem Blick in die Glaskugel gleicht.

Wie soll man vor Inbetriebnahme eines Systems wissen, welche Aspekte zukünftigen Änderungen unterworfen sein werden und welche Auswirkungen das auf die Persönlichkeitsrechte Beschäftigter haben wird? Selbst wenn der Arbeitgeber – was selten genug der Fall ist – für eine aussagekräftige Dokumentation gesorgt hat, der man arbeitnehmerunfreundliche Funktionen, unnötige Datenspeicherungen und überbordende Auswertungen entnehmen kann, ist das keine Garantie dafür, dass durch spätere Updates keine zusätzlichen unerwünschten Auswirkungen entstehen.

Die Systembeschreibung als Grundlage der Betriebsvereinbarung bildet jedoch die *einzig juristisch belastbare* Grundlage für einen später eventuell erforderlichen Rechtsstreit. Bei diesem wird dann *nur* geprüft, ob der Arbeitgeber sich an den vereinbarten Stand gehalten hat. In der Betriebsvereinbarung nicht erfasste Sachverhalte und Regelungen können später nicht gerügt werden, auch wenn sich dadurch aus Sicht des Betriebsrats im Nachhinein schädliche Auswirkungen ergeben.

Um diesem Dilemma wenigstens teilweise zu entkommen, haben sich in der Praxis der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen Vorgehensweisen etabliert, die das bei Abschluss Unbekannte kompensieren sollen.

Praktikable Änderungsmodalitäten und bisherige Lösungsansätze

Eine weit verbreitete Methode, die technischen und funktionalen Änderungen unterworfenen Einzelheiten eines IT-Systems in einer Betriebsvereinbarung zu fassen, besteht in der strukturierten Auslagerung bestimmter Aspekte in sogenannte *Anlagen*. Juristisch gesehen besteht kein Unterschied in der Verbindlichkeit, ob eine Aufzählung zulässiger Auswertungen im Haupttext der Betriebsvereinbarung steht oder in einer eigens geschaffenen Anlage *Auswertungen*. Solange derartige Anlagen als Teil der Betriebsvereinbarung definiert werden, sind sie gleichermaßen verbindlich. Allerdings hat die Nutzung von Anlagen zwei wesentliche Vorteile: Die Betriebsvereinbarung ist in ihren Kernpunkten wesentlich besser verständlich (lesbar) und später gewünschte Änderungen (der Arbeitgeber möchte eine zusätzliche Auswertung einführen) sind nach Verhandlung durch Aktualisierung und Unterzeichnung der entsprechenden Anlage relativ einfach zu bewerkstelligen.

In der Vergangenheit waren Betriebsvereinbarungen weit verbreitet, in denen die detaillierten Anlagen mehrere Ordner füllten.

Diese in der Praxis kaum zu handhabende Textflut entsprang der Notwendigkeit, möglichst alle Eventualitäten vorzubedenken und eine *abschließende Positivliste des Erlaubten* zu erstellen, damit bei einer eventuellen gerichtlichen Auseinandersetzung einfach festzustellen ist, ob eine bestimmte Nutzung, Auswertung o. ä. zulässig war oder nicht.

Sowohl zwecks Handhabung eventueller Änderungen als auch wegen der Schwierigkeiten bei der dauerhaften Befolgung derartiger Vorgaben werden immer wieder Wege zur Vereinfachung der Anlagen und der Änderungssystematik gesucht, die keine Einschränkung der Mitbestimmungsrechte und des Beschäftigtenschutzes bewirken.

Mitbestimmung in Phasen

Um aus dem Zwang zum Glaskugellesen bei der Erstvereinbarung eines teilweise unbekanntes, eventuell nicht ausreichend dokumentierten Systems zu kommen, teilen manche Betriebsparteien die *Mitbestimmung in verschiedene Phasen* auf und bestimmen, dass sie erst dann als vollständig ausgeübt gelten soll, wenn alle Phasen wie vorgesehen durchlaufen wurden. Das erfordert allerdings eine gute Organisationsstruktur, eine gute Projektplanung sowie eine gute Kooperation der Betriebsparteien. Aus einem Zusammenspiel von vorbereitenden Maßnahmen, Systemeinführung, Untersuchungs- und Dokumentationsaufgaben, regelmäßigen Mitbestimmungsbesprechungen der Betriebsparteien, schrittweiser Lieferung erarbeiteter Konzepte und dem jederzeitigen Vetorecht des Betriebsrats (solange die Mitbestimmung nicht gemäß Phasenmodell abgeschlossen wurde) kann so ein sinnvoller und praxisorientierter Mitbestimmungsprozess stattfinden.

Ist ein derart aufwändiges Modell nicht durchsetzbar, bestehen auch andere Möglichkeiten der Vereinfachung von Systemdokumentation und Änderungsverfahren.

Mitbestimmung nach Kategorie

In Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung können beispielsweise *Änderungsprozesse mit unterschiedlicher Beteiligungstiefe* festgelegt werden. Dazu kategorisieren die Parteien Anlagen oder Vereinbarungsteile in Abhängigkeit von der erwarteten Eingriffstiefe in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten. So können in einer Anlage bestimmte verwendete Beschäftigendaten als hoch sensibel eingestuft werden, dagegen eine Anlage mit der topologischen Darstellung des Systems als wenig kritisch. Aus der gewählten Kategorisierung ergeben sich dann Änderungsverfahren mit unterschiedlich hoher Komplexität und Tiefe (beispielsweise mit vorheriger Information und Verhandlung, mit kombinierter Information und späterem Vetorecht, mit reiner Information ohne Vetorecht). In Bezug auf die Persönlichkeitsrechte als weniger kritisch eingestufte Änderungen verursachen so weniger Aufwand beim Umsetzen von Systemänderungen.

Die Schwierigkeit aus Sicht des Betriebsrats besteht in der Vorausschau, welche Sachverhalte in welchen Anlagen er für so sensibel hält, dass er Änderungen klassisch mitbestimmen will und an welchen Stellen er das Risiko einer Lockerung im Änderungsprozess tragen kann.

Nachlaufende Mitbestimmung

Arbeitgebern und Betriebsräten stehen gleichermaßen bei heutigen Cloud-Systemen vor dem Problem, dass ein dienstleistender Betreiber ungefragt Änderungen durchführt, die der Fehlerbehebung oder der Schließung von Sicherheitslücken dienen. Eine eventuell gebotene vorherige Beteiligung des Betriebsrats ist dann nicht mehr möglich. Bei Sicherheits-Patches besteht regelmäßig auch kein vernünftiger Grund, die Zustimmung zu verweigern. Ganz im Gegenteil: Zur Erhaltung der Sicherheit, auch der im System verarbeiteten Beschäftigendaten, hat auch der Betriebsrat ein Interesse an deren schneller Schließung.

Diese Erkenntnis mündet manchmal in Bestimmungen, die den Umgang mit derartigen Sicherheitspatches oder als vergleichbar harmlos eingeschätzten Patches in eine eigene Kategorie einordnen, für die ein Änderungsmechanismus mit *automatischer Bereitstellung von Release Notes* des Dienstleisters mit *nachträglichem Vetorecht* vereinbart wird für den Fall, dass der Sicherheits-Patch im Hintergrund unerwartet beschäftigtenrelevante Änderungen zur Folge hat, die erst später entdeckt werden.

Mit dieser Vereinfachung wird eine *nachlaufende Mitbestimmung* etabliert. Sie basiert auf der grundsätzlichen Erkenntnis, dass weder eine detaillierte vollständige Positivliste erstellt werden kann noch jede kleinste Änderung tatsächlich für den Schutz der Beschäftigten relevant ist – so wie das bei vielen Fehlerbehebungs-Patches der Fall ist. In derartigen Modellen ist der Detaillierungsgrad von Anlagen nur dort hoch, wo auch der

Schutzbedarf der Beschäftigten offensichtlich hoch ist. Erscheinen Anlageninhalte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wenig heikel oder können deren Auswirkungen nicht abschließend beurteilt werden, so einigt man sich vorläufig auf eine einfache Darstellung, die überblicksartig, *grob, auf großer Flughöhe* ausfallen kann.

Entscheidend für dieses Zugeständnis des Betriebsrats ist jedoch, dass er zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt eine detaillierte Darstellung verlangen und anschließend die Wiederaufnahme der Mitbestimmung zu diesem Aspekt verlangen kann. Auslöser für eine solche Nachbewertung können Beschwerden Beschäftigter, eigene Erkenntnisse des Betriebsrats oder Vorfälle sein, die zwar nicht *expressis verbis* den Bestimmungen der Betriebsvereinbarung widersprechen, aber so nicht erwartbar waren und für Beschäftigte nachteilig sein können.

Für derartige Fälle kann in einer Betriebsvereinbarung bestimmt werden, dass die Mitbestimmung für die beschriebenen vereinfachten Fälle/Anlagen nicht als *verbraucht* gilt und der Arbeitgeber sich daher nicht aufgrund bestehender Betriebsvereinbarung weigern kann, erneut zu verhandeln. Das garantiert ein Auffangnetz für Fälle, in denen der Betriebsrat, auch zur Erleichterung des Arbeitgebers, auf eine genaue Darstellung verzichtet und später offenbar werdende Implikationen übersehen hat.

Grenzen durch das BetrVG

Die oben dargestellten Lösungsansätze zur praktikableren Handhabung von Änderungen können in jeder Betriebsvereinbarung vereinbart werden. Allerdings gelingt das nur, wenn zwischen den Verhandlungspartnern ein gewisses Maß an *Vertrauen* und an *gutem Willen* vorhanden ist.

Verhandlungssituationen, in denen Arbeitgeber und Betriebsrat bei jeder noch so kleinen technischen Festlegung darüber streiten, ob sie mitbestimmungspflichtig ist, sind für alle Arten nach-

laufender Mitbestimmung nicht geeignet, weil sie im BetrVG nicht explizit vorgesehen sind und im Streitfall die Wirksamkeit des vereinbarten Konstrukts davon abhängt, wie das Arbeitsgericht diesen Teil der Vereinbarung bewertet.

Auch für konfliktäre Verhandlungen, die schließlich in einer Einigungsstelle münden, verbieten sich vereinfachte Systembeschreibungen oder vereinfachte Änderungsmodalitäten. Derartige Vereinbarungsteile wären wohl regelmäßig nicht spruchfähig, weil ihnen keine interessenausgleichende Regelung innewohnt. In solchen Konfliktfällen ist die klassische, aufwändige und möglichst weit vorausschauende Dokumentation der Systemcharakteristika die einzige zur Verfügung stehende Möglichkeit, einen Vertragsschluss ohne Aufgabe von Mitbestimmungsrechten herbeizuführen. Die Änderungssystematik des BetrVG für Betriebsvereinbarungen ist auch für den Arbeitgeber die einzige Möglichkeit, ein System dauerhaft rechtskonform zu betreiben: Jede technische oder funktionale Änderung, die die Betriebsvereinbarung, also den geschlossenen Vertrag, falsch werden lässt, muss *vor* Umsetzung eine vertragsändernde Mitbestimmung durchlaufen.

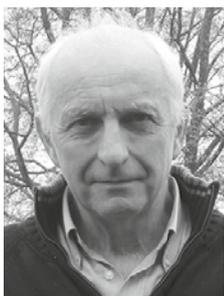
Diese Situation stellt letztlich keine der beiden Seiten zufrieden. Aufgrund der praktischen Umsetzungsprobleme wird so zumeist auch nicht die gewünschte Schutzwirkung für die Beschäftigten entfaltet. Ist für den Betriebsrat die Aufrechterhaltung einer Betriebsvereinbarung aufgrund der erfolgten Veränderungen nicht mehr tolerierbar, so bleibt ihm nur die Möglichkeit, der vollständigen Kündigung, die, soweit nichts anderes vereinbart wurde, nach einer Frist von drei Monaten wirksam wird (§ 77 (5) BetrVG). Das hat regelmäßig zur Folge, dass sämtliche – auch die die Beschäftigten schützenden – Regelungen unwirksam werden, soweit sie nicht einer Nachwirkung unterfallen, also bis zum Abschluss einer neuen Betriebsvereinbarung zum gleichen Thema weitergelten. Auch wenn durch die (in Teilen) nachwirkende Betriebsvereinbarung kein völlig rechtsfreier Zustand entsteht, ist die Schutzwirkung für Beschäftigte stark eingeschränkt. Das führt im günstigsten Fall zu Neuverhandlungen und bei fehlender Einigung zur Einrichtung einer Einigungsstelle.

Karin Schuler und Thilo Weichert



Karin Schuler ist Diplom-Informatikerin und seit über dreißig Jahren selbständige Beraterin und Sachverständige für Datenschutz und IT-Sicherheit. Sie berät Betriebsräte und Datenschutzbeauftragte. Karin ist FfF-Mitglied, ehemalige Vorständin der Deutschen Vereinigung für Datenschutz und Gründungsmitglied des Netzwerks Datenschutzexpertise.

Foto: Christian Liepe



Thilo Weichert, gelernter Jurist und Politologe, war 2004 bis 2015 Landesbeauftragter für Datenschutz in Schleswig-Holstein. Er ist heute als Datenschutzberater tätig und engagiert sich im Vorstand der Deutschen Vereinigung für Datenschutz und im Netzwerk Datenschutzexpertise.

Änderungsbedarf: BetrVG

Das Problem, dass durch äußere Veränderungen die Grundlagen einer Betriebsvereinbarung nicht mehr passen, kann bei jeder Betriebsvereinbarung auftreten. Das spezifische von Vereinbarungen nach § 87 (1) Nr. 6 BetrVG, also der Mitbestimmung bei überwachungsgeeigneten IT-Maßnahmen, ist, dass diese meist eine langfristige Wirkung haben und dass mitbestimmungsrelevante Systemveränderungen eher die Regel als die Ausnahme sind. Daher sind die folgenden Überlegungen zu einer „nachlaufenden Mitbestimmung“ zwar generell relevant, vor allem aber von hoher praktischer Bedeutung für die hier erörterten Fragen zu IT-Systemmodifikationen.

Die bisherige Darstellung hat gezeigt, dass eine *nachlaufende Mitbestimmung* im IT-Bereich sinnvoll ist, aber in der Praxis davon abhängt, dass hierzu beide Betriebsparteien und damit der Arbeitgeber auch tatsächlich bereit sind. Rechtlich erzwingbar ist sie nicht und verbindlich gestaltbar nur unter erschwerten Bedingungen. Im Rahmen eines konfliktären Einigungsstellungsverfahren ist es eher ein glücklicher Umstand, wenn ein solches Verfahren vom Einigungsstellenvorsitzenden durchgesetzt wird.

Insofern liegt es nahe, dass hier der Gesetzgeber tätig wird. Dieser kann die in der Praxis bereits erprobten Konzepte der Klassifizierung von Vereinbarungsteilen mit unterschiedlichen Mitbestimmungsabläufen und der nachlaufenden Mitbestimmung auf eine verbindliche, d. h. auch rechtlich erzwingbare Grundlage stellen. Angesichts des Umstands, dass das Bundesarbeitsministerium derzeit ohnehin an einem Beschäftigtendatenschutzgesetz arbeitet, bei dem auch das Verhältnis von Datenschutz- und Arbeitsrecht neu austariert wird, sollte eine entsprechende Änderung im BetrVG möglich sein. Sie ist zumindest diskussionsbedürftig.

Die *Abkehr vom Prinzip der abschließenden Regelung* und die Hinwendung zu einem System der Mitbestimmung, bei dem bereits vereinbarte Systeme unter bestimmten Voraussetzungen erneut der Mitbestimmungspflicht unterfallen, bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Diese Pflicht sollte unabhängig davon vorgesehen werden, ob durch eine geplante Änderung die bestehende Betriebsvereinbarung unzutreffend würde. Derartige Änderungen würden auch heute schon – so zumindest der rechtliche Anspruch der Regelung – eine erneute Mitbestimmungspflicht auslösen. Tatsächlich besteht aber eine hohe Rechtsunsicherheit, ob und wenn ja inwieweit, die gegebenen Veränderungen die Voraussetzungen des § 87 (1) Nr. 6 BetrVG zur Folge haben.

Um diese Unsicherheit aufzulösen, könnten als Auslöser einer *nachlaufenden Mitbestimmung* explizit geregelt werden:

- Beschäftigte beschwerten sich, weil sie durch bestimmte, nicht klar vereinbarte Auswertungen Nachteile erleiden.
- Der Betriebsrat hat konkrete Erkenntnisse zu nachteiligen Auswirkungen für Beschäftigte, die beim Abschluss der Betriebsvereinbarung nicht erkennbar waren und daher in der Betriebsvereinbarung nicht thematisiert wurden.
- Nach Abschluss der Betriebsvereinbarung werden Funktionen und Verarbeitungen ergänzt, die formal aufgrund *großer Flughöhe in der Betriebsvereinbarung*, also wegen ihrer abstrakten Beschreibung von der Zustimmung der Betriebsvereinbarung

erfasst sind, im Detail jedoch entweder nicht erkennbar waren oder durch eine Kombination mit anderen zulässigen Verarbeitungen zu neuen personenbezogenen Erkenntnissen führen.

- Der Arbeitgeber kann oder will bezüglich erfolgter Änderungen keine ausreichenden Unterlagen beibringen und beruft sich auf Nichtwissen („der Hersteller macht nächtliche Updates, da weiß ich selbst nicht, was da passiert“).

Die Vorteile

Die gesetzliche Festlegung der Rahmenbedingungen nachlaufender Mitbestimmung brächte für Beschäftigte und Arbeitgeber gleichermaßen Vorteile:

- Der Zwang zum Glaskugellesen und die damit verbundene Furcht, wesentliche Aspekte einer sinnvollen Regelung zu vergessen oder übersehen zu haben, verlören an Schärfe. Das Vertrauen der Belegschaft in die eingesetzten Systeme würde gesteigert. Die Arbeitgeber erhielten eine arbeitsrechtliche Handhabe gegenüber ihren Dienstleistern, die erforderlichen Informationen über das System und über Systemänderungen jederzeit nachzufordern.
- Die Bereitstellung (noch) nicht vorhandener Dokumentationssteile, Konzepte oder Einsatzszenarien könnten unter einem Regime der *nachlaufenden Mitbestimmung* auf einen späteren Zeitpunkt verlegt werden.
- Die Experimentierbereitschaft hinsichtlich von IT-Innovationen würde sowohl für den Arbeitgeber als auch für die Belegschaft erhöht, was letztlich der Innovationsfähigkeit der Unternehmen zugutekäme.
- Die unsägliche Diskussion, ob bestimmte Systeme überwachungsgeeignet sind oder nicht und inwieweit Datenschutzfragen Einfluss auf das Mitbestimmungsrecht haben, würde von der theoretischen auf die praktische Ebene verlagert, was eine konkrete Verbesserung des Persönlichkeitsschutzes für Beschäftigte zur Folge hätte.

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 (1) Nr. 6 BetrVG stammt aus der Frühzeit der betrieblichen Mitbestimmung, ohne dass bisher eine wesentliche gesetzliche Anpassung erfolgt ist. Das Bundesarbeitsgericht zog angesichts der technischen Entwicklung von Verhaltens- und Leistungskontrollen schon in den 1970er-Jahren den Schluss, dass die „Bestimmung zur Überwachung“ objektiv und unabhängig von den tatsächlichen Praktiken und Absichten des Arbeitgebers zu bewerten ist. Angesichts der inzwischen für alle Beteiligten bestehenden Intransparenz der im Einsatz befindlichen und erst recht der in Zukunft absehbaren Systeme zur Verhaltens- und Leistungskontrolle *ist das Mitbestimmungsrecht nicht mehr zeitgemäß*. Es ist daher nicht abwegig, generell die Wahrung des Datenschutzes von Beschäftigten der Mitbestimmung zu unterwerfen. Sollte sich dies politisch nicht durchsetzen lassen, so wird mit dem vorliegenden Vorschlag ein Weg aufgezeigt, mit dem in praktikabler und rechtssicherer Form der Persönlichkeitsschutz erheblich verbessert und der Technikentwicklung angepasst werden kann, ohne das bestehende Gesamtgefüge der informationstechnischen Mitbestimmung in Frage zu stellen.

