

Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und ihre Auswirkungen auf IT-Betriebsvereinbarungen

Seminararbeit

Hochschulzertifikat
„Data Protection Risk Manager“

Autor:

Markus Schliess

Rechtsanwalt
Fachanwalt Arbeits- und IT-Recht
Lehrbeauftragter (FH) Arbeits- und IT-Recht
Herdweg 94 K
70178 Stuttgart
www.schliess.de

Abkürzungsverzeichnis

BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BPerVG	Bundespersönalvertretungsgesetz
DS-GVO	EU Datenschutz-Grundverordnung
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
TOM	technische und organisatorische Maßnahmen

Inhaltsverzeichnis

		Seite
1.	Einleitung	3
1.1	Anlass der Untersuchung	3
1.2	Gegenstand der Untersuchung	4
2.	Hauptteil	5
2.1	Der geltende Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen (bis 25.05.2018)	5
2.2	Der künftige Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen (ab 25.05.2018)	7
2.3	Auswirkungen der DS-GVO auf bestehende IT-Betriebsvereinbarungen	11
2.4	Auswirkungen der DS-GVO auf künftige IT-Betriebsvereinbarungen	27
2.5	Praktische Vorgehensweise bei der Rechtsumsetzung	28
3.	Schluss	28
	Literaturverzeichnis	30

1. Einleitung

1.1 Anlass der Untersuchung

Am 24.05.2016 trat die Verordnung (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – nachfolgend: DS-GVO) in Kraft. Sie gilt nach Art. 99 DS-GVO mit unmittelbarer Wirkung in allen EU-Mitgliedsstaaten ab 25.05.2018.

Mit diesem Tag tritt damit auch in der Bundesrepublik Deutschland ein neuer Rechtsrahmen für den Schutz personenbezogener Daten durch Behörden und Unternehmen im allgemeinen und den Datenschutz der Beschäftigten bzw. Arbeitnehmer¹ im besonderen in Kraft. Der bisherige Rechtsrahmen, gebildet aus den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und zahlreicher sektorenbezogener Gesetze und Verordnungen wird damit – je nach den weiteren rechtsetzenden Schritten des nationalen Gesetzgebers - möglicherweise vollständig oder jedenfalls in weiten Teilen abgelöst².

Künftiger und bisheriger Rechtsrahmen stellen ganz überwiegend zwingendes Recht dar, von welchem mit privatautonomen Vereinbarungen nur eingeschränkt abgewichen werden darf. Hierzu zählen auch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen³ als Rechtsinstitute der Mitbestimmung und der Rechtsetzung auf betrieblicher Ebene⁴. Sie schaffen als einziges kollektivrechtliches Gestaltungsmittel zwischen dem jeweiligen Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung heute und in Zukunft unmittelbar geltendes und damit normatives Recht.

Vom ius cogens abweichende Regelungen sind bzw. wären damit unwirksam. Es gilt also,

- die derzeitigen und die künftigen zwingenden Vorschriften zu identifizieren,
- in Bezug zueinander und umzusetzen und
- die Freiräume, die von dispositivem Recht gelassen werden, auszufüllen und das Gestaltbare mit Blick auf die Interessen und Rechtspositionen der Betriebspartner und die konkreten Gegebenheiten im Betrieb zu regeln.

¹ Nachfolgend wird einheitlich der Begriff „Arbeitnehmer“ (im Sinne von § 5 BetrVG) verwendet, da der Betriebsrat nur diese vertritt; verwandte, umfassendere Begriffe („Beschäftigte“, „Mitarbeiter“) nur, sofern die gesetzliche Regelung diesen verwendet

² Zur DS-GVO als „Handlungsformen-Hybrid“ und zum (mangelnden) Bedarf zur „Umsetzung in deutsches Recht“ Kühling /Buchner, Einführung RdNr. 98 und 101, auch Laue/Link/Kremer S. 270 f.

³ Zu Dienstvereinbarungen ist eine gesonderte Untersuchung erforderlich unter Berücksichtigung der besonderen, wen auch dem BetrVG verwandten Bestimmungen des Personalvertretungsrechts und des Sektorendatenschutzes insbes. des SGB (etwa: Auswirkungen der DS-GVO im Hinblick auf „Sozialdaten“)

⁴ Zur Betriebsvereinbarung als Institut des Privat- (und nicht des öffentlichen) Rechts: Richardi in: Richardi Komm. zum BetrVG § 77 RdNr. 28f.

1.2 Gegenstand der Untersuchung

IT-Betriebsvereinbarungen⁵ sind nach Ansicht des Verfassers und zur Schaffung eines Grundverständnisses beim Leser alle Regelungen zur Nutzung der IT-Systeme des Unternehmens zu betrieblichen und privaten Zwecken, von der den Datenschutz und die Mitbestimmung konzernübergreifend regelnden Rahmenbetriebsvereinbarung bis zur themenspezifischen Betriebsvereinbarung etwa zur Durchführung von Leistungs- und Verhaltenskontrollen bei Auswertungen aus SAP-Systemen oder zur Nutzung privater, insbesondere mobiler Endgeräte (auch) zu Firmenzwecken (bring your own device – BYOD).

Zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Betrachtung lag der

*Entwurf der Bundesregierung zu einem Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU*⁶

vor.

Das aktuelle Bundesdatenschutzgesetz könnte theoretisch noch in dieser Legislaturperiode durch ein neu verfasstes Gesetz abgelöst werden. Auch bereichsspezifische Datenschutzregelungen des Bundes sollen „angepasst“ werden. Dieses sowie die Auswirkungen der DS-GVO auf das Datenschutzrecht der Bundesländer – also etwa die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze - sind jedoch mangels konkreter Aussicht auf Erlass vor unmittelbarer Geltung der DS-GVO nur theoretischer Natur - nicht Gegenstand dieser Betrachtung.

Untersucht wird im nachfolgenden Teil 2.(Hauptteil)

- der geltende Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen
- der künftige Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen
- Auswirkungen der DS-GVO auf bestehende IT-Betriebsvereinbarungen
- Auswirkungen der DS-GVO auf künftige IT-Betriebsvereinbarungen
- Praktische Vorgehensweise bei der Rechtsumsetzung

Die vorliegende Untersuchung wird in Teil 3. (Schluss) abgeschlossen mit einer zusammenfassenden Betrachtung und der Klärung der Frage, ob die DS-GVO alle auf IT-

⁵ eine gesetzliche bzw. „allgemeinverbindliche“ Definition gibt es nicht

⁶ Entwurf der Bundesregierung zu einem Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) - Teil A

Betriebsvereinbarungen bezogenen Aspekte geklärt hat und ob (weiterer) Regelungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber besteht.

2. Hauptteil

Eine – kurze - Betrachtung des noch gut ein Jahr geltenden aktuellen Rechtsrahmens für Form und Inhalt von IT-Betriebsvereinbarungen empfiehlt sich, um eventuelle „Abweichungen“ bei der künftigen Rechtsanwendung erkennen zu können. Daher wird zunächst untersucht:

2.1 Der geltende Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen (bis 25.05.2018)

Der bundesdeutsche Gesetzgeber hat nur einige wenige Regelungen für Betriebsvereinbarungen „im allgemeinen“ und keine spezifischen für diejenigen zum Thema der betrieblichen IT-Nutzung erlassen.

Der Regelungsrahmen ergibt sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes,

- hier insbesondere § 87 Absatz 1 Nr. 6 mit der unmittelbaren Anknüpfung an „technische Einrichtungen“, aber auch
- mit Bezug zur betrieblichen Arbeitsordnung und zu Arbeitsabläufen (etwa § 87 Absatz 1 Nr. 1, 90, 91), und zur
- „Wachaufgabe“⁷ des Betriebsrats hinsichtlich der Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze (§ 80 Absatz 1 Nr.1), weitere Anknüpfungspunkte ergeben sich aus
- dem Akteneinsichtsrecht unter optionaler Beteiligung eines Betriebsratsmitglieds aus § 83⁸

sowie des Bundesdatenschutzgesetzes⁹ und des Sektorendatenschutzes, etwa im SGB, sowie aus dem nicht gesetzlich verankerten Regime der IT-Compliance¹⁰.

Unter letzterem Stichwort wird eine Vielzahl von Regelungen verstanden, die darauf abzielen, Rechtssubjekte zu rechtskonformem Handeln anzuhalten, also aktiv dafür zu sorgen, dass bei der Nutzung der IT-Systeme im Einflussbereich der Betriebspartner keine vorsätzlichen oder fahrlässigen rechtswidrigen Handlungen durchgeführt werden. Diese Aufforderung richtet sich in erster Linie an den Arbeitgeber¹¹, denn dieser hat die Mittel und Möglichkeiten zur Umsetzung dieser Vorgaben. Wo auch immer also das Risiko solcher Verhaltensweisen

⁷ Zum Gehalt des Rechts: Buschmann in Däubler § 80 RdNr. 6ff und insbes.10f

⁸ Vgl. eingehende Ausführungen auch zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis bei Fitting § 83 RdNr. 16 ff.

⁹ H.M., vgl. Richardi in Komm. zum BetrVG § 80 RdNr. 8

¹⁰ Vgl. hierzu auch Reinhard, NZA 2016, S. 1234

¹¹ Hierzu näher Fitting § 87 RdNr. 71

besteht (etwa bei der Nutzung von social media oder im Buchführungs- und Rechnungswesen), ist aktives Handeln erforderlich und IT-Betriebsvereinbarungen sind hier wirksame Instrumente zur Umsetzung, gerade auch im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat.

Hieraus ergeben sich die folgenden, grundsätzlichen und nicht abschließend aufgeführten Regelungsmaterien von IT-Betriebsvereinbarungen:

Aus dem Blickwinkel des BetrVG:

- Beteiligung des Betriebsrats im Verlauf der Neuanschaffung und der weiteren konkreten Nutzung von betrieblicher Hard- und Software
- Durchführung von Leistungs- und Verhaltenskontrollen (etwa zur Vergütungsabrechnung bei leistungsbezogenen Kriterien bzw. bezogen auf die Nutzung namentlich benannter Programme)
- auf die praktischen Erfordernisse der IT-Nutzung zu betrieblichen und ggf. privaten Zwecken zugeschnittene Unternehmens- und Verhaltensrichtlinien¹²
- Einsatz von Überwachungssystemen auf dem Betriebsgelände
- Unterrichtung über die Risiken und Gefährdungspotentiale der (neuen) IT-Systeme und damit eben über die Möglichkeiten, Maßnahmen zum Belastungsausgleich abschätzen zu können¹³
- Planung und Durchführung geeigneter Schulungen und Unterweisungen der Arbeitnehmer.

Aus dem Blickwinkel des BDSG:

- Datenauswertung bei Störungs- und Missbrauchsfällen (auch bei Verdacht)
- praktischer Schutz personenbezogener Daten der Arbeitnehmer in betrieblichen Abläufen (etwa: konkrete technische und organisatorische Maßnahmen) sowie
- Konzept zur Löschung personenbezogener Daten der Arbeitnehmer
- Verfahrensweisen zur Auskunftserteilung, Berichtigung und Sperrung
- Konzept zu Datenschutz und Datensicherheit im Sinne von Nutzungs- und Verhaltensregeln für Arbeitnehmer, skalierte Berechtigungen (Lese- und Schreibbefugnisse),
- Konzept für Auswahl und Beauftragung von Dienstleistern für die Auftragsdatenverarbeitung

Aus dem Blickwinkel der IT-Compliance:

¹² Hierzu: Reinhard NZA 2016, 1233 ff.

¹³ In Zeiten künftiger virtueller Arbeitsumgebungen und deren gesundheitlichen Risiken (etwa: Übelkeit, Kopfschmerz, Kreislaufversagen usw.) von zunehmender Bedeutung

- Regelungen zur Nutzung von social media zu betrieblichen Zwecken („social media guidelines“),
- Einführung von Verhaltenskodizes, Ethikrichtlinien und Whistleblowing-Verfahren¹⁴
- Umgang mit digitalen Dokumenten (Rechnungen, Konten etc.)

In der Zusammenschau der genannten Regelungen ergibt sich ein loses, recht bruchstückhaftes Gefüge, das den Betriebspartnern Spielraum belässt, IT-Betriebsvereinbarungen auf die konkreten Betriebsabläufe und die gewachsene Unternehmenskultur und -struktur, die vorhandenen und anzuschaffenden IT-Systeme sowie branchen- bzw. wettbewerbsbezogene Besonderheiten anzupassen. Regelungen der Verfahrensweisen der Mitbestimmung, Gewährleistung von Datenschutz und Datensicherheit sowie der individuellen Grund- und Schutzrechte der Arbeitnehmer als übergreifende Themen stehen freilich immer im Vordergrund und stellen insoweit den „lowest level“, also einen nicht unterschreitbaren Standard bei der Abfassung von IT-Betriebsvereinbarungen dar.

2.2 Der künftige Rechtsrahmen für IT-Betriebsvereinbarungen (ab 25.05.2018)

Als Rechtsakt der Europäischen Union wird die DS-GVO unmittelbar geltendes Recht in den EU-Mitgliedstaaten sein, sie wird daher ab 25.05.2018 (auch) von allen Betriebspartnern i.S.d. BetrVG (sowie allen sonstigen Akteuren im Rahmen der Arbeitnehmerbeteiligung) zu beachten sein.

Eine Durchsicht des Wortlautes der DS-GVO (einschließlich der Erwägungsgründe) ergibt zunächst nur wenige konkrete Anknüpfungspunkte an Betriebsvereinbarungen im allgemeinen¹⁵ und keine an IT-Betriebsvereinbarungen im speziellen. Hier ändert sich also im Vergleich zum bisherigen, vorstehend beschriebenen Rechtsrahmen - jedenfalls vorläufig - nichts an der mangelnden Konkretetheit des Regelungsgehaltes.

Jedoch haben einige wenige Vorschriften der DS-GVO direkten und auch indirekten Bezug zum Gegenstand der Betrachtung.

Bevor auf diese Regelungen im einzelnen eingegangen wird, werden einige grundsätzliche Überlegungen zu Funktion, rechtlicher Wirkungsweise und Regelungscharakter der DS-GVO vorausgeschickt.

- **Sachlicher Anwendungsbereich der DS-GVO (Art. 2 DS-GVO)**

¹⁴ Fahrig NZA 2011, S. 2

¹⁵ als Unterfall der von der DS-GVO so bezeichneten „Kollektivvereinbarungen“, die neben vielen Öffnungsklauseln für durch den nationalen Gesetzgeber zu erlassenden Rechtsvorschriften als Instrumente der spezifischeren Rechtsetzung durch die Betriebspartner statuiert werden

Die DS-GVO gilt für die „automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten“ und richtet sich als zur Beachtung und Umsetzung verpflichtete an „Verantwortliche“ (vgl. insbesondere Art. 4 Nr. 7 i.V.m. Art. 5 Absatz 2 DS-GVO) in jeglicher Rechtssubjektform, also natürliche und juristische Personen und jede über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidende Stelle. Hierunter fallen auch Arbeitnehmer sowie deren Arbeitgeber und betriebsverfassungsrechtlichen Vertreter, also die Betriebspartner. An einigen Stellen bezieht sich die DS-GVO namentlich auf den „Beschäftigungskontext¹⁶“ und auf die Begriffe „Kollektivvereinbarungen¹⁷“, „Arbeitgeber¹⁸“, „Mitarbeiter¹⁹“, „Beschäftigte²⁰“ und „Beschäftigtendaten²¹“.

Weitere spezifische Bezugnahmen auf Begriffe mit kollektiv-arbeitsrechtlichem Kontext (etwa: „Betriebsrat“, „Arbeitnehmervertretung“ o.ä.) allerdings sind nicht zu finden.

Damit steht zweifelsfrei fest, dass die DS-GVO unmittelbare Wirkung auf das Verhältnis sowohl der individual- wie der kollektivrechtlichen Beteiligten haben soll und wird.

Die DS-GVO greift jedoch an keiner Stelle in den bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen ein, ändert also nicht die unter Ziffer 2.1 skizzierten Mitbestimmungsverfahren selbst, die Kompetenzen des Betriebsrats und die Instrumente der Rechtsdurchsetzung.

Es besteht somit für die Betriebspartner kein Grund, aus dem Blickwinkel der Betriebsverfassung im Zusammenhang mit der künftigen Geltung der DS-GVO bestehende IT-Betriebsvereinbarungen einer Prüfung zu unterziehen²². Umso mehr jedoch besteht hierzu in datenschutzrechtlicher Hinsicht und aus Sicht der IT-Compliance Veranlassung, wie sich aus den nachfolgenden Betrachtungen ergeben wird.

- **Rechtmäßigkeit der Verarbeitung („Bedingungskatalog“ des Art. 6 DS-GVO)**

Die in der DS-GVO in Artikel 6 verankerte dogmatische Grundlage einer rechtskonformen Verarbeitung personenbezogener Daten ist dem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ des deutschen Datenschutzrecht in § 4 BDSG sehr ähnlich, lediglich die Begrifflichkeiten sind ein wenig abweichend. Die praktischen Ergebnisse der Rechtsanwendung werden m.E. weitgehend vergleichbar sein. Das generelle Verbot einer Verarbeitung personenbezogener Daten, das nur unter bestimmten Bedingungen „durchbrochen“ wird, gewährleistet in beiden Fällen eine im Grunde einfach zu handhabende Maxime, die allerdings auch künftig zu einer

¹⁶ Art. 88; Erwägungsgrund 155

¹⁷ Art. 88; Erwägungsgrund 155

¹⁸ Art. 88; Erwägungsgrund 54

¹⁹ Art. 30, 39; Erwägungsgrund 13

²⁰ Art. 9, 37, 39, 47; Erwägungsgrund 48, 97, 155

²¹ Art. 88; Erwägungsgrund 155

²² So auch: Laue/Link/Kremer S. 97

ständigen Suche nach „Erlaubnistatbeständen“ führt, die sich bestimmter und unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen und weitflächig in vielen verschiedenen Rechtsnormen, aber auch in individualrechtlichen (etwa schriftliche Einwilligungen in Arbeitsverträgen) und eben kollektivrechtlichen Vereinbarungen niedergelegt sind, ganz zu schweigen von der nicht zu überschauenden und auch nicht dokumentierten Anzahl von mündlichen Einwilligungen in die Verarbeitung personenbezogener Daten, die erteilt wurden, als zu ihrer Wirksamkeit noch keine schriftliche Niederlegung erforderlich war.

Auch der europäische Regelungsgeber hat sich am Prinzip einer Rahmenregelung orientiert und ein „Hineinregulieren in die Tiefe der Beschäftigungsverhältnisse“ vermieden. An der Größe und Komplexität dieser Aufgabe ist bekanntlich schon der bundesdeutsche Gesetzgeber gescheitert²³. Ein lange in der Planung befindliches und im Vorfeld vieldiskutiertes Gesetz zum Beschäftigtendatenschutz liegt bis heute nicht vor.

So kann das wenige, das an die Stelle des bisherigen tritt geradezu als Aufforderung verstanden werden, weiterhin und erneut in IT-Betriebsvereinbarungen der betrieblichen Realität und der technischen Notwendigkeit und Entwicklung angepasste, die Interessen der Betriebspartner ausgleichende Regelungen zu finden. Das ist namentlich aus der nunmehr zu erörternden Regelung der DS-GVO zu folgern:

- **Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (Regelungsgehalt des Artikel 88 DS-GVO)**

Nur Artikel 88 DS-GVO nimmt konkret Bezug auf die Möglichkeit, Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext durch „spezifischere Vorschriften“ zu regeln. Möglich ist dies durch Rechtsvorschriften des nationalen Gesetzgebers oder durch Kollektivvereinbarungen.

Die Vorschrift besagt, dass diese Art Vereinbarungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmervertretungen – in ihrer direkten normativen Wirkung dem deutschen Recht eigentümlich – auch künftig Ermächtigungsgrundlagen²⁴ für die Datenverarbeitung sein können und dürfen. Hier kommen allerdings nur in Betracht²⁵:

- Betriebsvereinbarungen (§ 77 BetrVG)
- Dienst- und Sprechervereinbarungen (§ 73 BPersVG, § 28 Absatz 2 SprAuG).

Regelungsabreden genügen ebenso wenig wie Richtlinien zwischen Arbeitgeber und Sprecherausschuss (§ 28 Absatz1 SprAuG).

²³ Helfrich in: Datenschutzrecht Einführung XXIX

²⁴ Laue/Nink/Kremer S. 272

²⁵ Zum folgenden: Kühling/Buchner Art. 88 RdNr. 24f.

Zwar darf der deutsche Gesetzgeber nunmehr entscheiden, ob und auf welcher Ebene Kollektivvereinbarungen zum Beschäftigtendatenschutz geschlossen werden dürfen²⁶. Jedoch besteht aus Sicht des Verfassers kein Anlass für diesen, den Betriebspartnern in diesem Zusammenhang andere – schärfere oder lockerere – Vorgaben zu machen als die bisherigen in § 32 bzw. 28 BDSG, also den Rechtsrahmen wesentlich zu ändern. Und eine Wiederholung des Verordnungswortlaut in nationalen Regelungen ist ausdrücklich weder erwünscht noch zielführend²⁷.

Art. 88 DS-GVO gibt für Kollektivvereinbarungen einen beachtlichen, dennoch nicht abschließenden²⁸ Katalog möglicher „spezifischerer“ Regelungsmaterien:

- Zwecke der Einstellung
- Erfüllung des Arbeitsvertrages
- Rechtlich festgelegte Pflichten²⁹
- Management
- Planung und Organisation der Arbeit
- Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz
- Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz
- Schutz des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden
- Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen
- Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses
- Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung
- Übermittlung innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe kooperierender Unternehmen
- Überwachungssysteme am Arbeitsplatz

Somit gibt der EU-Verordnungsgeber m.E. eine Handlungsaufforderung ab, in IT-Betriebsvereinbarungen das gesamte betriebliche digitale Leben abzubilden. Immerhin ist dies ein für die Betriebspartner positiver Befund, inwieweit diese Aufforderung von den Akteuren tatsächlich umgesetzt werden, ist nun (Verhandlungs-) Sache der Akteure. Der Verfasser weiß aus der Praxis, dass ein durchdachtes und der betrieblichen Realität Rechnung tragendes Konzept für IT-Betriebsvereinbarungen, in dessen Verfassung und Umsetzung der Betriebsrat in vollem Umfang und nicht mit strengem Blick auf seine (Mindest-) Beteiligungsrechte

²⁶ Kühling/Buchner Art. 88 RdNr. 28

²⁷ Erwägungsgründe 8, 10; so auch Brink/Düwell S. 667

²⁸ Vgl. Normwortlaut „...insbesondere für Zwecke...“

²⁹ Reichweite unklar

eingebunden ist, für die spätere Akzeptanz der Arbeitnehmer und die praktische Handhabung von größtem Nutzen ist.

Am Rechtsrahmen für die Verfahren der Mitbestimmung und auch in Bezug auf Sinn und Zweck der Mitbestimmung ändert sich durch die Regelungen des Artikel 88 DS-GVO also nichts. Mit diesem Befund kann nun in die Analyse des tatsächlichen Handlungsbedarf³⁰ für die Betriebspartner und Parteien bestehender IT-Betriebsvereinbarungen eingestiegen werden.

2.3 Auswirkungen der DS-GVO auf bestehende IT-Betriebsvereinbarungen

IT-Betriebsvereinbarungen haben geltendem Recht zu entsprechen, also bis zum 24.05.2018, 24.00 Uhr - noch - nicht den Bestimmungen der DS-GVO. Theoretisch besteht also bis zu diesem Zeitpunkt kein Handlungsbedarf. Jedoch sieht die DS-GVO keine Umsetzungsfrist vor, so dass bereits in der „juristischen Sekunde“ nach Beginn ihrer unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten (25.05.2018, 0 Uhr) alle IT-Betriebsvereinbarungen angepasst sein müssen. Angesichts der vieldiskutierten, empfindlichen und weitreichenden Sanktionen, die bei Rechtsverstößen (in Extremfällen freilich) möglich sind, ist es also für Arbeitgeber und Betriebsrat ratsam, bereits vor diesem Datum die Umsetzung der Vorschriften der DS-GVO in Betracht zu ziehen.

Denn ebenso wie das BDSG wird die DS-GVO zu den Regelungen „zugunsten der Arbeitnehmer“ im Sinne des § 80 Absatz 1 Ziffer 1 BetrVG gehören, über deren Durchführung der Betriebsrat aktiv zu wachen hat³¹. Soweit also in der ferneren und näheren Vergangenheit IT-Betriebsvereinbarungen abgeschlossen wurden, sind diese – von beiden Betriebspartnern - auf Konformität zur DS-GVO zu prüfen und mit Sicherheit werden die Betriebspartner in Verhandlungen eintreten müssen, um in den nächsten Monaten zu einer dem zukünftigen Rechtsrahmen zum Zeitpunkt seiner Geltung entsprechenden Kollektivvereinbarung zu gelangen.

Im folgenden analysiert der Autor nun den Regelungsgehalt in den einzelnen³² Artikeln der DS-GVO auf seine Relevanz für bestehende IT-Betriebsvereinbarungen. Dabei sind auch

³⁰ Hierzu näher auch: Tiedemann, S. 335

³¹ Kühling/Buchner Artikel 88 RdNr. 81 ff.

³² **Hinweis zu nachfolgend nicht erwähnten Bestimmungen der DS-GVO:** Soweit in den weiteren, nachstehenden Ausführungen Artikel der DS-GVO nicht in Bezug genommen wurden, sind diese für den regulatorischen Gehalt von IT-Betriebsvereinbarungen nicht von Bedeutung, da die Betriebspartner nicht Regelungsadressaten sind:

- Art. 8 (*Bedingungen für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft*)
- Art. 10 (*Verarbeitung Von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten*)
- Art. 11 (*Verarbeitung, für die eine Identifizierung der betroffenen Person nicht erforderlich ist*)
- Art. 23 (*Beschränkungen*)

Vorschriften zu berücksichtigen, die nicht direkt das Beschäftigungsverhältnis in Bezug nehmen, sondern in einem größeren Kontext stehen, sich etwa auf alle Vertragsverhältnisse – also auch auf Arbeitsverhältnisse - beziehen und/oder jede Art von Verarbeitung personenbezogener Daten – also auch auf solche von Arbeitnehmern.

Nicht alle angesprochenen Punkte müssen zwingend umgesetzt werden, wenn dies jedoch der Fall ist – wie etwa bei neuen Begriffen und Arbeitnehmerrechten – weist der Autor darauf ausdrücklich³³ hin.

Artikel 1 – Gegenstand und Ziele

Ein erster Anknüpfungspunkt für IT-Betriebsvereinbarungen ergibt sich bereits aus der hier niedergelegten Zielrichtung der DS-GVO, also dem

- Schutz personenbezogener Daten der Arbeitnehmer als „natürliche Personen“
- Schutz der Grundrechte und „Grundfreiheiten“ der Arbeitnehmer
- freien, uneingeschränkten Verkehr dieser Daten in der EU.

Der letztgenannte Aspekt war im BDSG nicht verankert, tritt also neben die bisherigen als gleichrangiges neues und weiteres Ziel des Datenschutzrechts hinzu.

Dieses im Interesse eines europaweit agierenden Konzerns liegende Ziel *kann* in einer konzernweiten IT-Betriebsvereinbarung – sicherlich zweckmäßig in der Präambel - ergänzt werden, um von vornherein klarzustellen, dass Datenübermittlung und Auftragsverarbeitung in EU-Ländern nicht aus Gründen des Datenschutzes jetzt und künftig eingeschränkt oder gar verboten werden können.

Artikel 2 – Sachlicher Anwendungsbereich

Ein Anknüpfungspunkt für den Regelungsgehalt einer IT-Betriebsvereinbarung besteht hier insofern, als der sachliche Anwendungsbereich der DS-GVO immer – auch – Betriebe im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne (§ 1 BetrVG) betrifft, da in diesen definitiv keine „ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten“ entfaltet werden.

-
- Art. 36 (*vorherige Konsultation der Aufsichtsbehörde*)
 - Art. 37 – 39 (*Datenschutzbeauftragter*)
 - Art. 40 – 43 (*Verhaltensregeln und Zertifizierung*),
 - Art. 51 – 59 (*unabhängige Aufsichtsbehörden*)
 - Art. 60 – 76 (*Zusammenarbeit und Kohärenz*)
 - Art. 77 - 84 (*Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen*)
 - Art. 92 – 93 (*delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte*) und
 - Art. 94 – 99 (*Schlussbestimmungen*)

³³ Passage dann *kursiv gesetzt*

Somit *kann* die Präambel eine Bezugnahme auf die DS-GVO als von den Betriebspartnern zu beachtende und umzusetzende Vorschrift enthalten.

Artikel 3 – Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich der DS-GVO ist gegenüber dem BDSG deutlich weiter gefasst. Er bezieht sich nicht nur – wie das BDSG ausweislich § 1 Absatz 5 – auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Inland, sondern nunmehr gem. Art. 3 Absatz 1, 2 und 3³⁴ auch auf Unternehmen in und sogar außerhalb der EU³⁵,

- sofern dieses eine Niederlassung in der EU betreibt
- wenn es ohne eine Niederlassung – meist über eine an ein Zielpublikum in einem EU-Mitgliedsstaat gerichtete Internetpräsenz³⁶ – Daten von in der EU befindlichen Personen verarbeitet oder dies an einem Ort geschieht, der kraft Völkerrecht dem Rechts eines Mitgliedsstaats unterliegt.

Eine Auswirkung auf IT-Betriebsvereinbarungen in deutschen Unternehmen ist denkbar, dürfte aber selten sein. Denn nur in der BRD niedergelassene Unternehmen und deren Betriebsräte haben überhaupt die Möglichkeit und werden die Notwendigkeit sehen, den räumlichen Anwendungsbereich – u.U. unter Beachtung drittstaatlicher zwingender Regelungen - weiter zu fassen, also auch ausländische (Konzern-) Unternehmen rechtlich bindend einzubeziehen. Der harmonisierte Rechtsrahmen in der EU eröffnet für diese dann freilich leichter zu handhabende Optionen für den grenzüberschreitenden Verkehr mit personenbezogenen Arbeitnehmerdaten.

Der Datenverkehr unter Konzernunternehmen über die deutschen und die Grenzen der EU hinweg ist freilich hier nicht gemeint. Dieser ist im Rahmen der Datenübermittlung zwischen Verantwortlichen (Art. 44 ff. DS-GVO) nachfolgend zu betrachten, ebenso wie der Aspekt der Auftragsverarbeitung durch ein Unternehmen in einem Drittland.

Artikel 4 – Begriffsbestimmungen

Von großer Bedeutung für IT-Betriebsvereinbarungen ist hingegen die recht weitreichende „Neuordnung“ der Begrifflichkeiten in Artikel 4 DS-GVO³⁷. Für die Betriebspartner besteht zwar kein rechtlicher Zwang, in kollektivrechtlichen Regelungen exakt diejenige Terminologie zu benutzen, die die einschlägigen zwingenden Vorschriften vorsehen. Es kommt auf den Regelungsgehalt als Umsetzung des Sinnes einer zwingenden Vorschrift an, nicht auf die

³⁴ Vgl. Erwägungsgründe 23, 24

³⁵ Hierzu auch Tiedemann S. 336

³⁶ Vgl. Erwägungsgründe 23, 24

³⁷ Vgl. Wybitul ZD S. 204

Verwendung des Vokabulars. Anders ausgedrückt: auch eine IT-Vereinbarung, die exakt die Gesetzeterminologie verwendet, jedoch zu „falschen“, nicht gesetzeskonformen Ergebnissen kommt, etwa gegen bestehenden tarifvertragliche Regelungen verstößt, verfehlt ihr Ziel.

Jedoch wird in Betriebsvereinbarungen generell überaus häufig auf die gesetzlichen Bestimmungen Bezug genommen, um eine Überfrachtung des Regelungsgehalts zu vermeiden. Auch sehen diese Bestimmungen Definitionen vor, die bereits eine Auslegung enthalten oder dieser im Bedarfsfall dienlich sind. Dies *können* sich die rechtsetzenden Betriebspartner ebenfalls zu Nutze machen.

Weiterhin ist eine – weitere – Verwendung des „alten“, aber deshalb natürlich nicht zwangsläufig „falschen“ Vokabulars des BDSG ein allzu deutlicher Hinweis darauf, dass eine Anpassung einer IT-Betriebsvereinbarung auf die Maßgaben der DS-GVO nicht stattgefunden hat. Im Sanktionsfall dürfte die Aufsichtsbehörde bereits an dieser Stelle Anlass für weitere Nachforschungen haben.

Das BDSG enthält in § 3 einen recht überschaubaren Katalog von „weiteren“³⁸ Begriffsbestimmungen, die sicherlich in bestehende IT-Betriebsvereinbarungen Eingang gefunden haben und/oder auf welche verwiesen wird. Die DS-GVO lehnt sich grundsätzlich an diese Begrifflichkeiten im Datenverarbeitungskontext an, jedoch sind alle Begriffe des BDSG in der DS-GVO entweder nicht mehr vorhanden³⁹, werden abweichend definiert⁴⁰ oder sind neu⁴¹. Auch der insoweit einschlägige Artikel 4 der DS-GVO enthält allerdings im Vergleich deutlich mehr, aber wiederum nicht alle Definitionen der in ihr verwendeten Begriffe⁴².

Für die Betriebspartner besteht nun *zwingend* die Aufgabe, das zum Teil „neue Wording“ in die Regelungen der bestehenden IT-Betriebsvereinbarung einzupflegen, was im Grunde eine komplette Überarbeitung des gesamten Textes bedeutet. Denn an praktisch jeder Stelle haben die geänderten und die neu eingeführten Begriffe für den Regelungsgehalt Relevanz. Es empfiehlt sich m.E. folgende Vorgehensweise:

³⁸ Begriffsbestimmungen finden sich nämlich auch in den jeweiligen Einzelnormen, etwa § 2 – öffentliche/nichtöffentliche Stellen; § 5 – Datengeheimnis; § 6a – automatisierte Einzelentscheidung

³⁹ Etwa: Erheben (§ 3 Absatz 3 BDSG); Nutzen (§ 3 Absatz 5 BDSG); Anonymisieren (§ 3 Absatz 6 BDSG); mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien (§ 3 Absatz 10 BDSG); Beschäftigte (§ 3 Absatz 11 BDSG)

⁴⁰ Etwa: personenbezogene Daten (§ 3 Absatz 1 BDSG); Verarbeiten (§ 3 Absatz 4 BDSG); pseudonymisieren (§ 3 Absatz 6a BDSG); Verantwortliche Stelle/Verantwortlicher (§ 3 Absatz 7 BDSG); Empfänger (§ 3 Absatz 8 BDSG); besondere Arten/Kategorien personenbezogener Daten (§ 3 Absatz 9 BDSG);

⁴¹ Etwa: Einschränkung der Verarbeitung (Art. 4 Nr. 3 DS-GVO); Profiling (Art. 4 Nr. 4 DS-GVO); Dateisystem (Art. 4 Nr. 6 DS-GVO); Auftragsverarbeiter (Art. 4 Nr. 8 DS-GVO); Dritter (Art. 4 Nr. 10 DS-GVO) und viele weitere...

⁴² Etwa: Art. 20 DS-GVO Datenübertragbarkeit; Art. 35 DS-GVO – Datenschutz-Folgenabschätzung; Art. 42 DS-GVO – Zertifizierung; Art. 89 DS-GVO - Garantie

- Überprüfung aller Begriffe und Begriffsbestimmungen der bestehenden IT-Betriebsvereinbarung, basierend auf den BDSG-Begrifflichkeiten und eigenen „Wortschöpfungen“ auf Konformität mit denjenigen der DS-GVO;
- Streichung der ganz überwiegend „überholten“ Begrifflichkeiten des BDSG und (ggf. teilweise) Übernahme der Begriffe und Definitionen des Artikel 4 DS-GVO, wo erforderlich;
- soweit „Unschärfen“ oder gar Widersprüche: Anpassung der Terminologie und des Sinngehaltes der konkreten Regelungen.

Als Beispiele für meist mannigfache, *zwingend erforderliche Anpassungen* im Text müssen hier die folgenden drei genügen:

Der neue Begriff der „Einschränkung der Verarbeitung“ (Art. 4 Nr. 3 DS-GVO) und die neue Definition der „Pseudonymisierung“ (Art. 4 Nr. 5 DS-GVO) stellen Handlungsanweisungen für die IT-Verantwortlichen und auch an Software-Anbieter dar, da jene unmittelbare Folgen für den Umgang mit Daten und die Pflichterfüllung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern haben.

Diese nämlich haben unter in Artikel 18 DS-GVO bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, über das sie nach Artikel 13 Absatz 2 lit. b) DS-GVO vom Arbeitgeber zu informieren sind. Wo und wie diese Informationspflicht je nach den betrieblichen Umständen zu erfüllen ist – etwa in einem Informationsblatt für alle Arbeitnehmer oder durch Informationen im Intranet -, kann und muss der Kreativität der Betriebspartner und den Möglichkeiten der Digitalisierung der betrieblichen Prozesse überlassen werden. Die IT-Betriebsvereinbarung bietet hierfür den Regelungskontext und muss entsprechend angepasst werden. Ähnliches gilt bspw. für den – neuen - Begriff der Datenübertragbarkeit in Artikel 20 DS-GVO.

Die „Pseudonymisierung“ ist neben der Verschlüsselung personenbezogener Daten der Arbeitnehmer ein wichtiges Instrument im Rahmen der bereits nach dem BDSG vorgeschriebenen technischen und organisatorischen Maßnahmen (nachfolgend: TOM), die in der DS-GVO einen nochmaligen erheblichen Bedeutungszuwachs erfahren haben. Der Begriff wird im Vergleich zum wesentlich knapper formulierten Gegenstück in § 3 Absatz 6 a BDSG („Ersetzen von Identifikationsmerkmalen durch ein Kennzeichen“) in Artikel 4 Nr. 5 DS-GVO („Auflösen des Zuordnungsbezugs durch Wegnahme von Informationen“) mit zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen angereichert, nämlich

- einer „gesonderten Aufbewahrung der zusätzlichen Informationen“ und eben
- der Anwendung von TOM,

die die Herstellung eines Personenbezugs ohne rechtlich gebotenen Anlass oder durch unbefugte Personen wirksam unterbinden.

Auch diese Modifikation *muss* in einer IT-Betriebsvereinbarung Berücksichtigung finden, um den diese umsetzenden „Anwendern“ im Unternehmen Handlungsvorgaben zu setzen.

Der Begriff der Auftragsdatenverarbeitung des BDSG wurde durch die Auftragsverarbeitung abgelöst. Der Versuchung, den „alten“ Begriff in einer IT-Betriebsvereinbarung einfach - unter Anwendung einer entsprechenden word-Funktion - durch den „neuen“ zu ersetzen, sollten die Betriebspartner widerstehen. Denn das Institut der Auftragsdatenverarbeitung wurde im Detail erheblich modifiziert und dem technischen Fortschritt sowie den Anforderungen eines grenzüberschreitenden Datenverkehrs angepasst. Der Regelungskatalog des § 11 Absatz 2 Satz 2 Ziffer 1 – 10 BDSG wurde durch denjenigen in Artikel 28 Absatz 3 Satz 2 DS-GVO ersetzt, der durch seine Verweise in lit c), d), e) und f) wesentlich umfangreicher ist⁴³.

Also *müssen* die Betriebspartner auch diese Vorgaben normativ umsetzen, um wiederum den Anwendern Hilfestellung zu rechtskonformen Handeln zu geben.

Diese kurze Betrachtung der Begrifflichkeiten der DS-GVO ergibt, dass die Terminologie einer bestehenden IT-Betriebsvereinbarung komplett überprüft und überarbeitet werden *muss*, um ab 25.05.2017 Rechtskonformität sicherzustellen.

Artikel 5 – Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Die DS-GVO baut hinsichtlich der Postulate an die Grundsätze der Datenverarbeitung auf denjenigen des BDSG und vermutlich anderer nationaler Regelungen auf. Die alten werden also nicht etwa abgeschafft, sondern sie werden ergänzt, etwa durch die Grundsätze der

- Verarbeitung nach Treu und Glauben sowie Transparenz (Artikel 5 Absatz 1 lit a) DS-GVO), der
- Datenminimierung und Speicherbegrenzung⁴⁴ (Artikel 5 Absatz 1 lit c) und e) DS-GVO mit Anknüpfung an TOM) sowie der
- Integrität und Vertraulichkeit (Artikel 5 Absatz 1 lit f) DS-GVO mit Anknüpfung an TOM)

Auch diese *müssen* in einer bestehenden IT-Betriebsvereinbarung – sinnvollerweise wieder in der Präambel - Eingang finden, zusätzlich zu den bereits verankerten und durch die DS-GVO fortgeführten aus dem BDSG, wie etwa der Zweckbindung, denn zumindest die zwei

⁴³ Das vom Auftragsverarbeiter zu erstellende Verzeichnis zu allen Kategorien von im Auftrag des Arbeitgebers durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten (Artikel 30 Absatz DS-GVO) zählt hierzu m.E. nicht, also besteht auch keine Notwendigkeit zur Aufnahme in eine IT-Betriebsvereinbarung

⁴⁴ Wohl letztlich gleichbedeutend mit den Grundsätzen der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit des § 3a BDSG

letzteren sind wegen ihrer Anknüpfung an TOM aktiv durch die Verantwortlichen umzusetzen und nicht nur „nice to have“. Dafür spricht gerade auch die in Artikel 5 Absatz 2 statuierte Rechenschaftspflicht über die Einhaltung der Grundsätze des Absatz 1.

Artikel 6 – Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

Da das Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalts auch unter der DS-GVO gelten wird und die Erlaubnistatbestände sich nicht grundsätzlich geändert haben, ist jede daran anknüpfende IT-Betriebsvereinbarung auch weiterhin rechtskonform.

Voraussichtlich wird Artikel 6 Absatz 1 lit b) DS-GVO die zentrale Erlaubnisnorm für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext darstellen, Einwilligungen im Sinne von lit a) der Arbeitnehmer flankieren dann in Fällen, in denen es nicht oder nicht nur um Erfüllung des Arbeitsvertrages geht, sondern weitere Leistungen oder außervertragliche Rechtsbeziehungen⁴⁵.

Allerdings geben die im Artikelwortlaut folgenden Bestimmungen Absatz 1 lit c) und f) sowie Absatz 4 dem Arbeitgeber gegenüber dem BDSG neue, wenn auch enggefasste Möglichkeiten einer Datenverarbeitung

- zur Erfüllung einer eigenen rechtlichen Verpflichtung bzw.
- zur Wahrung seiner eigenen berechtigten Interessen, jeweils nach Interessenabwägung mit denjenigen des Arbeitnehmers.
- Ferner ist nach Absatz 4 die Verarbeitung „zu einem anderen Zweck“ als dem ursprünglichen, der von Einwilligung bzw. Erlaubnistatbestand legitimiert ist möglich, wenn auch unter enggefassten Voraussetzungen in lit a) – e).

Es ist *sinnvoll*, insoweit ergänzende Hinweise über die Verarbeitungszwecke in eine bestehende IT-Betriebsvereinbarung aufzunehmen, da auch hier wiederum die Umsetzung durch die verantwortlichen Arbeitnehmer zu erfolgen hat, was gerade an dieser Stelle Information und sicherlich auch Schulungen erforderlich macht. Also *können* sich die Betriebspartner im gleichen Zuge auch damit befassen, welche Kriterien das sein könnten, die die Möglichkeiten des Artikel 6 Absatz 1 lit c) und f) sowie Absatz 4 ausschöpfen.

Eine direkte Bezugnahme auf Artikel 6 in einer bestehenden IT-Betriebsvereinbarung als Erlaubnistatbestand ist jedoch problematisch, da die DS-GVO eben – noch – nicht geltendes Recht ist. In Frage kommt also bis zum 25.05.2018 nur eine „Vorwegnahme“ in Gestalt der vorstehenden Hinweise.

⁴⁵ Wybitul ZD S. 205

Denn in jedem Fall wird hinsichtlich der Verarbeitungszwecke a priori und einer vom Arbeitgeber nach Erfassung geplanten „Zweckänderung“ – vor deren Durchführung - eine *Informationspflicht* dem betroffenen Arbeitnehmer gegenüber aus Artikel 13 Absatz DS-GVO ausgelöst.

Artikel 7 – Bedingungen für die Einwilligung

Die Bedingungen an eine wirksame Einwilligung des Arbeitnehmers als Erlaubnistatbestand haben sich geändert. Schriftform (§ 4a Absatz 1 Satz 3 BDSG) ist für die Wirksamkeit nicht mehr erforderlich aber sicherlich aus Beweisgründen *ratsam*. Vielleicht *sollte* sie sogar statuiert werden, um für beide Betriebspartner und die Beschäftigten in diesem Punkt Klarheit zu haben.

Die Handhabung dieses wichtigen Instruments zur Herstellung der Legalität der Datenverarbeitung im Betrieb des Arbeitgebers bleibt grundsätzlich diesem überlassen. Allerdings *können* die Betriebspartner Regelungen darüber treffen,

- ob und von welchen Arbeitnehmern Einwilligungen über die Ermächtigungsgrundlage des Artikel 6 Absatz 1 Satz lit b) hinaus einzuholen sind;
- wie – über eine bloße Schriftform hinaus - der Text der Einwilligungserklärung formuliert wird, um die Anforderungen an die Lesbarkeit, Verständlichkeit (Fremdsprache!), Unterscheidbarkeit von anderen Sachverhalten, Freiwilligkeit, der Hinweis auf die jederzeitige Widerruflichkeit im Sinne von Absatz 2 und Absatz 3 umzusetzen.

Artikel 9 – Verarbeitung besonderer Kategorien⁴⁶ personenbezogener Daten

Diese Bestimmung enthält in Absatz 2 lit. b) eine ausdrückliche Anknüpfung an die „aus dem Arbeitsrecht erwachsenden Rechte und Pflichten“, die (auch) in einer Kollektivvereinbarung geregelt werden können. Da in jedem Arbeitsverhältnis Daten mindestens über die Herkunft und die Gesundheit des betroffenen Arbeitnehmers, in vielen bereits auch biometrische Daten (etwa zur Nutzung von betrieblichen Kontrollsystemen) verarbeitet werden müssen, sind die Betriebspartner aufgefordert, von der *Möglichkeit* zur Schaffung eines solchen Erlaubnistatbestandes Gebrauch zu machen, der unter der Geltung des BDSG mit dem ähnlichen Begriff der „besonderen Arten“ personenbezogener Daten verknüpft ist und der vermutlich immer nach Maßgabe des § 4 a Absatz 3 i.V.m. § 3 Nr. 9 BDSG über eine

⁴⁶ Man findet auch oft den (wohl) gleichbedeutenden Begriff „sensible“ Daten vgl. hierzu Kühling/Buchner Art. 9 RdNr. 1 ff.

Einwilligung des Arbeitnehmers, die sich ausdrücklich auf diese Daten beziehen musste, erzeugt wurde.

Diese Vorschrift ist daher durchaus von Bedeutung auch für bestehende IT-Betriebsvereinbarungen, allerdings wiederum „nur“ als *Option*, einen Erlaubnistatbestand kollektivrechtlich zu begründen. Dazu sind dann die einzelnen, vom Arbeitgeber tatsächlich erfassten und verarbeiteten „sensiblen“ Datentypen von den Betriebspartnern genau zu bezeichnen und spezielle Hinweis-, Schutz- und Löschungspflichten für den Arbeitgeber zu statuieren.

Kapitel II (Artikel 12 –23⁴⁷) - Rechte der betroffenen Person

In dem Vorschriftenkatalog dieses Kapitels finden sich weit über die bisherigen hinausgehende, in § 33 BDSG statuierten Informationspflichten des Arbeitgebers und die in § 6 BDSG i.V.m. §§ 34, 35 verankerten Rechte der Betroffenen und also auch der Arbeitnehmer.

Zu den Informationspflichten⁴⁸ des Arbeitgebers gehört künftig nicht nur, den Arbeitnehmer wie bisher gem. § 33 Absatz 1 Satz 1 BDSG

- über die Speicherung, die Art der Daten und deren Zweckbestimmung sowie
- dessen eigene Identität als verantwortliche Stelle

sondern gem. Artikel 13 Absatz 1 und 2 DS-GVO zum Zeitpunkt der Erhebung zusätzlich zu benachrichtigen über

- Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten
- deren Empfänger
- Absicht zur Datenübermittlung an ein Drittland
- die Speicherdauer
- die dem Arbeitnehmer zukommenden, weitgehenden Rechte aus Artikel 15 bis 22.

Zu den bisherigen Rechten des Arbeitnehmers auf Berichtigung, Löschung und Sperrung seiner personenbezogenen Daten nach § 35 BDSG treten weitere. Beispielhaft seien hier genannt das Recht auf Datenübertragbarkeit (Artikel 20 DS-GVO) und das Widerspruchsrecht (Artikel 21 DS-GVO).

Zu den bisherigen Rechten der Arbeitnehmer aus § 34 BDSG gegen Arbeitgeber auf Erteilung von Auskunft⁴⁹ über

- Art, Zweck und Herkunft der zu seiner Person vom Arbeitgeber gespeicherten Daten

⁴⁷ nur Art. 23 ist ohne Bedeutung für IT-Betriebsvereinbarungen

⁴⁸ d.h. ohne vorherige Aufforderung durch den betroffenen Arbeitnehmer

⁴⁹ d.h. nach vorheriger Aufforderung durch den über dieses Recht informierten betroffenen Arbeitnehmer

- die eventuellen Empfänger der Daten

treten nach Artikel 15 DS-GVO weitere, etwa (Absatz 1) über das

- Bestehen eines Rechts auf Berichtigung oder Löschung, Einschränkung der Verarbeitung bzw. eines Widerspruchsrechts gegen die Verarbeitung
- Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde und
- die „geeigneten Garantien“ im Zusammenhang mit der Übermittlung seiner personenbezogenen Daten in Drittland (Absatz 2).

Die Aufnahme und nähere Ausgestaltung dieser Rechte der Arbeitnehmer und Pflichten der Arbeitgeber ist eine *Option* für die Betriebspartner, in einer IT-Betriebsvereinbarung in der betrieblichen Praxis handhabbare Regelungen zu schaffen, die sich an die vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer unmittelbar richten und somit bereits selbst dafür sorgen, die Maßgaben der DS-GVO zu erfüllen. Weitere Maßnahmen, etwa wiederum gemeinsame verfasste Hinweise im Intranet oder schriftliche Dokumente, die den Arbeitnehmern ausgehändigt werden, sind *denkbar*. Aus Sicht des Verfassers ist allerdings die verständliche, transparente und korrekte Umsetzung des in Kapitel II befindlichen Katalogs in kollektivrechtliche Vereinbarungen eine echte Herausforderung, wenn er nicht einfach nur „abgeschrieben“ werden soll. Auch die technische Umsetzung ist nicht immer unproblematisch⁵⁰.

Auch hier liegt vor den Betriebspartnern viel Arbeit, aber auch die *Möglichkeit*, gemeinsam geeignete Software zu implementieren, die neben der Gewährleistung der Auskunftsrechte und –pflichten auch die Maximen des technischen und organisatorischen Datenschutzes sichern: Datenschutz durch Technik („data protection by design“) und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen („data protection by default“)⁵¹, verankert in Artikel 25 Absatz 1 und 2 DS-GVO.

Kapitel IV (Artikel 24 – 35) - Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter

Wie ausgeführt, weist das BetrVG in § 80 dem Betriebsrat eine Pflicht zur Überwachung der Befolgung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze zu. TOM als zentrale Bestandteile der DS-GVO und damit gewissermaßen Dreh- und Angelpunkte der praktischen Gesetzesumsetzung sind damit Annex zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87

⁵⁰ bspw. im Falle eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers, dessen Name, Portraitfoto und dienstliche Kontaktdaten im Internet zugänglich gemacht wurden – dem Recht auf „Vergessenwerden“ steht hier die Maxime gegenüber: „das Internet vergisst nie“

⁵¹ vgl. Erwägungsgrund 78

Absatz 1 Nr. 6 BetrVG, denn eine effektive Regelung der Leistungs- und Verhaltenskontrolle ist ohne TOM nicht denkbar.

Die grundsätzliche datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers steht auch unter Geltung der DS-GVO außer Frage. Sie wird in Art. 24 DS-GVO weiter präzisiert und der Katalog für die Umsetzung durch TOM beträchtlich erweitert, nicht nur durch die neuen in Art.25 Absatz 1 („data protection by design“) und Absatz 2 („data protection by default“), sondern durch eine Vielzahl über die Vorschriften der DS-GVO verteilter⁵² TOM in allen denkbaren Verarbeitungssituationen.

Gegenüber § 9 BDSG sind die Vorschriften der DS-GVO hierzu weniger spezifisch. Ein systematischer Katalog der möglichen Maßnahmen – wie in der Anlage zu § 9 BDSG niedergelegt – fehlt völlig. Stattdessen werden die TOM nach Maßgabe der DS-GVO an vielen verschiedenen Stellen verteilt in komplexe Zusammenhänge eingebunden, wodurch die bisherige Übersichtlichkeit entfällt und die praktische Anwendung gewiss schwerer wird. Allerdings darf vermutet werden, dass die in der Anlage zu § 9 BDSG aufgeführten TOM auch unter der Geltung der DS-GVO als taugliches Basiskonzept für praktischen Datenschutz angesehen werden. Soweit in IT-Betriebsvereinbarungen also auf diesen Bezug genommen wird, sind *Änderungen* m.E. *nicht erforderlich*.

IT-Betriebsvereinbarungen enthalten also in aller Regel auch allgemeine⁵³ und/oder auf die betrieblichen Umstände individualisierte Regelungen zu TOM. Diese Regelungen sind in mehrfacher und umfangreicher Hinsicht überarbeitungs- und ergänzungsbedürftig. Aus der Vielzahl von Aspekten, die noch weiterer Analyse an anderer Stelle bedürfen, seien hier beispielhaft herausgegriffen:

- Art. 24 Absatz 1 und 2 DS-GVO:

Sicherlich ist es *ratsam*, die nunmehr hier statuierte Dokumentationspflicht („Nachweis der ordnungskonformen Verarbeitung“) in eine Form zu bringen und mit dem Betriebsrat gemeinsam zu einem Modus zu kommen, wie diese Dokumentation, basierend auf dem Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten nach Art. 30 DS-GVO, zu erstellen ist.

- Art. 24 Absatz 3 DS-GVO:

Diese Vorschrift bietet einen Ansatzpunkt, die Pflichtenerfüllung nachzuweisen, indem auf genehmigte Verhaltensregeln (Art. 40) oder genehmigte Zertifizierungsverfahren (Art. 42) Bezug genommen wird. Solange diese jedoch nicht vorliegen, also sicherlich

⁵² TOM werden z.T. mehrfach in derselben Vorschrift erwähnt in: Art. 4, 5, 24, 25, 28, 30, 32 DS-GVO und eine Vielzahl indirekter Bezugnahmen (etwa in Art. 39 – Aufgaben des Datenschutzbeauftragten)

⁵³ Etwa durch wörtliche Zitierung von oder Bezugnahmen auf § 9 BDSG i.V.m. der Anlage

nicht vor dem 25.05.2018, besteht *kein Umsetzungsbedarf* in einer bestehenden IT-Betriebsvereinbarung.

- Art. 32 Absatz 1 lit. d) DS-GVO:

Hier wird ein konkretes „Verfahren zur regelmäßigen Überprüfung, Bewertung und Evaluierung der Wirksamkeit der TOM zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung“ eingeführt. Dies stellt den Arbeitgeber wiederum vor die Aufgabe, ein solches aufzusetzen. Auch hier *empfiehlt* sich, dies mit dem Betriebsrat abzustimmen und in eine bestehende IT-Betriebsvereinbarung einfließen zu lassen.

Das Recht der Auftragsverarbeitung⁵⁴ wird ebenfalls erheblich modifiziert im Hinblick auf Verantwortlichkeiten („joint controllership“) und nähere Ausgestaltung der Beauftragungs-, Informations- und Kontrollinstrumente, was erneut Folgen für die betriebliche Mitbestimmung hat. Personenbezogene Daten werden oft Gegenstand der Auftragsverarbeitung, der Transfer erfolgt meist an spezialisierte Dienstleister zum Zwecke der Auswertung bspw. etwa zur Vergütungsabrechnung oder des Nutzungsverhaltens.

Abgesehen von einer leicht modifizierten Begrifflichkeit, die in bestehenden Betriebsvereinbarungen Berücksichtigung finden *muss*⁵⁵, finden sich in Artikel 27, 28, 29 und 30 Absatz 2 DS-GVO weitreichende Pflichten für den auftraggebenden Arbeitgeber und den Auftragsverarbeiter, um personenbezogene Arbeitnehmerdaten rechtskonform verarbeiten zu dürfen:

- (Vor-) Auswahl mit Blick auf hinreichende Garantien (Art. 28 Absatz 1);
- vorherige schriftliche Genehmigung, wenn der Auftragsverarbeiter seinerseits einen weiteren in Anspruch nimmt (Art. 28 Absatz 2), diesem gegenüber Auferlegung hinreichender Garantien und Einbindung in die originären vertraglichen Bindungen (Art. 28 Absatz 4);
- Vertragsabschluss mit strengen Inhaltserfordernissen (Art. 28 Absatz 3 mit nicht abschließendem Katalog in Satz 2 lit. a) bis h)).

Ist die Auswahl des Dienstleisters für die Auftragsverarbeitung mitbestimmungsfrei, die Beauftragung und Durchführung der Auftragsverarbeitung sind es nicht, da hier in aller Regel Verhaltens- und Leistungskontrollen in Betracht kommen.

⁵⁴ Benutzt wird nachfolgend ausschliesslich der von der DS-GVO gewählte Begriff

⁵⁵ Von einem einfachen Austausch der Begriffe „Auftragsdatenverarbeitung“ durch „Auftragsverarbeitung“ im Text einer IT-Betriebsvereinbarung wurde bereits abgeraten

Das Verfahren der Beteiligung des Betriebsrats bei der Auftragsverarbeitung ist daher *mögliche* Regelungsmaterie einer IT-Betriebsvereinbarung. Hier *können* dann folgende Aspekte einbezogen werden:

- Information des Betriebsrats über die geeigneten Dienstleister und deren Portfolio im Hinblick auf die Einräumung hinreichender Garantien, Erfordernisse an diese und evtl. Einschaltung weiterer Subunternehmer;
- Anforderungen an Vertragsinhalte für die Auftragsverarbeitung und Abstimmung der erforderlichen und praxisgerechten TOM je nach den Zwecken der Datenverarbeitung und nach Betriebszuschnitt;
- Ggf. Einbeziehung von Standardvertragsklauseln im Sinne von Art. 28 Absatz 6;
- Ggf.⁵⁶ (weitere) Anforderungen an die Abfassung des Verzeichnisses über Verarbeitungstätigkeiten im Sinne von Art. 30 Absatz 1 beim Arbeitgeber und Absatz 2 (auch) beim Auftragsverarbeiter;
- (weitere) Anforderungen an eine Auftragsverarbeitung im EU-Ausland (etwa: Übersetzung der IT-Betriebsvereinbarung und ggf. weiterer Bestandteile in die Landessprache des Auftragsverarbeiters).

Artikel 33, 34 – Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten an die Aufsichtsbehörde und die betroffene Person (Arbeitnehmer)

Dies ist eine der Regelungen, bei denen der Verfasser *keinen* Umsetzungsbedarf in einer IT-Betriebsvereinbarung sieht.

Die aktive Gewährleistung der Befolgung rechtlich zwingender Regelungen ist primär Pflicht des Arbeitgebers, nicht des Betriebsrats. Gerade hier besteht *kein Gestaltungspotential*, namentlich vor dem Hintergrund des klar formulierten Anforderungskatalogs der Regelungen. Allerdings bestünde die *Möglichkeit*, dem Betriebsrat ein Informationsrecht im Falle einer solchen arbeitgeberseitig festgestellten Verletzung einzuräumen.

Ist Anlass der Verletzung das (vermutete) Fehlverhalten eines vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmers, werden jedoch in IT-Betriebsvereinbarungen meist verankerte Kontrollverfahren unter Beteiligung des Betriebsrats in Anwendung gebracht. Dann besteht im Hinblick auf die Meldepflicht ggf. *Anpassungsbedarf*.

Artikel 35 – Datenschutz-Folgenabschätzung

⁵⁶ Bereits jetzt ist absehbar, dass auch bei Arbeitgeberbetrieben mit einer Arbeitnehmeranzahl unterhalb des Schwellenwertes (250) aufgrund des restriktiv formulierten Ausnahmekatalogs ein Verzeichnis anzufertigen ist – bei (noch) kleineren Arbeitgeberbetrieben besteht in der Regel kein Betriebsrat

Ein weiterer neuer Begriff, der mit einer konkreten *Handlungsanweisung* an die Arbeitgeberseite verknüpft ist, ist die Datenschutz-Folgenabschätzung⁵⁷.

Angeknüpft ist diese an vergleichsweise „gefährliche“, d.h. besonders intensive Verarbeitungsprozesse personenbezogener Arbeitnehmerdaten, nicht enumerativ erwähnt in Absatz 3. Im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnissen Frage kommen hier beispielhaft, bezogen auf Art. 35 Absatz 3 DS-GVO:

- lit. a): lückenlose Leistungs- und Verhaltenskontrollen durch den Arbeitgeber während der gesamten Phase der Anwesenheit der Arbeitnehmer im Betrieb (Vergütungsankopplung ganz überwiegend an erbrachte und gemessene Produktionsleistung; komplettes individuelles Screening der IT-Nutzung mittels Protokollierung der Tastenanschläge; Erfassung der Körperbewegungs- und Kommunikationsmuster; Profiling in Bezug auf Wohnadresse, Familiendaten, Scoring in Bezug auf zu erwartende Arbeitsunfähigkeitszeiten oder Schwangerschaft); Videoüberwachung etc. jeweils mit der arbeitgeberseitigen Absicht, eine belastbare Datengrundlage für arbeitsrechtliche Maßnahmen (Rüge, Abmahnung, Kündigung) zu haben;
- lit. b): anlasslose Erfassung aller biometrischer, genetischer und/oder Daten zum Sexualleben und zur sexuellen Orientierung eines Arbeitnehmers (zum Zwecke der Einschätzung der Risikobereitschaft).

Die vorgenannten, sicherlich zugespitzten, aber durchaus nicht praxisfernen Beispiele dürften aus Sicht des Verfassers den Tatbestand mit Sicherheit erfüllen, jedoch dürfte auch das gewöhnliche Auswertungs- und Eingriffsniveau deutlich niedriger liegen, je nachdem, wie von Literatur und Rechtsprechung die unbestimmten Rechtsbegriffe „systematisch und umfassend“ sowie „umfangreich“ interpretiert werden, also eher restriktiv oder (noch) extensiver.

Hier bietet sich für die Betriebspartner *Gelegenheit*, im Hinblick auf die bestehende und künftige IT-Landschaft und die konkreten betrieblichen Nutzungsvorgänge Grundlagen zu schaffen. Da bisherige IT-Betriebsvereinbarungen den Begriff und also die mögliche Regelungsmaterie noch gar nicht kennen, können und sollten die Betriebspartner – auch im Hinblick auf Absatz 9 - regeln:

- wann und wie Datenschutz-Folgenabschätzungen im Zusammenhang mit der Änderung bestehender oder Einführung neuer Arbeitsmethoden, ggf. auf Initiative und nachfolgender Beteiligung des Betriebsrats durchzuführen sind;

⁵⁷ Hierzu auch Wybitul ZD S. 205

- wie (hohe) Risiken (auch im Sinne von Art. 36 Absatz 1 DS-GVO) eingedämmt werden können, um einen effektiven Schutz der Arbeitnehmerdaten zu gewährleisten;
- ob und inwieweit weitere Kriterien im Sinne von Absatz 7 die dort genannten Inhalte von Folgenabschätzungen ergänzen oder näher ausgestalten;
- im Hinblick auf Absatz 9: Darlegung des Standpunkts des Betriebsrats;
- im Hinblick auf Absatz 11: Anlass bzw. Perioden der Evaluierung.

Hier entsteht also m.E. eigentlich eine neue Materie der Mitbestimmung des Betriebsrats, freilich im engen Annex zu § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG.

Die Betrachtung der Auswirkungen der Vorschriften der Abschnitte 1 bis 3 des Kapitels IV auf bestehende IT-Betriebsvereinbarungen ist damit keineswegs vollständig. Die vorstehenden Aspekte mögen hier lediglich als Beispiele dienen.

Kapitel V (Artikel 44 –50) - Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen

Auch die Einhaltung dieser Bestimmungen der DS-GVO ist primäre Pflicht des Arbeitgebers im Rahmen seiner arbeits- und seiner IT-rechtlichen Compliance. Den Betriebsart trifft hier – erneut – eine Überwachungspflicht i.S.v. § 80 Absatz BetrVG, da jedoch – wie bei der Auftragsverarbeitung in EU-Mitgliedsstaaten - auch im Zusammenhang mit der Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer (also keine EU-Mitgliedsstaaten) wiederum die Durchführung von Leistungs- und Verhaltenskontrollen im Ausland möglich ist, besteht ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht.

Inwieweit der Arbeitgeber Auftragsverarbeitung und/oder Funktionsübertragungen in Drittländer für erforderlich hält – etwa zur Aufgabenerfüllung im Konzernverbund, zur Durchführung technischer Verarbeitungsprozesse – bleibt hingegen mitbestimmungsfrei.

Somit besteht hier in IT-Betriebsvereinbarungen *Anpassungsbedarf* in folgenden Aspekten:

- Anforderungen an „geeignete⁵⁸ Garantien“ im Sinne von Art. 46;
- Beteiligung an der Erstellung von „verbindlichen internen Datenschutz-Vorschriften⁵⁹“ durch den Arbeitgeber und dem Genehmigungsverfahren durch die zuständige Aufsichtsbehörde;
- in die gruppeninternen Transferverträge: ggf. Einbeziehung von Standardvertragsklauseln und Festlegung des Typus je nach Schutzniveau im Zielland im Sinne von Art. 28 Absatz 6;

⁵⁸ Im Unterschied zu den und über die (nur?) „hinreichenden“ Garantien im Sinne von Art. 28 hinaus

⁵⁹ „binding corporate rules“

- je nach Geschäftsfeld des Arbeitgeberunternehmens: Ausgestaltung einer rechtskonformen Vorgehensweise nach Art. 49 Absatz 1 lit a) – g) – wobei die IT-Betriebsvereinbarung jedoch selbst mangels Erwähnung im als enumerativ anzusehenden⁶⁰ Katalog keinen Erlaubnistatbestand für die Datenübermittlung begründen kann.

Weitere Aspekte mögen künftig – wie auch in allen anderen Fällen – hinzukommen, je nach der Fortentwicklung der Thematik durch die Anstrengungen der EU-Kommission im Hinblick auf durch diese zu treffende Angemessenheitsbeschlüsse (Art. 45 DS-GVO).

Kapitel IX (Art. 85 – 91) - Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen

Unter den Regelungen dieses Kapitels enthält nur Art. 88 DS-GVO Regelungen mit Bezug zum „Beschäftigungskontext“ und damit mittelbar zu IT-Betriebsvereinbarungen. Diese *ermöglicht* IT-Betriebsvereinbarungen, gestaltet diese aber nicht. Dieser Bezug wurde bereits eingangs angesprochen unter Ziffer 2.2. - Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (Regelungsgehalt des Artikel 88 DS-GVO). Ein *Änderungsbedarf* bei IT-Betriebsvereinbarungen ergibt sich hieraus nicht.

Fazit

Somit ist festzuhalten:

- Das System und die Funktionsweise der betrieblichen Mitbestimmung, wie sie im Betriebsverfassungsgesetz niedergelegt ist, wird durch die DS-GVO nicht berührt. Insbesondere das umfassende Recht des § 87 Absatz 1 Nr. 6 BetrVG wird weder erweitert noch eingeschränkt. Da sich in IT-Betriebsvereinbarungen gerade zu diesem Punkt in aller Regel ausführliche und auf die betriebliche Praxis bezogene Vorschriften finden (etwa: Gründung IT-Ausschuß mit paritätischer Besetzung, Form und Fristen für Informationen über IT-relevante Vorhaben an und Genehmigung durch den Betriebsrat, Kontrollrechte, Rechte der IT-Abteilung zur Aufrechterhaltung des Betriebs der IT-Systeme in Notfällen, Verfahren bei Verdacht von Mißbrauch durch Arbeitnehmer, Regelung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebspartnern etc.) ist hier kein Anpassungsbedarf erkennbar. Diese Regelungen haben also auch unter der Geltung der DS-GVO Bestand.

⁶⁰ Vgl. Normwortlaut „...nur unter einer der folgenden Bedingungen zulässig“

- Anpassungsbedarf besteht, wo die individuellen rechtlichen Positionen der vom Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer im Sinne von § 5 BetrVG und der Arbeitgeber betroffen sind. Hier statuiert die DS-GVO im Verhältnis zum BDSG einen noch komplexeren Anforderungskatalog an die Pflichten des Arbeitgebers betr.
 - o Information über Datenverwendung etc.
 - o datenschutzfreundliche technische Infrastruktur (TOM)
- Anpassungsbedarf besteht ferner bei den von DS-GVO vorgesehenen Instrumenten wie Datenschutz-Folgenabschätzungen und bei Dokumentationspflichten im Hinblick auf TOM.
- Die DS-GVO bereits konkret als Rechtsgrundlage in Bezug zu nehmen (etwa als Ermächtigungsgrundlage i.S.v. Art. 6 DS-GVO) oder auf sie zu verweisen⁶¹, ist indes nicht ratsam, da sie eben noch nicht geltendes Recht ist.
- Anpassungsbedarf besteht schließlich bei den Begrifflichkeiten, die sich vom BDSG z.T. deutlich unterscheiden.

Hier kann eine diese Aspekte schon heute umsetzende IT-Betriebsvereinbarung auch in Zukunft Basis für eine für die Betriebspartner und die Arbeitnehmer gleichermaßen fruchtbaren und rechtskonformen Umgang mit betrieblichen IT-Systemen in der praktischen Nutzung sein.

2.4 Auswirkungen der DS-GVO auf künftige IT-Betriebsvereinbarungen

Bestehen in einem Unternehmen mit Betriebsrat bislang keine IT-Betriebsvereinbarungen, ist den Betriebspartnern dringend zu raten, dieses Thema und seine vielfältigen Auswirkungen auf die betrieblichen Produktions- und Verwaltungsvorgänge nunmehr in Angriff zu nehmen und die allseits zu bemerkende Aufbruchstimmung konstruktiv zu nutzen. IT-Betriebsvereinbarungen können auch als gut geplantes und praktisch einsetzbares Managementinstrument angesehen werden. Sie eröffnen den Betriebspartnern damit eine Chance, IT-Systeme zur Arbeitserleichterung und Sicherung der Konkurrenzfähigkeit gemeinsam effektiv zu nutzen - unter Beachtung und Ausgleich der wohlverstandenen Interessen des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Arbeitnehmer.

Ein Zwang oder eine Notwendigkeit, IT-Betriebsvereinbarungen abzuschließen, besteht freilich weder derzeit noch künftig. Die DS-GVO eröffnet, wie ausgeführt, ausdrücklich (nur) die Möglichkeit hierzu.

IT-Betriebsvereinbarungen können dann auf den Vorgaben der DS-GVO aufsetzen, denn diese enthält, wie auszuführen war, ein - allerdings weiterhin bruchstückhaftes, sehr

⁶¹ ein Hinweis in der Präambel einer IT-Betriebsvereinbarung auf die bevorstehende Geltung ist m.E. unbedenklich

komplexes und somit eingeschränkt praxistaugliches – Handlungskonzept an die Adresse der Betriebspartner.

Künftige IT-Betriebsvereinbarungen werden alle vorstehend aufgeführten Aspekte von vornherein umzusetzen haben und damit die „Welt des BDSG“, seine Terminologie und seine hinter sich lassen.. Der Start in die „neue Welt“ unter Geltung der DS-GVO geschieht dann direkt unter Zugrundelegung der vorstehend skizzierten – unveränderten – betriebsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und der in der DS-GVO verankerten Grundsätze und Handlungsanweisungen. Das BDSG ist dann m.E. nur noch insoweit von Belang, als aus dem Erfahrungsschatz in den Jahrzehnten der Anwendung erprobte Verfahrensweisen entwickelt wurden, die ab 25.05.2018 nicht etwa entbehrlich oder gar falsch geworden sind, sondern in das künftige Regime integriert werden können – sicherlich auch künftig eine Aufgabe für Experten...

2.5 Praktische Vorgehensweise bei der Rechtsumsetzung

Die Vorgehensweise bei der Umsetzung der Vorgaben der DS-GVO in bestehende IT-Betriebsvereinbarungen ist abhängig von deren Regelungen zur Geltungsdauer bzw. zur Beendigung in Verbindung mit einer eventuellen Weitergeltung bis zum Abschluss einer diese ersetzenden Vereinbarung.

Da eine Betriebsvereinbarung jedoch ein privatautonomes Rechtsinstrument darstellt, ist m.E. – sicherlich nach Verhandlungen - die Anpassung an die Regelungen der DS-GVO, also eine einvernehmliche inhaltliche Änderung möglich, ohne ihre Geltung in Frage zu stellen. Alle dem Verfasser bekannte IT-Betriebsvereinbarungen sehen diese Möglichkeit auch in ihren Schlussregelungen vor.

Die Betriebspartner können also die bestehende IT-Betriebsvereinbarung durch eine neue Ausformulierung modifizieren, den Zeitpunkt des Geltungsbeginns festlegen und somit nahtlos die Regelungen der Vereinbarung aus dem Zeitalter des BDSG in das der DS-GVO überführen.

3. Schluss

Die DS-GVO hat bei weitem nicht alle auf IT-Betriebsvereinbarungen bezogenen Aspekte geklärt, obwohl sie Kollektivvereinbarungen namentlich an mehreren Stellen als normsetzendes Instrument in Bezug nimmt. Artikel 88 DS-GVO bezieht sich auf diese sogar ausdrücklich zur weiteren Ausgestaltung der „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext“. Dies war freilich auch nicht zu erwarten. Es sollten von vornherein Spielräume für die weitere Ausgestaltung durch die nationalen Gesetzgeber und eben die Parteien von Kollektivvereinbarungen eingeräumt werden.

Der EU-Gesetzgeber hat somit m.E. gut daran getan, nicht in die Sphäre der betrieblichen Abläufe einzugreifen und den Betriebspartnern somit möglicherweise praktisch nicht umsetzbare oder gar unlösbare Aufgaben zu stellen.

Es ist nun anspruchsvolle Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, den Rahmen, den die DSGVO aufgestellt hat, europarechtskonform und unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten auszuloten und zumindest für die folgenden Bereiche behutsam und praxisorientiert weiterzuentwickeln:

- Weitere Ausgestaltung der Grenzen und Anforderungen an die Nutzung von Arbeitnehmerdaten durch den Arbeitgeber (etwa zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle, zur Klärung von Missbrauchsfällen oder in Netzwerken)
- Weitere Ausgestaltung des praktischen Schutzes und der Sicherheit von Arbeitnehmerdaten (TOM).

Den Betriebspartnern bleiben so oder so genügend Gestaltungsmittel und genügend Freiraum, die betriebliche IT-Welt zum beiderseitigen Nutzen und mit dem Blick auf die Wahrung der informationellen Selbstbestimmung der Arbeitnehmer zu formen.

ENDE

Literaturverzeichnis

Bücher		
Däubler/Kittner/Klebe/Wedde	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz - Kommentar Bund Verlag 12. Auflage 2010	
Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/ Linsenmeier	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung - Handkommentar Verlag Vahlen 28. Auflage 2016	
Helfrich, Markus	Datenschutzrecht (Einführung zur Gesetzessammlung) Beck-Texte im dtv 8. Auflage 2016	
Kühling/Buchner	Datenschutz-Grundverordnung – Kommentar C.H. Beck Verlag 2017	
Laue/Nink/Kremer	Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis Nomos Verlag 2016	
Richardi/Thüsing/Annuß	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar Verlag C.H.Beck 13. Auflage 2012	

Aufsätze

Brink, Stefan/Düwell Franz Josef	Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz NZA 2016, 665 ff.
Fahrig, Stephan	Die Zulässigkeit von Whistleblowing aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht NZA 2011, 1ff.
Reinhard, Andre	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Implementierung von Unternehmens-, insbesondere Verhaltensrichtlinien NZA 2016, 1233 ff.
Tiedemann, Jens	Auswirkungen von Art. 88 DSGVO auf den Beschäftigtendatenschutz – Gestaltungsspielraum für Gesetzgeber und Betriebsparteien ArbRB 2016, 334 ff.

Wybitul, Tim

Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte? – Anpassungsbedarf bei Beschäftigtendatenschutz und Betriebsvereinbarungen

ZD 2016, 203 ff.

Manuskript Ende: 26.04.2017

Alleiniger Verfasser:

Markus Schliess

Rechtsanwalt

SRLN Rechtsanwälte/Fachanwälte - Stuttgart