

Mannheim 29.11.2017

BVs, Datenschutz, DSGVO und BR“

Dr. Robert Selk, LL.M.

Externer Datenschutzbeauftragter
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht

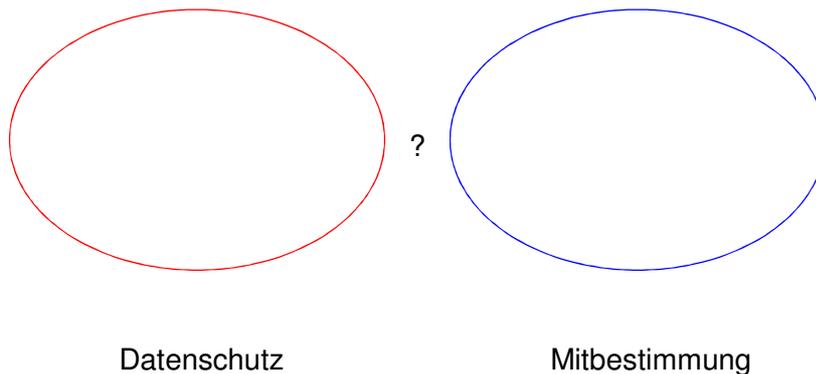
S · S · H

Rechtsanwälte

Agenda

1. **Datenschutz & Mitbestimmung: Was ist in BVs zu beachten?**
2. Welche Änderungen für BVs ergeben sich aus der DSGVO?
3. Rolle des BR/ Datenschutz im BR Büro

Schnittmenge



(c) Dr. Robert Selk 2017

3

Schnittmenge: Der Datenschutz

- **Kernaussage**
 - **Begriff: Datenschutz**
 - Nicht die Daten sind geschützt, sondern die Menschen vor einer Verdatung
 - „Verdatungsschutz“, ist rechtliches Thema
 - Grundregel: Verbotssprinzip
 - **Begriff: Datensicherheit**
 - Hier sind die Daten geschützt! Ist technisches und organisatorisches Thema
- **Datenschutz**
 - Dort geht es (nur) um Daten, die auf Menschen bezogen sind: Denn nur über diese erfolgt eine „Verdatung“ von Menschen
 - = (auf) „Personen bezogene Daten“
 - Alle personenbezogenen Daten sind erfasst, egal ob öffentlich, geheim, in Verzeichnissen, etc.

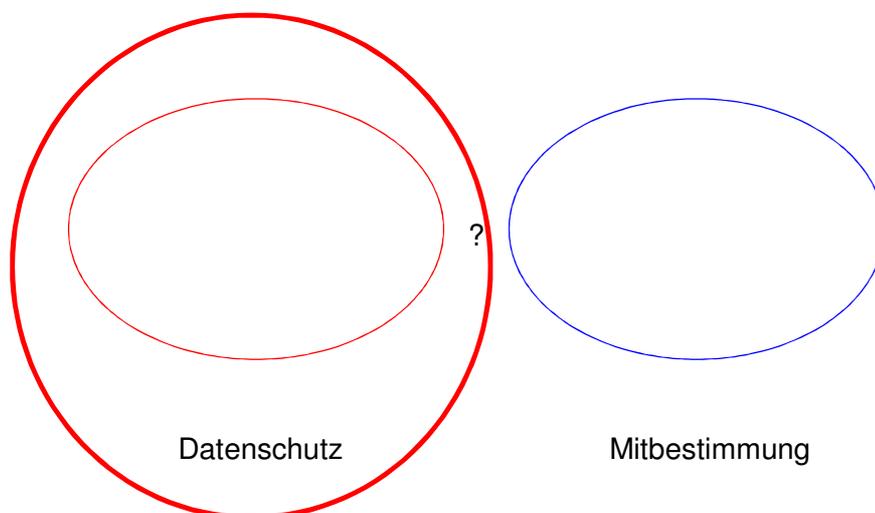
(c) Dr. Robert Selk 2017

4

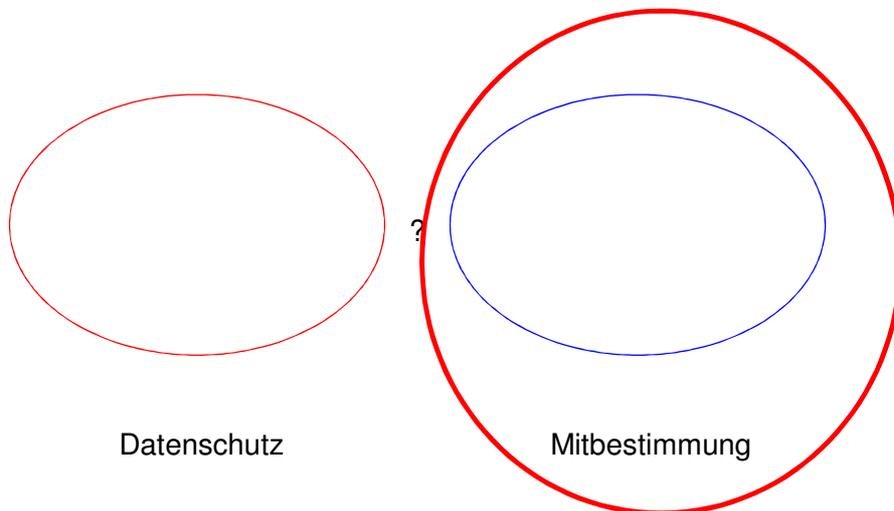
Schnittmenge: Der Datenschutz

- Datenkategorien im Beschäftigungsverhältnis:
 - Stammdaten (auch: Statusdaten o.Ä.)
 - Name, Bankverbindung, Alter, Privatanschrift, Personenstand, etc.
 - Betriebsdaten
 - Zugehörigkeit zu einer Abteilung
 - Eingliederung in Hierarchie/ Vorgesetzte
 - Die während der Tätigkeit anfallenden Daten
 - Erstellte/ Versandte Korrespondenz/ Emails
 - Urlaubsdaten, Zeitdaten, Teilnahmen an Fortbildungen
 - „Bewegungsdaten“ in Software (via Protokolle)
 - Etc.

Schnittmenge: Der Datenschutz



Schnittmenge: Die Mitbestimmung



(c) Dr. Robert Selk 2017

7

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

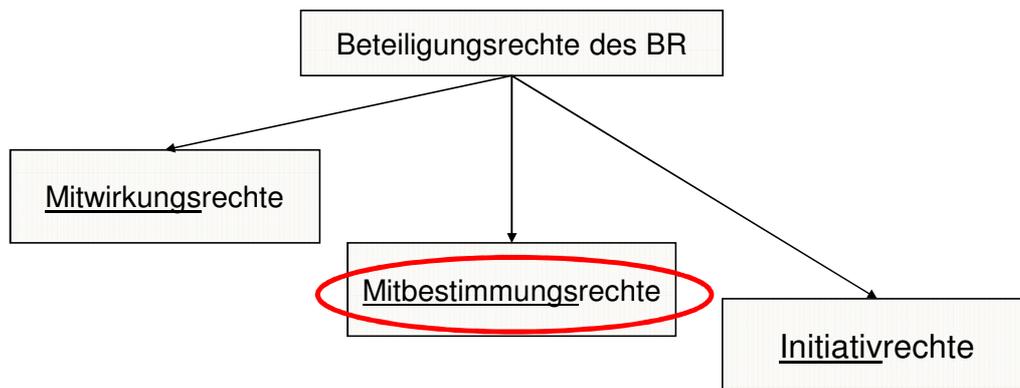
- Schnittmenge: Was regelt das BetrVG zum Datenschutz?
 - Antwort: Nichts!
- Aber (immerhin):
 - § 75 Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen
 - (2) Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben die Selbstständigkeit und Eigeninitiative der Arbeitnehmer und Arbeitsgruppen zu fördern.
- Datenschutz = Persönlichkeitsrecht
 - Geschützt ist „nur“ Entfaltung, nicht der Schutz vor Verdattung
 - BetrVG beinhaltet damit nur Schutzauftrag, aber keine Vorgaben
 - Eigentlicher „Verdattungsschutz“ resultiert aus Datenschutzgesetzen
 - Schutzauftrag ≠ Mitbestimmung!
 - Dazu bedarf es gesetzlichen Mitbestimmungsrechts

(c) Dr. Robert Selk 2017

8

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Wie kann BR Aufgabe zum Schutz nachkommen?



(c) Dr. Robert Selk 2017

9

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Hier: Mitbestimmungsrechte
 - BR ist bei Entscheidungen des AG gleichberechtigt
 - AG und BR müssen sich einig werden, sonst geht es nicht weiter
 - Bei fehlender Einigung: „Zwangsvereinbarung“ über sog. Einigungsstelle
 - Ausübung der Mitbestimmung
 - In der Regel durch: Abschluss einer Betriebsvereinbarung (BV)
- Wichtige Frage:
 - Was an einer Personaldaten-Verarbeitung ist (noch) mitbestimmt, was nicht (mehr)? Zwei Teilfragen
 - Welche Daten sind mitbestimmt?
 - Welche Datenverarbeitungs-Vorgänge sind mitbestimmt?

(c) Dr. Robert Selk 2017

10

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Was genau ist mitbestimmt?
 - „Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:...“
 - „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen;“
 - Mitbestimmung also (nur),
 - „Soweit nicht“ gesetzlich oder per TV vorgegeben
 - Denn dann hat AG schon selbst keinen Spielraum
 - technische Einrichtung mit Bestimmung zur Überwachung
 - zur Verhaltens- oder Leistungskontrolle bestimmt

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

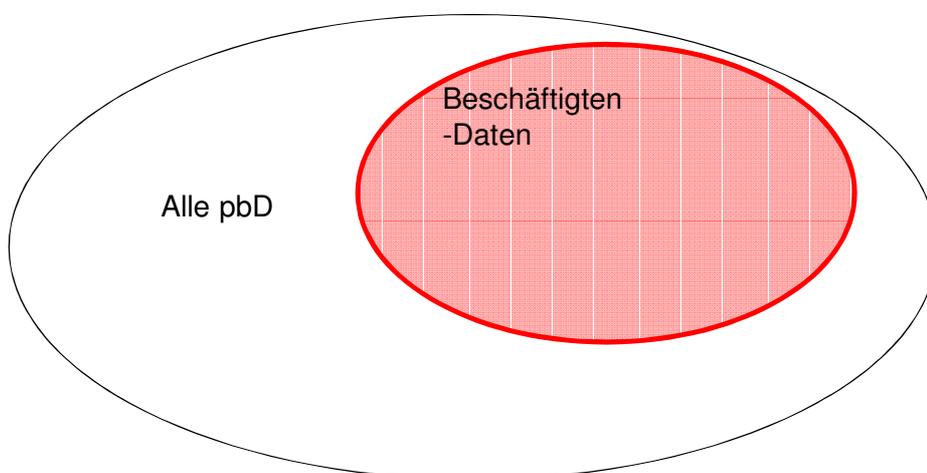
- Zu „Technische Einrichtung“ „zur Überwachung bestimmt“
 - Technische Einrichtung: keine spezifischen Anforderungen
 - optische, mechanische, elektronische etc. Geräte
 - Zur Überwachung „bestimmt“
 - Wichtig: Ist gem. BAG als „objektiv geeignet“ zu lesen!
 - Ansonsten hätte es AG über Zweckbestimmung in der Hand, Mitbestimmung auszuhebeln.
 - Umfang? Gesamte Einrichtung oder nur Teile?
 - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: „Die“ technische Einrichtung ist mitbestimmt,
 - Also als ganzes! Nicht nur bestimmte Vorgänge, wie Erheben
 - Beispiele
 - Videoüberwachungsanlagen, Telefonanlagen, PCs, Software, Kartenleser
Zeiterfassung, GPS, Handys, Firewalls, etc.

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Zu „zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle“
 - Es geht damit zwangsläufig nur um Daten, die Leistung und/ oder Verhalten beschreiben
 - Darüber erfolgt wesentliche Einschränkung!
 - Sehr wichtige Folge
 - Damit nicht erfasst: Stammdaten, Betriebsdaten
 - Haben weder etwas mit (Arbeits-)Verhalten noch mit Leistung zu tun
 - Dagegen regelmäßig erfasst: Während Tätigkeit anfallende Daten
 - Denn diese fallen ja gerade aufgrund eines Verhaltens/ Leistung an
 - Folge
 - nur Umgang mit „leistungs- oder verhaltensrelevanten Daten“ ist mitbestimmt

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Verhältnis: Alle Daten – Leistungs-/Verhaltensdaten



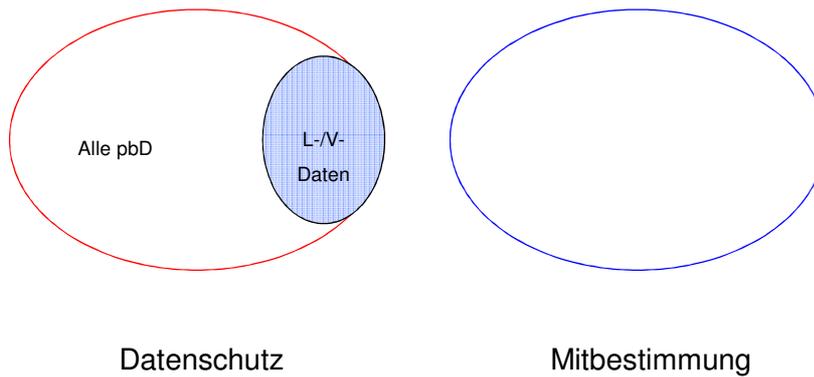
Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Wichtige Praxisfragen:
 - Leistungs- und Verhaltenskontrolle = grundsätzlich gestattet?
 - Ja, ansonsten gäbe es schon keine Mitbestimmung daran
 - ABER: Nur in den Grenzen des Datenschutzes
 - Das BetrVG regelt dazu nichts!
 - » Nur zur Frage, was mitbestimmt ist, nicht, was erlaubt ist
 - Dies regeln die Datenschutzgesetze
 - Mitbestimmen = Veto-Recht des BR?
 - BAG in ständiger Rechtsprechung: Nein, „nur“ mitbestimmen
 - „Nicht nein sagen, sondern mitmachen“

Schnittmenge: Die Mitbestimmung

- Ergebnis und Merkformel für Praxis:
 - Mitbestimmungsrecht des BR bei technischen Einrichtungen umfasst
 - zwar alle Daten-Verarbeitungsschritte
 - aber nur von (personenbezogenen) Leistungs- oder Verhaltensdaten
 - und nur, soweit nicht per Gesetz oder TV geregelt.

Datenschutz in BVs



(c) Dr. Robert Selk 2017

17

Agenda

1. Datenschutz & Mitbestimmung: Was ist in BVs zu beachten?
2. **Welche Änderungen für BVs ergeben sich aus der DSGVO?**
3. Rolle des BR/ Datenschutz im BR Büro

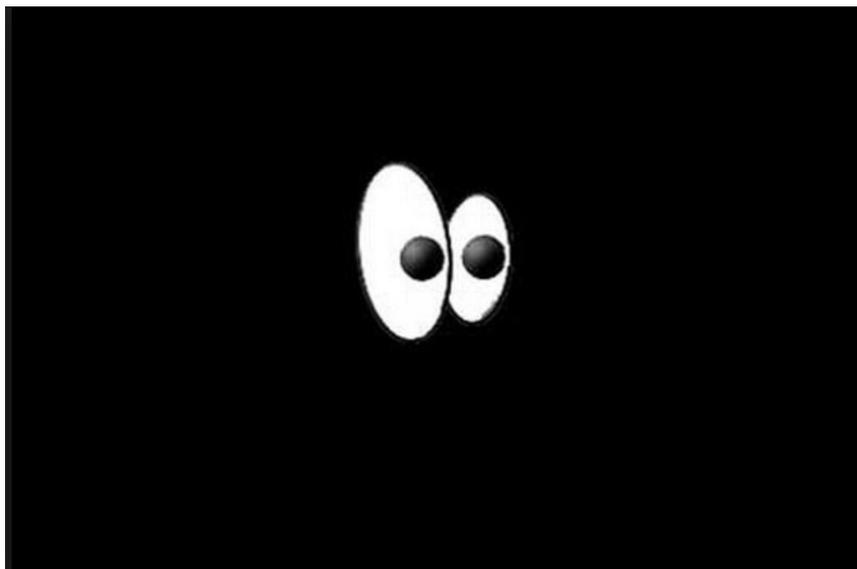
(c) Dr. Robert Selk 2017

18

DSGVO

- Situation
 - EU hat neues Datenschutzrecht: Die DSGVO
 - DSGVO löst in allen 28 EU-Ländern dortige Datenschutzgesetze ab
 - Ist seit 25.05.2016 bereits in Kraft
 - ABER: Gilt erst zum Stichtag am 25.05.2018, 0.00 Uhr
 - Ab dann: Alte Gesetze weitestgehend nicht mehr anwendbar
 - Nur noch 1 EU-Datenschutzgesetz, nicht mehr 28 nationale Gesetze

DSGVO



DSGVO



(c) Dr. Robert Selk 2017

21

Einführung

- Folge
 - Ab 25.5.2018 beginnt eine neue Ära im Datenschutz:
 - Die DSGVO gilt unmittelbar und direkt als originär europäisches Gesetz!
 - Man befindet sich damit quasi in einer anderen Rechtsordnung
 - Nicht mehr in einer deutschen Rechtsordnung
 - Sondern einer originär europäischen Rechtsordnung
- Einordnung
 - Eine EU-Verordnung steht über nationalem Recht!
 - Ist „höher“ als eine nationale Verfassung (bzw. das Grundgesetz)
 - Muss und darf nur europäisch gelesen und ausgelegt werden
 - Nicht mehr aus deutschem Blick, rein und nur europäisch
 - Anhand des sog. EU-Primärrechts

(c) Dr. Robert Selk 2017

22

DSGVO



(c) Dr. Robert Selk 2017

23

Neues BDSG

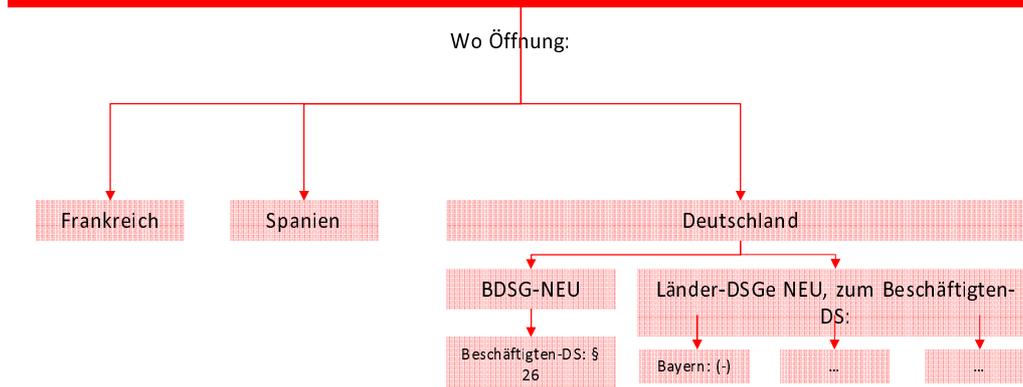
- **Öffnungsklauseln**
 - **Deutschland: BDSG-neu**
 - Hat von Öffnungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht und komplett neues BDSG geschaffen („BDSG-neu“)
 - Tritt zum 25.05.2018 in Kraft und stellt völlige Neuregelung dar
 - Hebt aktuelles BDSG auf
 - **Inhalt**
 - Anpassung an die DSGVO
 - Schon jetzt: Diskussion , ob Deutschland EU-Recht überschreitet
 - Folge: Gesetz wäre unanwendbar? An was halten?
 - § 26 BDSG-neu: Enthält Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz
 - Wichtig: Nachrangig! DSGVO steht über allen und geht vor
 - Auslegung also anhand DSGVO

(c) Dr. Robert Selk 2017

24

Welches Gesetz?

DSGVO



(c) Dr. Robert Selk 2017

25

Art. 88 (1) DSGVO

- Rechtlicher Ausgangspunkt: Art. 88 DSGVO
 - Abs. 1 DSGVO
 - „Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke (...) vorsehen“

(c) Dr. Robert Selk 2017

26

Art. 88 (1) DSGVO

- Deutschland: Im BDSG geklärt
 - Grund: § 26 BDSG-neu
 - „(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.“
 - Also
 - Regelt/ stellt klar, dass Vs/ Rechtsgrundlage sein können, also auch Regelungen enthalten dürfen
 - Damit ist die „Öffnungsklausel“ des Art. 88 Abs. 1 BDSG also genutzt
 - EU-widrig?
 - Bundesländer:
 - Dort ist es dagegen offene Frage!
 - Hängt von neuen Länder-Datenschutzgesetzen der Bundesländer ab

Art. 88 (2) DSGVO

- Art. 88 Abs. 2 DSGVO
 - *„Diese Vorschriften umfassen 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.“*

Art. 88 (2) DSGVO

- Bedeutung von Art. 88 Abs. 2 DSGVO:
 - Dies sind die zentralen Vorgaben, die Regelungen zur Datenverarbeitung in BVs/ DVs in Zukunft erfüllen müssen!
 - „umfassen“ → Keine Wahlmöglichkeit, sondern ein „muss“
 - Blick auf BDSG-neu: Betont es ausdrücklich, siehe § 26 Abs. 4 S. 2:
 - „Dabei haben die Verhandlungspartner [Artikel 88](#) Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.“
- Was bedeutet dies für BVs/ DVs?
 - BVs/ DVs müssen Art. 88 Abs. 2 DSGVO beachten

Art. 88 (2) DSGVO

- Art. 88 Abs. 2 DSGVO
 - „Diese Vorschriften umfassen **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.“

Art. 88 (2) DSGVO

- Frage 1: Was sind „*angemessene und besondere Maßnahmen*“
 - Was ist eine „*Maßnahme*“?
 - Geht es um tatsächliche Schutzvorkehrungen oder rechtliche Vorgaben?
 - Eigene Meinung: Es geht um tatsächliche Maßnahmen. Grund:
 - Wortlaut, Abs. 1 und 2 sprechen von „Vorschriften“ (=rechtlich), hier geht es explizit um „Maßnahmen“ (=faktisch)
 - Dies entspricht auch „Privacy by design“
 - » 4-Augenprinzip, Rollenkonzepte, Löschrufen, Kontrollrechte, etc.
 - bloße rechtliche Regelungen oder Verpflichtungen sind nicht ausreichend!
 - Was ist „*angemessen und besonders*“?
 - Meinung Referent:
 - Es geht um für die konkrete - in der BV/ DV behandelte – Datenverarbeitung passende, diese besondere Situation betreffende Schutzmaßnahmen
 - Allgemeinsätze und –Regelungen reichen gerade nicht aus

Art. 88 (2) DSGVO

- Beispiel für „*Maßnahme*“ iSd Art. 88 Abs. 2
 - Bisher oft im Sinne von:
 - *“AG ist verpflichtet, beim Umgang mit Personaldaten Datenschutzgesetze zu beachten“.*
 - Ist einerseits nur eine rechtliche Regelung und andererseits Selbstverständlichkeit, zudem keine tatsächliche Schutzmaßnahme
 - Mögliche neue Formulierung:
 - *„ AG kann nur zusammen mit einem Vertreter des Personalrats über ein zweigeteiltes Passwort auf die personenbezogenen Auswertungen zugreifen und muss deren Verwendung gemäß Anlage XY protokollieren; das Protokoll ist dem PR auf Wunsch zur Verfügung zu stellen. Zudem muss der Betroffene über einen Zugriff und die Auswertung vorab per _____ informiert werden und erhält in Form von _____ die Möglichkeit, dem zu widersprechen (...“)*
 - Dies wären tatsächliche Maßnahmen

Art. 88 Abs. 1 und 2 DSGVO

- Frage 2: : Dürfen Datenschutz-Vorschriften in BVs/ DVs strenger/ lockerer als DSGVO sein?
 - Lockerer?
 - Nein, nicht mehr zulässig
 - Achtung: Bisläng gemäß BAG zT denkbar
 - Strenger?
 - Ungelöste Frage
 - Contra: Vollharmonisierungsgedanke der DSGVO
 - Pro: Kompetenzfragen und Aspekt, dass Parteien „näher“ dran sind. Strenger ist immer besser?
 - Lösung: Muss Gericht entscheiden
 - Bis dahin: Sicherster Weg und Empfehlung
 - » Nur konkretisieren, weder strenger noch lockerer

Art. 88 Abs. 1 und 2 DSGVO

- Beispiele
 - *„Jede Leistungs- und Verhaltenskontrolle ist unzulässig“*
 - Wäre strenger als DSGVO, schneidet in der Regel sogar aus Datensicherheitsgründen gesetzlich notwendige Kontrollen ab
 - Folge: Könnte in dieser Pauschalität unwirksam sein
 - Lösung: fein abstufen, was noch erlaubt ist und was nicht mehr
 - *„Es gilt ein absolutes Beweisverwertungsverbot.“*
 - Wäre strenger als DSGVO → könnte unwirksam sein
- Praxisproblem
 - Was ist (noch) eine „Maßnahmen“ zum Schutz, was (schon) eine strengere Vorschrift?
 - Muss jedes Unternehmen für sich intern klären und „Marschroute“ festlegen, wie man intern damit bei BV-Erstellung umgeht.

Anpassungsbedarf?

- Sind Bestands-BVs/ DVs anzupassen?
 - Sie müssen jedenfalls Art. 88 Abs. 1 und 2 entsprechen
 - Wenn ja: dann kein Anpassungsbedarf
 - Wenn nein: Dann anzupassen
 - Situation in Praxis:
 - Anpassungsbedarf dürfte häufig sein, da viele BVs/ DVs oft keine oder nur sehr marginale „Maßnahmen“ enthalten
 - Damit To-Do:
 - Überprüfung aller BVs/ DVs, ob Vorgaben Art. 88 Abs. 2 eingehalten sind
- Frist?
 - 25.05.2018 → hoher Zeitdruck
 - Kann sehr viel Aufwand bedeuten, da bis dahin auch noch zu verhandeln ist!

Anpassungsbedarf?

- Wie praktisch vorgehen? Verschiedene Wege denkbar:
 1. Jede einzelne DV anpassen
 - Ja, machbar, enorm aufwendig
 2. „Übergreifende DSGVO-Anpassungs-Rahmen-DV“?
 - Hätte den großen praktischen Vorteil, nicht jede einzelne DVs regeln zu müssen, sondern „alle auf einmal“ über die Anpassungs-DV anzupassen
 - Praktisches Problem, wie man „besondere“ Maßnahmen vor die Klammer ziehen kann. Oft wohl kaum möglich
 - Hängt sehr von den DVs ab und wie homogen/ heterogen diese sind
 3. Einzel-Nachträge zu den DVs?
 - Ja, gut geeignet für einzelfall-spezifische Regelungen
 - Zudem würde man psychologisch die eigentliche DV nicht ändern, sondern „nur“ Nachtrag regeln → oft einfacher in Verhandlungen
 4. Idee
 - Einzel-Nachträge, die über „Rahmen-Sammel-DV“ freigegeben werden

Anpassungsbedarf?

- Folge bei Nicht-Anpassung/ fehlerhafter Anpassung:
 - Klausel, die anzupassen wäre/ falsch angepasst ist, darf datenschutzrechtlich nicht angewendet werden.
 - Es gelten allgemeinen Regelungen der DSGVO
 - „Anwendungsvorrang, kein Geltungsvorrang“
- Was heißt das? Noch vieles unklar, u.a.
 - Für Arbeitgeber: Formaler Datenschutzverstoß gegen Art. 88?
 - BR: Unterlassungsansprüche betreffend Datenverarbeitung?
 - Betroffener: Schadensersatzansprüche gegenüber AG?
- Also
 - Führt zu hohen Risiken für alle Beteiligten, v.a. AG
 - Folge: Anpassungsbedarf sorgfältig prüfen und ggfls. anpassen

Agenda

1. Datenschutz & Mitbestimmung: Was ist in BVs zu beachten?
2. Welche Änderungen für BVs ergeben sich aus der DSGVO?
3. **Rolle des BR/ Datenschutz im BR Büro**

BR und BR Büro

- BR ist Teil der verantwortlichen Stelle
 - Für BR gelten sämtliche Vorgaben der DSGVO ebenfalls
 - Soweit BR als selbst Personaldaten verarbeitet, wird benötigt:
 - Erstellung Verfahrensverzeichnis für BR-Prozesse (Art. 30)
 - Interne Datenschutz-Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten (Art. 24)
 - Genaue Datenschutz-Dokumentation (Art. 5 Abs. 2)
 - „kleines“ Datenschutz-Konzept für BR nötig
 - Information der Mitarbeiter über Datenverarbeitung im BR (Art. 13, 14 DSGVO)
 - Etc.
 - Frist: ebenfalls 25.05.2018

- Fazit

Fazit

- **Mitbestimmung und Datenschutz**
 - Ja, betreffend leistungs- und verhaltensrelevanter Daten
 - Mittel der Mitbestimmung: BVs
 - Achtung: Vorschriften in BVs zum Umgang mit Beschäftigtendaten müssen neue Vorgaben der DSGVO einhalten
- **BR**
 - Gilt auch für BR: Muss sich ebenfalls an DSGVO halten
- **To-Do's**
 - BR: interne Prozesse nach DSGVO schaffen / anpassen
 - BV: Überprüfung Bestand-BVs, ob Anpassungsbedarf besteht

Vielen Dank!

Fragen?

Dr. Robert Selk, LL.M.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für IT-Recht

S·S·H

Rechtsanwälte

Kopernikusstrasse 9, 81679 München
<http://www.kanzlei-ssh.de>