

# Datenschutz – Mitbestimmung des Betriebsrates

# Die Themen



Entwicklung des Arbeitnehmerdatenschutzes

Grundzüge des BDSG

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates

Betrachtung einzelner Fallgruppen

- E-Mail, Internet und Telefon - Überwachung
- Videoüberwachung
- GPS – Ortung
- Mitarbeiterscreening
- Datenschutz im Konzern
- Grenzüberschreitender Datenschutz

# Entwicklung des Arbeitnehmerdatenschutzes



Beginn der Diskussion um den Datenschutz Mitte  
der Sechziger Jahre mit der zunehmenden  
Automatisierung

BDSG 1. Februar 1977

Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983

Grundsätzliche Ausführungen zur Notwendigkeit und  
Ausgestaltung des Schutzes der persönlichen Daten

Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Betroffener kann nur mit gesetzlicher Grundlage  
„übergangen“ werden

Einführung § 32 BDSG zum 1.9.2009

# Entwicklung des Arbeitnehmerdatenschutzes



## Neue Regeln stehen an

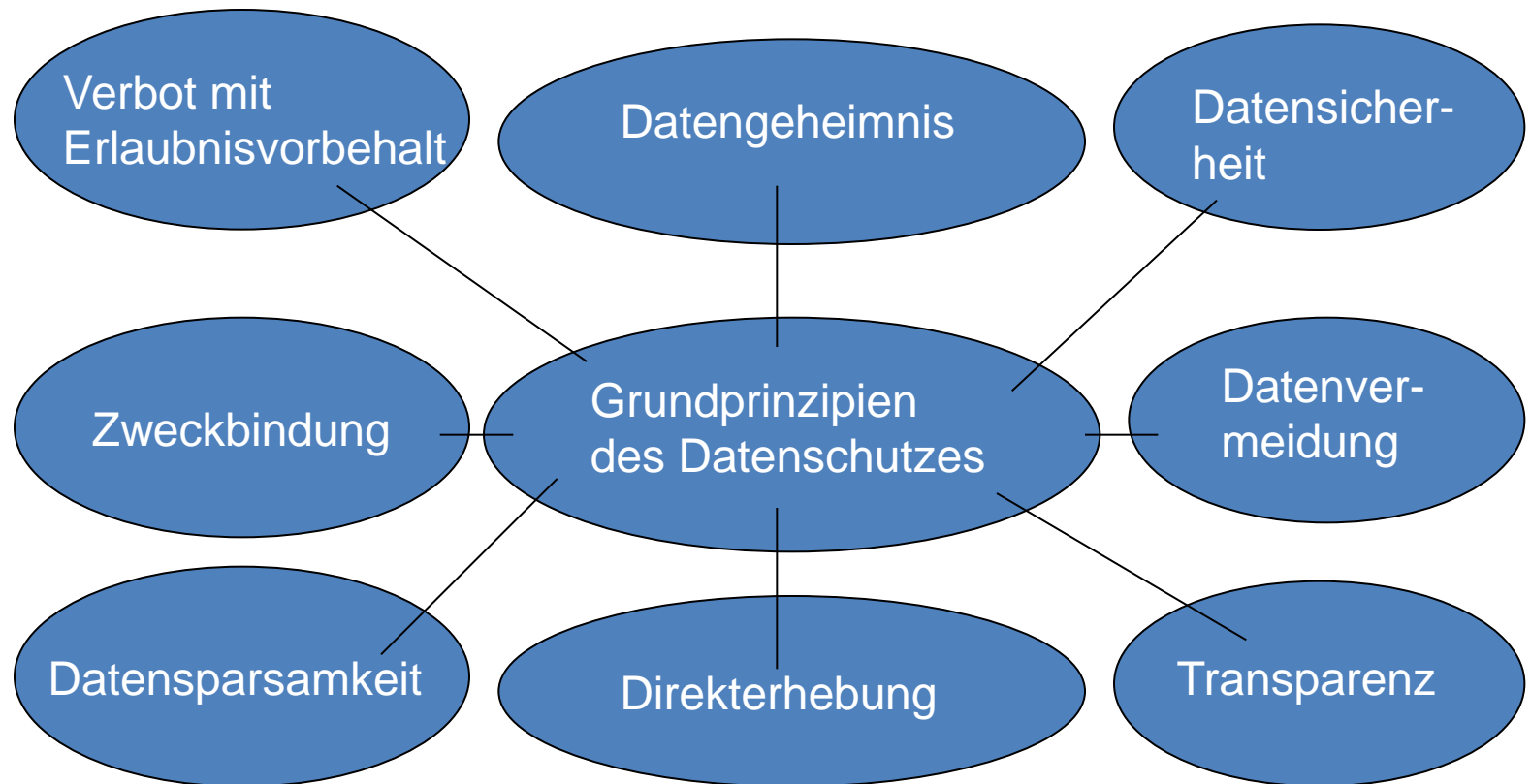
Status quo: Arbeitnehmerdatenschutz nur rudimentär geregelt

25. August 2010 – Kabinettsbeschluss zur Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzes

13 neue Vorschriften sollen zum Schutz der Beschäftigten ins Bundesdatenschutzgesetz eingefügt werden (§§ 32 – 32 lit. I BDSG)

25. Februar 2011: **1. Lesung im Bundestag**

# BDSG: Grundzüge des Datenschutzrechtes



# BDSG: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt



Verboten ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist  
-> sog. Erlaubnistatbestände (§ 4 BDSG)

## § 32 BDSG

- Zweckbestimmung
- Interessenabwägung

## Andere Rechtsvorschriften

- Betriebsvereinbarung
- Tarifvertrag

## Allgemeine Vorschriften

### Einwilligung § 4a BDSG:

- Freiwilligkeit
- Schriftform

### Videoüberwachung § 6b:

- Öffentlich zugängliche Orte

## § 28 BDSG

Vor allem öffentliche Daten

# BDGS: Einwilligung im Arbeitsrecht



## **Strittig, ob von Bedeutung im Arbeitsverhältnis**

eA: Einwilligung idR unzulässig, weil Freiwilligkeit immer problematisch

Für die Einwilligung spricht: Art 1 iVm. Art 2 GG

Daher wohl im Arbeitsrecht zulässig, aber strenge Voraussetzungen:

- Welche Daten für welchen Zweck, welche Übermittlung?
- Was nicht geht: Allgemein gehaltene Einwilligung im Arbeitsvertrag

# Die Generalklausel im Arbeitsrecht / § 32 BDSG



## **§ 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist der allgemeine Zulässigkeitsrahmen**

Daten sind also zulässig, soweit sie mit dem  
Arbeitsverhältnis in einem inneren  
Zusammenhang stehen und erforderlich sind

Maßstab der Erforderlichkeit:

- Sich unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis ergebende Rechte können auf andere Art und Weise nicht angemessen gewahrt werden
- Bei mehreren gleich erfolgversprechenden Maßnahmen, ist die weniger einschneidende zu wählen



# Mitbestimmungsrechte des BR



## **Grundsätzlich:**

Kein direkter Mitbestimmungstatbestand!

**ABER:** § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG :

Hier hat der BR ein Mitbestimmungsrecht!

# Mitbestimmungsrechte des BR



## Voraussetzung:

### Technische Einrichtungen,

- die dazu bestimmt sind,
- das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer
- zu überwachen.

# Mitbestimmungsrechte des BR



Es gilt: Uneingeschränkte Mitbestimmung

Positiv: In den meisten Fällen handelt es sich dabei auch um personenbezogene Daten im Sinne des § 3 BDSG

# Mitbestimmungsrechte des BR



Beispiel für technische Einrichtungen:

Ereignisprotokoll Windows

SAP-Transaktionen

Bearbeitungsvermerke

Proxyserver-Protokolle

E-Mail-Systeme

Telefondatenerfassung

Arbeitszeiterfassung

Betriebsrat: Es muss detailliert geprüft werden, ob die Daten Rückschlüsse auf das Verhalten der AN zulassen!

# Mitbestimmungsrechte des BR



## Praxistipp:

Der AG könnte die Daten dazu nutzen, den AN Vorgaben in Bezug auf das Leistungsvolumen zu machen. Hierzu An befragen! Sind bspw. Abmahnungen aufgrund mangelhafter Leistung ergangen? WOHER stammen die Informationen?

# Mitbestimmungsrechtes BR



§ 94 BetrVG schreibt die Mitbestimmung bei der Verwendung von Personalfragebogen vor.

Gängige Rechtsprechung: Weite Auslegung

Unabhängig davon ob in Papierform oder bspw. als Bildschirmmaske.

# Mitbestimmungsrechte des BR



Mitwirkung durch § 80 Abs. 1 S. 1 BetrVG:

Nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist der BR zur Überwachung verpflichtet!

Hält der AG Gesetze – eben auch das BDSG – ein

Hieraus Forderung ableiten: Datenschutzbeauftragter MUSS mit BR zusammenarbeiten

# Mitbestimmungsrechte des BR



## **Praxistipp:**

Mitbestimmung bei der Einstellung/ Versetzung eines Datenschutzbeauftragten nach § 99 BetrVG.

## **Denn:**

Die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten kann eine Einstellung bzw. Versetzung sein.



# Mitbestimmungsrechte des BR



## Freiwillige Mitbestimmung im Zusammenhang des § 4 BDSG:

- § 4 BDSG: Grunds. Verbot, das nur durch das Vorliegen eines besonderen Sachverhalts aufgehoben wird.
- AG muss bei JEDEM die Zustimmung einholen!
- Hier ist es ratsam eine BV abzuschließen

# Mitbestimmungsrechte des BR



## **Praxistipp:**

Für den AG wäre es auch sinnvoll, eine BV abzuschließen, da es nie gelingen wird, von jedem AN eine Zustimmung einzuholen.

# BDSG: Betriebsvereinbarungen



Ständige Rspr.: Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Arbeitnehmerdaten rechtfertigen

**Problem:** Dürfen AG und BR in Kollektivvereinbarungen zu Lasten der Belegschaft vom durch das BDSG gewährleisteten Schutzniveau abweichen?

Jedenfalls **Bindung an § 75 BetrVG!**

# E-Mail und Internet – bei Telekommunikation anfallende Daten?



**Bestandsdaten:** Daten, die im Netzbereich dauerhaft gespeichert werden, z.B. E-Mailadresse, IP-Kennung

**Verbindungsdaten:** Angaben über Kommunikationspartner, Zeitpunkt und Dauer der Verbindung

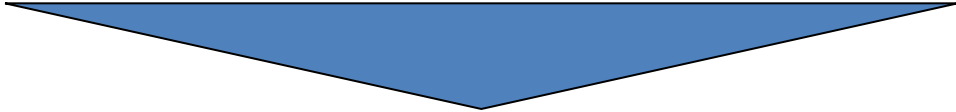
**Entgelt- und Abrechnungsdaten**

**Inhaltsdaten**

# E-Mail und Internet – Kontrollmöglichkeiten des AG



**Ausgangsfrage:** Darf AG beim Telekommunikationsvorgang anfallende Daten kontrollieren?



Kontrollrecht des AG hängen wesentlich davon ab, ob Telefon durch AN auch privat genutzt werden darf!

## **Mitbestimmung bei Entscheidung über Privatnutzung:**

Nach Rspr. darf AG allein entscheiden, ob AN betriebliche Kommunikationsmittel auch privat nutzen dürfen. Aber: Bei grundsätzlich auch privater Nutzungsmöglichkeit darf BR nach § 87 I Nr. 1 BetrVG über konkrete Modalitäten der Privatnutzung mitbestimmen!

# Kontrolle von E-Mails – bei Verbot der Privatnutzung



Arbeitgeber darf **Bestands-, Verbindungs- und Abrechnungsdaten unproblematisch** speichern und verwenden

Str.: Was ist mit **Inhaltsdaten**?

- Wohl hM: E-Mails sind **wie Geschäftspapiere**: AG kann in Inhalt der dienstlichen E-Mails Einsicht nehmen und sie sich vorlegen lassen
- AG kann dann auch Vertretungsregeln bei Abwesenheit von AN anordnen und Spamfilter einsetzen
- Ansicht der Aufsichtsbehörden: AN müssen über Kontrolle und Einsichtnahme informiert werden (Ratsam: Entsprechende Hinweisblätter!)

# Kontrolle von E-Mails – bei erlaubter Privatnutzung



**Kontrollrechte des AG stark eingeschränkt.** Nach herrschender Meinung unterliegt AG in diesem Fall dem **Fernmeldegeheimnis** (vgl. §§ 88 TKG, 206 StGB)

Dies gilt auch, wenn sich private und dienstliche Nutzung nicht eindeutig (z.B. durch Zugangscodes) trennen lassen

Erhebung und Verwendung der **Verkehrsdaten zu Abrechnungszwecken** bleibt möglich (§ 97 TKG)

**Inhaltsdaten** dürfen aber generell nicht kontrolliert werden!

# Kontrolle von E-Mails – bei erlaubter Privatnutzung



**Problem:** Wo endet das Fernmeldegeheimnis?

Nach **VGH Hessen** (Urt. V. 19.05.2009) endet das Fernmeldegeheimnis mit Ende des Übertragungszeitraums einer E-Mail und Absender/Empfänger über weiteres Schicksal der E-Mail bestimmt

**Folge:** AG dürfte E-Mails auch bei privater Nutzungsmöglichkeit sichten, wenn sie im Account gespeichert ist. Aber Zugriff auf E-Mailfach eines erkrankten AN ist auch nach dieser Rspr. nicht gerechtfertigt

Auf Fernmeldegeheimnis kann durch Einwilligung verzichtet werden: Für die Praxis empfiehlt sich die Einwilligung und Betriebsvereinbarung (zur näheren Ausgestaltung der Privatnutzung)

Erlaubnis zur Privatnutzung kann an Einwilligung in Kontrollbefugnis des AG gekoppelt werden



# Kontrolle der Internetnutzung



**Regelungen zu E-Mailkontrolle gelten  
entsprechend**

Bei nur **dienstlicher Nutzung**: Kontrollrechte  
unbeschränkt. AG darf insb. auch Adressen der  
aufgerufenen Webseiten kontrollieren

**Fernmeldegeheimnis gilt aber bei erlaubter  
Privatnutzung!**

# Kontrolle des Telefonverkehrs



Verwendung von Daten zur **Abrechnung dienstlich verursachter Kosten** zulässig. Bei Einzelverbindungsanzeigen müssen aber AN informiert werden (§ 100 III TKG)

**Problem: Speicherung von Zielnummern** wohl unzulässig, wenn AN anruft. Andersrum nach hM möglich, da anrufende Nummer auch unterdrücken kann

**Heimliches Mithören** von Telefonaten generell verboten (§ 201 StGB!). Ausnahme nach Rspr., wenn Angerufene auf Mithören hingewiesen wurde und trotzdem Gespräch fortsetzt („Wir weisen darauf hin, das Telefonate zur Qualitätskontrolle mitgehört werden können!“)

**Problemfall „Silent Monitoring“ in Call-Centern:** Kann insb. zu Ausbildungszwecken zulässig sein, wenn AN auf grundsätzliche Möglichkeit des Mithörens hingewiesen worden ist und nur Stichproben erfolgen

# Videoüberwachung



## § 6b BDSG: Sonderregelung für öffentlich zugängliche Arbeitsplätze

**Öffentlich zugänglich:** Raum, der dazu bestimmt ist, von einer unbestimmten Zahl oder auch nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmten Personen betreten und genutzt zu werden, z.B. Verkaufshallen, Kassenbereiche in Supermärkten, Schalterräume, Banken

Offene Videoüberwachung **zulässig**, wenn sie zur **Wahrnehmung des Hausrechtes** oder sonstiger berechtigter Interessen erforderlich ist  
(**Verhältnismäßigkeitsprüfung!**)

# Videoüberwachung



**BAG bisher:** Bei allen anderen Arbeitsplätzen Videoüberwachung im Einzelfall zulässig, wenn sie nach Abwägung zwischen Interessen des AG und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der AN verhältnismäßig

**Offene, für alle sichtbare Überwachung gestattet**, wenn legitimer Zweck (insb. Verfolgung von Straftaten) vom AG verfolgt, keine Schikane und Maßnahme an sich verhältnismäßig. Unzulässig z.B. Filmen von Betriebsstätten im Umfang von 50 Std. ohne Anhaltspunkte für Straftaten oder Verfehlungen

**Heimliches Filmen** aber nur möglich, wenn konkreter Verdacht einer Straftat oder einer schweren Verfehlung und kein anderes Mittel zur Aufklärung ersichtlich

# Ortungssysteme – GPS



Bislang keine explizite gesetzliche Regelung

Immer Frage der Verhältnismäßigkeit: Offener Einsatz grds. zur Koordination zulässig, aber keine Dauerüberwachung möglich!

„Privatknopf“ bei privater Nutzung muss vorhanden sein

Entsprechend der Rspr. zur Videoüberwachung ist der heimliche Einsatz von Ortungssystemen derzeit aber wohl nur zulässig, wenn konkreter Verdacht einer schweren Verfehlung oder Straftat

# Mitarbeiterscreenings – Zulässigkeit



## Zulässigkeit str.:

- § 32 BDSG: „Zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich“ -> Davon ist auch die Mitarbeiterkontrolle erfasst, d. h. ob der Mitarbeiter sich an Dienstpflichten und Recht und Gesetz hält. Auch das präventive Vorgehen von § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG generell gedeckt

# Mitarbeiterscreenings – Zulässigkeit



## Letztlich Frage der Verhältnismäßigkeit Für Zulässigkeit kann sprechen:

- Keine dauernde Vollkontrolle, nur Stichproben
- Nur die AN, bei denen der entsprechende Verstoß auch tatsächlich eintreten könnte (Kontenabgleich im Einkauf, aber nicht beim Reinigungspersonal).
- Soweit wie möglich Pseudonymisierung.
- Anfallendes Daten sind zu löschen, sobald sie nicht mehr gebraucht werden.
- Betrieblicher Datenschutzbeauftragter ist unterrichtet, ggf. Vorabkontrolle.
- Arbeitnehmer ist informiert, im Arbeitsvertrag oder in einem allgemeinen Merkblatt. Ist dies nicht geschehen, so kann auch eine nachträgliche Benachrichtigung erfolgen.

# Mitarbeiterscreening – Betriebsratsmitbestimmung



## Mitbestimmungsrecht des BR?

### ArbG Dessau-Roßlau vom 17.06.2009

- Dem örtlichen Betriebsrat, einen dem Konzern der DB AG angehörenden Unternehmens, stehen im Zusammenhang mit dem Datenabgleich der Mitarbeiter zur Korruptionsbekämpfung durch den Konzern keine Mitbestimmungsrechte zu. Ein Unterlassungsanspruch ist insoweit durch den Konzernbetriebsrat geltend zu machen.
- ArbG deutet an, dass es davon ausgeht, dass kein MBR besteht, weder nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 noch nach Nr. 6 BetrVG



# Datenschutz im Konzern



**Problem:** Kein Konzernprivileg – Weitergabe von AN-Daten im Konzern bedarf Erlaubnisnorm.

## Gängige Handhabung

- Einwilligung
- Konzernbetriebsvereinbarungen
- ,
- Auftragsdatenverarbeitung (§ 11 BDSG)

# Datenschutz im Konzern – Auftragsdatenverarbeitung



Wann liegt eine  
Auftragsdatenver-  
arbeitung vor ?

Daten werden durch einen externen Dienstleister (Auftragsnehmer) verarbeitet. Dienstleister ist quasi der „verlängerte Arm“ Auftragsdatenverarbeitung ist von der „Funktionsübertragung“ abzugrenzen. Eine Funktionsübertragung liegt vor, wenn dem Auftragsnehmer eine eigene Entscheidungskompetenz zugewiesen wird. Kann nur durch eine einzelfallbezogene Betrachtung geklärt werden. Beispiel:

- Headhunter schreibt Stelle nach Vorgaben des AG aus und sortiert die Bewerberunterlagen nach Vorgaben des AG → Auftragsdatenverarbeitung
- Headhunter hat zwar Vorgaben des AG, aber einen weiten Ermessensspielraum → Funktionsübertragung

# Datenschutz im Konzern – Auftragsdatenverarbeitung



Was muss der Arbeit-  
geber beachten ?

Folgendes muss im Vertrag festgelegt werden:

- Gegenstand und Dauer des Auftrags
- Umfang, Art, Zweck der Datennutzung und –  
verarbeitung
- Technische und organisatorische Maßnahmen
- Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten
- Pflichten des Auftragnehmers, insbesondere die von  
ihm vorzunehmenden Kontrollen
- Eine etwaige Berechtigung zur Begründung von  
Unterauftragsverhältnissen
- Kontrollrechte des Auftraggebers und die  
entsprechenden Duldungs- und Mitwirkungspflichten  
des Auftragnehmers
- Mitteilungspflichten für Verstöße gegen Vorschriften des  
Datenschutz
- Umfang der Weisungsbefugnisse, die sich der  
Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer vorbehält
- Rückgabe überlassener Datenträger und die Löschung  
der Daten bei Auftragnehmer nach Beendigung des  
Auftrags

# Datenschutz im Konzern – Auftragsdatenverarbeitung



## Kontrollen

- Auftraggeber hat sich vor Beginn der Beauftragung und dann fortlaufend in regelmäßigen Abständen von der Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der Daten zu überzeugen.
- Kontrollen müssen nicht zwingend beim Auftragnehmer vor Ort oder durch den Auftraggeber in Person erfolgen, ggf. genügen schriftliche Auskünfte des Auftragnehmers oder Prüfung durch vom Auftraggeber eingeschaltete Sachverständige.
- Ergebnisse müssen dokumentiert werden → wg. Nachprüfung der Aufsichtsbehörde.

## Bußgeldandrohung

- bei falschen, unvollständigen oder nicht abgeschlossenen Verträgen
- bei Verstößen des Auftraggebers gegen die Kontrollpflichten

# Datenschutz im Konzern – Auftragsdatenverarbeitung



Folgen einer Auftrags-  
datenvereinbarung

Es liegt keine Weitergabe von Daten vor →  
Rechtliche Voraussetzung einer Übermittlung von  
Daten müssen nicht vorliegen.

Arbeitgeber als Auftraggeber haftet direkt  
gegenüber Betroffenen.

Auftragnehmer dürfen von sich aus keine  
Löschung und Berichtigung der Daten vornehmen:  
Ansprechpartner ist der Arbeitgeber.

Problematisch im Konzern – Shared Services  
Center:  
Werden Funktionen in einer Konzerngesellschaft  
gebündelt und ist dies bereits eine  
Funktionsübertragung, dann muss entweder eine  
Einwilligung des AN oder eine (Konzern)BV  
vorliegen.

# Grenzüberschreitender Datenschutz



## Datentransfer innerhalb der EU + EWR

- Ohne Einschränkungen möglich, BDSG muss beachtet werden, d. h. Übermittlung bzw. Auftragsdatenverarbeitung

## Datentransfer außerhalb der EU

- Nur möglich, wenn
  - Einwilligung
  - Kommissionsentscheidung über Angemessenheit des Datenschutzniveaus des Drittlandes
  - Standardvertragsklauseln, Code of Conduct als unternehmensbezogene Regelung
  - Safe Harbor → verpflichtet sich ein Unternehmen in den USA auf diese Prinzipien, so können Daten an dieses Unternehmen übermittelt werden.

# Fragen?



Ina Hubert  
Rechtsanwältin



Oliver Boljahn  
Rechtsanwalt

RAe Gaidies Heggemann & Partner  
Mönckebergstraße 17, 20095 Hamburg  
Tel.: 040/280 886 0  
Fax: 040/280 886 – 30  
E-Mail: [kanzlei@gsp.de](mailto:kanzlei@gsp.de)  
Internet: [www.gsp.de](http://www.gsp.de)

Ina Hubert  
Oliver Boljahn