

# Herzlich Willkommen

**Arbeit 4.0 braucht neue Regeln  
- DSGVO und neues BDSG -  
Keine halben Sachen im Datenschutz**

Fachforum 1: Kontrollinstanzen des  
Datenschutzes in Betrieb und  
Betriebsratsbüro

**dtb Veranstaltung in Berlin am 07.11.2018**

**Ihr Referent:****Rechtsanwalt Thomas Berger, Fachanwalt für Arbeitsrecht****Telefon: 030/440 330 26 – Telefax: 030/440 330 22 – E-Mail: [berger@bg hp.de](mailto:berger@bg hp.de)****Internet: [www.betriebsratsberater-berlin.de](http://www.betriebsratsberater-berlin.de) und [www.bg hp.de](http://www.bg hp.de)**

Berger Groß Höhmann & Partner  
Rechtsanwälte und Fachanwälte für Arbeitsrecht

- Vertretung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern
- Vertretung von Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten, Konzernbetriebsräten, Personalräten
- Leitung von Seminaren zur Fortbildung von Interessenvertretungen

Rechtsanwalt Thomas Berger

Rechtsanwältin Karin Burth

Rechtsanwalt Thomas Ebinger, LL.M.

Rechtsanwalt Uwe Nawrot

Rechtsanwalt Benedikt Rüdeshcim, LL.M.

Rechtsanwalt Christian Lunow

Rechtsanwalt Stephan Puhlmann

Rechtsanwalt Martin Fieseler

Rechtsanwalt David Schumann, Dipl.-Ing. (FH)

Rechtsanwalt Priyanthan Thilagaratnam

Rechtsanwältin Stefanie Kirschner, LL.M.

Rechtsanwalt Wolf Klimpe-Auerbach, RiArbG a.D.

Rechtsanwältin Dr. Katharina Wandscher, MLE

Rechtsanwältin Sirkka Schrader

# **„Rechtliche Anforderungen an die Datenschutz- Kontrollinstanz Betriebsrat“**

## **Fragen und Antworten aus der Beraterpraxis eines Rechtsanwalts für Betriebsräte**

# Inhalt

- A. Welche Anforderungen setzen DSGVO und BDSG 2018 an die Gestaltung und den Inhalt neuer IuK- und Datenverarbeitungs-Betriebsvereinbarungen?
- B. Welche Anforderungen stellen sich für Einigungsstellen? Welche Möglichkeiten eröffnen sich, welche Grenzen?
- C. Selbstkontrolle oder Fremdkontrolle durch Arbeitgeber und bDSB?
- D. Wie sollte der Betriebsrat sich im Hinblick auf die (teilweise neuen) Anforderungen organisieren?
- E. Rechtsprechung

Anhang: Gesetzliche Vorschriften

# Inhalt Kapitel A

1. Dürfen Betriebsvereinbarungen gegen die DSGVO verstoßen?
2. Welche allgemeinen Anforderungen aus der DSGVO müssen Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung erfüllen?
3. Gehen spezifische Betriebsvereinbarungen der DSGVO vor?
4. Müssen alle Betriebsvereinbarungen die Voraussetzungen der DSGVO einhalten?
5. Sind bisherige IuK-Betriebsvereinbarungen noch anwendbar?
6. Aus welchen Rechtsgrundlagen ergibt sich, dass Betriebsvereinbarungen mit datenschutzrechtlichen Inhalt geschlossen werden dürfen/sollten?
7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?
8. Sollten Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung abgeschlossen werden?

## Inhalt Kapitel A

9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?
10. In welchem Verhältnis stehen die Erlaubnistatbestände zueinander?
11. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 1 DSGVO?
12. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO?
13. Was können geeignete und besondere Maßnahmen im Sinne von Art. 88 Abs. 2 DSGVO konkret sein?
14. Ist Art. 88 Abs. 2 DSGVO zwingend?

## Inhalt Kapitel B

1. Haben auch Einigungsstellensprüche die Vorgaben der DSGVO zu beachten?
2. Sind Regelungen des Datenschutzes und der Datenverarbeitung erzwingbar?
3. Bestehen Initiativrechte bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?
4. Welche Regelungen sind durch Spruch erzwingbar?
5. Empfiehl sich der Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen?

## Inhalt Kapitel C

1. Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB
2. Kontrolle nur, wenn Betriebsrat bei Bestellung und Abberufung MBR hätte und über eigene Handlungsmöglichkeit verfügt
3. Betriebsrat ist an Datenschutz gebunden und wird durch Aufsichtsbehörde kontrolliert
4. Die Selbstkontrolle des Betriebsrats
5. Die Schaffung eines Sonderbeauftragten und einer Geschäftsordnung
6. Zugriffskontrollen und Sicherungen
7. Datenminimierung und Löschkonzept

## Inhalt Kapitel D

1. Die Obliegenheit und die Rechtspflicht, den Datenschutz im Unternehmen durchzusetzen
2. Das Erkennen und Wahrnehmen von Mitbestimmungs- und Gestaltungsrechten
3. Die notwendigen Ressourcen

# Inhalt Kapitel E

1. [Rechtsprechung](#)
2. [Links](#)

# Anhang:

[Gesetzliche Vorschriften](#)

**A. Welche Anforderungen setzen DSGVO und BDSG 2018 an die Gestaltung und den Inhalt neuer IuK- und Datenverarbeitungs-Betriebsvereinbarungen?**

# 1. Dürfen Betriebsvereinbarungen gegen die DSGVO verstoßen?

**Nein.** Es gilt das sogenannte **Rangprinzip** in der Normenhierarchie (Gesetzespyramide!). Höherrangiges Recht sticht niederrangiges Recht.

Anders formuliert: Die DSGVO ist stärker als die niederrangige Betriebsvereinbarung. Europäisches Gesetzesrecht ist in der Pyramide oben, die Betriebsvereinbarung, die auch wie ein Gesetz wirkt, weiter unten.

Die DSGVO enthält grundsätzlich auch zwingendes Recht, das man nicht abdingen kann. Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Geschäftsführung und Betriebsrat können daher nicht vereinbaren, dass die DSGVO ganz oder teilweise nicht gilt.

# 1. Dürfen Betriebsvereinbarungen gegen die DSGVO verstoßen?

**Enthält die Betriebsvereinbarung somit Regelungen, die den Datenschutz schwächer ausgestalten als die DSGVO, sind diese Regelungen nichtig und dürfen nicht angewendet werden.**

Dies kann unter Umständen sogar zur Nichtigkeit der gesamten Betriebsvereinbarung führen. Der starke Beschäftigtendatenschutz, den die DSGVO enthält, darf durch Betriebsvereinbarungen nicht abgesenkt werden.

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, gestützt auf die Rechtsgrundlage Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO, vereinbaren (streitig).**

## 2. Welche allgemeinen Anforderungen aus der DSGVO müssen Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung erfüllen?

Die Betriebsvereinbarungen dürfen nicht den allgemeinen Grundsätzen der DSGVO widersprechen, sondern diesen genügen.

Betriebsvereinbarungen müssen somit zunächst die Grundsätze aus Art. 5 DSGVO einhalten und deshalb folgende Grundsätze gewährleisten:

- Rechtmäßigkeit,
- Verarbeitung nach Treu und Glauben,
- Transparenz,
- Zweckbindung,
- Datenminimierung,
- Richtigkeit,
- Speicherbegrenzung,
- Integrität und Vertraulichkeit,
- Rechenschaftspflicht.

## 2. Welche allgemeinen Anforderungen aus der DSGVO müssen Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung erfüllen?

Betriebsvereinbarungen müssen Art. 6 das **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt** abbilden.

Auch weitere Bestimmungen wie Art. 7, 9, 10 und 12 – 39 der DSGVO sind in datenschutzrechtlichen Betriebsvereinbarungen zu konkretisieren.

- Schließlich gelten selbstverständlich die Anforderungen aus § 75 Abs. 2 BetrVG, der die Betriebspartner dazu verpflichtet,
- die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer im Betrieb zu schützen

und

- Persönlichkeitsrechte, Selbständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer zu fördern.

### 3. Gehen spezifische Betriebsvereinbarungen der DSGVO vor?

**Ja.**

In diesem Fall gehen die Betriebsvereinbarungen mit ihren spezielleren, genau auf die Verhältnisse des Konzerns, des Unternehmens, des Betriebs oder des Betriebsteils zugeschnittenen Regelungen der DSGVO vor.

Sie dürfen allerdings nicht den Schutzstandard der DSGVO absenken (siehe oben).

**Konzernbetriebsvereinbarungen, Gesamtbetriebsvereinbarungen oder Betriebsvereinbarungen dürfen und sollen die abstrakten Regelungen der DSGVO konkretisieren und somit für die Praxis handhabbar machen.**

Auch dieses Prinzip kennen Betriebsräte seit Teilnahme an den Grundlagenlehrgängen: Es nennt sich **Spezialitätsprinzip**. Die speziellere Regelung geht der allgemeineren Regelung vor.

## 4. Müssen alle Betriebsvereinbarungen die Voraussetzungen der DSGVO einhalten?

**Ja.**

Dies gilt für neu, also nach dem 25.05.2018 (Tag des Inkrafttretens der DSGVO) abgeschlossene Betriebsvereinbarungen genauso wie für zu diesem Zeitpunkt bereits geltende Betriebsvereinbarungen. Es gibt weder in der DSGVO noch in § 26 BDSG 2018 Ausnahmeregelungen für „Altfälle“.

Es gibt also bei Verstoß der Betriebsvereinbarungen keinen Besitzstand oder Vertrauensschutz. **Nur insoweit die Regelungen das Datenschutzniveau der DSGVO nicht unterschreiten und die Vorgaben der DSGVO erfüllen, bleiben diese gültig.**

Diese konsequente Sichtweise ist auch deshalb richtig, weil der europäische Gesetzgeber immerhin eine Übergangsfrist von zwei Jahren vor dem Inkrafttreten vorgesehen hatte, um eine Anpassung an die DSGVO vorzunehmen. Diese Frist wurde aber häufig nicht zur Anpassungen der Betriebsvereinbarungen genutzt.

### **Können die Betriebsvereinbarungen nachgebessert werden?**

**Ja.** Dies ist auch zu empfehlen. Denn mit unanwendbaren Betriebsvereinbarungen oder unanwendbaren Regelungen in Betriebsvereinbarungen kann man wenig anfangen.

## 5. Sind bisherige IuK-Betriebsvereinbarungen noch anwendbar?

**Das kommt darauf an. Soweit die bisherigen IuK- Betriebsvereinbarungen die Vorgaben der DSGVO einhalten, kann eine Überprüfung ergeben, dass sie ganz oder zumindest teilweise verwendet werden können.**

Dies gilt insbesondere für konkrete Systembeschreibungen etc., sofern sie auf dem aktuellen Stand sind.

**Überprüfen muss man sie auf jeden Fall.**

Dies ergibt sich bereits deshalb, weil die DSGVO neue Anforderungen beinhaltet, die in der konkreten Ausformung und in Bezug auf die Einhaltung der DSGVO vorher nicht existierten.

## 5a. Festlegung von Strategien und Maßnahmen für Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen

Für technische Systeme sind dies beispielsweise die Anforderungen aus Art. 25 DSGVO und Erwägungsgrund 78 (Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen).

Zum Schutz der in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten bestehenden Rechte und Freiheiten natürlicher Personen ist es danach erforderlich, **dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen** getroffen werden, damit die Anforderungen der DSGVO erfüllt werden.

Um die Einhaltung der DSGVO nachweisen zu können, sollte der Verantwortliche **interne Strategien festlegen und Maßnahmen ergreifen**, die insbesondere den Grundsätzen des Datenschutzes durch Technik (**data protection by design**) und **durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (data protection by default)** Genüge tun.

## 5b. Anforderung durch Datenschutzfolgeabschätzung

Diese Anforderungen beziehen sich auf jegliche IuK-Anwendungen, nicht nur auf neu eingeführte.

**Auch ist zu prüfen, ob eine Datenschutzfolgenabschätzung erforderlich ist.**

**Im besonders sensiblen Bereich der Verarbeitung von Beschäftigtendaten sollte ihre Durchführung Standard sein.**

**Zusammengefasst:** Eine Überprüfung ist notwendig und regelmäßig wohl auch eine Überarbeitung, weil die Anforderungen der DSGVO **teilweise** erheblich über die Vorgaben des BDSG-alt hinausgehen.

**Die Meinung, dass sich nichts außer der Bußgeldhöhe geändert hat, ist nicht richtig.**

6. Aus welchen Rechtsgrundlagen ergibt sich, dass Betriebsvereinbarungen mit datenschutzrechtlichen Inhalt geschlossen werden dürfen/sollten?

**Dies ergibt sich aus Art. 88 DSGVO und aus § 26 Abs. 4 BDSG.**

**Geändert hat sich damit auch die Stellung von Kollektivverträgen, die ausdrücklich durch DSGVO und BDSG in das Zentrum möglicher Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen gerückt werden.**

Solange der Bundesgesetzgeber der Aufgabe, ein Beschäftigtendatenschutzgesetz zu erlassen, nicht nachkommt, werden Kollektivvereinbarungen der einzige praktikable Schutzmechanismus sein.

Selbst, wenn der Gesetzgeber seiner Aufgabe nachkommen sollte, **bleiben sie die einzige Rechtsgrundlage, die Regelungen bereichsspezifisch in Konzernen, Unternehmen und Betrieben schaffen können.**

## 6a. Rechtsgrundlage: Art. 88 und Erwägungsgrund 155 DSGVO

Die **DSGVO** sieht in der Betriebsvereinbarung eine wichtige Regelungsmöglichkeit, um Regelungen für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext zu schaffen.

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, ...**“.

## 6b. Rechtsgrundlage: § 26 Abs.4 BDSG

Auch das **BDSG 2018** sieht die Möglichkeit vor, dass auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen Datenverarbeitungen geregelt werden können:

§ 26 BDSG Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Abs.4:

**„1Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. 2Dabei haben die Verhandlungspartner Artikel 88 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.“**

## 7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?

Nach der DSGVO dürfen **„spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext geschaffen werden“**.

**„Verarbeitung“** ist nach Art. 4 Ziff. 2 DSGVO jeder „mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte(n) Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

Somit ist die **Regelungsbefugnis der Betriebsparteien für Vorschriften, soweit sie personenbezogene Beschäftigtendaten betreffen, umfassend.**

## 7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?

Dieses **weite Verständnis** wird auch an den Beispielen, die die DSGVO selbst nennt deutlich. Die DSGVO nennt in Art. 88 Abs.1 folgende Beispiele für mögliche Vorschriften:

Vorschriften 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“.**

## 7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?

Ein weiteres auch für den Tatbestand freiwilliger Einwilligungen in Datenverarbeitung wichtiges Beispiel wird im Erwägungsgrund 155 genannt:

- „**Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen**“, (Hervorhebung durch den Autor)

Somit können Betriebsvereinbarungen auch Bedingungen regeln, um echte Freiwilligkeit der Beschäftigten sicherzustellen oder bestimmte Datenverarbeitungen auch an die Einwilligung der Beschäftigten zu knüpfen.

## 7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?

### Beispiele für Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung und zum Datenschutz:

1. IuK-Betriebsvereinbarungen zu einzelnen Überwachungssystemen
2. Betriebsvereinbarungen zu sonstigen Überwachungssystemen,
  - bspw. zu Compliance, einschl. Verhaltenskodex,
  - Hinweisgebersystemen und
  - unternehmensinterne Ermittlungen
3. (Freiwillige) Rahmen-Betriebsvereinbarungen zu Datenschutz und Datensicherheit
4. Betriebsvereinbarungen zu den von der DSGVO in Art.88 Abs. 1 und in Erwägungsgrund 155 genannten Themen

## 7. Welche Themen und Gegenstände dürfen in den Betriebsvereinbarungen geregelt werden?

1. Betriebsvereinbarungen, die die Bedingungen der Verarbeitung, insbesondere organisatorische Prozesse und personelle Ressourcen betreffen, die der Verarbeitung zugrundeliegen.
2. Betriebsvereinbarungen zum Einsatz von Detektiven und zu Spindkontrollen (§ 26 Abs.7 bDSG)

## 8. Sollten Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung abgeschlossen werden?

**Zu empfehlen ist es:** Denn ansonsten bleiben die Ansprüche der DSGVO oft abstrakt und werden im Unternehmen von den Mitarbeiter\*innen nicht genutzt. Das ist ein bekannter Mechanismus.

Bereits die Schaffung von Betriebsvereinbarungen führt dazu, dass sich Betriebsrat, aber auch der Arbeitgeber intensiv mit dem Datenschutz beschäftigen. Deswegen ist oft nicht allein das Ergebnis, sondern auch die Entstehung bedeutsam, insbesondere wenn die Beschäftigten hieran beteiligt werden.

Es geht also darum, „lebendige“ Betriebsvereinbarungen zu schaffen.

**Gesetze müssen zweimal durchgesetzt werden. Beim Erlaß und bei der Umsetzung in die Praxis. „Recht haben und Recht kriegen sind zweierlei“.**

**Es bedarf regelmäßig der Aktivität und des Engagements von Betriebsräten und Mitarbeiter\*innen, damit die Rechte auch in der Praxis wahrgenommen und von Arbeitgebern beachtet werden.**

## 8. Sollten Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung abgeschlossen werden?

Datenschutz sollte als ständige Aufgabe und Prozess verstanden werden. Die Betriebsvereinbarung schafft hierfür die Grundlage.

Wie interessierte Betriebsräte wissen, war die Durchsetzung der DSGVO kein Kinderspiel, hart umkämpft und zeitaufwändig. Erst die Enthüllungen durch Snowden brachte den nötigen politischen Druck zur Durchsetzung der DSGVO.

„Mit **DEMOCRACY – IM RAUSCH DER DATEN** eröffnet uns Regisseur David Bernet einen erstaunlichen Einblick in den Gesetzgebungsprozess auf EU-Ebene. Eine fesselnde und hochbrisante Geschichte... <http://www.democracy-film.de/#trailer>

Auch die Schaffung einer passenden Betriebsvereinbarung kann ein spannendes Unterfangen werden.

## 9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?

Der Gesetzgeber hat mit **§ 26 Abs. 4 BDSG** auch die nationale Rechtsgrundlage für die Schaffung von Kollektivvereinbarungen begründet.

Danach sind **Kollektivvereinbarungen** – also Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen – zulässig, **die die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** regeln.

Diese Norm kann als Regelungsauftrag verstanden werden.

## 9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?

Der Gesetzgeber hat mit **§ 26 Abs. 1 BDSG wichtige, aber lediglich sehr allgemein formulierte Vorgaben** gemacht.

Danach ist dann eine Verarbeitung von Beschäftigtendaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses rechtmäßig, wenn dies für Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses **erforderlich** ist.

**Die Vorschrift ist konkretisierungsfähig und vor allem konkretisierungsbedürftig.**

**Diese notwendige Konkretisierung kann**, will man die Interpretation und Anwendung in der betrieblichen Praxis nicht dem Arbeitgeber allein überlassen, **nur durch Betriebsvereinbarungen sinnvoll gelingen.**

## 9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?

Die Aufgabe der Tarif- oder Betriebsparteien besteht hier gerade darin, **festzulegen welche Datenverarbeitung, in welchem Umfang, wie lange etc. erforderlich ist.**

**Das eine Konkretisierung möglich und aus Sicht der DSGVO wünschenswert ist, ergibt sich bereits aus Art. 88 Abs. 1 DSGVO**, der eine Regelung in Gesetzen und Kollektivvereinbarungen nur dann zulässt, wenn die Regelungen spezifischer sind als in der DSGVO.

Inwieweit § 26 Abs. 1 BDSG 2018 tatsächlich einen Konkretisierungsgewinn gegenüber der DSGVO darstellt, ist durchaus problematisch. Allein die Konkretisierung durch die Rechtsprechung ist insoweit hilfreich, aber ändert nichts an der Allgemeinheit der gesetzlichen Grundlage selbst, zumal die Rechtsprechung im Kern allein eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt, die im europäischen Recht ebenfalls selbstverständlich ist.

Man könnte daher in § 26 Abs. 4 BDSG 2018 die Norm sehen, die nicht nur klarstellt, dass Kollektivvereinbarungen zulässig sind, sondern als **Regelungsauftrag verstehen, dass die notwendige Spezifizierung durch Tarifpartner und Betriebspartner hergestellt werden soll.**

## 9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?

Die **Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit** unterstreicht die Bedeutung von Kollektivvereinbarungen in ihrem Jahresbericht 2017 Datenschutz und Informationsfreiheit wie folgt:

*„Durch spezifischere Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen kann der Schutz der Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten besser gewährleistet werden.“*

## 9. Ist der Abschluss von Betriebsvereinbarungen notwendig oder hat nicht der Bundesgesetzgeber mit Erlass des BDSG 2018 alles Notwendige getan?

Bereits das **Volkszählungsurteil** hatte die Notwendigkeit eines bereichsspezifischen Datenschutzes herausgearbeitet:

Danach müssen **Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs** in das informationelle Selbstbestimmungsrecht **in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.**

Der Eingriff **darf nicht als solcher abstrakt gerechtfertigt** werden.

Die rechtlichen Voraussetzungen, die zum Eingriff führen, müssen **bereichsspezifisch** in einem jeweils rechtsgebietsbezogenen eigenständigen Normengefüge geregelt werden. Ob § 26 Abs. 1 BDSG diesen Anforderungen genügt, ist zu bezweifeln.

**Betriebsvereinbarungen** sind diese bereichsspezifischen Normen. Sie können am klarsten die konkreten Anlässe, Zwecke und Grenzen der betrieblichen Datenverarbeitungen regeln.

Deshalb ist § 26 Abs. 1 BDSG durch Kollektivvereinbarungen zu konkretisieren und zu konturieren.

## 10. In welchem Verhältnis stehen die Erlaubnistatbestände zueinander?

- § 26 Abs. 1 ist Rechtsgrundlage für erforderliche Datenverarbeitungen im Arbeitsverhältnis. Prüfung der Erforderlichkeit nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit:
- Besteht ein legitimer Zweck zur Verarbeitung? (Anerkannt zB Leistungs- und Verhaltenskontrolle durch den Arbeitgeber zur Durchführung oder auch zur Abwicklungsvorbereitung/Beendigung des Arbeitsverhältnisses)
- Ist die Verarbeitung geeignet den Zweck zu fördern?
- Ist die Verarbeitung erforderlich? Gibt es also keinen anderen weniger intensiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, der gleich wirksam ist, den Zweck zu fördern?
- Ist die Verarbeitung angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinn?
- Ist „Hopping“ zulässig?

## 10. In welchem Verhältnis stehen die Erlaubnistatbestände zueinander?

- § 26 Abs. 2: Rechtsgrundlage der Verarbeitung ist die freiwillige Einwilligung des Beschäftigten
- § 26 Abs. 4: Rechtsgrundlage Betriebsvereinbarung

Grundsätzlich stehen diese Rechtsgrundlagen nebeneinander: Jede kann eigenständig einen Rechtsgrund geben:

Problem bei Anspruchskonkurrenz, dh mehrere Anspruchsgrundlagen greifen im gleichen Fall:

Problemlage ist hier das sogenannte „Hopping“

## 10a. Was ist Hopping (Hüpfen)?

„Hopping“ bedeutet hier der Rückgriff auf eine andere Erlaubnisnorm.

Könnte man beliebig zwischen den Tatbeständen „hüpfen“, könnten **Betriebsvereinbarungen unterlaufen** werden, mit der Begründung, deren Einhaltung sei nicht notwendig, weil die Datenverarbeitung tatsächlich oder vermeintlich durch einen anderen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gedeckt ist.

Weil die gesetzliche Regelung sehr allgemein ist und vor allem auch - solange keine richterliche oder behördliche - Kontrolle erfolgt, **allein in der Beurteilung des Arbeitgebers** liegt, ist der Rückgriff auf den allgemeinen gesetzlichen Tatbestand des § 26 Abs. 1 BDSG für die Beschäftigten nachteilig.

Beschäftigte könnten nur durch Anrufung des Gerichts oder der Behörde ihre abweichende Rechtsauffassung bestätigen lassen.

## 10b. Ist „Hopping“ zulässig?

- Streitig
- Richtigerweise greifen bei Anspruchskonkurrenz die allgemeinen Konkurrenzregeln.
- Also vor allem Spezialitätsprinzip: die speziellere Regelung verdrängt die allgemeinere Regel. Ein Rückgriff auf die allgemeinere Regelung ist nicht mehr möglich, weil ansonsten die spezielle Norm entwertet wird.
- Auch Ordnungs-/Ablöseprinzip: die neuere Regelung löst die ältere in ihrem Anwendungsbereich ab.
- Schon nach altem Recht waren solche Ansätze der Entwertung von Betriebsvereinbarungen problematisch
- Aber jedenfalls jetzt mit § 26 Abs. 4 BDSG 2018 iVm Art. 88 I und EG 155 ist klar, dass BV Rechtsgrundlage und eigenständige, bereichsspezifische Regelungen treffen darf und in ihrem Anwendungsbereich die allgemeinen gesetzlichen Tatbestände verdrängt.
- Eine andere Sichtweise wäre auch verfassungsrechtlich problematisch, weil das Gebot der bereichsspezifischen Regelung verletzt würde.
- Eine deutschrechtliche Regelung kann und darf nicht eine gleichstarke bereichsspezifische Regelung aushebeln können.

## 10c. Wie geht man mit „Hopping“ um?

### **Schlussfolgerung für den Arbeitgeberberater:**

Klarstellung in der Betriebsvereinbarung, dass diese nicht den Rückgriff auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände verbietet.

### **Schlussfolgerung für den Betriebsratsberater:**

Klarstellung, dass ein Rückgriff auf die allgemeinen gesetzlichen Tatbestände im Anwendungsbereich der Betriebsvereinbarung nicht zulässig ist.

Eine deutschrechtliche Regelung kann und darf nicht eine gleichstarke Regelung sperren können

# 11. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 1 DSGVO?

Betriebsvereinbarungen müssen die **DSGVO Vorgaben für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses spezifizieren und konkretisieren**, also konkrete Regelungen zur Datenverarbeitung von Beschäftigtendaten schaffen.

Ansonsten werden sie unanwendbar und verlieren ihre Geltung als datenlegitimierende Rechtsvorschrift nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO.

Die Regelungen müssen spezifische, also konkrete auf die im Konzern/Unternehmen/Betrieb gegebenen Verhältnisse in den Blick nehmen.

Sie müssen die Erlaubnistatbestände aus Art. 6 konkretisieren.

Sie müssen die allgemeinen Grundsätze auf den Betrieb beziehen und ebenfalls konkretisieren, also Prozesse, Technik und Organisation so festlegen, dass die Datenverarbeitung transparent, rechtmäßig, zweckgebunden usw. ist.

Sie müssen die Informations- Auskunfts- und sonstigen Rechte der Beschäftigten handhabbar machen.

## 12. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO?

Darüber hinaus müssen die Betriebsvereinbarungen die Vorgaben von Art. 88 Abs. 2 DSGVO beachten.

Art. 88 Abs. 2 DSGVO verlangt, dass **Betriebsvereinbarungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext Regelungen zu geeigneten und besonderen Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vorsehen**. Die Maßnahmen müssen **angemessen** sein.

Der Sinn und die Zweck der Norm liegt darin, **dass nationale Vorschriften**, einschließlich Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, nicht Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen schaffen, **ohne gleichzeitig Schutznormen** für die Beschäftigten konkret, spezifisch und ausdrücklich **zu regeln**.

## 12. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO?

Es geht hier **nicht** darum, einfach auf die DSGVO oder BDSG zu **verweisen**, sondern besondere, also **eigenständige und ausdrückliche Regeln in den nationalen Regelwerken zu etablieren**.

Die zu regelnden **Maßnahmen** müssen geeignet sein, die **menschliche Würde abzusichern**, die **berechtigten Interessen** der betroffenen Personen **zu schützen** und **die Grundrechte** der betroffenen Personen **zu gewährleisten**.

Sie müssen angemessen sein.

## 12. Welche Anforderungen ergeben sich aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO?

Aus der beispielhaften, nicht abschließenden Aufzählung ergibt sich:

Die Betriebsvereinbarungen müssen insbesondere auch **Regelungen im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung** enthalten.

Sofern Betriebsvereinbarungen auch die **Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe** oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, betreffen, sind **entsprechende Schutzmaßnahmen** zu regeln.

Gleiches gilt für Betriebsvereinbarungen zu **Überwachungssystemen am Arbeitsplatz**.

Die zu treffenden Maßnahmen müssen **angemessen** sein. Angemessen meint, dass sie gegenüber den Betroffenen fair sein müssen und nicht unverhältnismäßig sein dürfen.

## 13. Was können geeignete und besondere Maßnahmen im Sinne von Art. 88 Abs. 2 DSGVO konkret sein?

Beispielsweise folgende Regelungen fallen darunter:

1. Regelungen zu **technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen (TOM)**, insbesondere die Anforderungen aus der bisherigen **Anlage zu § 9 BDSG alt**, wie der Beschränkung von Zutritts- und Zugriffsrechten.
2. Regelungen zu **Einsichtsrechten der betroffenen Beschäftigten**, insbesondere ein (elektronisches) Leserecht bezüglich der Personalakte, der Ermittlungsakte im Falle von unternehmensinternen Ermittlungen, bezüglich Speicherung und Nutzung von personenbezogenen Daten in Personalinformationssystemen, Datenauswertungen und Reports, soweit sie personenbezogen oder personenbeziehbar sind.
3. **Regelungen zu Kontrollrechten der Betriebsräte**, insbesondere von (elektronischen) Leserechten, die ermöglichen, dass die Betriebsräte die Einhaltung der Regelungen der DSGVO durch das Unternehmen jederzeit und umfassend kontrollieren können, beispielsweise dass es nicht zu rechtswidrigen Zugriffen kommt und das Berechtigungskonzept durchgeführt wird.

## 13. Was können geeignete und besondere Maßnahmen im Sinne von Art. 88 Abs. 2 DSGVO konkret sein?

Beispielsweise folgende Regelungen fallen darunter:

5. Regelungen, die sicherstellen, dass durch **wirksame Rechtsfolgen** die Einhaltung der Regelungen der DSGVO und der auf Grundlage von Art. 88 DSGVO geschaffenen Betriebsvereinbarungen eingehalten werden. Konkret können dies **Vertragsstrafen, Schadensersatz-, Schmerzensgeld und sonstige Entschädigungsansprüche, Abmahnungs- und Kündigungsverbote oder auch Ansprüche auf Wiedereinstellung sein. Auch kommen Beseitigungsansprüche hinsichtlich etwaiger Folgen von Persönlichkeitsverletzungen oder auch Unterlassungsansprüche** in Betracht.
6. Hierzu gehören auch viel diskutierte Verwendungsverbote von Daten, die rechtswidrig erhoben oder sonst verarbeitet wurden, insbesondere Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote.

## 14. Ist Art. 88 Abs. 2 DSGVO zwingend?

Den Betriebspartnern wächst hier eine wichtige Rolle für die Konkretisierung und Festlegung von Regelungen zu Maßnahmen des Datenschutzes zu.

Die Auffassung, die von einigen Arbeitgeberanwälten in den Verhandlungen und inzwischen auch im Schrifttum vertreten wird, **dass die Vorgaben von Art. 88 Abs. 2 DSGVO dann nicht zu beachten seien, wenn eine andere Rechtsgrundlage aus § 26 BDSG 2018 existiert, ist abzulehnen.**

Dies ergibt sich bereits deshalb, weil die Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 sich auch auf Gesetze bezieht, so dass auch insoweit besondere Maßnahmen geregelt sein müssen.

## 14. Ist Art. 88 Abs. 2 DSGVO zwingend?

Die Rechtsauffassung, die teilweise von arbeitgebernahen Juristen vertreten wird, würde darauf hinaus laufen, dass die Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis regelmäßig über § 26 Abs. 1 BDSG allein nach Bewertung des Arbeitgebers gerechtfertigt ist und lediglich einer nachträglichen Rechtskontrolle unterzogen werden könnte.

Für Betriebsvereinbarungen wie in Art.88 Abs.1 und in Erwägungsgrund 155 bezeichnet, bliebe kein Raum mehr. Auch müssten keine geeigneten und besondere Schutzmaßnahmen geregelt werden.

Mit dieser – abzulehnenden – Rechtsauffassung wollen sie den Weg frei machen, dass Betriebsvereinbarungen entweder gar nicht benötigt werden und Betriebsvereinbarungen und auch Sprüche der Einigungsstellen in Verfahren nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG nicht an den Anforderungen der DSGVO gemessen werden müssen. Dem ist entgegenzutreten.

**B. Welche Anforderungen stellen sich für Einigungsstellen? Welche Möglichkeiten eröffnen sich, welche Grenzen?**

# 1. Haben auch Einigungsstellensprüche die Vorgaben der DSGVO zu beachten?

## Selbstverständlich.

Für Vereinbarungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, soweit sie auf einem Spruch der Einigungsstelle beruhen, gilt nichts anderes.

Auch diese müssen die Anforderungen der DSGVO beachten.

Ansonsten sind sie nicht anwendbar und könnten erfolgreich angefochten bzw. durch die Gerichte als nicht anwendbar und nichtig verworfen werden.

Die Arbeitsgerichte müssen die Kompatibilität mit Europarecht prüfen. Die letztverbindliche Auslegung ist dem EuGH vorbehalten.

# 1. Haben auch Einigungsstellensprüche die Vorgaben der DSGVO zu beachten?

Neben Betriebs- und Personalräten und Arbeitgebern sind somit auch Einigungsstellen Adressaten der Vorschrift.

Sie können und müssen ebenfalls die allgemeinen Anforderungen der DSGVO, aber auch den Maßstäben von Art. 88 Abs.1 und Abs. 2 DSGVO genügen.

Betriebsvereinbarungen oder diese ersetzende Sprüche der Einigungsstelle müssen daher die Grundsätze aus der DSGVO durch **konkrete Regeln für das Unternehmen spezifizieren und geeignete und besondere Maßnahmen** zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen.

Sie müssen insbesondere Schutzmaßnahmen für die Transparenz der Verarbeitung und der Übermittlung der Beschäftigtendaten im Unternehmen oder innerhalb von Unternehmensgruppen sicherstellen und Schutzmaßnahmen bei Überwachungssystemen am Arbeitsplatz regeln.

Diese besonderen Maßnahmen sind im Spruch durch Regelungen konkret festzulegen.

## 2. Sind Regelungen des Datenschutzes und der Datenverarbeitung erzwingbar?

Die Grundlage, eine Betriebsvereinbarung zu Datenverarbeitung und Datenschutz gegebenenfalls auch gegen den Willen des Arbeitgebers in der Einigungsstelle 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. Ferner kommen § 87 Abs. 1 Nr. 7 - Regelungen zum Gesundheitsschutz und § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in Betracht, wenn es sich um Datenverarbeitung im Rahmen des betrieblichen Entgeltsystems handelt. Richtigerweise ist § 87 Abs. 1 Nr. 1 für Überwachungsverhalten, ohne technische Einrichtungen ein Auffangtatbestand, weil auch hier uA das Persönlichkeitsrecht Schutzzweck ist und die Frage der Überwachung sich als eine Regelung der Ordnung des Betriebes darstellt (aA die herrschende Meinung).

Da die Datenverarbeitung durch technische Einrichtungen im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in der Praxis der Regelfall ist, haben Betriebsräte, die einen wirksamen Beschäftigtendatenschutz durchsetzen wollen, sehr weitgehende Mitbestimmungsrechte.

### 3. Bestehen Initiativrechte bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG?

Hinsichtlich des Bestehens von Initiativrechten wird differenziert.

Ein Initiativrecht wird nach einer vereinzelt gebliebenen BAG Entscheidung verneint. Instanzgerichte sind dem überwiegend gefolgt.

**Initiativrechte** sind nach neuerer Rechtsprechung auch bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG entgegen einer älteren BAG Entscheidung möglich

(LAG Berlin-Brandenburg 22.01.2015 – 10 TaBV 1812/14 - 10 TaBV 2124/14; Aufruf der Entscheidung unter: <https://www.betriebsratsberater-berlin.de/aktuelles/-betriebsrat-hat-initiativrecht-aus-87-abs.-1-nr.-6-betrvg560.html>).

Die Entscheidung ist sehr gut begründet, auch hinsichtlich der älteren BAG-Entscheidung, die danach eine nicht zulässige Rechtsfortbildung darstellt. Unabhängig davon ist das Aberkennen von Initiativrechten auch deshalb abzulehnen, weil in einer von Technik strotzenden Arbeitswelt, die Durchsetzung von Software auch Überwachung verhindern und kontrollieren kann.

Die Frage bleibt aber umstritten (Fitting 29.Auflage Rdn.251 zu § 87), der aber ein Initiativrecht im Hinblick auf die Änderung des IuK-Systems annimmt.

## 4. Welche Regelungen sind durch Spruch erzwingbar?

In Betracht kommt vor allem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Danach ist die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt (geeignet) sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, mitbestimmungspflichtig.

Hierzu zählt heute jedes IuK-System.

Mitbestimmungspflichtig ist das „OB“ der Einführung, aber auch die genauen Anwendungsbedingungen.

Danach können materielle, verfahrensrechtliche und organisatorische Anwendungsbedingungen Gegenstand der Mitbestimmung sein.

Auch können Rechtsfolgen geregelt werden, also Verwendungsverbote.

## 4a. Beispiele

Beispiele für Regelungen, die Anwendung betreffend:

- zu technisch-organisatorische Maßnahmen des Datenschutzes und der Datensicherheit,
- datenschutzfreundliche Technik auszuwählen und datenschutzfreundliche Voreinstellungen zuzulassen,
- zur Konkretisierung der Datenschutzfolgenabschätzung,
- zur Umsetzung von Informations-, Auskunfts-, Korrektur-, Widerspruchs- und Löschrechten.
- zur Erhöhung und Sicherstellung der Transparenz der Datenverarbeitung, insbesondere Einsichts- und Leserechte der Beschäftigten,
- zur Wahl des mildesten Mittels bei der Datenverarbeitung,
- zur Pseudonymisierung und Anonymisierung,
- zur Festlegung von Verwendungs-, insbesondere Sachvortrags- und Beweisverwertungsverböten
- von wirksamen und abschreckenden Rechtsfolgen zur Prävention von Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und datenschützenden Regelungen.
- zu Kontrollrechten der Betriebs- und Personalräte

## 4b. Sind Einsichtsrechte des Betriebsrats erzwingbar?

- Nach Rechtsprechung des BAG soll aus § 80 Abs.2 BetrVG kein Recht auf einen Lesezugriff des Betriebsrats zum Zwecke der Überwachung der geltenden Gesetze und des Datenschutzes folgen.
- Um so mehr, stellt sich die Frage, ob man Einsichts-, (elektronische) Lese- und Kontrollrechte über eine Einigungsstelle erzwingen kann.
- Richtigerweise ist dies zu bejahen, da andernfalls wichtige Anwendungsbedingungen nicht geregelt werden können.
- Das BAG hat diese Sichtweise in zwei wichtigen Entscheidungen geteilt.

## 4b. Sind Einsichtsrechte des Betriebsrats erzwingbar?

### a) Kontrollrecht des GBR auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

„PAISY-Entscheidung“

(BAG, Beschluss vom 11. März 1986 – 1 ABR 12/84)

### b) Kontrollrecht des GBR aus notwendigem Annex des **Mitbestimmungsrechts**

„Telefonanlage-Entscheidung“

(BAG, Beschluss vom 30. August 1995 – 1 ABR 4/95)

## 4b. Sind Einsichtsrechte des Betriebsrats erzwingbar?

### „PAISY-Entscheidung“ (BAG, Beschluss vom 11. März 1986 – 1 ABR)

Regelung IV 3.4.:

*„3.4 Personenbezogene Abwesenheitsstatistiken dürfen nur über den Zentralrechner erstellt werden. Die Datenläufe sind zu protokollieren. Dem GBR oder über diesen dem zuständigen BR ist auf Verlangen Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren. Für Zwecke der personenbezogenen Abwesenheitsstatistik dürfen die IBM 5280-Terminals nur als Eingabegeräte benutzt werden. Aufzeichnungen und Auswertungen von personenbezogenen statistischen Datenläufen über Abwesenheit mit Hilfe von Disketten sind unzulässig.“*

## 4b. Sind Einsichtsrechte des Betriebsrats erzwingbar?

### „PAISY-Entscheidung“

**(BAG, Beschluss vom 11. März 1986 – 1 ABR)**

*„Nach alledem enthält der Spruch der Einigungsstelle eine Regelung, die die Belange der Arbeitnehmer und des Betriebs angemessen berücksichtigt und zu einem billigen Ausgleich bringt. Der Spruch der Einigungsstelle - soweit er zur Überprüfung des Senats steht – ist daher wirksam.“*

## 4b. Sind Einsichtsrechte des Betriebsrats erzwingbar?

### „Telefonanlage-Entscheidung“

(BAG, Beschluss vom 30. August 1995 – 1 ABR 4/95)

*„Der Spruch der Einigungsstelle enthält [...] eine in sich geschlossene, praktikable und sinnvolle Regelung des Einsatzes der ACD-Telefonanlage in den Reservierungszentralen der Arbeitgeberin. Die Bestimmungen über die Beteiligung des Gesamtbetriebsrats vor [...] und über die Beteiligung der Betriebsräte bei Schulungen an dem System (§ 6) und **über die Kontrollrechte der Betriebsräte bei der Verwendung des Systems (§ 7) sind [...] sinnvoll anwendbar.**“*

## 4c. Sind Verfahrensrechte des Betriebsrats erzwingbar?

### **Videoüberwachung im Briefverteilzentrum**

(BAG, Beschluss vom 26.08.2008 - 1 ABR 16/07)

Nach dieser Entscheidung sind zulässig und erzwingbar:

Regelung einer **Informationsverpflichtung** des Betriebsrats im Hinblick auf Feststellungen eines konkreten Diebstahlsverdachts. Der Betriebsrat ist vor Einsatz der Videoanlage durch den Betriebsleiter bzw. durch die Mitarbeiter der Konzernsicherheit zu informieren.

#### 4c. Sind Verfahrensrechte des Betriebsrats erzwingbar?

Zudem wurde eine **Regelung eines Zwei-Schlüssel-Systems** für zulässig erklärt, nachdem die Aktivierung der Überwachung nur durch Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam geschaltet werden kann.

Schließlich wurde auch die **Regelung einer Einigungsstelle zur Entscheidung über künftige Einzelfälle** für wirksam gehalten, sofern das Prüfprogramm für die Einzelfallentscheidung im Spruch vorgegeben ist.

Die konkrete Regelung im Spruch lautete:

„Sofern diese Betriebsvereinbarung das Einvernehmen mit dem BR bzw. die Zustimmung des BR erfordert und innerhalb von drei Tagen das Einvernehmen nicht hergestellt bzw. die Zustimmung nicht erteilt wurde (z. B. zum Betrieb der Anlage gemäß § 6), entscheidet auf Antrag die Einigungsstelle.“

## 4d. Ist der Ausschluss von Leistungs- und Verhaltenskontrollen erzwingbar?

Dies ist zulässig, zumal es dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalts entspricht.

Streitig ist nur, ob ein pauschaler Ausschluss, ohne Abwägung und Ausnahmen gemessen an Art. 7 RL 95/46/EG (heute 6 Abs.1 f. DSGVO) zulässig ist oder gegen den Grundsatz der Vollharmonisierung verstößt (so wohl BAG Urteil v. 29.06.2017 – 2 AZR 597/16).

„Wären anlassbezogene Datenerhebungen ausschließlich gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zur Aufdeckung von Straftaten zulässig, würden zu den in Art. 7 der RL 95/46/EG genannten zusätzliche Grundsätze eingeführt, was der RL 95/46/EG widerspräche. Art. 7 RL 95/46/EG sieht eine erschöpfende und abschließende Liste der Fälle vor, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist (EuGH 24. November 2011 – C-468/10 und C-469/10 – [ASNEF] Rn. 30, Slg. 2011, I-12181).“

## 4d. Ist der Ausschluss von Leistungs- und Verhaltenskontrollen erzwingbar?

In der Praxis kann man die Frage dadurch lösen, dass es oft auch aus Sicht von Betriebsräten, Ausnahmetatbestände geben darf, in denen eine Leistungs- und/oder Verhaltenskontrolle möglich sein soll, zB beim Verdacht auf (schwere) Straftaten oder (schwere) Pflichtverletzungen.

Auch die Regelungstechnik, Leistungs- und Verhaltenskontrollen sind verboten, es sei denn, sie ist durch Betriebsvereinbarung erlaubt, ermöglicht Abwägungsprozesse, im Falle der zwingenden Mitbestimmung ist die Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmer und des Betriebes zwingend vorgegeben.

## 4e. Sind Verwendungsverbote zulässig und erzwingbar?

Verwendungsverbote sind insbesondere Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbote

Hier gelten die Ausführungen unter 4d. entsprechend.

Die positive Regelung von Verwendungsverboten ist wichtig, da das BAG aus der bloßen Verletzung einer Betriebsvereinbarung oder von Mitbestimmungsrechten keine Verwendungsverbote ableiten will.

Diese Rechtsprechung ist zu kritisieren und dürfte angesichts Art.88 DSGVO und § 26 Abs.4 DSGVO auf die neue Rechtslage nicht übertragbar sein.

## 4e. Verwendungsverbot bei Verletzung einer Betriebsvereinbarung

- Die „Lippenstift“-Entscheidung aus dem Jahr 2007 - Die dort verletzte Betriebsvereinbarung enthielt allerdings kein ausdrückliches Verwendungsverbot.  
(BAG, 2. Senat, Urteil vom 13.12.2007 - 2 AZR 537/06)

Anders die Entscheidung des LAG BB aus dem Jahr 2009 „Löschung aller Daten eines Großkunden aus dem Email-Account“ (LArbG Berlin-Brandenburg 09.12.2009, 15 Sa 1463/09) - Hier war ein Verwendungsverbot in der GBV geregelt.

Die Klausel in der GBV war wie folgt gefasst:

„Beschäftigtendaten, die entgegen dieser GBV erfasst, gespeichert oder ausgewertet werden, dürfen nicht verwendet werden. Personelle Maßnahmen, die auf Informationen beruhen, die unter Verstoß gegen diese GBV gewonnen wurden, sind unwirksam.“

## 4e. Verwendungsverbot bei Verletzung einer Betriebsvereinbarung

Das LAG bemängelte:

Bei Auswertung der Protokolldatensätze hätte die Beklagte nicht nur berechtigte Systemadministratoren, sondern auch einen Mitarbeiter der Bereichsdirektion Personal oder der Rechtsabteilung sowie des betrieblichen Datenschutzbeauftragten und ein Mitglied des zuständigen Regionalbetriebsrates hinzuziehen müssen. Dies ist nicht erfolgt. Vielmehr haben die Systemadministratoren allein das notwendige Protokoll erstellt. Damit liegt ein Verstoß gegen diese GBV vor, was nach Ziff. 9.2 zur Folge hat, dass die Kündigung, die auf diesen Informationen beruht, unwirksam ist.

## 4e. Verwendungsverbot bei Verletzung einer Betriebsvereinbarung

Diese enthält eine eindeutige Regelung dahingehend, dass personelle Maßnahmen unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam sind. Insofern führt der hier festzustellende Verstoß gegen die Verfahrensregelungen in Ziffer 4.3 der GBV zur Unwirksamkeit der hiesigen Kündigung.

Im Gegensatz zu den gesetzlichen Regelungen ist in der Gesamtbetriebsvereinbarung eine eindeutige Sanktionsnorm enthalten. Eine solche Regelung ist auch zulässig. Durch kollektivrechtliche Vereinbarungen auch im Rahmen einer Betriebsvereinbarung können günstigere Regelungen im Verhältnis zum Kündigungsschutzgesetz geschaffen werden.

## 4f. Verbot von personellen Maßnahmen wegen Verletzung der Betriebsvereinbarung/Ausschluss von Kündigungen

Es gelten die Ausführungen zu 4e entsprechend.

Interessant können hier auch Differenzierungen werden.

Beispielsweise:

Ausschluss von Schlechtleistungs- Abmahnungen und kündigungen, die auf Daten beruhen, die durch technische Einrichtungen gewonnen wurden, auch wenn keine Verletzung der BV vorliegt.

Oder:

Abmahnung und Kündigung ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB und nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig. Der Betriebsrat ist bei Vorliegen über die Tatsachen umfassend zu unterrichten. Sollte die Zustimmung nicht gegeben werden, entscheidet die Einigungsstelle (vgl. BAG 26.8.2008 - Videoüberwachung im Briefverteilzentrum).

## 5. Empfiehlt sich der Abschluss von Rahmenbetriebsvereinbarungen?

Es kommt darauf an:

Arbeitgeber legen Rahmenbetriebsvereinbarungen vor, die sehr problematisch sind, weil sie weder datenschützend sind noch beteiligungsfreundlich und betriebsverfassungskonform.

Aber: Man sollte diese Situation auch als Chance und Möglichkeit begreifen, Datenschutz zum Thema zu machen.

Empfehlenswert ist der Abschluss einer Rahmenbetriebsvereinbarung, der die Vorgaben der DSGVO für das Unternehmen und den Betrieb konkretisieren und für die Beschäftigten und den Betriebsrat handhabbar machen.

Ich verweise hier auf den Aufsatz „Betriebsvereinbarung und die DSGVO“ von Matthias Wilke, Dr. Eberhard Kiesche und Thomas Berger im Extra-Heft der AiB zum Datenschutz aus dem August 2018, der sich ausführlich mit Chancen und Risiken von Rahmenbetriebsvereinbarungen beschäftigt.

[https://www.bgghp.de/upload/Betriebsvereinbarung\\_und\\_die\\_DSGVO\\_AiB\\_EXTRA\\_August\\_2018.pdf](https://www.bgghp.de/upload/Betriebsvereinbarung_und_die_DSGVO_AiB_EXTRA_August_2018.pdf)

## **C. Selbstkontrolle oder Fremdkontrolle durch Arbeitgeber und bDSB?**

## 1. Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

### Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

„Die vom Betriebsverfassungsgesetz geforderte Unabhängigkeit der Betriebsräte vom Arbeitgeber schließt eine Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten nach §§ 36 V, 37 BDSG aus...

Betriebsräte – und damit auch der Gesamtbetriebsrat – unterliegen nicht der Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach §§ 36 V und 37 BDSG. Ein Kontrollrecht des Datenschutzbeauftragten wäre mit der vom Betriebsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Unabhängigkeit des Gesamtbetriebsrats von der Arbeitgeberin unvereinbar. **Ein so massiver und wertungswidersprüchlicher Eingriff in ein Strukturprinzip des Betriebsverfassungsgesetzes kann dem Bundesdatenschutzgesetz nicht entnommen werden.** Das Gesetz erweist sich insoweit als lückenhaft, als es keine Vorschriften über das Verhältnis der beiden Organe zueinander enthält.

## 1. Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

### **Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB**

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

Diesem Verständnis steht nicht entgegen, daß auch die Betriebsräte bei der Verarbeitung von Daten dem Bundesdatenschutzgesetz unterworfen sind, und daß hinsichtlich ihrer Datenverarbeitung im Interesse des Datenschutzes grundsätzlich auch eine Kontrolle angezeigt erscheint. Betriebsräte haben zwar nach § 80 I Nr. 1 BetrVG – ähnlich dem Datenschutzbeauftragten – die Aufgabe, über die Einhaltung des Bundesdatenschutzgesetzes zu wachen, denn es handelt sich hierbei um ein zugunsten der Arbeitnehmer geltendes Gesetz (BAGE 54, 278 [286 f.] = NJW 1987, 2894 = NZA 1987, 747 = AP Nr. 29 zu § 80 BetrVG 1972 [zu B II 2 a]).

**Dieser Kontrollauftrag schließt aber die Gefahr nicht aus, daß dem Betriebsrat beim eigenen Umgang mit personenbezogenen Daten Verstöße gegen Vorschriften des Datenschutzes unterlaufen. Die erforderliche Kontrolle der Betriebsräte muß aber nach der Konzeption des Bundesdatenschutzgesetzes nicht zwingend durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten erfolgen.**

## 1. Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

### Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

„Zutreffend hat das LAG erkannt, daß der betriebliche Datenschutzbeauftragte keine **„neutrale Stellung“** zwischen Arbeitgeberin und Gesamtbetriebsrat einnimmt. ...

**Der Datenschutzbeauftragte wird nach § 36 I BDSG vom Arbeitgeber ausgewählt und bestellt. Der Bestellungsakt als solcher unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.** Der Betriebsrat hat auch kein Beteiligungsrecht, das es ihm – wie etwa bei der Bestellung und Abberufung angestellter Betriebsärzte oder Fachkräfte für Arbeitssicherheit nach § 9 III ASiG – ermöglichen würde dafür zu sorgen, daß das Amt von einer Person auch seines Vertrauens wahrgenommen wird. Hinsichtlich des Datenschutzbeauftragten kommt lediglich das an enge gesetzliche Voraussetzungen gebundene Zustimmungsverweigerungsrecht des § 99 BetrVG in Betracht, sofern die Bestellung zugleich als Versetzung oder Einstellung im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Handelt es sich beim Datenschutzbeauftragten um einen leitenden Angestellten oder um einen externen Beauftragten, der nicht in den Betrieb eingegliedert wird, so fehlt selbst dieses Zustimmungsverweigerungsrecht (BAGE 76, 184 [190 ff.] = NZA 1994, 1049 = AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung [zu B II 2]).“

## 1. Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

### Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

„Der Feststellung, daß der Datenschutzbeauftragte als “verlängerter Arm” des Arbeitgebers handelt, stehen auch die Vorkehrungen nicht entgegen, die in § 36 BDSG zur Sicherung seiner objektiven Amtsausübung enthalten sind. Allerdings ist der Datenschutzbeauftragte frei von fachlichen Weisungen. Dies entzieht ihn indessen nicht der allgemeinen Dienstaufsicht durch den Arbeitgeber, der seine ordnungsgemäße Amtsausübung zu überwachen hat. **Der Arbeitgeber kann aufgrund seiner Verantwortung für die Durchführung des Bundesdatenschutzgesetzes dem Datenschutzbeauftragten Prüfaufträge erteilen; lediglich über Einzelmaßnahmen entscheidet dieser eigenverantwortlich.** Auch der Umstand, daß der Datenschutzbeauftragte wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden darf, und daß er nur aus wichtigem Grund entsprechend § 626 BGB oder auf Verlangen der Aufsichtsbehörde abberufen werden kann, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Diese Regelungen schützen den Datenschutzbeauftragten zwar bei seiner Amtsausübung, **ändern aber nichts daran, daß diese als Stabsfunktion im Auftrag des Arbeitgebers erfolgt** und nicht unmittelbar wirksam wird; wenn im Unternehmen Mängel beim Datenschutz festgestellt werden, ist es der Arbeitgeber, der Abhilfemaßnahmen ergreifen muß.“

## 2. Kontrolle nur, wenn Betriebsrat bei Bestellung und Abberufung MBR hätte und über eigene Handlungsmöglichkeit verfügt

### **Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB**

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

„Die vorstehenden Überlegungen bedeuten keineswegs, daß eine Kontrolle des Betriebsrats durch den Datenschutzbeauftragten grundsätzlich ausgeschlossen sein müßte. Vielmehr sind gesetzliche Regelungen denkbar, die das Verhältnis der beiden angemessen und widerspruchsfrei erfassen könnten. So **wäre eine Kontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten wohl dann unbedenklich, wenn dieser – etwa aufgrund entsprechender Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei seiner Bestellung und Abberufung – des Vertrauens beider Seiten in gleicher Weise bedürfte und unabhängig vom Arbeitgeber über eigene Handlungsmöglichkeiten verfügte.**

### 3. Betriebsrat ist an Datenschutz gebunden und wird durch Aufsichtsbehörde kontrolliert

#### **Keine Kontrolle des Betriebsrats durch den bDSB**

BAG 11.11.1997 – 1 ABR 21/97)

„Schließlich führt die Verneinung der Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht etwa dazu, daß der Betriebsrat sich in einem datenschutzfreien Raum bewegen würde. **Vielmehr bestehen ihm gegenüber in gleicher Weise Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörde** nach § 38 BDSG, wie dies gegenüber Unternehmen ohne Datenschutzbeauftragte der Fall ist. Auf eine Anrufung durch den Datenschutzbeauftragten ist **die Aufsichtsbehörde** nach § 38 BDSG nicht angewiesen; vielmehr ist sie **verpflichtet, jedem schlüssig begründeten Anlaß zur Kontrolle nachzugehen.**

## 4. Die Selbstkontrolle des Betriebsrats

- Das BAG stellte in seiner Entscheidung aus 1997 auch fest, dass die Datenverwendung des Betriebsrats nicht der Kontrolle des Arbeitgebers und des betrieblichen DSB unterliegt. Stichwort: Gegnerfreiheit
- Der Betriebsrat unterliegt selbst aber auch den Datenschutzgesetzen.
- Bei Verletzungen kann es zur Haftung kommen, zB zivilrechtlich gegenüber Beschäftigten, strafrechtlich, ordnungsrechtlich. Auch eine arbeitsrechtliche Verantwortung bis hin zur außerordentlichen Kündigung oder ein Ausschlussverfahren oder eine Amtsenthebung des Gremiums sind denkbar
- Er muss daher eine umfassende Selbstkontrolle für sein eigenes Datenschutzmanagement einführen.
- Er hat eigenständig über alle erforderlichen Maßnahmen des Datenschutzes und der Datensicherheit nach § 9 und Anlage zu § 9 BDSG zu beschließen.
- Er unterliegt der Aufsicht durch die Landesdatenschutzbeauftragten.

## 5. Die Schaffung eines Sonderbeauftragten und einer Geschäftsordnung

### **Geschäftsordnung    Datenschutz    und    Bestellung    eines    Sonderbeauftragten Datenschutz**

1. Der Betriebsrat sollte sich eine Geschäftsordnung zu Datenschutz und Datensicherheit als Konzept der Selbstbindung auferlegen.
2. Der Betriebsrat sollte einen Sonderbeauftragten Datenschutz und Datensicherheit aus seinen Reihen bestellen, der die Aufgabe der Selbstkontrolle des Gremiums wahrnimmt.
3. Alternativ ist die Errichtung eines Ausschusses mit dieser Aufgabe zu errichten. Hier besteht auch der Vorteil, dass der Ausschuss mit der Wahrnehmung selbstständiger Aufgaben betraut werden kann.
4. Diese Organe können sich dann mit den Einzelheiten, wie der Führung eines Verfahrensverzeichnisses, der Informations- und Auskunftsrechte von Beschäftigten gegenüber dem Betriebsrat etc. beschäftigen.

## 6. Zugriffskontrollen und Sicherungen

### Zugriffskontrolle:

1. Zugriffskonzept im Betriebsrat? Was ist mit § 34 Abs. 3 BetrVG?
2. Zugriff durch Administratoren?
3. Sicherheit der BR-Daten im System des AG? (LAG Köln 09.07.2010 4 TaBV 25/10)
4. Stand-Alone-Lösung?
5. Verschlüsselungsprogramm (z.B. TrueCrypt). Problem: Bereitstellung durch AG
6. Externe Festplatte? Nur mit Zustimmung des AG
7. Backup der Daten sicherstellen
8. E-Mailadressen für die BR-Mitglieder (Problem: Einsichtsrecht der anderen BR-Mitglieder).

## 7. Datenminimierung und Löschkonzept

1. Die Aufstellung eines Löschkonzepts (Vorsicht § 34 Abs.3 BetrVG!!)
2. Löschung der Daten, die nicht mehr benötigt werden, Ausnahmen: gesetzliche Aufbewahrungsfristen für den Betriebsrat (z.B. Wahlunterlagen zur Betriebsratswahl).
  - Problem: Muss bzw. darf der BR hier die gleichen Fristen wie der AG einhalten?
2. Verwendung von Statistiken anstelle von Beschäftigtendaten.
3. Verwendung von möglichst anonymisierten oder pseudonymisierten Daten.
  - Beispiel: Anzeige von Verletzungen des ArbZG bei den Behörden.

**D. Wie sollte der Betriebsrat sich im Hinblick auf die (teilweise neuen) Anforderungen organisieren?**

# 1. Die Obliegenheit und die Rechtspflicht, den Datenschutz im Unternehmen durchzusetzen

Der Betriebsrat hat folgende allgemeine Aufgaben:

1. darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden

Zu den Gesetzen gehören auch die DSGVO und das BDSG.

Sollten Betriebsvereinbarungen aufgrund Art. 88 DSGVO geschaffen werden, auch diese.

Gegenüber den Mitarbeitern ist er selbst auch verpflichtet, die Regelungen der DSGVO einzuhalten. Insoweit kommt ihm auch eine Rechtspflicht und nicht nur eine Obliegenheit zu.

## 2. Das Erkennen und Wahrnehmen von Mitbestimmungs- und Gestaltungsrechten

Der Betriebsrat hat aufgrund der oben gezeigten Mitbestimmungsrechte, starke Gestaltungsrechte.

Verstärkt werden diese durch die von der DSGVO und dem BDSG ins Zentrum gerückten Möglichkeiten, Betriebsvereinbarungen mit umfassenden Anwendungsbereich mit Regelungsgegenstand Datenverarbeitung und Datenschutz abzuschließen.

### 3. Die notwendigen Ressourcen

Will der Betriebsrat die Überwachungs- und Gestaltungsrechte wahrnehmen, muss er für die entsprechenden Ressourcen sorgen.

Hier stehen ihm zur Verfügung:

Die Bildung von Ausschüssen

Die Schulung der Mitglieder des Betriebsrats durch Grundlagenschulungen. Angesichts gestiegener Haftungsrisiken, dürfte Datenschutz als Grundlagenschulung anzuerkennen sein.

Spezienschulungen für BR-Mitglieder, die sich in Ausschüssen oder sonstig mit dem Thema beschäftigen.

Heranziehung von Hilfspersonal nach § 40 BetrVG bzw. nach § 80 Abs.2 als Auskunftsperson.

### 3. Die notwendigen Ressourcen

Angesichts bestehender Rechtsunsicherheiten, der Bedeutung der Angelegenheit und der rechtlichen und tatsächlichen Komplexität ist die Hinzuziehung von Sachverständigen durch den Betriebsrat nach § 80 Abs. 3 BetrVG grundsätzlich erforderlich.

Dies ermöglicht professionelle Beratung des Betriebsrats und Verhandlungen auf Augenhöhe.

Für IT-Vereinbarungen sind sowohl technische als auch anwaltliche Sachverständige hinzuziehen.

Es kann auch der Gefahr begegnen, dass Betriebsvereinbarungen das Datenschutzniveau der DSGVO unterschreiten, was nach einer Meinung zulässig sein soll, aber abzulehnen ist.

## E. Rechtsprechung

## 31. Rechtsprechung

„**Datenschutz ist kein Tatenschutz**“ – Videoaufzeichnungen aus offener, dem Mitarbeiter bekannter oder erkennbarer Überwachung dürfen lange aufbewahrt werden – Aber nicht als Druckmittel

BAG, Urt. v. 23.08.2018 – 2 AZR 133/18

Die Entscheidung **Barbulescu v. Rumänien**: Kündigung des Arbeitnehmers bei privater Internetnutzung; Grundsätzlich keine Kontrollmaßnahme, ohne vorher den Arbeitnehmer über die Kontrollmaßnahme, ihren Umfang und ihre Rechtsfolgen zu informieren.

EGMR, Urteil vom 05.09.2017 – Application No. 61496/08 – Barbulescu v. Romania  
Überwachung mittels Keylogger – Umfassende Überwachung führt zum Verwertungsverbot

BAG, Urteil vom 27.07.2017 - 2 AZR 681/16

## 1. Rechtsprechung

Überwachung mittels **Keylogger** und Screenshots – Umfassende Überwachung führt zum Verwertungsverbot

BAG, Urteil vom 27.07.2017 - 2 AZR 681/16

**Detektivüberwachung wegen vorgetäuschter Erkrankung und Konkurrenzfähigkeit** – Überwachung durch Detektiv – Keine strengeren Maßstäbe der Datenverarbeitung als in Art.7 RL – Vollharmonisierung – Daher ist eine Regelung, die pauschale Unzulässigkeit der Datenerhebung zur Aufdeckung von schwerwiegenden Pflichtverletzung vorsieht, ohne dass es auf Verhältnismäßigkeit unter Abwägung der beiderseitigen Interessen ankommt, unzulässig.

BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 2 AZR 597/16

## 1. Rechtsprechung

**Spruch der Einigungsstelle zur GBV „Belastungsstatistik“ ist rechtswidrig -**

Technische Überwachungseinrichtung zur Erfassung, Speicherung und Auswertung von Arbeitsschritten führt dann zur Rechtswidrigkeit, wenn damit das wesentliche Arbeitsverhalten anhand quantitativer Kriterien während der gesamten Arbeitszeit erfasst wird

BAG, Beschluss vom 25.04.2017 – 1 ABR 46/15

**Busfahrer verletzt die aus einer BV folgende Pflicht zur Teilnahme an einem**

**elektronischen Warn- und Berichtssystem von Fahrereignissen – Außerordentliche**

Kündigung – Rechtsgrundlage BV oder § 32 I 1 offengelassen – Hopping ist danach

eingeschränkt möglich, weil es bei Prüfung der Voraussetzungen des § 32 I 1 dann doch auf

die näheren Regelungen der BV ankommt.

BAG, Urteil vom 17.11.2016 – 2 AZR 730/15

## 2. Links

### [Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute der IG Metall](#)

Artikel [„Datenschutz – das ändert sich“](#) aus der AiB vom März 2018 von Matthias Wilke, Dr. Eberhard Kiesche und Thomas Berger

Artikel [„Update Betriebsvereinbarungen“](#) aus der AiB vom März 2018 von Matthias Wilke, Dr. Eberhard Kiesche und Thomas Berger

- Auszug daraus: [„Eckpunkte einer Rahmenbetriebsvereinbarung aus Betriebsratsicht“](#)
- Auszug daraus: [„Zehn gute Gründe, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge zum Datenschutz abzuschließen“](#)

Artikel [„Betriebsvereinbarung und die DSGVO“](#) aus der AiB-Sonderausgabe vom August 2018 von Matthias Wilke, Dr. Eberhard Kiesche und Thomas Berger

Aufsatz „*DSGVO und Betriebsvereinbarungen*“ in Begleitende Seminarunterlagen - Neues Datenschutzrecht von DGB, dtv und SoliServ vom September 2018 von Thomas Berger

## Haben Sie Fragen, Anregungen oder Kritik?

Fragen, Anregungen, aber auch Kritik sind erwünscht. Gern können Sie mir schreiben.

Thomas Berger,  
Berlin, den 7. November 2018

[berger@bghp.de](mailto:berger@bghp.de)

**Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!**

## Gesetzliche Vorschriften

- [§ 26 BDSG-neu](#)
- [Artikel 88 DSGVO](#)

## § 26 BDSG-neu: Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

- (1) Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

## § 26 BDSG-neu: Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

(2) Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. 4Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

## § 26 BDSG-neu: Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

(3) Abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Absatz 2 gilt auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; die Einwilligung muss sich dabei ausdrücklich auf diese Daten beziehen. § 22 Absatz 2 gilt entsprechend.

## § 26 BDSG-neu: Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

- (4) Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Artikel 88 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.
- (5) Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass insbesondere die in Artikel 5 der Verordnung (EU) 2016/679 dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden.
- (6) Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.
- (7) Die Absätze 1 bis 6 sind auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, von Beschäftigten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

## § 26 BDSG-neu: Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

(8) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, einschließlich der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher,
2. zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte,
3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden),
4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte,
5. Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten,
6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
7. Beamtinnen und Beamte des Bundes, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende.

Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, gelten als Beschäftigte.

## Art. 88 DSGVO Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

- (1) Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere 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, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

## Art. 88 DSGVO Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

- (2) Diese Vorschriften umfassen geeignete 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.
- (3) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.