

**Kann die Betriebsratswahl unter Einhaltung der
(datenschutz-)rechtlichen Grundlagen durchgeführt werden,
wenn die eingesetzte Software nicht mehr zum Download angeboten,
sondern über eine Cloud zur Verfügung gestellt wird
und damit externe Auftragsdatenverarbeitung anfällt?**

**Gutachterliche Stellungnahme von
Prof. Dr. Peter Wedde und Dr. Thilo Weichert**

Wiesbaden / Kiel, 18. Dezember 2020

Inhalt

A.	Sachverhalt	3
B.	Fragestellung	6
C.	Gutachterliche Stellungnahme	7
	I. Frage 1: Kann ein Wahlvorstand bzw. ein bestehender Betriebsrat den für die Verwendung der Cloud-Software-Lösung erforderlichen Bestellvorgang eigenständig durchführen oder muss dies der Arbeitgeber tun?	7
	Erforderlichkeit und Kostentragung	7
	a) Erforderlichkeit	7
	b) Beschaffung	12
	c) Beschaffungen durch den Betriebsrat	15
	II. Frage 2: Wer muss einen erforderlichen Vertrag zur Auftragsverarbeitung abschließen?.....	17
	1. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit	18
	2. Zuordnung des Wahlvorstands	20
	III. Frage 3 Was für ein Verschlüsselungskonzept ist notwendig für den Transfer der personenbezogenen Daten zwischen den Nutzern der Software (Wahlvorstände) und der von einem Dienstleister betriebenen Cloud?.....	24
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse	27

A. Sachverhalt

Der Bund-Verlag bittet um eine gutachterliche Stellungnahme zu der Frage, ob die Betriebsratswahl unter Einhaltung der (datenschutz-)rechtlichen Grundlagen durchgeführt werden kann, wenn die hierfür vom Wahlvorstand eingesetzte Software nicht mehr zur Installation auf Endgeräten des Wahlvorstands installiert wird, sondern über eine „Cloud“ im Internet als „Software as a Service“ durch einen externen Dienstleister zur Verfügung gestellt wird.

Der Bund-Verlag stellt Wahlvorständen bisher Software zur Unterstützung bei der Durchführung des Wahlverfahrens nach der Wahlordnung zum BetrVG im Internet zum Download zur Verfügung. Diese Software muss auf Endgeräten des Wahlvorstands installiert werden und kann insbesondere für die Erstellung von Wahlausschreiben oder von Wahllisten verwendet werden, aber auch für die Verarbeitung der notwendigen Informationen über Wahlbewerberinnen und Wahlbewerber. Vor allem aber enthält die Software Berechnungsprogramme für die Betriebsratsgröße, die Ermittlung des Minderheitengeschlechts und ein Stimmauszählungs- und Sitzverteilungsprogramm.

Die Kaufentscheidung bezüglich einer zur Unterstützung des Wahlvorstands notwendigen Software trifft nach Einschätzung des Bund-Verlags in der Regel der Wahlvorstand, ggf. aber auch ein noch amtierender Betriebsrat. Wahlvorstand oder Betriebsrat führen im Regelfall auch die Bestellung der Software durch. An dieser Situation würde sich bezogen auf eine in der Cloud befindliche Wahlsoftware nichts ändern.

Nach derzeitiger Planung werden von einer Verarbeitung in der Cloud neben Informationen über Zugriffsberechtigte aus dem Kreis des Wahlvorstands nur die Daten der Wahlbewerber erfasst sowie die Wahlergebnisse berechnet und den Wahlvorständen zur Verfügung gestellt. Hierbei handelt es sich teilweise um allgemeine Angaben ohne Personenbezug (etwa Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder oder Anzahl der

auf das Minderheitengeschlecht entfallenden Sitze). Darüber hinaus werden personenbezogene Informationen über Wahlbewerberinnen und Wahlbewerber wie insbesondere Vorname, Nachname, Geburtsdatum, Art der Beschäftigung im Betrieb, Geschlecht und ggf. Listenzugehörigkeit verarbeitet.

Diese Informationen über Wahlbewerberinnen und Wahlbewerber sollen von der Cloud-Software automatisch in die für die Durchführung des Wahlverfahrens vorgeschriebenen Wahlformulare und Aushänge übernommen werden. Die vorhandenen personenbezogenen Daten werden für die Feststellung des Wahlergebnisses verwendet und generieren Informationen „Gewähltes Mitglied“, „Nicht gewählt“ bzw. „Ersatzmitglied“, die importiert werden können.

Weiterhin werden von der Wahlsoftware die gesetzlich vorgesehenen personenbezogenen Daten zu Mitgliedern des Wahlvorstands und des Betriebsrats verarbeitet, um diese in die notwendigen Formulare importieren zu können.

Auf die dauerhafte Speicherung der personenbezogenen Wahlergebnisse in der Cloud kann aus technischer Sicht verzichtet werden. Hierfür kann eine Anweisung programmiert werden, die die Wahlvorstände auffordert, die online angezeigten Wahlergebnisse jeweils lokal abzuspeichern.

Eine darüber hinaus stattfindende Verarbeitung aller Arbeitnehmerdaten (etwa zur automatischen Erstellung von Wählerlisten) mit der Software ist derzeit nicht geplant.

Auftragnehmer des Bund-Verlags für die Durchführung der Verarbeitung der Daten von Wahlvorständen ist die Firma Treml & Sturm Datentechnik GmbH. Gehostet werden die Daten in einem Rechenzentrum der Firma Beck. Nach Auskunft des Bund-Verlags gibt es mit beiden Firmen Auftragsverträge nach Art. 28 DSGVO. Diese waren nicht Gegenstand dieser gutachterlichen Bewertung.

Bei der Übertragung personenbezogener Daten von Endgeräten eines Wahlvorstands in die Cloud des Auftragnehmers erfolgt eine Verschlüsselung nach dem AES-Standard („Advanced Encryption Standard“). Die verwendete Schlüssellänge ist nicht bekannt. Für die Erstellung dieses Gutachtens wird davon ausgegangen, dass die kleinste AES-Schlüssellänge von 128 bit (AES-128) verwendet wird.

B. Fragestellung

Das Gutachten soll die Frage beantworten, ob die Betriebsratswahl unter Einhaltung der (datenschutz-)rechtlichen Grundlagen durchgeführt werden kann, wenn die hierfür von einem Wahlvorstand eingesetzte Software nicht mehr zum Download angeboten, sondern über eine Cloud online zur Verfügung gestellt wird und so externe Auftragsverarbeitung personenbezogener Daten stattfindet. Die Beantwortung dieser Frage macht nicht nur die Befassung mit datenschutzrechtlichen Aspekten notwendig, sondern auch die Berücksichtigung kollektivrechtlicher Fragen bezogen auf die Erforderlichkeit von Sachmitteln des Wahlvorstands sowie der konkreten Durchführung des Bestellvorgangs. Insoweit müssen die folgenden Einzelfallfragen geklärt werden, um die Frage der generellen Zulässigkeit beantworten zu können:

- Frage 1: Kann ein Wahlvorstand bzw. ein bestehender Betriebsrat den für die Verwendung der Cloud-Software-Lösung erforderlichen Bestellvorgang eigenständig durchführen oder muss dies der Arbeitgeber tun?**
- Frage 2: Wer muss den für die Verwendung der Cloud-Software erforderlichen Vertrag zur Auftragsverarbeitung abschließen?**
- Frage 3: Ist das für den Transfer der personenbezogenen Daten zwischen den Nutzern der Software (Wahlvorstände) und der von einem Dienstleister betriebenen Cloud eingesetzte Verschlüsselungskonzept ausreichend?**

C. Gutachterliche Stellungnahme

- I. **Frage 1: Kann ein Wahlvorstand bzw. ein bestehender Betriebsrat den für die Verwendung der Cloud-Software-Lösung erforderlichen Bestellvorgang eigenständig durchführen oder muss dies der Arbeitgeber tun?**

Erforderlichkeit und Kostentragung

Die Frage, ob Arbeitgeber, Wahlvorstand oder ein noch bestehender Betriebsrat die Bestellung einer Software bzw. einer entsprechenden Cloud Lösung veranlassen können, die der Unterstützung der Durchführung des Wahlverfahrens dient, lässt sich unter Rückgriff auf einschlägige kollektivrechtliche Zuständigkeitsregeln und Vorschriften zur Kostentragung beantworten. Voraussetzung für die Bestellung ist, dass die Software bzw. die Cloud-Lösung in ihren unterschiedlichen Gestaltungsformen für die Durchführung des Wahlverfahrens erforderlich ist.

a) Erforderlichkeit

Weder das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) noch die zugehörige Wahlordnung enthalten zur Frage der für die Tätigkeit des Wahlvorstands notwendigen Sachmittel eine detaillierte Regelung. § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG legt lediglich pauschal fest, dass der Arbeitgeber die Kosten der Wahl trägt. Diese Kostentragungspflicht bezieht sich in der Praxis insbesondere auf Sachmittel für die unmittelbare Durchführung der Wahl (etwa für Wahlausschreiben, Stimmzettel, Briefwahlunterlagen oder Wahlurnen) sowie für die Arbeit des Wahlvorstands (etwa notwendige Räumlichkeiten und Materialien einschließlich Informations- und Kommunikationstechnik nebst E-Mail- und Internetzu-

gang, aber auch notwendige Schulungsmaßnahmen).¹ Persönliche Kosten, die Mitgliedern des Wahlvorstands entstehen (etwa zusätzliche Reisekosten), gehören ebenso zu den vom Arbeitgeber zu übernehmenden Kosten der Wahl.² Gleiches gilt gemäß § 20 Abs. 3 Satz 2 BetrVG für die Versäumnisse von Arbeitszeit, die Beschäftigten im Zusammenhang mit der Ausübung des Wahlrechts, der Betätigung im Wahlvorstand oder der Tätigkeit als Vermittler nach § 18a BetrVG entstehen.

Steht die Kostentragungspflicht bezüglich bestimmter Sachmittel oder hinsichtlich notwendiger personeller Ressourcen im Streit, lassen sich Anhaltspunkte zu den vom Arbeitgeber im konkreten Fall zu übernehmenden Wahlkosten aufgrund des normativen Gesamtzusammenhangs aus der Regelung zur Kostentragungspflicht in § 40 Abs. 1 BetrVG ableiten und zur sachlichen und personellen Ausstattung des Betriebsrats in § 40 Abs. 2 BetrVG.³

Ebenso wie die Regelung zur Kostentragung in § 20 Abs. 3 BetrVG legt § 40 Abs. 1 BetrVG fest, dass der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten trägt. Diese Kostentragungspflicht ist notwendige Konsequenz aus der Ausgestaltung des Betriebsratsamts durch § 37 Abs. 1 BetrVG als unentgeltliches Ehrenamt.⁴ Diese allgemeine Regelung zur Kostenübernahme wird für die Arbeit von Betriebsräten durch § 40 Abs. 2 BetrVG konkretisiert. Hiernach hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat für Sitzungen, Sprechstunden und laufende Geschäftsführung in erforderlichem Um-

¹ Vgl. hierzu ausführlich Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 30. Auflage München 2020, § 20 BetrVG, Rn. 36 ff; Homburg in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage Frankfurt 2020 (im Folgenden: DKW-Bearbeiter), § 20 BetrVG, Rn. 28.

² Vgl. ausführlich Kreuz in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Auflage Köln 2018 (im Folgenden: GK-BetrVG-Bearbeiter), § 20, Rn. 60 ff.

³ Ähnlich Krois in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, 4. Auflage München 2019 (im Folgenden: Münch.Hdb.-Bearbeiter), § 291, Rn. 279.

⁴ Vgl. Fitting § 40 BetrVG, Rn. 5.

fang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen. Diese gesetzliche Verpflichtung besteht in dem Rahmen, der nach Art und Beschaffenheit des Betriebs zur ordnungsmäßigen Durchführung von Betriebsratsaufgaben erforderlich ist.⁵ Die Erforderlichkeit ist gegeben, wenn ein Betriebsrat Sachmittel oder Personal benötigt, um seine Aufgaben sachgerecht erfüllen zu können.⁶ Nach der Rechtsprechung soll zur Feststellung der Erforderlichkeit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen, um insbesondere eine übermäßige Kostenbelastung des Arbeitgebers auszuschließen.⁷

Überträgt man die zu § 40 Abs. 1 BetrVG entwickelten Grundsätze auf die Kostentragungspflicht gemäß § 20 Abs. 3 BetrVG, ist zunächst festzustellen, dass die Mitgliedschaft in einem Wahlvorstand (ebenso wie die in einem Betriebsrat) ein besonderes betriebsverfassungsrechtliches Ehrenamt ist.⁸ Dies macht eine Übernahme der aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen Ausübung dieses Ehrenamts anfallenden Kosten notwendig. Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Kosten des Wahlverfahrens zu tragen sowie die für die Arbeit des Wahlvorstands erforderlichen Sachmittel entsprechend der Vorgaben in § 40 Abs. 2 BetrVG zur Verfügung stellen.⁹

Der Wahlvorstand hat bei der Planung und Durchführung des Wahlverfahrens bezüglich kostenauslösender Maßnahmen einen Beurteilungsspielraum.¹⁰ Dieser schließt die Entscheidung darüber ein, ob er zur Durchführung der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgabe eine geeignete Software als notwendiges Arbeitsmittel einsetzen will.

⁵ Vgl. Fitting, § 40 BetrVG, Rn. 104; GK-Wiese, § 40 BetrVG, Rn. 110; Glock in: Hess/Worzalla/ Glock/Nicola/Rose/Huke (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage Köln 2018 (im Folgenden: HWGNRH-Bearbeiter), § 40 BetrVG, Rn. 110.

⁶ Vgl. BAG 18.4.1967 1 ABR 11/66, DB 1967, 1769.

⁷ Grundlegend BAG 31.10.1972 – 1 ABR 7/72, DB 1973, 528.

⁸ BAG 26.4.1995 – 7 AZR 874/94, NZA 1996, 160.

⁹ Vgl. BAG 31.5.2000 – 7 ABR 8/99, NZA 2001, 114; GK-Kreutz, § 20 BetrVG, Rn. 54 ff.

¹⁰ Vgl. etwa BAG 3.12.1987 – 6 ABR 79/85, NZA 1988, 440.

Zur Unterstützung der nach § 16 Abs. 1 BetrVG bestellten Wahlvorstände gibt es inzwischen ein breites Angebot von „Wahlhilfen“ für Betriebsräte, die neben ausführlichen schriftlichen Informationen zumeist eine entsprechende Software beinhalten. Die „Wahlhilfen“ sollen Wahlvorstände bei der Einhaltung der Formalien einer Betriebsratswahl unterstützen, die die Wahlordnung zum BetrVG vorgibt und sie von zeitaufwändigen Arbeiten wie etwa der ansonsten notwendig werdenden manuellen Erstellung von Wahlausschreiben entlasten. Zudem soll die Nutzung Fehler bei der Festlegung der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen vermeiden. Die vielen „Wahlhilfen“ beigefügte Software ermöglicht in der Regel auf der Grundlage von Textmustern die einfache, schnelle und rechtskonforme Gestaltung und Erstellung der gesetzlich vorgesehenen Aushänge und der Mitteilung des Wahlvorstands, die Beachtung und Kontrolle gesetzlich vorgegebener Fristen des Wahlverfahrens sowie die Feststellung der Wahlergebnisse nach Abschluss des Abstimmungsverfahrens.

Angeboten werden „Wahlhilfen“ einschließlich konventioneller Software auf dem Markt zu Preisen in der Größenordnung von vierzig bis fünfzig Euro. Teilweise werden sie Teilnehmern von einschlägigen Schulungsmaßnahmen auch ohne zusätzliche Berechnung als Schulungsunterlagen zur Verfügung gestellt. Diese finanzielle Größenordnung ist schon mit Blick auf die Kosten verhältnismäßig, die eine Wiederholung des Wahlverfahrens aufgrund von Formfehlern mit sich bringen würde. Insoweit ist die Forderung eines Wahlvorstands, ihm eine solche Software als erforderliches Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen, im Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Regelfall als berechtigt zu qualifizieren.

Einwendungen gegen vom Wahlvorstand als erforderlich erachtete „Wahlhilfe“ nebst Software könnte ein Arbeitgeber in diesem Zusammenhang nur gelten machen, wenn das gewählte Produkt gegenüber anderen vergleichbaren unverhältnismäßig teuer

wäre. Entsprechendes könnte gelten, wenn bezogen auf eine bestimmte Software substantiierte technische oder funktional Bedenken bestehen, z.B. weil deren Datensicherheitsstandard als unzureichend angesehen wird.

Ob eine erforderliche Software ausschließlich auf Endgeräten von Mitgliedern eines Wahlvorstands installiert und betrieben wird oder ob der Wahlvorstand sich stattdessen für eine Cloud-Lösung entscheidet, auf die über das Internet zugegriffen werden kann, obliegt im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit der freien Entscheidung des Wahlvorstands. Für eine Cloud-Lösung könnten aus Sicht eines Wahlvorstands im konkreten Einzelfall beispielsweise Gründe wie eine höhere Zugriffsflexibilität über verschiedene Endgeräten, eine mögliche sichere Synchronisierung der Änderungen durch verschiedene Bearbeiter oder ein besserer Schutz vor Datenverlusten durch eine redundante Datenspeicherung sprechen.

Bei der Auswahlentscheidung des Wahlvorstand ist auch die Frage relevant, ob eine Cloud-Lösung gegenüber einer zentral installierten Software Mehrkosten verursacht. Auch unterschiedliche Sicherheitsstandards können bedeutsam sein. Ist das Sicherheitsniveau, das eine Cloud-Lösung bei vergleichbaren Anschaffungskosten bietet, höher als das einer auf Endgeräten installierten Software, ist dies im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit ein Argument für deren Einsatz.

Zusammenfassend kann bezüglich der Erforderlichkeit der Beschaffung einer Wahlsoftware für die Arbeit eines Wahlvorstands festgestellt werden, dass diese erforderlich ist, um die Qualität seiner Arbeit zu sichern, Fehler zu vermeiden und den Aufwand zu reduzieren. Gleiches gilt für eine vergleichbare „Cloud-Lösung“, wenn diese aus Sicht des Wahlvorstands vorteilhafter für die Durchführung seiner gesetzlichen Aufgaben ist. Fallen für konventionelle Software, die auf Endgeräten des Wahlvorstands installiert wer-

den muss, und für entsprechende Cloud-Lösungen vergleichbare oder identische Kosten an und besteht ein vergleichbares Sicherheitsniveau, obliegt dem Wahlvorstand im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Entscheidung für eine der beiden Varianten.

b) Beschaffung

Nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratswahl. Die Vorschrift lässt offen, in welcher Form dem Wahlvorstand erforderliche Sachmittel zur Verfügung zu stellen sind. Diese Regelungslücke lässt sich durch Rückgriff auf die vergleichbaren normativen Vorgaben zur sachlichen und personellen Ausstattung des Betriebsrats in § 40 Abs. 2 BetrVG schließen.¹¹ Hiernach hat der Arbeitgeber für Sitzungen, Sprechstunden und laufende Geschäftsführung des Betriebsrats in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal unaufgefordert zur Verfügung zu stellen.¹² Der Betriebsrat hat diesbezüglich einen Überlassungsanspruch.¹³ Die Überlassung hat in einer Form zu erfolgen, die nach Art und Beschaffenheit des Betriebs zur ordnungsgemäßen Durchführung der Aufgaben Betriebsrats erforderlich ist.¹⁴ Die Entscheidung über die Erforderlichkeit eines konkreten Sachmittels obliegt im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens allein dem Betriebsrat.

Die aus § 40 Abs. 1 BetrVG abzuleitende Kostentragungspflicht des Arbeitgebers begründet ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.¹⁵ Aus

¹¹ Ebenso GK-BetrVG-Kreutz § 20 BetrVG, Rn. 58; Münch.Hdb.- Krois, § 291, Rn. 279; DKW-Homburg, § 20 BetrVG, Rn. 29; Thüsing in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 15. Auflage München 2018 (im Folgenden: Richardi-Bearbeiter), § 20 BetrVG, Rn. 37.

¹² Vgl. GK-BetrVG-Weber, § 40 BetrVG, Rn. 134.

¹³ Vgl. Fitting, § 40 BetrVG, Rn. 105.

¹⁴ Vgl. Fitting, § 40 BetrVG, Rn. 104; GK-Wiese, § 40 BetrVG, Rn. 110; HWGNRH-Glock, § 40 BetrVG, Rn. 110.

¹⁵ Vgl. BAG 24.10.2001 – 7 ABR 20/00, NZA 2003, 53.

diesem können sich unmittelbare Ansprüche des Betriebsrats oder einzelner Mitglieder auf Geld- oder Naturalleistungen des Arbeitsgebers ergeben.¹⁶ Bezüglich der von einem Betriebsrat eingegangenen Verpflichtungen besteht im Innenverhältnis ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.¹⁷

Der Betriebsrat ist im Regelfall allerdings nicht berechtigt, erforderliche Sachmittel selbst zu beschaffen, Büroräume anzumieten oder Personal einzustellen.¹⁸ Etwas anderes kann ausnahmsweise gelten, wenn ein Arbeitgeber seiner Verpflichtung nach § 40 Abs. 2 BetrVG innerhalb einer angemessenen Pflicht nicht nachkommt. Dann kann es zumindest bezogen auf erforderliche sachliche Mittel zulässig sein, dass ein Betriebsrat diese selbst beschafft und vom Arbeitgeber einen Ersatz der aufgewendeten Kosten nach Maßgabe der Regeln zur Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt.¹⁹

Überträgt man die zu § 40 BetrVG entwickelten Grundsätze auf Wahlvorstände nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und auf die Kostenerstattung nach § 20 Abs. 3 BetrVG, so muss der Arbeitgeber auch diesen erforderliche Sachmittel sowie notwendiges Personal von sich aus zur Verfügung stellen, soweit hierfür eine Erforderlichkeit und damit nach § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG eine Kostentragungspflicht besteht.

Werden vom Wahlvorstand für erforderlich erachtete Sachmittel nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums zur Verfügung gestellt, kommt zur Wahrung der in der Wahlordnung zum BetrVG enthaltenen verbindlichen Fristen eine Ersatzbeschaffung des

16 Vgl. GK-Weber, § 40 BetrVG, Rn. 20.

17 Vgl. BAG, a.a.O.

18 Vgl. etwa BAG 21.4.2018 – AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG 1972:

19 Ebenso Richardi-Thüsing, § 40 BetrVG, Rn. 118; enger GK-Weber, § 40 BetrVG, Rn. 136 „nur in dringenden Fällen; a.A. BAG 21.3.1983, AP Nr. 20 zu § 40 BetrVG

Wahlvorstands in Betracht. In diesen Fällen haben Wahlvorstände ebenso wie Betriebsräte einen Freistellungsanspruch bezüglich der angefallenen Kosten gegen den Arbeitgeber.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass das Vorenthalten von Sachmitteln, die ein Wahlvorstand für erforderlich hält, nach § 20 Abs. 1 BetrVG eine unzulässige Wahlbehinderung sein kann, die darüber hinaus ggf. den Straftatbestand des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erfüllt.

Bezogen auf die Anschaffung einer Software, die ein Wahlvorstand nach pflichtgemäßem Ermessen als erforderlich qualifiziert hat, leitet sich aus den vorstehend skizzierten Grundsätzen ab, dass diese vom Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen ist. Dies kann einerseits dadurch erfolgen, dass er eine vom Wahlvorstand benannte Software beschafft und zur Verfügung stellt. Alternativ kann der Arbeitgeber den Wahlvorstand direkt bevollmächtigen oder beauftragen, die Beschaffung eigenständig durchzuführen. Dabei kann er beispielsweise die Vorgabe machen, dass sich die Kosten im Rahmen der am Markt befindlichen Angebote bewegen müssen. Erfolgt in diesem Rahmen eine eigenständige Beschaffung durch den Wahlvorstand, wird dieser im Namen und auf Rechnung des Arbeitgebers tätig.

In der Praxis gibt es nach Auskünften aus dem betrieblichen Bereich bezüglich der Bestellung notwendiger Arbeitsmittel für den Wahlvorstand unterschiedliche Ausgestaltungen. Teilweise wird notwendige Software über die Einkaufsabteilungen von Betrieben abgewickelt. In anderen Fällen wird die Beschaffung innerhalb eines festgelegten Kostenrahmens den Wahlvorständen überlassen.

Beschafft der Arbeitgeber erforderliche Sachmittel nicht oder nicht rechtzeitig, kommt die Durchsetzung des Anspruchs des Wahlvorstands im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren und hier ggf. mittels einer einstweiligen Verfügung in Betracht.²⁰ Alternativ kann ein Wahlvorstand eine eigenständige Beschaffung vornehmen, muss dann aber die Kostenerstattung gegenüber dem Arbeitgeber durchsetzen.²¹ In diesen Fällen wird der Wahlvorstand im Außenverhältnis zumindest temporär zum unmittelbaren Auftraggeber.

c) Beschaffungen durch den Betriebsrat

Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der amtierende Betriebsrat zur rechtzeitigen Bestellung des Wahlvorstands verpflichtet. Diese soll spätestens zehn Wochen vor Ablauf seiner eigenen Amtszeit erfolgen. Für die anschließende Durchführung des Wahlverfahrens ist der Betriebsrat hingegen gesetzlich nicht weiter zuständig. Mangels relevanter kollektivrechtlicher Verpflichtungen oder Befugnisse zur Durchführung der Wahl ist damit die Bestellung einer Wahlsoftware oder notwendiger Unterlagen durch den Betriebsrat nicht erforderlich gemäß § 40 Abs. 2 BetrVG. Arbeitgeber können deshalb unter Hinweis hierauf die Übernahme anfallender Kosten verweigern.

Ggf. kann ein Wahlvorstand sich allerdings eine zur Wahrung von Fristen vorsorglich durchgeführte Bestellung durch einen Betriebsrat nach seiner Bestellung im Nachhinein zu eigen machen. In diesem Fall muss der Arbeitgeber die angefallenen Kosten beim Vorliegen der Erforderlichkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 1 BetrVG übernehmen. Dies gilt insbesondere, wenn entsprechende Bestellungen in einem Betrieb bei den vorherigen Wahlverfahren mit dem Ziel der Erleichterung der Arbeit des Wahlvorstands üblich

²⁰ Zur Zulässigkeit eines Beschlussverfahrens BAG 8.4.1992 – 7 ABR 56/91, NZA 1993, 415

²¹ Ebenso Münch.Hdb.-Krois, § 291, Rn. 279; Richardi-Thüsing, § 20 BetrVG, Rn. 37; GK-BetrVG-Kreutz, § 20 BetrVG, Rn. 58; vgl. allgemein BAG 8.4.1992, a.a.O.

waren. Indes dürfen derartige Vorwegnahmen nicht in die Entscheidungsfreiheit des Wahlvorstands eingreifen.

II. Frage 2: Wer muss einen erforderlichen Vertrag zur Auftragsverarbeitung abschließen?

Die vom Bund-Verlag angebotene Cloud-Lösung beinhaltet die Übernahme von Verarbeitungsaufgaben für die einzelnen Wahlvorstände durch einen Dienstleister, der im Auftrag tätig wird. Der Zugang zur Software erfolgt über das Internet. Werden dabei personenbezogene Daten (etwa Informationen über Mitglieder des Wahlvorstands sowie über Kandidaten) verarbeitet, handelt es sich im Regelfall um Auftragsverarbeitung gemäß § 28 DSGVO, die durch einen Auftragnehmer (Auftragsverarbeiter) durchgeführt wird.

Nach der Definition in Art. 4 Nr. 8 DSGVO ist „Auftragsverarbeiter“

„die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.“

Die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter setzt nach Art. 28 Abs. 3 Satz DSGVO den Abschluss eines Vertrags voraus, der den Auftragsverarbeiter in Bezug auf den Verantwortlichen bindet und in dem Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Pflichten und Rechte des Verantwortlichen festgelegt werden.

Beschließt ein Wahlvorstand für die Abwicklung einer Betriebsratswahl die Nutzung einer Cloud-Software, die eine Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO beinhaltet, muss hierfür vor der erstmaligen Verarbeitung personenbezogener Daten der nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO notwendige Vertrag abgeschlossen werden. Wer hierzu befugt bzw. berechtigt ist, bestimmt sich im Wesentlichen danach, wer die datenschutzrechtliche Verantwortung für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen des Wahlverfahrens trägt.

1. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit

Auftragsverarbeitung erfolgt nach Art. 28 Abs. 1 DSGVO im Auftrag eines Verantwortlichen. Grundlage für eine Auftragsverarbeitung ist nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO ein Vertrag oder ein anderes (vergleichbares) Rechtsinstrument nach dem Unionsrecht. Der Vertrag wird zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragnehmer geschlossen.

Verantwortlicher ist nach der Definition Art. 4 Nr. 7

„die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so können der Verantwortliche beziehungsweise die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden;“

Handelt es sich bei einem Verantwortlichen nicht um eine natürliche Person, sondern um eine juristische oder um eine Behörde, Einrichtung oder um eine andere Stelle, werden Datenverarbeitungsprozesse dort im Regelfall auf unterschiedlichen Organisationsebenen durchgeführt. Viele Verarbeitungsprozesse laufen zwar oft automatisch ab, werden aber in der Regel von beim Verantwortlichen tätigen oder für diesen handelnden natürlichen Personen initiiert, veranlasst und im Innenverhältnis ggf. auch verantwortet.

Teil einer notwendigen internen Datenschutzstrategie ist insoweit die klare Zuweisung von Verantwortung für bestimmte Verarbeitungsprozesse an die dort tätigen Organisationseinheiten und natürlichen Personen. In diesem Rahmen kann beispielsweise auch die Benennung bestimmter Personen als Vertreter oder als Ansprechpartner in datenschutzrechtlichen Fragen für betroffene Personen erfolgen.²²

²² Vgl. Stellungnahme 1/2010 der „Artikel-29-Datenschutzgruppe“ zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ vom 16.2.2010, 00264/10/DE WP 169 (im Folgenden: „Stellungnahme 1/2010“), digital abrufbar unter https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp169_de.pdf

Das Bestehen unterschiedlicher Organisationsebenen, Abteilungen, Dezernate oder unselbstständiger Zweigstellen lässt die bestehende datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit unverändert, wenn Verarbeitungen von personenbezogenen Daten der jeweiligen juristischen Person, Behörde, Einrichtung oder Stelle zuzurechnen sind. Nur wenn eine handelnde Person allein über eine Verarbeitung entscheiden kann, die außerhalb des vom Verantwortlichen Gewollten steht, bestimmt diese die Verarbeitung und ist Verantwortlicher gemäß der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO.²³ Eine „Mitverantwortung“ des ursprünglichen Verantwortlichen kann bestehen, wenn die neue Verarbeitung aufgrund eines Mangels angemessener Sicherheitsmaßnahmen möglich wird.

Ist die Verarbeitung personenbezogener Daten eine von Beschäftigten im Innenverhältnis zum Arbeitgeber geschuldete Arbeitsleistung, ändert dies die nach der DSGVO allgemein bestehende datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit nicht. Ein Verantwortlicher nach der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist insoweit kein intransparenter Monolith, sondern eine auf mehreren Ebenen strukturierte Organisation, in der die dort tätigen Beschäftigten gemäß ihrer Arbeitsaufgaben unterschiedliche eigene Befugnisse zur Verarbeitung personenbezogener Daten haben können. Ein im Sinn der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO datenschutzrechtlich Verantwortlicher kann den für ihn tätig werdenden Beschäftigten im Rahmen seiner internen Organisationskompetenz und seines Weisungsrechts bezüglich der Durchführung einzelner Arbeitsaufgaben Entscheidungsspielräume einräumen. Diese können die Befugnis beinhalten, datenschutzrechtlich relevante Verarbeitungsaufträge an Auftragnehmer gemäß Art. 28 DSGVO zu vergeben.²⁴

Handeln Beschäftigte im Rahmen dieser Befugnis und nehmen sie dabei Interessen des

²³ Vgl. Hartung in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage München 2020, § 4 Nr. 7 DSGVO, Rn. 9.

²⁴ Vgl. Stellungnahme 1/2010, a.a.O.

Verantwortlichen wahr, besteht die datenschutzrechtliche Zurechnung ihres Handelns an diesen fort.

2. Zuordnung des Wahlvorstands

Zu den internen Aufgaben, die insgesamt von der einheitlichen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit i.S. der Definition des Art. 4 Nr. 7 DSGVO erfasst werden, gehört im Anwendungsbereich des BetrVG auch die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen nach § 16 Abs. 1 BetrVG bestellten Wahlvorstand im Rahmen der ihm durch § 18 Abs. 1 BetrVG zugewiesenen Aufgaben. Der Wahlvorstand wird damit bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben aus datenschutzrechtlicher Sicht aber nicht zum Verantwortlichen im Sinn der Definition des Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

Die einem nach § 16 Abs. 1 BetrVG bestellten Wahlvorstand obliegenden Aufgaben sind in § 18 Abs. 1 Satz 1 BetrVG abschließend festgelegt. Hiernach hat der Wahlvorstand die Wahl unverzüglich einzuleiten, sie durchzuführen und das Wahlergebnis festzustellen. Beendet wird die Aufgabe des Wahlvorstands mit der nach § 29 Abs. 1 BetrVG vorgeschriebenen Einberufung des neu gewählten Betriebsrats und der zu Beginn der ersten Betriebsratssitzung stehenden Bestellung des Wahlleiters für die Wahl von Vorsitzenden und Stellvertretern. Der Wahlvorstand hat also keinen eigenständigen Entscheidungsspielraum über die Zwecke der von ihm durchgeführten Datenverarbeitung. Diese erfolgt vielmehr zur Erfüllung gesetzlicher Vorgaben, die bezogen auf Betriebsratswahlen durch die Wahlordnung zu diesem Gesetz präzisiert werden. Darüber hinaus entscheidet über die Mittel der Verarbeitung primär der Arbeitgeber, der dem Wahlvorstand als praktische Konsequenz einer nach § 20 Abs. 3 BetrVG bestehenden Kostentragungspflicht die für die Durchführung des Wahlverfahrens notwendigen sachlichen Mittel, Informations- und Kommunikationstechniken sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen hat.

Verlangt ein Wahlvorstand vom Arbeitgeber die Zurverfügungstellung einer speziellen „Wahlhilfe-Software“ und verarbeitet er hiermit im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben zur Wahldurchführung personenbezogene Daten, führt dies nicht zu einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit für die hiermit gemäß der Vorgaben des BetrVG und der zugehörigen Wahlordnung erfolgenden Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten. Wahlvorstände werden in diesem Rahmen innerhalb ihres kollektivrechtlichen Ehrenamts als Sachwalter des Arbeitgebers tätig, dem die betriebliche Gewährleistung der Umsetzung der Vorgaben des BetrVG obliegt.

Teilweise wird von Gerichten, Aufsichtsbehörden und in der Literatur die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem Betriebsrat oder einer sonstigen Personalvertretung um eigenständige datenschutzrechtlich Verantwortliche handele.²⁵ Diese Ansicht ließe sich auf den Wahlvorstand übertragen. Sie übersieht aber, dass die kollektiven Vertretungsorgane in die Organisationsstruktur des Arbeitgebers integriert sind, auch wenn ihnen gesetzlich eine gewisse unabhängige Stellung zugewiesen ist. Es obliegt diesen Organen nicht, die umfassenden Aufgaben wahrzunehmen, die einem Verantwortlichen nach der DSGVO zukommen. So ist es dem Betriebsrat und schon gar nicht dem Wahlvorstand möglich, für die Einhaltung der technisch-organisatorischen Anforderungen nach Art. 32 DSGVO zu sorgen.²⁶ Das Letztentscheidungsrecht über die Beschaffung und den Einsatz der Datenverarbeitungsmittel liegt nicht beim Wahlvorstand, sondern beim Arbeitgeber.

²⁵ LAG Sachsen-Anhalt 18.12.2018 – 4 TaBV 19/17, DB 2019, 1156; LfDI BW, 34. Tätigkeitsbericht. Kap. 1.6.1 (S. 37 f.), Kleinebrink, DB 2018, 2567 f.; Engeler NVwZ 2019, 612; Maschmann, NZA 2020, 1207.

²⁶ Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. Frankfurt 2019, Rn. 640b ff.; Weichert in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG, 2. Aufl. Frankfurt 2020, Art. 4 Rn. 89a m.w.N.

Ausgehend von dieser Bewertung der Verantwortlichkeit obliegt es dem Arbeitgeber als datenschutzrechtlich i.S.v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO Verantwortlichem, gemäß Art. 28 Abs. 3 DSGVO notwendige Verträge zur Auftragsverarbeitung abzuschließen. Wahlvorstände sind hierzu aus datenschutzrechtlicher Sicht ebenso wenig befugt wie Betriebsräte. Allerdings kann der Arbeitgeber dem Wahlvorstand eine entsprechende Vollmacht erteilen, in seinem Namen für ihn tätig zu werden oder ihn in anderer Form beauftragen.

Fehlt es bei einer Bestellung durch den Wahlvorstand an einer entsprechenden Vollmacht und schließt ein Wahlvorstand dennoch einen Vertrag zur Auftragsverarbeitung ab, ist dieser im Außenverhältnis wirksam. Da es sich in diesen Fällen um die Wahrnehmung betrieblicher Interessen handelt und nicht um eine von persönlichen Motiven betriebene Verarbeitung für eigene Zwecke, besteht die datenschutzrechtliche Gesamtverantwortung des Arbeitgebers gemäß der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO fort.

Stimmt ein Arbeitgeber der Nutzung der Cloud-Software ausdrücklich nicht zu oder widerspricht er ihrer Verwendung eindeutig, findet die Verarbeitung von Daten außerhalb seiner durch Art. 4 Nr. 7 DSGVO bestimmten Verantwortlichkeit statt. Diese Feststellung leitet sich aus dem dann vorliegenden Fehlen der Bestimmung über die Mittel der Verarbeitung ab, die eine der beiden Voraussetzungen für die Definition der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit sind.

Eine ablehnende Haltung des Arbeitgebers bezüglich der Verarbeitung von Beschäftigtendaten mit einer Cloud-Software im Rahmen eines Auftragsverhältnisses steht dem Abschluss eines Vertrags zur Auftragsverarbeitung durch einen Wahlvorstand entgegen. Schließt ein Wahlvorstand in dieser Situation dennoch einen Vertrag mit dem Anbieter der Cloud-Software ab, trägt er bzw. das für ihn tätig werdende Mitglied die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit allein. Diese Konsequenz entspricht dem Rechtsgedanken des Art. 28 Abs. 10 DSGVO. Nach dieser Vorschrift gilt unbeschadet

der Regelungen zur Haftung, zum Schadenersatz, zu Geldbußen und zu Sanktionen in den Artikeln 82, 83 und 84 DSGVO ein Auftragsverarbeiter, der unter Verstoß gegen diese Verordnung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt, in Bezug auf diese Verarbeitung als Verantwortlicher. Dieser Rechtsgedanke lässt sich auch auf einen Wahlvorstand anwenden, der in Kenntnis der ablehnenden Haltung einen entsprechenden Auftrag zur Datenverarbeitung erteilt. Hält ein Wahlvorstand die Verarbeitung mittels der Cloud-Software für erforderlich, steht ihm die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung eines entsprechenden Anspruchs im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren offen.²⁷ Allerdings führt eine nicht datenschutzkonforme Verarbeitung von Beschäftigtendaten nicht automatisch und zwingend zur Unwirksamkeit einer Betriebsratswahl.

²⁷ Vgl. hierzu Abschnitt I.).

III. Frage 3 Was für ein Verschlüsselungskonzept ist notwendig für den Transfer der personenbezogenen Daten zwischen den Nutzern der Software (Wahlvorstände) und der von einem Dienstleister betriebenen Cloud?

Welches Verschlüsselungskonzept für die Übermittlung personenbezogener Daten zwischen Wahlvorständen und der von einem Dienstleister betriebenen Cloud einzusetzen ist, bestimmt sich nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen, die bezogen auf die Sicherheit der Verarbeitung insbesondere in Art. 28 DSGVO zu finden sind. Hiernach müssen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter geeignete technische und organisatorische Maßnahmen treffen, um bei der Verarbeitung ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau gewährleisten.

Nach Art. 28 Abs. 3 lit. c DSGVO muss der Auftragsverarbeiter alle Maßnahmen zur Sicherheit der Verarbeitung treffen, die in Art. 32 DSGVO benannt sind. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten, für deren Sicherheit der Verantwortliche zuständig ist, soll hierdurch sowohl nach innen wie nach außen gewährleistet werden. Gemäß Art. 32 Abs. 1 DSGVO ist der Auftragsverarbeiter verpflichtet, geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu sichern. Die Regelungen legen es nahe, im Vertrag zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter die zu treffenden technisch-organisatorischen Maßnahmen festzulegen. Damit wird den dem Verantwortlichen obliegenden Rechenschaftspflichten nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO genügt und dessen Haftungsrisiko begrenzt.

Nach Art. 32 Abs. 1 DSGVO schließen die nötigen technisch-organisatorischen Maßnahmen Folgendes mit ein:

- a) die Pseudonymisierung und Verschlüsselung personenbezogener Daten,
- b) die Fähigkeit, die Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der Systeme und Dienste im Zusammenhang mit der Verarbeitung auf Dauer sicherzustellen,
- c) die Fähigkeit, die Verfügbarkeit der personenbezogenen Daten und den Zugang zu ihnen bei einem physischen oder technischen Zwischenfall rasch wiederherzustellen,

- d) ein Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung.

Ein Cloudverfahren zur Abwicklung von Betriebsratswahlen ist kein Verfahren, bei dem ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen besteht. Erfasst werden nur wenige Daten, die für einen eng begrenzten Zweck verarbeitet werden. Die Verarbeitung erfolgt nur zeitlich begrenzt. Hierzu gehören aber möglicherweise Daten, aus denen die politische Meinung oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen. Insofern erfolgt eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, sog. sensibler Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO, deren Verarbeitung arbeitsrechtlich legitimiert ist (Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO). Dieser Umstand genügt für sich allein aber nicht dafür, dass die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung notwendig ist. Die „Liste von Aufsichtsvorgängen nach Art. 35 Abs. 4 DS-GVO“ der deutschen Aufsichtsbehörden²⁸ erfasst die hier erfolgende Verarbeitung nicht, da diese weder umfangreich ist noch in einem spezifischen sensiblen Kontext erfolgt.

Die in Art. 32 Abs. 1 lit. a DSGVO vorgesehene Sicherungsmaßnahme der Verschlüsselung zielt darauf ab, das Risiko einer missbräuchlichen Nutzung zu reduzieren. Diese Maßnahme ist insbesondere nötig, wenn eine Kommunikation über ein öffentliches Netz wie das Internet erfolgt. Die Verschlüsselung verhindert, dass nicht befugte Personen auf die personenbezogenen Daten zugreifen können. Die dem konkreten Verfahren zugrunde liegende Kryptografie hat dem Stand der Technik zu entsprechen.²⁹

²⁸ Vgl. etwa auf der Internetseite des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Muster/Liste_VerarbeitungsvorgaengeArt35.pdf?__blob=publicationFile&v=5

²⁹ Vgl. Hansen in: Simitis/Hornung/Spiecker, Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2019, Art. 32 DSGVO, Rn. 35.

Die vorgesehene AES-128-Verschlüsselung mit einer Schlüssellänge von 128 Bit entspricht dem technischen Stand und genügt den datenschutzrechtlichen Anforderungen.³⁰ Es sollte bei der organisatorischen Ausgestaltung des Verfahrens darauf geachtet werden, dass im Interesse einer Mandantentrennung jeder Mandat einen eigenen Schlüssel erhält, so dass es keinem Wahlvorstand möglich ist, auf die Anwendung eines anderen Wahlvorstands zuzugreifen.

³⁰ Vgl. technischen Bewertung der Sicherheit der AES-218-Verschlüsselung etwa die Technische Richtlinie BSI TR-02102-1 des Bundesamtes für die Sicherheit in der Informationstechnik „Kryptographische Verfahren: Empfehlungen und Schlüssellängen“, abrufbar unter: www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Publikationen/TechnischeRichtlinien/TR02102/BSI-TR-02102.htm

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die drei Fragen dieser gutachterlichen Stellungnahme können wie folgt beantwortet werden:

Frage 1: Kann ein Wahlvorstand bzw. ein bestehender Betriebsrat den für die Verwendung der Cloud-Software-Lösung erforderlichen Bestellvorgang eigenständig durchführen oder muss dies der Arbeitgeber tun?

Die Ausstattung des Wahlvorstands mit den erforderlichen Arbeitsmitteln obliegt nach Maßgabe von § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dem Arbeitgeber. Hierzu gehört auch die hier zu bewertende Cloud-Software. Der Arbeitgeber kann einem Wahlvorstand bevollmächtigen, die Beschaffung in seinem Namen eigenständig durchzuführen.

Erachtet ein Wahlvorstand diese für erforderlich und wird sie ihm vom Arbeitgeber nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums zur Verfügung gestellt, kommt zur Wahrung der in der Wahlordnung zum BetrVG enthaltenen verbindlichen Fristen eine Ersatzbeschaffung durch den Wahlvorstands in Betracht. In diesen Fällen habe er einen entsprechenden Freistellungsanspruch bezüglich der angefallenen Kosten gegen den Arbeitgeber.

Frage 2: Wer muss den für die Verwendung der Cloud-Software erforderlichen Vertrag zur Auftragsverarbeitung abschließen?

Gemäß Art. 28 Abs. 3 Satz 1 DSGVO erfolgt die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter auf der Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments. Fehlt es an einem anderen Rechtsinstrument, so wie dies hier der Fall ist, so kommt als Rechtsgrundlage nur ein Auftragsverarbeitungs-Vertrag in Betracht, der zwischen dem

Verantwortlichen, also dem Arbeitgeber (s.o. II.), und dem Auftragsverarbeiter, also dem Bund-Verlag, abzuschließen ist. Der Arbeitgeber kann den Wahlvorstand bevollmächtigen, den Vertrag für ihn abzuschließen.

Frage 3: Ist das für den Transfer der personenbezogenen Daten zwischen den Nutzern der Software (Wahlvorstände) und der von einem Dienstleister betriebenen Cloud eingesetzte Verschlüsselungskonzept ausreichend?

Eine Verschlüsselung der Datenübertragung nach dem AES-128-Standard entspricht dem durch Art. 32 DSGVO vorgegebenen technischen Standard und genügt den datenschutzrechtlichen Anforderungen.

Kiel / Wiesbaden, 18. Dezember 2020

Dr. Thilo Weichert

Prof. Dr. Peter Wedde