

TIM WYBITUL / THORSTEN SÖRUP / STEPHAN PÖTTERS

Betriebsvereinbarungen und § 32 BDSG: Wie geht es nach der DS-GVO weiter?

Beschäftigtendatenschutz
Compliance
Datenumgang
Datensicherheit
Rahmenvorgaben

Handlungsempfehlungen für Unternehmen und Betriebsräte

■ Die geplante Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) wird das derzeit geltende Datenschutzrecht wohl bald ablösen. Der vorliegende Überblick gibt Handlungsempfehlungen, wie Unternehmen hierauf reagieren können. Viele Betriebe regeln den Umgang mit personenbezogenen Daten im Arbeitsverhältnis in Betriebsvereinbarungen. Der Beitrag untersucht, wie sie auch künftig als Rechtfertigungsgrundlage im Datenschutzrecht herangezogen werden können. Hierzu wird dargestellt, welche Regelungen die Betriebsparteien treffen sollten, um die Vorgaben der DS-GVO zeitnah umzusetzen. Eine Checkliste zeigt, wie Unternehmen und Betriebsräte die künftigen Vorgaben umsetzen können. Zudem untersucht der Beitrag die Frage, ob die Rechtsprechung zu § 32 BDSG auch bei Inkrafttreten der DS-GVO fortgelten kann und wie man in der Praxis mit der neuen Rechtslage umgeht.

■ The planned Data Protection Basic Regulations (DS-GVO) will probably soon supersede the currently applicable data protection law. The overview at hand will give guidance on how companies can react to this. Many companies regulate handling personal data in regards to employee relations with works agreements. This article will examine how they can also be taken into account as a basis for justification in data protection law. For this purpose, the article will depict which regulations the company's parties should abide by in order to implement the provisions of the DS-GVO in a timely manner. A checklist will show how companies and works councils can implement the future requirements. Furthermore, the article will demonstrate why the adjudication regarding Sec. 32 German Federal Data Protection Act (BDSG) can continue to be applicable after the DS-GVO comes into effect and how one can deal with the new legal situation in practice.

I. Was lange währt, wird endlich gut?

Darf man den Nachrichten aus Brüssel Glauben schenken, steht die Verabschiedung der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) kurz bevor. Die *Luxemburgische Ratspräsidentschaft* hat sich die Umsetzung noch während ihrer Amtszeit bis Ende 2015 auf die Fahnen geschrieben. Mit einer endgültigen Verabschiedung der Verordnung ist frühestens ab Mitte 2016 zu rechnen. Nach jetzigem Stand soll sie dann nach einer Umsetzungsfrist von zwei Jahren in Kraft treten.

II. Verdrängung des BDSG durch die DS-GVO

Mit Einführung der DS-GVO wird sich das rechtliche Umfeld für den Datenschutz grundlegend ändern. Das BDSG wird künftig weitestgehend verdrängt. Gem. Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV ist die DS-GVO als Verordnung in allen ihren Teilen verbindlich. Sie wirkt – anders als eine Richtlinie – unmittelbar. Ein nationaler Umsetzungsakt ist nicht erforderlich.¹ Die unmittelbare Geltung

nimmt den Mitgliedstaaten grundsätzlich die Befugnis, Rechtsakte zu erlassen, welche die Tragweite der Verordnung berühren.² Selbst inhaltsgleiche nationale Regelungen lässt der *EuGH* nur in besonderen Ausnahmefällen zu.³ Es besteht ein Anwendungsvorrang des Unionsrechts, d.h. nationale Behörden und Gerichte sind verpflichtet, die Vorschrift des Unionsrechts auch dann anzuwenden, wenn dem eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegenstehen sollte.⁴

Prinzipiell zielt die Verordnung also auf Vollharmonisierung ab, während die Richtlinie sowohl vollharmonisierend als auch mindestharmonisierend wirken kann.⁵ Für Durchführungsregelungen oder gar abweichende materielle Maßstäbe auf mitgliedstaatlicher Ebene ist somit nur in sehr engen Grenzen Raum. Die DS-GVO entfernt sich von diesem Typus, indem sie zahlreiche Öffnungsklauseln vorsieht. Gleichwohl handelt es sich um eine Verordnung, die grundsätzlich alle bisherigen nationalen Regelungen verdrängt. Dies wirft die Frage auf, ob das BDSG mit Inkrafttreten der DS-GVO insgesamt entfällt oder ob einzelne Vorschriften weiterhin anwendbar sind. Die gleiche Problematik besteht auch bei untergesetzlichen Regelungen, zumal in der Praxis Betriebsvereinbarungen eine zentrale Rolle für den Datenschutz in Unternehmen spielen.

III. Wie wirkt sich die DS-GVO auf Betriebsvereinbarungen aus?

Zunächst zum Schicksal der Betriebsvereinbarungen: Nach nahezu einhelliger Auffassung sind Betriebsvereinbarungen „andere Rechtsvorschriften“ i.S.d. § 4 Abs. 1 BDSG. Sie können eine datenschutzrechtliche Erlaubnis für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten im Beschäfti-

¹ Vgl. bereits Pötters, RDV 2015, 10, 11 f.

² *EuGH v. 18.2.1970 – 40/69*, Slg. 1970, 69, 80 – Hauptzollamt Hamburg/Bollmann; *EuGH v. 18.6.1970 – 74/69*, Slg. 1970, 451, 459 f. – Hauptzollamt Bremer/Krohn; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 56. EL 2015, Art. 288 AEUV Rdnr. 101.

³ *S. EuGH v. 28.3.1985 – 272/83*, Slg. 1985, 1057 – Kommission/Italien; vgl. Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rdnr. 20.

⁴ Ein sog. Geltungsvorrang des Unionsrechts besteht demgegenüber nicht, d.h. die „verdrängte Norm“ – hier das BDSG – bleibt weiter in Kraft; vgl. *EuGH*, Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, S. I-6307 – Ministero delle Finanze gegen IN.CO.GE. '90 u.A., Rdnr. 18 ff.

⁵ Vgl. *Nettesheim* (o. Fußn. 2), Rdnr. 100; *Micklitz/Rott*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht, 37. EL 2015, Kap. H.V., Rdnr. 41 ff.

gungsverhältnis begründen.⁶ Hieraus folgt ihre hohe Relevanz in der Praxis. Im Anschluss werden kurz die Vorteile betrieblicher Regelungen aufgezeigt. Danach soll erörtert werden, ob sie auch unter der DS-GVO als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand dienen können.

1. Vorteile datenschutzrechtlicher Regelungen in Betriebsvereinbarungen nach geltendem Recht

Der wesentliche praktische Vorteil datenschutzrechtlicher Regelungen in Betriebsvereinbarungen besteht darin, dass die Betriebsparteien anlassbezogen sehr viel präzisere Regelungen treffen können als dies bei einem bloßem Rückgriff auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände des BDSG möglich wäre. Vor allem §§ 28, 32 BDSG enthalten eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe.⁷ Die hiermit verbundenen Unschärfen lassen sich durch Betriebsvereinbarungen vermeiden. In Bezug auf konkrete Anwendungsfälle (z.B. Tor-, Spind-, E-Mail-, Compliance- oder Videokontrollen) können Betriebsrat und Arbeitgeber passgenaue Regelungen vereinbaren.

Die Rechtsetzungsbefugnis der Betriebsparteien ist allerdings nicht unbeschränkt. Sie haben die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen zu achten. Mit den Worten des Gesetzgebers: Sie müssen „die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer schützen und fördern“ (§ 75 Abs. 2 BetrVG).⁸ Die Rechtsprechung billigt ihnen dabei einen gewissen Einschätzungs- und Entscheidungsspielraum zu.⁹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Betriebsparteien wesentlich vom Schutzstandard des BDSG abweichen könnten.¹⁰ Die RL 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie – DS-RL) bewirkt insoweit eine Vollharmonisierung des nationalen Rechts.¹¹ Betriebsvereinbarungen können den gesetzlichen Schutz also nur nachzeichnen und konkretisieren, nicht aber absenken.

Betriebsvereinbarungen dienen gleichzeitig der Ausübung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, insbesondere nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Einführung technischer Einrichtungen, die eine Leistungs- oder Verhaltenskontrolle ermöglichen) oder nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Fragen der Ordnung des Betriebs). An der Schnittstelle zum Datenschutzrecht kommt Betriebsvereinbarungen somit eine doppelte Aufgabenstellung zu. Zum einen können sie Ermächtigungsgrundlagen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten schaffen. Zum anderen dienen sie der Erfüllung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 BetrVG.

Inhaltlich fordert die neuere Rechtsprechung des BAG dabei ein hohes Maß an Transparenz hinsichtlich des Umgangs mit Beschäftigtendaten.¹² Dies setzt klare und detaillierte Regelungen voraus. Gerade Betriebsvereinbarungen sind geeignet, diese Transparenz zu schaffen.

2. Betriebsvereinbarungen als Erlaubnistatbestand unter der DS-GVO

Angesichts der zentralen Bedeutung von Betriebsvereinbarungen für die Praxis stellt sich die Frage, ob der Umgang mit personenbezogenen Daten nach Inkrafttreten der DS-GVO auch weiterhin auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen geregelt werden kann. Die lässt sich mit einem klaren „Ja“ beantworten. Zwar regeln nicht alle Entwurfsfassungen der DS-GVO ausdrücklich, dass Betriebsvereinbarungen oder sonstige Kollektivvereinbarungen als Erlaubnisvorschriften i.S.d. DS-GVO wirken sollen. Dies kann jedoch aus den Erwägungsgründen und der Systematik gefolgert werden.

Die DS-GVO ist wie das BDSG auf der Basis eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Jede Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach Art. 6 DS-GVO nur zulässig, soweit sie

auf einen gesetzlich geregelten Erlaubnistatbestand gestützt werden kann.¹³

Die Verarbeitung zur Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO setzt voraus, dass eine Rechtsgrundlage im Recht des Mitgliedstaats vorliegen muss, in dem der für die Verarbeitung Verantwortliche sitzt. Die einzelstaatliche Regelung muss gem. Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter erforderlich sein. Mitgliedstaaten können i.R.d. DS-GVO Einzelheiten der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung regeln, Art. 6 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO. Betriebsvereinbarungen können richtigerweise eine solche Regelung darstellen. Sie binden den Arbeitgeber normativ (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG), sie können also als eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers verstanden werden. Auch dürften die weiteren Anforderungen, die Art. 6 Abs. 3 Satz 2 DS-GVO an die einzelstaatliche Regelung stellt, erfüllt sein. Dies wird nicht zuletzt durch betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben wie § 75 Abs. 2 BetrVG oder § 80 BetrVG gewährleistet.

Es ist aber keineswegs sicher, dass Betriebsvereinbarungen als „gesetzliche“ Verpflichtung angesehen werden können. Dafür müsste die Wendung untechnisch i.S.e. rechtlich zwingenden Verpflichtung zu verstehen sein. Hierfür spricht, dass nicht alle Mitgliedstaaten normativ wirkende Kollektivvereinbarungen kennen. Andererseits wird in Erwägungsgrund 36¹⁴ nur der Tarifvertrag als Beispiel erwähnt. In der englischen Fassung wird hingegen der Begriff „collective agreements“ verwendet, worunter auch die Betriebsvereinbarung gefasst werden könnte. In der späteren Ratsfassung wiederum fehlt dieser Satz ganz. Es bleibt daher nur zu wünschen, dass im weiteren Gesetzgebungsprozess klargestellt wird, ob Betriebsvereinbarungen ebenfalls eine gesetzliche Verpflichtung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO darstellen.

Noch sehr viel deutlicher als nach Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO folgt aus Art. 82 DS-GVO sowie aus Erwägungsgrund 124 DS-GVO, dass die Betriebsvereinbarung als Erlaubnistatbestand nach der DS-GVO zulässig bleibt. Dies gilt sowohl für die Entwurfsfassung des *Europäischen Parlaments* (EP-Fassung) als auch für die Entwurfsfassung des *Europäischen Rats* (Ratsfassung).

a) Art. 82 DS-GVO-E: Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

■ **EP-Fassung:** „1. Die Mitgliedstaaten können im Einklang mit den Regelungen dieser Verordnung und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Rechtsvorschriften die Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten im Beschäftigungskontext ... regeln. Die Mitgliedstaaten können Kollektivverträge für die weitere Konkretisierung der Vorschriften dieses Artikels vorsehen.“

⁶ BAG NJW 1987, 674.

⁷ Z.B. „Wahrung berechtigter Interessen“, „erforderlich“.

⁸ Vgl. BAG NZA 2004, 1278.

⁹ Vgl. BAG ZD, 2014, 256 m. Anm. *Wybitul*.

¹⁰ So die h.M., vgl. *Klug/Gola/Körffler*, in: *Gola/Schomerus*, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 4 Rdnr. 10a; *Pötters/Traut*, RDV 2013, 132; *Trittin/Fischer*, NZA 2009, 343, 344; vgl. auch *Roßmann*, DuD 2002 286, 288.

¹¹ Grundlegend *EuGH MMR* 2004, 95, Rdnr. 96 f. m. Anm. *Roßnagel* – Lindqvist; bestätigt durch *EuGH MMR* 2009, 171, Rdnr. 51 – Huber; aktuell *EuGH ZD* 2012, 33 – ASNEF; vgl. zur Vollharmonisierung *Brühann*, *EuZW* 2009, 639, 641; *Forst*, RDV 2010, 150, 151; *ders.*, NZA 2010, 1043; *Pötters*, *Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz*, 2013, S. 239 ff.; *Pötters/Traut*, RDV 2013, 132; *Thüsing*, *Beschäftigtendatenschutz und Compliance*, 2. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 5.

¹² BAG ZD, 2014, 260 m. Anm. *Astor/Wybitul*.

¹³ Mögliche Erlaubnistatbestände sind u.a. die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO), die Vertragserfüllung (Art. 6 Abs. 1 lit. b DS-GVO), die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen (Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO) oder die Wahrung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO).

¹⁴ In der EP-Fassung.

■ **Ratsfassung:** „1. Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten im Beschäftigungskontext, insbesondere ... vorsehen.“

b) Erwägungsgrund 124

■ **EP-Fassung:** „(124) ... Ist in einem Mitgliedstaat eine gesetzliche Grundlage zur Regelung von Angelegenheiten des Beschäftigungsverhältnisses durch Vereinbarung zwischen den Arbeitnehmervertretern und der Leitung des Unternehmens oder des herrschenden Unternehmens einer Unternehmensgruppe (Kollektivvereinbarung) oder nach Maßgabe der Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vorgesehen, kann die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext auch durch eine solche Vereinbarung geregelt werden.“

■ **Ratsfassung:** „(124) Im nationalen Recht oder in Kollektivverträgen (einschließlich „Betriebsvereinbarungen“) können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten im Beschäftigungskontext, insbesondere ... vorgesehen werden.“

Dies ist eindeutig. Vor allem der Erwägungsgrund 124¹⁵ zeigt, dass „Kollektivvereinbarungen“ als zulässige Erlaubnistatbestände i.R.v. Art. 6 DS-GVO in Frage kommen. In der vom Rat vorgeschlagenen Fassung wird im Erwägungsgrund sogar explizit klargestellt, dass hierunter auch Betriebsvereinbarungen fallen¹⁶ – eine Änderung, die Deutschland vorgeschlagen hat, und für die sich die Bundesregierung weiter einsetzen will.¹⁷

Daher kommt wohl auch in Zukunft die Betriebsvereinbarung als Erlaubnistatbestand in Betracht. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass solche Betriebsvereinbarungen die Anforderungen der DS-GVO hinreichend umsetzen. Hierbei müssen Unternehmen gründlich vorgehen. Denn die Bußgelder nach der DS-GVO können deutlich höher ausfallen, als dies § 43 BDSG bislang vorsieht (vgl. Art. 79 Abs. 2a lit. c DS-GVO¹⁸: bis zu € 100 Mio. oder bis zu 5% des weltweiten Jahresumsatzes, je nachdem, welcher der Beträge höher ist).

Eine andere Frage ist, ob Betriebsvereinbarungen über den Schutzstandard der DS-GVO hinausgehen, also ein „Mehr“ an Datenschutz vorsehen dürfen. Dagegen spricht die Rechtsnatur der DS-GVO. Diese ist – wie eingangs aufgezeigt – mehr noch als die bisherige DS-RL auf eine Vollharmonisierung des nationalen Rechts angelegt. Andererseits ist auffällig, dass Art. 82 DS-GVO in der Ratsfassung bewusst weit formuliert ist. Der Rat hat auf

die bei anderen Öffnungsklauseln geläufige Formulierung, wonach eine nationale Regelung nur „in den Grenzen der Verordnung“ ermöglicht wird, verzichtet. Das ist kein Versehen, sondern eine bewusste Änderung gegenüber dem ursprünglichen Entwurf der *Kommission*.¹⁹ Dies spricht für ein Verständnis der DS-GVO als bloße Mindestvorgabe für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes. Rechtspolitisch ist dies überzeugend: In der Regel ist eine Mindestharmonisierung im Arbeitsrecht ausreichend, um ein hinreichendes Schutzniveau zu garantieren und gleichzeitig die Vorteile eines Regulierungswettbewerbs zu nutzen.²⁰ Es bleibt abzuwarten, ob sich die Ratsfassung durchsetzt.

IV. Wie geht es weiter mit § 32 BDSG?

Die genannten Überlegungen zum Schicksal von Betriebsvereinbarungen lassen sich auf § 32 BDSG übertragen.

Art. 82 DS-GVO erlaubt es den Mitgliedstaaten, den Beschäftigtendatenschutz auf nationaler Ebene zu regeln, sofern der Mindeststandard der DS-GVO eingehalten ist. § 32 Abs. 1 BDSG kann insoweit als eine spezifizierende Vorschrift i.S.d. Art. 82 DS-GVO verstanden werden. Vor allem durch die hierzu ergangene Rechtsprechung besteht ein funktionierender und austarierter Regelungsrahmen, der weitgehend vorhersehbare Ergebnisse ermöglicht und Rechtssicherheit schafft. § 32 Abs. 1 BDSG kann sogar als Regelung angesehen werden, die über den Schutzstandard der DS-GVO hinausgeht: Die deutsche Rechtsprechung fordert für § 32 Abs. 1 BDSG eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung.²¹ Die DS-GVO kennt zwar auch eine Reihe von Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, Art. 5 DS-GVO. Diese entsprechen den Anforderungen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung aber nur teilweise.

Art. 82 DS-GVO erfordert zudem auch nicht, dass einzelstaatliche Vorschriften zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes erst nach Verabschiedung oder Inkrafttreten der DS-GVO erlassen werden müssten. Eine gesetzliche Bestätigung des § 32 BDSG mit Blick auf Art. 82 DS-GVO zu fordern, wäre eine weder von Wortlaut noch Systematik der Norm gedeckte Förmelerei. Gerichte, Arbeitgeber und Beschäftigte können und müssen nach Inkrafttreten der DS-GVO § 32 BDSG daher bis auf weiteres als konkretisierende Regelung für den Beschäftigtendatenschutz anwenden. Dies gilt jedenfalls so lange, wie der deutsche Gesetzgeber keine ablösende Regelung schafft oder § 32 BDSG außer Kraft setzt.

V. Anforderungen der DS-GVO an neue und bestehende Betriebsvereinbarungen

Wie bereits festgestellt, müssen neue und bestehende Betriebsvereinbarungen im Einklang mit den Regelungen der DS-GVO stehen. Die Anforderungen sind vielfältig. Ebenso wie die neuere Rechtsprechung des BAG²² legt die DS-GVO besonderes Gewicht auf transparente und für die Betroffenen nachvollziehbare Regelungen zum Umgang mit ihren Daten. Betriebsvereinbarungen sollten Datenverarbeitungen daher möglichst genau und nachvollziehbar beschreiben. Es hat sich bewährt, Transparenz durch aussagekräftige Anlagen und/oder eine begleitende interne Kommunikation²³ zu schaffen. So sind Zusatzinformationen für Mitarbeiter in Form sog. FAQs (Frequently Asked Questions) oder Q&As (Questions & Answers) hilfreich.

Die Überprüfung bestehender oder geplanter Betriebsvereinbarungen anhand der Anforderungen der DS-GVO soll durch den nachfolgenden Überblick zusätzlich erleichtert werden.

1. Klarstellung zum Regelungscharakter

Zur Vermeidung von Unsicherheiten ist es zunächst empfehlenswert, den Regelungscharakter der Betriebsvereinbarung als da-

¹⁵ Hier gibt es nicht unerhebliche Änderungen zwischen den Entwurfsfassungen, die Zulässigkeit von Betriebsvereinbarungen als Ermächtigungsgrundlage wird in den neueren Fassungen noch eindeutiger beibehalten, vgl. auch Synopse, abrufbar unter: https://www.lida.bayern.de/lda/datenschutzaufsicht/lda_daten/BayLDA_Synopse_DS-GVO_KOMM-EU-Parlament-Rat_160623TK.pdf.

¹⁶ Fladung, Compliance-Berater 2015, 364, 365.

¹⁷ So zumindest das Bekenntnis in einer Antwort auf eine kleine Anfrage von DIE LINKE, BT-Drs. 18/5889, S. 10.

¹⁸ In der EP-Fassung; die Ratsfassung ist hier differenzierter, vgl. http://www.cr-online.de/Verabschiedete_Fassung_der_Datenschutz-GVO_durch_den_Europaischen_en_Rat_v_11.06.2015.pdf.

¹⁹ Vgl. zum Entwurf der *Kommission* bereits Pötters, RDV 2015, 10, 12 f.

²⁰ Denkbar ist dann aber nur – so die Theorie – ein „race to the top“, s. hierzu Deakin/Wilkinson, IJL 1994, 289. In der Lit. gibt es daher Stimmen, die grds. den Ansatz einer „reflexive harmonisation“ ggü. einer Vollharmonisierung bevorzugen, s. Deakin, in: Esty/Geradin (Hrsg.), *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, 2001, S. 190 ff., 209 ff.; s. ferner Watt, EdinLR 2005, 6.

²¹ Vgl. BAG ZD 2014, 260 m. Anm. Wybitul/Astor; hierzu Wybitul/Pötters, BB 2014, 437, 439 f.

²² BAG ZD 2014, 256, 426; Wybitul, NZA 2014, 225

²³ Hierbei sind insb. transparente Aussagen über die datenschutzrechtlich relevanten Verarbeitungen nötig.

tenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand ausdrücklich festzulegen. Die Betriebsparteien sollten zudem klarstellen, dass der Arbeitgeber zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung neben der Betriebsvereinbarung auch auf andere gesetzliche Erlaubnistatbestände zurückgreifen darf. Formulierungen hierfür könnten etwa lauten:

■ **Formulierungsvorschlag:** „Die Betriebsparteien sind sich darüber einig, dass diese Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Erlaubnis zum Umgang mit personenbezogenen Daten wirkt. Soweit diese Betriebsvereinbarung das Verarbeiten personenbezogener Daten regelt, gilt diese Betriebsvereinbarung als Erlaubnisvorschrift i.S.v. Art. 6 GVO.“

■ **Formulierungsvorschlag:** „Die vorliegende Betriebsvereinbarung regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten nicht abschließend. Dem Arbeitgeber bleibt vorbehalten, personenbezogene Daten auch auf der Grundlage sonstiger Betriebsvereinbarungen oder auf der Grundlage einschlägiger gesetzlicher Regelungen zu verarbeiten.“

2. Zentrale Grundsätze der DS-GVO für den Datenumgang

Betriebsvereinbarungen sollten die zentralen Grundsätze der DS-GVO für den Umgang mit Daten abbilden. Diese sind in Art. 5 DS-GVO geregelt. Die DS-GVO normiert sechs Prinzipien, die bereits aus der DS-RL und dem BDSG bekannt sind.

a) Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz

Personenbezogene Daten müssen auf rechtmäßige Weise, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und in einer für die betroffene Person nachvollziehbaren Weise verarbeitet werden, Art. 5 lit. a DS-GVO. Die weiteren Anforderungen der DS-GVO zum Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage für die Datenverarbeitung²⁴ und die im dritten Kapitel vorgesehenen detaillierten Informations- und Unterrichtungspflichten²⁵ konkretisieren diesen Grundsatz.

b) Zweckbindung

Der Grundsatz der Zweckbindung besagt, dass personenbezogene Daten nur für genau festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden dürfen; eine Verarbeitung zu anderen Zwecken ist grundsätzlich unzulässig, Art. 5 lit. b DS-GVO. Dieser Grundsatz ist bereits aus dem BDSG bekannt, wo er in einzelnen Normen angesprochen wird.²⁶ Mit der DS-GVO wird er nunmehr ausdrücklich kodifiziert. Betriebsparteien müssen ihm daher bei der Gestaltung von Betriebsvereinbarungen zukünftig mehr Aufmerksamkeit schenken. Nach Möglichkeit sind detaillierte Beschreibungen der Zwecke der geplanten Datenverarbeitung aufzunehmen. Dies können die Betriebsparteien in der Praxis vor allem i.R.v. Anlagen umsetzen. Das Risiko besteht, dass Gerichte zu unbestimmte und allgemeine Aussagen zu den zulässigen Zwecken oder die Angabe von Zweckbündeln sowie unbestimmte Auffangregelungen in Zukunft als unzulässig bewerten.

c) Datenminimierung, Datensparsamkeit

Auch der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 lit. c DS-GVO) ist als sog. Datensparsamkeit bereits aus dem BDSG bekannt, vgl. § 3a BDSG. Er besagt vor allem, dass die Datenerhebung und Verarbeitung auf das für die Zwecke der Datenverarbeitung notwendige Mindestmaß beschränkt werden muss. Kann der jeweilige Verarbeitungszweck auch ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten erreicht werden, ist eine entsprechende Verarbeitung unzulässig. Die DS-GVO spricht zur Umsetzung die Modelle „data protection by default“ und „data protection by design“, d.h. den möglichst datensparsamen und

datenvermeidenden Umgang mit personenbezogenen Daten,²⁷ an.

d) Datenrichtigkeit, Datenaktualität

Der Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 5 lit. d DS-GVO) entspricht dem bislang geltenden § 35 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Personenbezogene Daten müssen sachlich richtig und auf dem neuesten Stand sein. Arbeitgeber müssen angemessene Maßnahmen treffen, um personenbezogene Daten, die im Hinblick auf die Zwecke ihrer Verarbeitung unzutreffend sind, unverzüglich zu löschen oder zu berichtigen.

Eine proaktive Prüfungs- und Handlungspflicht ist hiermit nicht verbunden. Dies würde das Kriterium der Angemessenheit überspannen. Eine Pflicht zur Berichtigung oder Löschung kann nur bei positiver Kenntnis der Unrichtigkeit von Daten bestehen. Ausreichend ist daher eine Regelung zu Korrekturprozessen, sobald Datenunrichtigkeiten bekannt werden, sei es durch Mitteilungen der Arbeitnehmer oder durch anderweitige Kenntniserlangung.

e) Beschränkung der Speicherdauer

Der Grundsatz der Beschränkung der Speicherdauer (Art. 5 lit. e DS-GVO) ergänzt die Zweckbindung (Art. 5 lit. b DS-GVO): Daten dürfen nur so lange gespeichert werden, wie dies zur Erreichung der mit der Datenverarbeitung verfolgten Zwecke erforderlich ist. Eine längere Speicherung ist nur in engen Grenzen zu historischen oder statistischen Zwecken, zu wissenschaftlichen Forschungszwecken oder zu Archivierungszwecken, die einem öffentlichen Interesse dienen, zulässig.

f) Datensicherheit

Der Grundsatz der Datensicherheit postuliert, dass personenbezogene Daten so zu verarbeiten sind, dass sie vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung, vor zufälligem Verlust, zufälliger Zerstörung oder Schädigung geschützt sind. Die Datensicherheit erfährt damit i.R.d. DS-GVO eine Aufwertung. Dies ist mit Blick auf die in letzter Zeit bekannt gewordenen Hackerangriffe und Datendiebstähle zu begrüßen. Dem Aspekt der Datensicherheit ist daher auch in Betriebsvereinbarungen besondere Bedeutung zuzumessen (s. hierzu unter V.6).

3. Umgang mit besonderen Datenkategorien (Art. 9 DS-GVO)

Besondere Datenkategorien sind Daten, aus denen Rasse, ethnische Herkunft, politische Meinung, Religion, sexuelle Orientierung, Geschlechtsidentität oder Gewerkschaftstätigkeit abgeleitet werden können. Hinzu kommen genetische oder biometrische Daten, aber auch Daten über verwaltungsrechtliche Sanktionen, Urteile, Straftaten oder mutmaßliche Straftaten und Verurteilungen. Hier gelten nach Art. 9 DS-GVO erhöhte Datenschutzanforderungen. Diese sind auch i.R.v. Betriebsvereinbarungen zu beachten, insbesondere bei Regelungen zur automatisierten Personaldatenverarbeitung (Stichwort: SAP-HR), Whistleblowing-Hotlines oder Betriebsvereinbarungen zu Compliance-Maßnahmen.

4. Rechte der betroffenen Personen (Art. 10a bis Art. 18 DS-GVO)

Betriebsvereinbarungen sollten ferner daraufhin überprüft werden, ob sie die Betroffenenrechte nach der DS-GVO hinreichend abbilden. Diese werden nachfolgend summarisch dargestellt.

²⁴ Art. 6 ff. DS-GVO.

²⁵ Hierzu Näheres unter V.4.

²⁶ Z.B. § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG.

²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 61 und Art. 23 DS-GVO.

a) Allgemeine Grundsätze (Art. 10a DS-GVO)

Ausgangspunkt bildet Art. 10a DS-GVO. Er regelt wesentliche Betroffenenrechte. Hierzu gehören:

- die Bereitstellung klarer und leicht verständlicher Informationen über die Verarbeitung,
- das Recht auf Zugang, Berichtigung und Löschung von Daten,
- das Recht auf Herausgabe von Daten,
- das Recht, einem Profiling zu widersprechen,
- das Recht auf Beschwerde bei der zuständigen Aufsichtsbehörde und Klagerhebung,
- das Recht auf Ersatz des Schadens, der durch eine rechtswidrige Verarbeitung entsteht.

Eine Geltendmachung darf für den Betroffenen mit keinerlei Kosten verbunden sein, Anträge sind zudem innerhalb einer angemessenen Frist zu bearbeiten. Diese Rechte werden durch die DS-GVO im Weiteren noch konkretisiert.

b) Aufklärungs- und Informationspflichten (Art. 11-14 DS-GVO)

Arbeitgeber haben ihren Mitarbeitern alle Informationen und Mitteilungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten in verständlicher Form unter Verwendung einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung zu stellen, Art. 11 DS-GVO. Sie müssen durch entsprechende Verfahren und andere Vorkehrungen sicherstellen, dass die Betroffenen ihre Rechte effektiv ausüben können. Die Art. 12 bis 14 DS-GVO sehen hierzu detaillierte Vorgaben vor. So sind etwa nach Art. 12 DS-GVO Auskünfte unverzüglich zu erteilen. Unverzüglich bedeutet dabei innerhalb von 40 Kalendertagen nach Anfrage; die Frist kann unter bestimmten Voraussetzungen um einen Monat verlängert werden. In diesen Fällen darf ein angemessenes Bearbeitungsentgelt verlangt werden. Art. 13a DS-GVO regelt standardisierte Informationsmaßnahmen, mit denen die Unterrichtungspflicht nach Art. 14 DS-GVO i.S.e. Grundinformation unterstützt werden soll.²⁸ Hinzu kommen schließlich die umfangreichen Unterrichtungspflichten nach Art. 14 DS-GVO. Sie müssen in Betriebsvereinbarungen ebenfalls abgebildet werden. Zu nennen sind z.B.:

- Angaben zur verantwortlichen Stelle und zum Datenschutzbeauftragten (DSB),
- Angaben zum Zweck der Datenverarbeitung, zur Datensicherheit sowie zu Allgemeinen Vertrags- oder Geschäftsbedingungen,
- Angabe zur Speicherdauer bzw. zu den Kriterien zur Festlegung der Speicherdauer,
- Hinweise auf Betroffenenrechte (Auskunft, Herausgabe, Berichtigung, Löschung),
- Hinweis auf Beschwerderecht und Rechtsbehelfe nach Art. 73, 75 DS-GVO,
- Hinweis auf Empfänger von Daten oder Kategorien von Datenempfängern,
- Hinweis auf eine Datenverarbeitung in Drittländern unter Verweis auf Maßnahmen zur Sicherung eines angemessenen Datenschutzniveaus,

- Informationen über die Logik einer automatisierten Datenverarbeitung,
- Ergebnis der Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 33 DS-GVO) und der Risikoeinschätzung.

c) Rechte der Betroffenen

Besondere Herausforderungen bereiten auch die „klassischen“ Betroffenenrechte. Die Rechte auf Auskunft (Art. 15 DS-GVO), Berichtigung (Art. 16 DS-GVO), Löschung (Art. 17 DS-GVO) und Widerspruch (Art. 19 DS-GVO) sind dem Grunde nach bereits aus der DS-RL und dem BDSG bekannt. Die DS-GVO enthält aber weitaus detailliertere Regelungen, die nicht immer systematisch ineinander greifen. Für den Anwender ergibt sich daher ein zusätzlicher Umsetzungsaufwand.

Neu hinzugekommen ist zudem das in Art. 15 Abs. 2a DS-GVO²⁹ geregelte Recht auf Herausgabe von personenbezogenen Daten.³⁰ Dieser Anspruch besteht, wenn die Daten vom Betroffenen selbst zur Verfügung gestellt und elektronisch verarbeitet wurden. Dieses Recht dürfte gerade im Arbeitsverhältnis von Bedeutung sein.

5. Auftragsdatenverarbeitung und Betriebsvereinbarungen

Die Vorschriften der DS-GVO zur Auftragsdatenverarbeitung (Art. 26 bis Art. 29 DS-GVO) können i.R.v. Betriebsvereinbarungen ebenfalls relevant werden, denn viele der dort geregelten Datenverarbeitungen werden durch Dienstleister im Wege der Auftragsdatenverarbeitung erbracht. In diesem Falle sind die Betriebsparteien dafür verantwortlich, dass die Anforderungen der DS-GVO an eine rechtmäßige Auftragsdatenverarbeitung (insb. Art. 26 ff. DS-GVO) eingehalten werden. Dies dürfte z.B. bei einer Personaldatenverarbeitung mittels SAP-HR oder dem Betrieb einer Whistleblowing-Hotline zum Tragen kommen.

6. Gewährleistung der Datensicherheit

Die Datensicherheit nimmt i.R.d. DS-GVO ebenfalls einen hohen Stellenwert ein. Mit Art. 30 bis 33 DS-GVO existiert ein detaillierter Regelungsrahmen, der die Erstellung eines Datensicherheitskonzepts vorsieht. Die Regelungen sind für Betriebsvereinbarungen ebenfalls relevant, insbesondere wenn es um die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten in Ablagesystemen (z.B. SAP-HR) geht.

Art. 30 DS-GVO normiert Rahmenvorgaben zur Datensicherheit. Diese können vom *Europäischen Datenschutzausschuss* näher konkretisiert werden. Die Vorgaben sind vergleichbar mit den technisch-organisatorischen Maßnahmen nach § 9 BDSG³¹. Zentrales Element ist eine Risikoanalyse (Art. 32a DS-GVO) in Kombination mit einer sog. Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 33 DS-GVO). Deren Ergebnisse werden im Sicherheitskonzept zusammengeführt. Das Sicherheitskonzept ist in einem Zwei-Jahres-Turnus zu überprüfen. Bei Änderungen ist die Prüfung unverzüglich neu durchzuführen (Art. 33a DS-GVO). Schließlich bestehen Melde- und Informationspflichten bei Sicherheits- und Datenschutzverstößen (Art. 31 und 32 DS-GVO).

In der Praxis empfiehlt sich ein generelles, prozessbasiertes Datensicherheitskonzept. Es sollten Risikoklassen für die Datenverarbeitung i.S.v. Art. 32a DS-GVO definiert und Maßnahmenkataloge festgelegt werden. Entsprechendes gilt für die Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 33 DS-GVO). Diese kann ebenfalls nach Risikoklassen bzw. anhand vergleichbarer Verarbeitungsvorgänge mit ähnlichen Risiken aufgebaut werden. In Betriebsvereinbarungen kann auf ein solches Konzept dann Bezug genommen werden. Der Regelungs- und Dokumentationsaufwand in Betriebsvereinbarungen wird hierdurch erheblich reduziert.

²⁸ Zu den Einzelheiten siehe Art. 13a DS-GVO und den entsprechenden Anhang zur DS-GVO.

²⁹ In der EP-Fassung, vgl. Art. 15 Abs. 2 DS-GVO in der Ratsfassung.

³⁰ In der Fassung der *Kommission* noch eigens als Recht auf Vergessenwerden geregelt.

³¹ Zu den Anforderungen an die Datensicherheit nach dem BDSG vgl. *Schultze-Melling*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, 2. Aufl. 2013, § 9; *Ernestus*, in: *Simitis*, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 9.

7. Vorherige Einbindung des DSB

Art. 34 und 37 DS-GVO regeln die frühzeitige Einbindung des DSB. Sie hat noch vor Beginn der Datenverarbeitung zu erfolgen und soll die Übereinstimmung der geplanten Datenverarbeitung mit der DS-GVO sicherstellen. Ist ein DSB nicht bestellt, ist die zuständige Aufsichtsbehörde einzubeziehen (sog. Konsultationspflicht, Art. 34 DS-GVO).

Die Einbindungspflicht ist grundsätzlich auch bei Datenverarbeitungen auf Grund von Betriebsvereinbarungen zu beachten. Sie entfällt nur, soweit der *Europäische Datenschutzausschuss* Betriebsvereinbarungen von der Konsultationspflicht ausnehmen würde. Ob dies erfolgt, bleibt abzuwarten.

VI. Zusammenfassung und Handlungsempfehlungen

Die europäische Neuregelung des Datenschutzrechts stellt deutsche Unternehmen vor einige Herausforderungen. Diese lassen sich aber mit etwas Vorbereitung durchaus bewältigen. Zunächst sprechen gute Gründe dafür, dass Arbeitsgerichte den Umgang mit personenbezogenen Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch weiter anhand von § 32 Abs. 1 BDSG sowie dessen Ausgestaltung durch die bisherige Rechtsprechung hierzu beurteilen werden. Dies würde zu einem gewissen Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit führen.

Bei bereits geltenden oder neuen Betriebsvereinbarungen müssen sich Arbeitgeber dagegen auf deutliche Veränderungen einstellen. Zwar können Betriebsvereinbarungen weiterhin als Erlaubnis zum Umgang mit personenbezogenen Daten wirken. Sie bleiben damit ein verlässliches Mittel, um Risiken beim Datenschutz belastbar auszuschließen.

Dies gilt aber nur, soweit Betriebsvereinbarungen die Anforderungen der neuen DS-GVO hinreichend abbilden. Bei bereits abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen werden teilweise umfassende Anpassungen nötig sein. Daher sollten Unternehmen bestehende Betriebsvereinbarungen frühzeitig auf ihre Vereinbarkeit mit der DS-GVO hin prüfen.



Tim Wybitul

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Kanzlei Hogan Lovells International LLP in Frankfurt/M. sowie Mitherausgeber der ZD.



Thorsten Sörup

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht und Arbeitsrecht in Frankfurt/M. sowie Mitglied des Wissenschaftsbeirats der ZD.



Dr. Stephan Pötters

ist akad. Rat a.Z. und Habilitand am Institut für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit der Universität Bonn.

VII. Checkliste – Betriebsvereinbarungen nach der kommenden DS-GVO

Check 1: Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand definiert?

Formulierungsvorschlag: „Die Betriebsparteien sind sich darüber einig, dass diese Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Erlaubnis zum Umgang mit personenbezogenen Daten wirkt. Soweit diese Betriebsvereinbarung das Verarbeiten personenbezogener Daten regelt, gilt diese Betriebsvereinbarung als Erlaubnisvorschrift i.S.v. Art. 6 DS-GVO.“

Check 2: Rückgriff auf andere Erlaubnistatbestände neben Betriebsvereinbarung erlaubt?

Formulierungsvorschlag: „Die vorliegende Betriebsvereinbarung regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten nicht abschließend. Dem Arbeitgeber bleibt vorbehalten, personenbezogene Daten auch auf der Grundlage sonstiger Betriebsvereinbarungen oder auf der Grundlage einschlägiger gesetzlicher Regelungen zu verarbeiten. Die Betriebsparteien informieren die Arbeitnehmer über diese Möglichkeit des Arbeitgebers in geeigneter Form i.R.d. Mitarbeiterinformation zu dieser Betriebsvereinbarung.“

Check 3: Betriebsvereinbarung im Einklang mit DS-GVO? – insbesondere Prüfung folgender Punkte:

1. Differenzierung nach Datenarten/Besondere Datenkategorien betroffen?
 - Einhaltung der Anforderungen für die Verarbeitung besonderer Datenkategorien
2. Klare und leicht verständliche Informationen zur Datenverarbeitung vorhanden (Art. 10a DS-GVO)?
3. Aufklärungs- und Informationspflichten erfüllt (Art. 11 bis Art. 14 DS-GVO)?
 - insbesondere Unterrichtung nach Art. 14 DS-GVO
4. Hinweis auf Betroffenenrechte und deren Ausübung erfüllt?
 - Auskunft (Art. 15 DS-GVO),
 - Berichtigung (Art. 16 DS-GVO),
 - Löschung (Art. 17 DS-GVO)
 - Widerspruch (Art. 19 DS-GVO)
5. Soweit relevant, Anforderungen an Auftragsdatenverarbeitung eingehalten (Art. 26 bis Art. 29 DS-GVO)?
6. Anforderungen an Datensicherheit eingehalten (Art. 30 ff. DS-GVO)?

Check 4: Konsultationsverfahren, soweit erforderlich, durchgeführt (Art. 34 DS-GVO)?