

Betriebsvereinbarung und die DSGVO

BETRIEBSVEREINBARUNGEN *Verstoßen Betriebsvereinbarungen gegen den neuen Datenschutz, sind sie ganz oder teilweise unanwendbar. Den Unternehmen können hierdurch hohe Bußgelder drohen. Warum neue Betriebsvereinbarungen ausgehandelt und bestehende Betriebsvereinbarungen angepasst werden sollten.*

VON EBERHARD KIESCHE, MATTHIAS WILKE UND THOMAS BERGER

DARUM GEHT ES

1. Auch nach dem neuen Datenschutzrecht können Betriebsvereinbarungen für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten geschlossen werden.
2. Betriebsvereinbarungen müssen der Datenschutz-Grundverordnung und dem neuen Bundesdatenschutzgesetz entsprechen.
3. Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge sind entscheidend für die Schaffung spezifischer und konkretisierender Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes im Konzern, Unternehmen und im Betrieb.

Seit dem 25.5.2018 gibt es ein neues Datenschutzrecht: Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG 2018). Für Arbeitgeber und Betriebsräte stellt sich die dringende Frage, ob sie bestehende Betriebsvereinbarungen als zulässige Rechtsgrundlage für die Personaldatenverarbeitung anpassen müssen und wie zukünftige Betriebsvereinbarungen aussehen müssen, damit sie der DSGVO genügen.¹ Regelungsgegenstände in Betriebsvereinbarungen können alle betrieblichen Prozesse sein, in denen Daten verarbeitet werden. Dies sind etwa Videoüberwachung, Nutzung von Telefon, E-Mail und Internet, Datenübermittlungen im Konzern, die elektronische Personalakte, Einführung und Nutzung von Smartphones und Compliance/Interne Ermittlungen.

Betriebsvereinbarungen können den Datenschutz spezifischer regeln

Die DSGVO wirkt in allen EU-Staaten wie ein Gesetz. Die in ihr enthaltenen Rechte, auf die sich grundsätzlich auch Beschäftigte berufen können, sind teilweise sehr allgemein formuliert. Deshalb ermöglicht die DSGVO in Art. 88 Abs. 1, dass der Beschäftigtendatenschutz künftig auch durch Kollektivvereinbarungen – also Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen – ausgestaltet werden kann. Die Schaffung solcher bereichsspezifischer Regelungen, die passgenau auf die Datenver-

arbeitungen im Betrieb, Unternehmen und Konzern zugeschnitten sind und den Beschäftigtendatenschutz konkretisieren, sind auf dieser Grundlage möglich, sinnvoll und erforderlich.

Neue Anforderungen der DSGVO

Allerdings enthält die DSGVO neue Anforderungen, die an bisher abgeschlossene Kollektivvereinbarungen noch nicht gestellt wurden. Alle Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die Datenverarbeitungen im Unternehmen legitimieren, müssen daher überprüft und gegebenenfalls angepasst werden. Verstoßen sie mit ihren Regelungen gegen die DSGVO oder erfüllen sie neu gestellte Anforderungen nicht, kann das dazu führen, dass die Betriebsvereinbarungen insgesamt unanwendbar werden, weil der verbleibende Teil ohne die unwirksamen Bestimmungen keine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung enthält.² Ein Beispiel hierfür sind Vereinbarungen zur Einführung und Anwendung einer Software im Rahmen eines Hinweisgebersystems/Compliancesystems. Ohne Regelungen, die eine Datenschutz-Folgenabschätzung im Zusammenhang mit der Einführung regeln, ist die Betriebsvereinbarung lückenhaft und nicht anwendbar.

Normen im BDSG setzen DSGVO

Der Bundestag hat die aus Art. 88 Abs. 1 DSGVO eröffnete Möglichkeit mit § 26 Abs. 4

BDSG 2018 umgesetzt. Betriebsvereinbarungen mit dem sachlichen Gegenstand Datenverarbeitung und Datenschutz sind daher zulässig. Der Bundesgesetzgeber hat mit Ausnahme der sonstigen Regelungen des § 26 BDSG 2018 von seiner nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO bestehenden Möglichkeit, spezifischere, also konkretere Regelungen für das Beschäftigungsverhältnis zu erlassen, selbst keinen Gebrauch gemacht. Er überlässt die Normierung konkreter bereichsspezifischer, also betrieblicher oder unternehmensbezogener, Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes den Tarif- und den Betriebsparteien.

Notwendigkeit, unternehmensspezifische Regelungen zu schaffen

Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit unterstreicht diesen Punkt in ihrem Jahresbericht 2017 Datenschutz und Informationsfreiheit wie folgt:³

»Durch spezifischere Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen kann der Schutz der Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten besser gewährleistet werden.«⁴

Mögliche Inhalte von Betriebsvereinbarungen

Art. 88 Abs. 1 DSGVO sollte von jedem Betriebsrat gelesen werden. Er ermöglicht ganz allgemein die Schaffung »spezifischerer Vorschriften« zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Beschäftigten im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext. Diese Ermächtigungsnorm ist sehr weitgehend. Sie erlaubt die Regelung konkretisierender Persönlichkeitsschützender Ansprüche für Beschäftigte in Kollektivvereinbarungen und Regelungen, die das gesamte betriebliche Geschehen umfassen, soweit es mit Datenverarbeitungen organisiert wird. Gegenstand dieser Regelungen können somit Datenverarbeitungen sein, die sich auf Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags oder der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses beziehen, des Weiteren auf die Erfüllung von in Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen festgelegten Pflichten. Ferner können auch Regelungen des Ma-

agements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden Bezugspunkt sein. Schließlich werden Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen genannt. Da es sich insoweit nur um eine beispielhafte Aufzählung handelt, ist der Anwendungsbereich für Betriebsvereinbarungen sehr weit, erfasst natürlich auch Gegenstände des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ist hierauf aber nicht begrenzt. Anwendungsbereich sind letztlich die gesamte Datenverarbeitung und der gesamte Datenschutz im Beschäftigungskontext.

Betriebsräte können datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarungen durchsetzen

Die Grundlage, eine Betriebsvereinbarung zum Datenschutz gegebenenfalls auch gegen den Willen des Arbeitgebers durchzusetzen, kann in der zwingenden Mitbestimmung zu technischen Einrichtungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG oder zu Datenschutzverhaltensregeln nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sowie zu Personalauswahl- und Beurteilungsgrundsätzen nach §§ 94 und 95 BetrVG liegen. Da die Datenverarbeitung durch technische Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG der Regelfall ist, haben Betriebsräte, die einen wirksamen Beschäftigtendatenschutz durchsetzen wollen, sehr weitgehende Mitbestimmungsrechte. Initiativrechte sind nach neuerer Rechtsprechung auch bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG möglich.⁵

Rahmenbetriebsvereinbarungen

Betriebsräte schließen zudem oft eine Rahmenbetriebsvereinbarung über Informationstechnik und Datenschutz ab. Sinn dieser Rahmenbetriebsvereinbarung ist die Regelung allgemeiner Transparenz-, Schutz-, Kontroll- und Einsichtsnormen des Betriebsrats und der Beschäftigten, soweit diese für alle oder jedenfalls eine Vielzahl von technischen Einrichtungen gleich geregelt werden können. Oft enthalten Rahmenbetriebsvereinbarungen mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfreie Regelungen. Soweit die Regelungen mitbestimmungsrechtlich nicht erzwungen werden können, kann § 88 BetrVG als Rechts-

¹ Der Beitrag ist eine überarbeitete Version von »Betriebsvereinbarungen jetzt updaten«, AiB 3/2018, 15.

² BAG 9.7.2013 – 1 ABR 19/12.

³ www.datenschutz-berlin.de.
⁴ Unter 8.1 des Jahresberichts 2017 des Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Berlin.

⁵ LAG Berlin-Brandenburg 22.1.2015 – 10 TaBV 1812/14, 1 – 10 TaBV 2124/14.

CHECKLISTE

Eckpunkte einer Verfahrensvereinbarung zur Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung in Betrieb/Unternehmen/Konzern

Erstellung eines »Maßnahmeplans

DSGVO« und Beteiligung des Betriebsrats

(1) Der Arbeitgeber wird einen Maßnahmeplan »DSGVO« für das Unternehmen und jeden Betrieb feststellen und sodann in eigener Verantwortung umsetzen.

(2) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat bei der Entwicklung des Maßnahmeplans zu beteiligen. Auf Verlangen ist der Betriebsrat auch an der Feststellung und der Umsetzung zu beteiligen.

(3) Die Beteiligung nach Abs. 2 besteht in der rechtzeitigen und umfassenden mündlichen und schriftlichen Unterrichtung, Anhörung und Konsultation. Auf Verlangen des Betriebsrats ist über die Gegenstände der Datenverarbeitung, einschließlich etwaiger Teilschritte, Prozesse oder nachfolgender Bausteine, eine Betriebsvereinbarung zu schließen.

(4) Der Betriebsrat kann einen technischen und einen juristischen Berater hinzuziehen, wenn und soweit er das für Aufgaben aus den § 2 – § 4 erforderlich hält. Der Arbeitgeber stellt hierfür einen Kostenrahmen von x zur Verfügung. Nach Ausschöpfung des Kostenrahmens kann der Betriebsrat eine Erweiterung des Kostenrahmens beantragen.

Der Maßnahmeplan enthält folgende Bausteine:

1. Informationen von Geschäftsleitung und Betriebsrat an die Belegschaft
2. Schaffung einer »Projektgruppe DSGVO«, die paritätisch aus jeweils zwei Vertretern der Geschäftsführung und des Betriebsrats besetzt ist und die den betrieblichen Datenschutzbeauftragten hinzuzieht
3. Bestandsaufnahme durch die Projektgruppe
4. Feststellung des Handlungsbedarfs durch die Projektgruppe
 - a) Festlegung einer Aufbauorganisation des Datenschutzes im Unternehmen und in den Betrieben, einschließlich von Datenschutzbeauftragten und konkreter Regelung der Zusammenarbeit zwischen den Datenschutzbeauftragten und dem Betriebsrat

- b) Festlegung einer Ablauforganisation, einschließlich der Anpassungen der Prozesse zur Gewährleistung des Datenschutzes, insbesondere Implementierung von Löschkonzepten, Zugriffsberechtigungskonzepten, elektronischen Zugriffsrechten der Beschäftigten und jederzeitiger unbeschränkter Leserechte des Betriebsrats zur Kontrolle der Einhaltung der Gesetze und der Betriebsvereinbarung
- c) Feststellung und Festlegung der Zwecke von Datenverarbeitungen und der jeweiligen Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitungen
- d) Schaffung bereichsspezifischer Regelungen durch Gesamt- und/oder Betriebsvereinbarungen im Unternehmen und/oder Betrieb
- e) Konkretisierung der Datenschutzrechte der Beschäftigten
- f) Umsetzung des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellung
- g) Umsetzung des Datenschutzes durch die Vereinbarung von Verhaltensregeln, mit denen die Vorgaben der DSGVO präzisiert werden
- h) Überprüfung und Anpassung der bestehenden Verträge im Hinblick auf alle Dienstleistungsbeziehungen
- i) Umsetzung der Dokumentationspflichten
- j) Prüfung des Erfordernisses einer Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA)
- k) Organisation und Konkretisierung von Meldepflichten
- l) Überprüfung der Datensicherheit
- m) Prüfung der Notwendigkeit der Zertifizierung
- n) Konzept zur Nachweisbarkeit der Einhaltung der Anforderungen aus DSGVO und BDSG 2018
- o) Festlegung von Reaktionsmechanismen auf Datenpannen
- p) Aufbau der Dokumentation
- q) Erstellung eines Verfahrensverzeichnis

grundlage herangezogen werden. Der Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen ist auch deshalb angeraten, weil Betriebsräte sich in der Praxis oft überfordert fühlen, zu jeder einzelnen technischen Einrichtung, zu jeder Software und zu jedem Softwareupdate eine gesonderte Betriebsvereinbarung abzuschließen.

Kein Verzicht auf Mitbestimmung

Der Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen darf jedoch keinen Verzicht auf Mitbestimmungsrechte zu einzelnen technischen Einrichtungen beinhalten. Die Rahmenbetriebsvereinbarung kann Aufbau- und Ablauforganisation, Zuständigkeiten und Prozesse zur Vereinfachung regeln, ohne dem Betriebsrat die Möglichkeit zu nehmen, zu einem bestimmten technischen System verlangen zu können, eine gesonderte Betriebsvereinbarung abzuschließen. Die Rahmenbetriebsvereinbarung sollte systemübergreifend nach der DSGVO etablierte Betroffenenrechte, insbesondere nach den Art. 12 ff. DSGVO, konkretisieren und technische und organisatorische Umsetzungsmaßnahmen der aus der Verordnung folgenden Arbeitgeberpflichten regeln. Vor allem können sie Einsichts- und Kontrollrechte des Betriebsrats spezifizieren.

Rahmenbetriebsvereinbarungen als Risiko

Betriebsräte sollten aber stark darauf achten, dass sie nicht einfach eine vom Arbeitgeber vorgelegte Rahmenbetriebsvereinbarung unterschreiben, die keine konkreten Datenschutzregelungen enthält. Solche Rahmenbetriebsvereinbarungen sollen Betriebsräte dazu verleiten, sich mit allen bestehenden und künftigen technischen Einrichtungen einverstanden zu erklären. Sie sollen verhindern, dass überhaupt allgemeine und spezifische Einführungs- und Anwendungsbedingungen für Hard- und Software geregelt werden. Sie beinhalten oft nur eine Wiederholung oder Verweise auf ohnehin bestehende gesetzliche Rechte. Sie wirken zudem oft als (unzulässiger) pauschaler Verzicht auf die Ausübung der Mitbestimmung durch pauschale Zustimmung zur Einführung unbekannter Hard- oder Software. Solche Rahmenvereinbarungen bewirken selbst einen Zustand von Intransparenz, der gegen Grundsätze der DSGVO verstößt.

Sie sind wegen der Anforderungen aus Art. 88 Abs. 1 und 2 DSGVO datenschutzrechtlich unanwendbar. Die Betriebsvereinbarungen müssen nämlich spezifisch, also konkret sein, und es müssen besondere Maßnahmen geregelt werden.

Defizite bei Umsetzung der DSGVO

In den meisten von uns durchgeführten Beratungen fordern die Betriebsräte ihre Arbeitgeber zur Beachtung der DSGVO und zur Umsetzung und Schaffung konkreter Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes im Unternehmen auf. Die Arbeitgeber, die für die Umsetzung der DSGVO und ihrer Verpflichtungen verantwortlich sind, bleiben im Beschäftigungskontext (noch) zu passiv. Diese Beobachtung wird durch die Einschätzung der Datenschutzkonferenz – DSK – gestützt. Im Kurzpapier 8 der DSK heißt es: »Viele Unternehmen sind aber noch nicht auf die DSGVO und deren Auswirkungen auf die Unternehmensprozesse vorbereitet.«⁶

Viele Arbeitgeber meiden das Thema DSGVO auch im Beschäftigungskontext. Eine Überarbeitung und Anpassung von Betriebsvereinbarungen haben die wenigsten Arbeitgeber im Blick. Teilweise versuchen Arbeitgeber, von ihren eigenen Unzulänglichkeiten zum Thema DSGVO abzulenken, was mitunter sogar dazu führt, dass den Betriebsräten Protokollnotizen zur Unterschrift vorgelegt werden, in denen sie sich zur Verschwiegenheit hinsichtlich bekanntgewordener Defizite im Unternehmen verpflichten sollen. Es gibt aber auch vorbildliche Unternehmen, die gut beraten ihrer Initiativlast nachkommen, um Compliance-Risiken zu minimieren.

Art. 88 Abs. 2 DSGVO ist in Betriebsvereinbarung und Sprüchen zu beachten

Betriebsvereinbarungen dürfen nicht gegen höheres Recht verstoßen. Betriebs- und Personalräte sowie Einigungsstellen sind somit Adressaten der Vorschrift. Sie können und müssen damit zunächst dem Maßstab von Art. 88 Abs. 2 DSGVO genügen. Betriebsvereinbarungen oder diese ersetzende Sprüche der Einigungsstelle müssen daher geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen. Sie müssen insbeson-

⁶ Kurzpapiere der Datenschutzkonferenz (DSK) abrufbar unter: <https://www.bfdi.bund.de>.

KURZ UND KNAPP

Zehn gute Gründe, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge zum Datenschutz abzuschließen

1. Sicherstellen, dass die Rechtslage nach Inkrafttreten der DSGVO im Unternehmen umgesetzt wird Das Inkrafttreten der DSGVO und des BDSG 2018 am 25.5.2018 ist vor allem eine große Chance für Betriebsräte, Datenschutz und Datensicherheit im Betrieb und Unternehmen zu thematisieren sowie die Beschäftigten über die Wichtigkeit des Themas und ihre Rechte aufzuklären. Rechte werden nicht schon dann Realität, wenn sie vom Gesetzgeber erlassen worden sind. Sie müssen auch im Unternehmen durchgesetzt, ihre Einhaltung muss kontrolliert werden. Die Initiative und Aktivität von Betriebsräten sind daher sinnvoll, oft sogar notwendig, damit die Gesetzeslage im Unternehmen angewendet wird.

2. Nicht dem Arbeitgeber das Feld überlassen Wird der Betriebsrat nicht aktiv, besteht das Risiko, dass der Arbeitgeber ohne Abschluss von Betriebsvereinbarungen die Rechtslage im Unternehmensinteresse interpretiert und anwendet. In vielen, aber bei Weitem noch nicht allen Unternehmen bereitet die Arbeitgeberseite seit Monaten intensiv die veränderte Rechtslage nach dem 25.5.2018 vor. Betriebsräte sollten sich in diesen Prozess einbringen und so verhindern, dass der Arbeitgeber einseitig an Unternehmensinteressen orientiert das Thema besetzt. Dazu ist es für die Beschäftigten in jeder Hinsicht zu wichtig. Viele Unternehmen werden selbst die Notwendigkeit von Betriebsvereinbarungen als Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen erkennen und solche anstreben. Betriebsräte haben auch hinsichtlich von Rechtsfragen, die durch Spruch der Einigungsstelle nicht erzwingbar sind, eine starke Verhandlungsposition. Hintergrund ist, dass die wohl überwiegende Meinung in der Rechtsliteratur davon ausgeht, das Datenschutzniveau der DSGVO dürfe nicht unterschritten werden.

3. DSGVO will Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zum Umgang mit Beschäftigtendaten Die DSGVO sieht in der Betriebsvereinbarung und in Tarifverträgen

ausdrücklich eine wichtige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext. Nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO können »Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext (insbesondere ...) vorsehen«.

Nach Erwägungsgrund 155 zur DSGVO können »in Kollektivvereinbarungen (einschließlich »Betriebsvereinbarungen«) (...) spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen, über die Verarbeitung dieser Daten für Zwecke

- der Einstellung,
- der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten des Managements,
- der Planung und der Organisation der Arbeit,
- der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz,
- der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie
- für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und
- für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

4. Schaffung von angemessenen Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte Neue Betriebsvereinbarungen/Tarifverträge geben die Gelegenheit, besondere Maßnahmen zur Wahrung der (Grund-)Rechte der Arbeitnehmer zu schaffen. Art. 88 Abs. 2 DSGVO enthält inhaltliche Vorgaben für alle Betriebs-

vereinbarungen, die künftig zwingend und konkret zu regeln sind. Die Betriebsvereinbarungen müssen »angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz« umfassen.

5. Haftungsrisiko als Hebel für gute Betriebsvereinbarungen nutzen Betriebsräte sollten die enormen Haftungs- und Bußgeldrisiken der Unternehmen und der persönlichen Haftung von Geschäftsführern und Vorständen nutzen, um ein hohes Datenschutzniveau zugunsten der Beschäftigten zu etablieren. Viele Unternehmen werden bereits aus Eigeninteresse den Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen anstreben. Dies gilt jedenfalls für die Unternehmen, die ihrerseits seriös und im Hinblick auf Compliance-Risiken vorausschauend beraten werden.

6. Haftung vorbeugen – Geld lieber in Gehälter und gute Arbeitsbedingungen stecken Eine Haftung des Unternehmens ist auch für die Beschäftigten von Nachteil. Sie setzt voraus, dass es zu Rechtsverletzungen in der Regel zulasten der Beschäftigten gekommen ist. Bußgelder fließen aus dem Unternehmen ab und können so weder zur Verbesserung von Entgelt noch sonstiger Arbeitsbedingungen eingesetzt werden. Reputationsschäden des Unternehmens bringen oft auch Arbeitsplätze in Gefahr.

7. Achtung: (Alte) Betriebsvereinbarungen, die der DSGVO nicht entsprechen, sind unanwendbar Soweit bisherige Betriebsvereinbarungen zum Datenschutz oder zu technischen Einrichtungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG die Anforderungen der DSGVO nicht erfüllen, sind sie in der Regel unanwendbar. Im Hinblick auf die europäische Neuordnung des Datenschutzes sollten Betriebsräte unbedingt (neue) Betriebsvereinbarungen

unter Beachtung der strengen Vorgaben der DSGVO abschließen. Bestehende Betriebsvereinbarungen lassen sich gegebenenfalls nachbessern. Empfehlenswert ist der Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung, die die Umsetzung der DSGVO für das Unternehmen und den Betrieb konkretisiert.

8. Hinzuziehung von Sachverständigen ist anzuraten Angesichts bestehender Rechtssicherheiten, der Bedeutung des neuen Datenschutzrechts für die Beschäftigten sowie der rechtlichen und tatsächlichen Komplexität der DSGVO ist die Hinzuziehung von Sachverständigen durch den Betriebsrat nach § 80 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich anzuraten. Dies ermöglicht eine professionelle Beratung des Betriebsrats und Verhandlungen auf Augenhöhe mit der Geschäftsführung oder dem Vorstand. So lässt sich auch der Gefahr begegnen, dass Betriebsvereinbarungen das Datenschutzniveau der DSGVO unterschreiten.

9. Betriebsrat hat eigenen Durchführungsanspruch Eine Betriebsvereinbarung schafft die konkreten Voraussetzungen, damit die Beschäftigten die weitgehenden Rechte, die ihnen die DSGVO einräumt, auch geltend machen können. Der Betriebsrat ist nicht nur auf die Kontrolle der Einhaltung der DSGVO beschränkt. Vielmehr hat er einen selbstständigen Durchführungsanspruch – unabhängig von den betroffenen Beschäftigten. Er kann auch seine eigenen Rechte auf Unterrichtung in der Betriebsvereinbarung absichern. So kann er wirksam der Gefahr begegnen, dass die Rechte der Beschäftigten zwar auf dem Papier stehen, aber kein Mitarbeiter sich traut, sie geltend zu machen.

10. Wer nicht regelt, wird geregelt! Das Selbstbestimmungsrecht über die eigenen Daten, grundrechtlich geschützt als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ist bei Arbeit 4.0 noch stärker gefährdet und verletzlicher als je zuvor. Das Selbstbestimmungsrecht ist eine Herausforderung, die Beschäftigte nur mit ihren Betriebsräten in den Griff kriegen können. Betriebsräte sollten deshalb Betriebsvereinbarungen zum Datenschutz 4.0 offensiv anstreben. Wer nicht regelt, wird geregelt!

dere die Transparenz der Verarbeitung und der Übermittlung der Beschäftigtendaten im Unternehmen oder innerhalb von Unternehmensgruppen sicherstellen. Diese besonderen Maßnahmen sind in Betriebsvereinbarungen festzulegen. Hierzu gehören insbesondere technisch-organisatorische Maßnahmen des Datenschutzes, Regelungen zur Erhöhung und Sicherstellung der Transparenz der Datenverarbeitung, die Wahl des mildesten Mittels bei der Datenverarbeitung, insbesondere auch Pseudonymisierung, die Festlegung von Sachvertrags- und Beweisverwertungsverböten.

Datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarungen müssen DSGVO entsprechen

Die Betriebsvereinbarungen müssen auch im Übrigen den Vorgaben der DSGVO genügen. Art. 5 DSGVO regelt die Grundsätze des Datenschutzes. Der Verantwortliche, hier der Arbeitgeber, muss die Umsetzung von Art. 5 DSGVO nachweisen. Die Rechenschaftspflicht hat Folgen für die Betriebsvereinbarungen.

Bisherige Betriebsvereinbarungen erfüllen oft nicht die Mindestanforderungen

Bestehende Betriebsvereinbarungen zur Regelung von Informationstechnik und Datenschutz erfüllen diese Vorgaben oft nicht oder

nicht ausreichend. Die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO vor Einführung einer geplanten Datenverarbeitung ist ein neues Instrument im Datenschutzrecht. Sie soll erforderliche Schutzmaßnahmen zugunsten der Beschäftigten identifizieren und umsetzen. Bei jeder Datenschutz-Folgenabschätzung sind das Risiko für die Rechte und die Interessen von natürlichen Personen und erforderliche Schutzmaßnahmen zu bewerten. Es geht um die Würde des Menschen und um das Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten. Im besonders sensiblen Bereich der Verarbeitung von Beschäftigtendaten sollte ihre Durchführung Standard sein.

Auch reine IT-Betriebsvereinbarungen neu verhandeln?

IT-Betriebsvereinbarungen, die in der betrieblichen Praxis den Einsatz von betrieblichen Informationssystemen wie beispielsweise Kundenbindungssysteme, Krankenhausinformationssysteme, Firewalls oder ERP-Systeme (Enterprise Resource Planning bezeichnet eine Softwarelösung zur Ressourcenplanung eines Unternehmens) regeln und nicht ausdrücklich als Rechtsgrundlage der Verarbeitung von Beschäftigtendaten dienen, haben ebenfalls stets einen Bezug zum Beschäftigtendatenschutz. Insofern sind auch sie dem neuen Datenschutzrecht anzupassen. Die Frage, ob alle Betriebsvereinbarungen mit Datenschutzrelevanz zu ändern sind, kann letztlich nur der Europäische Gerichtshof (EuGH) entscheiden. Jedenfalls dürfen sie nicht gegen die DSGVO verstoßen. Schon aufgrund der Bußgeldandrohungen in der DSGVO ist zu empfehlen, dass Arbeitgeber und Betriebsräte bestehende Betriebsvereinbarungen mit Datenschutzrelevanz auf Kompatibilität mit der DSGVO überprüfen und überarbeiten sollten. Zeigt sich Anpassungsbedarf, sind sie entsprechend zu verändern. Falls die Vorgaben aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO in den IT-Betriebsvereinbarungen nicht umgesetzt sind, können diese Vorgaben gegebenenfalls in einer flankierenden Rahmenbetriebsvereinbarung umgesetzt werden.

§ 26 BDSG 2018 in Kraft getreten

Der ebenfalls am 25.5.2018 in Kraft getretene § 26 BDSG 2018 ist eine Grundnorm des Be-

schäftigungsdatenschutzes.⁷ § 26 Abs. 4 BDSG 2018 sieht Kollektivvereinbarungen als Grundlage für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten vor, allerdings nur, soweit Art. 88 Abs. 2 DSGVO beachtet wird. § 26 BDSG 2018 ersetzt § 32 BDSG a.F., ist aber deutlich erweitert. Nach § 26 Abs. 1, 2 und 3 BDSG 2018 ist Datenverarbeitung, soweit erforderlich, zulässig

- für die Begründung, Durchführung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses,
- für Rechte und Pflichten der Interessenvertretung,
- zwecks Aufklärung eines konkreten Straftatverdachts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit,
- für besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 DSGVO) zur Ausübung oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten und bei Vorliegen einer Einwilligung nach § 26 Abs. 2 BDSG 2018.

Datenschutz gilt auch für Beschäftigtendaten außerhalb von Dateisystemen

Alles im Unternehmen, was mit Beschäftigtendaten zu tun hat, unterfällt § 26 Abs. 7 BDSG 2018. Danach sind die datenschutzrechtlichen Vorschriften im Beschäftigungskontext auch anzuwenden, wenn Beschäftigtendaten verarbeitet werden, die nicht in einem Dateisystem gespeichert werden sollen. Auch nach Art. 4 DSGVO ist jeder auch ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang vom Begriff der Datenverarbeitung erfasst. Deshalb fallen auch Anhörungen und Befragungen von Beschäftigten im Rahmen von Ermittlungsmaßnahmen von unternehmensinternen Ermittlungen, Fragebogenaktionen, Spindkontrollen oder Personalakten oder sogar jede beschäftigtenbezogene Notiz in den Anwendungsbereich.

Orientierung an der bisherigen Rechtsprechung von EuGH und BAG

Die bisherige Rechtsprechung des EuGH und des EGMR dürfte bereits deshalb Orientierungsmaßstab bleiben, weil die Europäische Richtlinie zum Datenschutz durch die DSGVO zwar abgelöst wurde, aber Bezugspunkt dieser bleibt. Auch die bisherigen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) mit ihren Vorgaben für Betriebsvereinbarun-

gen bleiben ein Maßstab. In den Entscheidungen zu Torkontrollen⁸ und zur Elektronischen Signaturkarte⁹ werden grundlegende Anforderungen an Betriebs-/Dienstvereinbarungen zu Kontrollmaßnahmen formuliert. Sehen Betriebsvereinbarungen Kontrollen vor, muss zum Beispiel der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Dieser verlangt eine Regelung, die geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Den Betriebsparteien dürfen zur Zielerreichung keine anderen, gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkende Mittel zur Verfügung stehen.

BAG macht datenschutzrechtliche Vorgaben für die inhaltliche Gestaltung

Kollektivvereinbarungen müssen nach dem BAG dem Bestimmtheits- und Transparenzgebot sowie dem nationalen Recht genügen. Die Grundsätze des Datenschutzrechts für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Betrieb müssen betrieblich genau beschrieben werden. Betriebsvereinbarungen mit Bezug zur DSGVO und zum BDSG 2018 sollten in klarer, präziser und verständlicher Sprache insbesondere folgende elf Punkte enthalten:

1. Einordnung der Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Erlaubnisregelung oder Verweis auf andere Erlaubnistatbestände nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO und § 26 Abs. 1, 2 BDSG 2018
2. Transparente, umfassende und präzise Festlegung maßgeblicher Verarbeitungszwecke
3. Datenschutzgrundsätze erläutern (Art. 5 Abs. 1 DSGVO), etwa Rechtmäßigkeitsprinzip
4. Konkrete Regelungen zur Absicherung von Einwilligungen (§ 26 Abs. 2 BDSG 2018) im Beschäftigungskontext
5. Prozesse für die Ausübung von Betroffenenrechten nach DSGVO und § 32–35 BDSG 2018
6. Vorgaben zur Verhältnismäßigkeit von Kontrollmaßnahmen und Datenverarbeitung von Beschäftigtendaten
7. Technisch-organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit (Art. 32 DSGVO und § 22 Abs. 2 BDSG 2018)

Betriebsräte sollten Rahmenbetriebsvereinbarungen nur dann abschließen, wenn sie die Wirkung von diesen Vereinbarungen auf die Rechte aus dem neuen Datenschutz überblicken!



⁷ Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU-DSAnpUG-EU vom 27.4.2017.

⁸ BAG 9.7.2013 – 1 ABR 2/13 (A).
⁹ BAG 25.9.2013 – 10 AZR 270/12.

8. konkrete Vorgaben zur Dokumentationspflicht, Datenschutz-Folgenabschätzung, Datenminimierung, Speicherbegrenzung, Datenrichtigkeit und Berichtigung von Personaldaten
9. Schutzmaßnahmen zur Gewährleistung der Grundrechte der Beschäftigten bei Datenübermittlung im Konzern, Datenübermittlungen in Drittstaaten und bei Überwachungssystemen am Arbeitsplatz
10. Regelung der Auftragsdatenverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO.
11. Zugriffs- und Kontrollrechte für Interessenvertretungen.

Betriebsvereinbarungen dürfen geltendes Datenschutzniveau nicht absenken

Auch bei der bisherigen Rechtslage war umstritten, ob Betriebsvereinbarungen inhaltlich hinter dem Mindeststandard des BDSG a.F. zurückbleiben dürfen. Das BAG hatte dies mit dem Hinweis auf § 4 Abs. 1 BDSG a.F. bejaht.¹⁰ Mit der DSGVO sollte diese Diskussion hinfällig geworden sein. Die Ermächtigungsgrundlage für den Abschluss von Betriebsvereinbarungen ist nunmehr allein Art. 88 Abs. 1 DSGVO, der durch § 26 Abs. 4 BDSG zwar aufgegriffen, aber nicht modifiziert wird. Art. 88 DSGVO erlaubt nur spezifischere Regelungen, nicht aber Regelungen, die das allgemeine Datenschutzniveau der DSGVO unterschreiten. Diese Sichtweise wird auch von den Aufsichtsbehörden geteilt. Im Gegenteil: Gerade Art. 88 Abs. 2 DSGVO stellt den darüber hinausgehenden Grundsatz auf, dass bei Abschluss von spezifischeren Regelungen nach Abs. 1 besondere und geeignete Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person getroffen werden müssen. Somit ist gerade auch ein höherer Standard durch Konkretisierung und Spezifizierung nicht ausgeschlossen, sondern gefordert. Eine Absenkung des Schutzniveaus lässt sich aus der Regelung nicht herleiten.

Grundrechtlicher und europarechtlicher Standard

Durch § 75 Abs. 2 BetrVG und Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) verpflichten sich die Betriebsparteien, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im

Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Das Schutzniveau der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh), der Menschenrechtskonvention, der DSGVO und des BDSG 2018 darf durch Kollektivvereinbarungen nicht unterschritten werden. Allerdings können die Betriebsparteien höhere Standards zum Schutz der Grundrechte der Beschäftigten aufgrund von Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO vereinbaren.

Bestehende Betriebsvereinbarungen mit Datenschutzrelevanz anpassen

Es ist unbestritten, dass Betriebsvereinbarungen als zulässige Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 DSGVO mit dem neuen Datenschutzkonform – also compliant – sein müssen. Compliance beschreibt die Gesamtheit der Maßnahmen eines Unternehmens zur Vermeidung von Gesetzesübertretungen und Regelverstößen, hier bezogen auf die DSGVO und das BDSG 2018. Das gilt seit dem 25.5.2018 sowohl für neue als auch für bestehende Betriebsvereinbarungen. Bestehende datenschutzrechtliche Betriebsvereinbarungen müssen mit ihren Begriffen, Verweisen und den inhaltlichen Bestimmungen der DSGVO und dem BDSG 2018 entsprechen. Sie müssen die DSGVO spezifizieren und konkretisieren. Ansonsten werden sie unanwendbar und verlieren ihre Geltung als datenlegitimierende Rechtsvorschrift nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO. Es gibt in der DSGVO oder in § 26 BDSG 2018 keine Ausnahmeregelung für »Altfälle« der Betriebsvereinbarungen. Die Übergangsfrist von zwei Jahren wurde als ausreichend angesehen, um eine Anpassung an die DSGVO vorzunehmen.

Mit dem Arbeitgeber verhandeln

Daher ist geraten, jetzt Betriebsvereinbarungen zu überprüfen, die die Verarbeitung von Beschäftigtendaten rechtfertigen oder sich teilweise auf Datenschutzregelungen der DSGVO und auf Beschäftigtendaten beziehen. Dieses Kompatibilitätsscreening kann gemeinsam mit der Personalabteilung angegangen und nach Aufwand und Relevanz gewichtet werden. In den Fokus rücken dabei alle Betriebsvereinbarungen, die die Verarbeitung von Leistungs- und Verhaltensdaten regeln und für die entsprechende Schutzmaßnahmen nach Art. 88 Abs. 2 DSGVO dringend einzubauen sind.

Ebenso sind Rahmenbetriebsvereinbarungen zum IT-Einsatz bezüglich wichtiger Anpassungen an die DSGVO zu überprüfen. Und schließlich sind auch Betriebsvereinbarungen mit sonstigen Regelungsgegenständen zu überprüfen, sofern sie auch personenbezogene Datenverarbeitung voraussetzen oder regeln.

Initiative ergreifen und gemeinsamen Prozess vorschlagen

Sollten Betriebsräte bislang nicht in den Prozess der Anpassung des Unternehmens in das Zeitalter der DSGVO eingebunden worden sein, sollten sie die Initiative ergreifen. Als ersten Schritt sollten sie ihren Geschäftsführungen vorschlagen, gemeinsam einen Prozess zu definieren und zu vereinbaren, die (noch) nötigen Schritte zu gehen. Falls Arbeitgeber dann behaupten, sie hätten schon alles gemacht, kann man eine entsprechende Unterrichtung nach § 80 Abs. 2 BetrVG einfordern, die das anhand von Unterlagen belegt. Diese Nachweise sind nach der DSGVO zu erbringen.

Verfahrensvereinbarung mit Orientierung an den Empfehlungen der DSK

Der gemeinsame Prozess sollte sich an den Empfehlungen der Datenschutzkonferenz – DSK –, also den Publikationen der deutschen Aufsichtsbehörden orientieren. Hierzu könnte der Betriebsrat dem Arbeitgeber vorschlagen, eine entsprechende Verfahrensvereinbarung zur Umstellung auf die DSGVO und das BDSG 2018 abzuschließen, in der man den Anpassungsprozess verbindlich vereinbart. Eine solche freiwillige Verfahrensvereinbarung kann gegen den Willen der Betriebsparteien nicht erzwungen werden. Indessen sind Unternehmen gut beraten, den Weg gemeinsam mit ihren Betriebsräten zu gehen, und zwar gerade dann, wenn sie im Verzug sein sollten.

Inhalt der Verfahrensvereinbarung

Die Verfahrensvereinbarung kann notwendige betriebliche Umsetzungsschritte beschreiben und präzisieren, um die Überarbeitung der bestehenden Betriebsvereinbarungen einvernehmlich zu ermöglichen. Dies bietet die Chance, dass der Betriebsrat darauf einwirken kann, dass die Vorgaben der DSGVO eingehalten und auf das Unternehmen und den Betrieb

bezogen spezifiziert werden. Ein Abschluss einer solchen Verfahrensvereinbarung kann auch Zeitabläufe und Schulungen für Betriebsräte zur DSGVO und der neuen Rechtslage sowie die Heranziehung von Sachverständigen/Beratern für den Betriebsrat konkret und verbindlich regeln.

Anpassung an die DSGVO

Bestehende Einzelbetriebsvereinbarungen an die DSGVO anzupassen und neue Vereinbarungen datenschutzkonform zu gestalten, ist eine komplexe Aufgabe und nicht zu unterschätzen. Faire Verfahrensvereinbarungen schaffen die Voraussetzung, dass die Betriebsräte bei der erstmaligen und laufenden Anpassung beteiligt werden. Dies ist im Interesse der Beschäftigten und der Unternehmen. Die Umstellung auf das neue Datenschutzrecht ist eine Chance auch für Beschäftigte, den Datenschutz zu verbessern. Art. 88 DSGVO und § 26 BDSG 2018 eröffnen hierfür genügend betriebliche Handlungs- und Ermessensspielräume. Die Chance sollte aber mit Sorgfalt und Ernsthaftigkeit wahrgenommen werden. Neue Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, die das neue Datenschutzrecht beinhaltet, sollten nicht durch vorschnelle Vereinbarungen von den Betriebsräten verschenkt werden. Betriebsräte sollten gelassen abwägen, was gut für die Rechte der Beschäftigten ist. Daher die wichtigste Empfehlung: Rahmenvereinbarungen nur dann abschließen, wenn Betriebsräte die Wirkung von diesen Vereinbarungen auf die Rechte aus dem neuen Datenschutz überblicken und sicher sind, dass sich der Datenschutz für die Beschäftigten verbessert und nicht verschlechtert. <



Dr. Eberhard Kiesche,
Arbeitnehmerorientierte Beratung
(AoB), Bremen.
eberhard.kiesche@t-online.de



Matthias Wilke,
Datenschutz- und Technologie-
beratung (dtb), Kassel.
info@dtb-kassel.de



Thomas Berger, Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Berger Groß
Hömann & Partner Rechtsanwälte.
berger@bghp.de, www.bghp.de



Superhelden der
Betriebsratsarbeit

Im Einsatz für die Guten

www.meine-superhelden.de



¹⁰ BAG 27.5.1986 – 1 ABR 48/84.