

DATENSCHUTZ

KONKRET

Recht | Projekte | Lösungen

Chefredaktion: Rainer Knyrim

Betriebsrat und Datenschutz

Datenverarbeitung(en) durch den Betriebsrat

Wolfgang Goricnik

Corona-Management und Cyber-Abwehr

*Interview mit Johannes Kücher, BR-Vorsitzender, und Alexander Mestian,
Datenschutzbeauftragter, beide Palfinger AG*

Flucht in den Auftragsverarbeitungsvertrag?

Reinhard Hübelbauer

Aufgaben der DSB im Beschwerdeverfahren

Sarah Heiml und Max Hofmann

**Versand von Newsletter ohne Einwilligung ...
vertretbare Rechtsauffassung?**

Sonja Dürager

Checkliste Internationaler Datenverkehr

Hans-Jürgen Pollirer

**FAQ: Darf ich die Gültigkeitsdauer der 3-G-Nachweise
der Mitarbeiter speichern?**

Viktoria Haidinger

Datenverarbeitung(en) durch den Betriebsrat

Anwendungsbereich der DSGVO; Datenverarbeiter; Erlaubnistatbestände; Pflichten des BR. Der Betriebsrat (BR) bedient sich heutzutage digitaler Informations- und Kommunikationsmittel. Damit wird der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet, in aller Regel werden nämlich personenbezogene/personenbeziehbare Daten verarbeitet. Welche Fragen stellen sich für den BR, wenn er als Datenverarbeiter tätig ist?

Anwendungsbereich der DSGVO

BR-Körperschaften und einzelne BR-Mitglieder bedienen sich heutzutage vermehrt zeitgemäßer Informations- und Kommunikationsmittel digitaler Art, einerseits aus Effizienz-, Effektivitäts- und Kosteneinsparungsgründen, andererseits aber auch, um bei stetig fortschreitender Digitalisierung aller Lebensbereiche einen modernen und professionellen Auftritt zu haben. Damit wird der sachliche Anwendungsbereich der DSGVO¹ eröffnet, weil mit diesen IKT-Tools in aller Regel (auch) **personenbezogene** oder iSd Art 4 Z 1 DSGVO zumindest **personenbeziehbare Daten** verarbeitet werden. Auf Grund der „sozialen Dichte“ im Betrieb ist nämlich von einer hohen Wahrscheinlichkeit² auszugehen, dass zB auch Messdaten oder Maschinen(bedien-)daten mit bestimmten Mitarbeitern in einen Personenbezug gesetzt werden können, zB anhand von Schichtplänen.

Selbst vermeintlich anonymisierte Daten können bei der Möglichkeit einer Re-Identifizierung als datenschutzrechtlich bloß pseudonymisierte Daten dem sachlichen Anwendungsbereich der DSGVO unterliegen.³

PRAXISTIPP

Bei einer innerbetrieblichen Gruppenstatistik muss jede Gruppe jedenfalls mehr als fünf Personen zählen, damit von (nicht der DSGVO unterliegenden) anonymen Statistik-Daten ausgegangen werden kann, dh idR kein Rückschluss auf bestimmte einzelne Mitarbeiter mehr möglich ist.⁴

Der BR als Datenverarbeiter

Der BR kann seine Datenverarbeitung(en) innerhalb der **technischen Infrastruktur des Arbeitgebers (AG)** ausführen; entsprechende Datensicherheitsmaßnahmen iSd Art 32 DSGVO für dieses „Sachforderernis“ des BR müssen vom AG, der für die gesamte Infrastruktur zuständig und verantwortlich ist, gem § 72 ArbVG (auch war-

tungsmäßig) umgesetzt bzw ermöglicht werden.⁵ Das bedeutet allerdings auch, dass dem AG theoretisch dann die technischen Möglichkeiten offenstehen, vom BR verarbeitete Daten (zB der Mailverkehr zwischen BR und Belegschaftsangehörigen) – wenn auch rechtswidrig – auszulesen. Daran ändert auch eine Verschlüsselung nichts, da einerseits moderne Firewalls selbst eine Transportverschlüsselung aufbrechen können, um Kommunikation nach Schadmustern bzw auf Cyberangriffe hin durchsuchen zu können, und andererseits innerhalb des Netzwerks des AG entschlüsselte Inhaltsdaten nicht nur vom BR gelesen, sondern auch vom Systemadministrator bzw vom AG mitgelesen werden können.⁶ Die **Gewährleistung von Vertraulichkeit** bzw Schutz von Daten gegenüber dem AG kann sohin technisch **nur** dadurch erreicht werden, dass der BR seine Datenverarbeitung (en) inklusive seiner Kommunikation unter Inanspruchnahme **eigener IKT-Infrastruktur** – außerhalb des Netzwerks des AG und außerhalb betrieblicher WLAN-Netze – durchführt; dies allenfalls auch unter Zuhilfenahme datenschutzrechtlicher Auftragsverarbeiter gem Art 28 DSGVO, zB Cloud-Anbietern.

PRAXISTIPP

Dabei wäre auf eine **Datenspeicherung innerhalb der EU/des EWR (verträglich) zu achten, um die datenschutzrechtlichen Probleme mit Datentransfers in das Nicht-EU-Ausland zu vermeiden.**

Aber selbst bei einer Datenspeicherung in der EU sind bei einer Heranziehung der (europäischen) Töchter von US-Konzernen auf Grund des US-Cloud-Act Datenzugriffe von US-Behörden rechtlich nicht auszuschließen, sodass datenschutzrechtlich zusätzliche technische Maßnahmen geboten sind.⁷

Diese Ausführungen zeigen deutlich, dass der **BR** faktisch und praktisch über

die **Mittel der Verarbeitung** von personenbezogenen Daten **entscheidet**. Das entspricht auch der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtslage, da die Basisorgane der Betriebsverfassung (insb die Betriebsversammlung) infolge des Prinzips des freien BR-Mandats (§ 115 Abs 2 ArbVG) keine den BR diesbezüglich bindenden Beschlüsse fassen können, sodass die Belegschaft nicht als Verantwortlicher iSd Art 4 Z 7 DSGVO angesehen werden kann.⁸

„**Verantwortlicher**“ gem Art 4 Z 7 DSGVO ist die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet:

Diese neue zentrale Begrifflichkeit des „Verantwortlichen“ dient der Zuweisung einer Verantwortung für die Einhaltung des Datenschutzes und der Sicherstellung des entsprechenden Schutzes der von einer Datenverarbeitung betroffenen Personen.

Gem Art 4 Z 7 DSGVO müsste der BR also auch über die **Zwecke der Verarbeitung** von personenbezogenen Daten entscheiden, um – neben dem Betriebsratsfonds (BRF)⁹ – zum selbständigen „Verantwortlichen“ der DSGVO zu werden. Das würde insb die bedeutsame Rechtsfolge bringen, dass die Datenverarbeitung(en)

¹ VO (EU) 2016/679 des EP und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung). ² Es ist also nicht von Nöten, dass die Zuordnung mit „Sicherheit“ erfolgt; so schon Löschnigg, Datenschutz und Kontrolle im Arbeitsverhältnis, DRdA 2006, 459 (461). ³ Vgl Hödl in Knyrim, DatKomm Art 4 Rz 18 mwN (Stand Februar 2019). ⁴ ZB DSK 22. 5. 2013, K213.180/0021-DSK/2013 justIT 2013/67. ⁵ Der AG wird dadurch aber nicht zum datenschutzrechtlichen Auftragsverarbeiter iSd Art 4 Z 8 DSGVO, nicht anders als ein sonstiges Serviceunternehmen; so schon Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 Rz 98 (Stand Juli 2020). ⁶ Siehe aus Goricnik/Riesenecker-Caba in Felten, Betriebsrat und Information (2017) Rz 3.65 ff. ⁷ Siehe Knyrim/Gerhalter, Die neuen Standardvertragsklauseln/Standarddatenschutzklauseln der EK, Dako 2021/57. ⁸ So Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 Rz 98 (Stand Juli 2020). ⁹ Gibt es einen BRF, ist dieser – schon kraft seiner vollen Rechtspersönlichkeit gem § 74 Abs 1 ArbVG – für die Datenverarbeitungen des BRF (zB die automationsunterstützte Führung des Kassabuchs oder die Durchführung von Wohlfahrtsmaßnahmen für AN) der „Verantwortliche“ iSd Art 4 Z 7 DSGVO.

des BR (bzw des BRF) nicht dem AG zuzurechnen sind, sodass der Datenschutzbeauftragte (gem Art 37 DSGVO), der im AG-Unternehmen (als für dessen Datenverarbeitungen zuständig) allenfalls bestellt wurde, nicht befugt ist, die Datenverarbeitung(en) des BR (oder des BRF) hinsichtlich der Überwachung der Einhaltung von Datenschutzvorschriften einzusehen.¹⁰

BR ist datenschutzrechtlicher Verantwortlicher iSd DSGVO.

Als entsprechend geeignete **Adressatin** einer solchen Verantwortungszuweisung, die (rechtlich und faktisch) die Entscheidungsbefugnis nicht nur über die Mittel, sondern auch über die Zwecke der Datenverarbeitung(en) hat, kommt (auch iSd „effet-utile“-Auslegungsgrundsatzes des Unionsrechts)¹¹ nunmehr aber nur die jeweils zuständige **BR-Körperschaft**¹² als entsprechende Organisation in Betracht, wenn sie Beschäftigtendaten (auch) für eigene (Interessenvertretungs-)Zwecke verarbeitet (zB automationsunterstützt speichert). Ein (konkreter) Zweck einer Datenverarbeitung darf nämlich nicht mit den übergeordneten (abstrakteren) betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben des BR verwechselt werden; die einzelnen zweckgebundenen Datenverarbeitungen dienen vielmehr dieser übergeordneten Aufgabenerfüllung. Oder anders formuliert, bietet jede betriebsverfassungsrechtliche Aufgabe eine Vielzahl von Verarbeitungsmöglichkeiten mit jeweils vom BR festzulegenden Zwecken.¹³

Hinsichtlich der vom BR eigenständig betriebenen Datenverarbeitungen bejaht die hM sohin folgerichtig, dass der BR als „andere Stelle“ anzusehen und damit „Verantwortlicher“ ist¹⁴ oder – pointierter formuliert – soweit der BR insofern „Herr der Daten“¹⁵ ist, ist er nach dem **Konzept der DSGVO** auch „Verantwortlicher“, selbst wenn die Mitarbeiter-Daten vom AG stammen.¹⁶

Auch nach **Rechtsmeinung der DSB** ist der BR kein Teil einer Unternehmensgruppe, sondern ein Organ der Arbeitnehmerschaft und somit für Verarbeitungstätigkeiten, die er für Zwecke der kollektiven Vertretung der Arbeitnehmerschaft vornimmt, eigenständiger Verantwortlicher.¹⁷

Eine **Alternative** zu diesem rechtlichen Befund würde übrigens Art 4 Z 7 DSGVO

selbst eröffnen: So könnte der „Verantwortliche“ bzw könnten die bestimmten Kriterien seiner Benennung auch nach nationalem Recht vorgesehen werden. Von dieser **Öffnungsklausel** hat der dt Gesetzgeber mit seinem Betriebsrätemodernisierungsg¹⁸ Gebrauch gemacht: Gem § 79a Betriebsverfassungsg (BetrVG) hat der BR bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten. Soweit der BR zur Erfüllung der in seiner Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeitet, ist der AG der für die Verarbeitung Verantwortliche iSd datenschutzrechtlichen Vorschriften. AG und BR sollen sich gegenseitig bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften unterstützen. Damit besteht aber natürlich die Gefahr, dass der AG mittelbar Einsicht in die Betriebsarbeit erlangt, zB wenn er Auskunftsbegehren bearbeitet.¹⁹ Deshalb genießt mE die „österreichische Lösung“ keiner gesetzlichen Einflussnahme auf diese Frage den Vorzug.

Rechtmäßigkeitserfordernisse einer Datenverarbeitung durch den BR

Vorauszuschicken ist die wichtige **Unterscheidung** zwischen

- Datenverarbeitungen der BR-Körperschaft und
- Datenverarbeitungen einzelner BR-Mitglieder, die kraft des Prinzips des „freien Mandates“ gem § 115 Abs 2 ArbVG betriebsverfassungsrechtlich grds dazu befugt sind,

wobei datenschutzrechtlich jede Datenverarbeitung unterschiedslos zu ihrer Rechtmäßigkeit eines in der DSGVO grundgelegten **Erlaubnistatbestandes** bedarf. Zu beachten ist aber, dass diesbezüglich entweder die BR-Körperschaft datenschutzrechtlich „Verantwortlicher“ ist, oder – zweiterenfalls – das jeweilige einzelne BR-Mitglied, das dann den in der DSGVO normierten Pflichten (und möglichen Sanktionen) persönlich unterliegt.²⁰

Die Mitwirkungsbefugnisse des BR stecken die Grenzen ab.

Grds stecken die arbeitsverfassungsgesetzlichen **Mitwirkungsbefugnisse des BR** gleichzeitig die **Grenze** datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestände der DSGVO kongruent ab.²¹ So erfüllen betriebsverfas-

sungsrechtliche Pflichtbefugnisse des BR den Erlaubnistatbestand des Art 6 Abs 1 lit c (kraft rechtlicher Verpflichtung), bloße Ermächtigungen des BR können kraft Interessenabwägung zum Erlaubnistatbestand des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO führen.²²

Außerhalb des durch ausdrückliche Normen abgesteckten Regelungsrahmens für die BR-Tätigkeit (insb im ArbVG) können die betroffenen Belegschaftsangehörigen zum Zeitpunkt der Erhebung ihrer personenbezogenen Daten durch den AG nicht vernünftigerweise damit rechnen bzw erwarten,²³ dass auch eine Datenübermittlung für die Zwecke des BR erfolgen wird. So wird dem Datenverarbeitungszweck der „allgemeinen Mitgliederpflege“ wohl keine Rechtfertigung gem Art 6 Abs 1 lit f DSGVO kraft überwiegender berechtigter Interessen des BR zukommen.²⁴

PRAXISTIPP

Konkret bedeutet das zB, dass die beliebten Geburtstagsgratulationen durch den BR zu ihrer Rechtmäßigkeit sohin einer – zuvor erteilten – (freiwilligen) Einwilligung der betroffenen Belegschaftsangehörigen gem Art 6 Abs 1 lit a DSGVO bedürfen.²⁵

¹⁰ So schon Goricnik, FAQ Datenschutz im BR-Büro, in Haslinger/Krisch/Riesenecker-Caba, Beschäftigtendatenschutz (2017) 211; so auch Heinrich in Pachinger, Datenschutz – Recht und Praxis (2019) Rz 47. ¹¹ Gem diesem zentralen Auslegungsgrundsatz ist das Unionsrecht so auszulegen, dass es erstens praktisch wirksam ist und es zweitens seine größtmögliche Wirkung entfalten kann. ¹² Auch eine Körperschaft ohne Rechtspersönlichkeit kann „Verantwortlicher“ sein; idS schon die Art. 29-Datenschutzgruppe, Opinion 1/2010 on the concepts of „controller“ and „processor“ vom 16. 2. 2010 (WP 169) 15 („A broad series of subjects can play the role of controller, ranging from natural to legal persons and including any other body.“ [Hervorhebung durch den Verf]). ¹³ Vgl Schulz, ZESAR 08.19, 323 (325). ¹⁴ Siehe zur Darstellung des Meinungsstandes auf Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 Rz 98 FN 213. ¹⁵ Vgl zur Zusammenfassung der erforderlichen Entscheidungsbefugnisse eines Verantwortlichen allg Ratschauer in Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung² Art 4 Rz 123. ¹⁶ So auch Warter, Der praktische Fall: Vom wertschätzenden Chef und vom Betriebsrat, DRdA 2020, 477 (483) und (wohl) auch Stella/Winter, AN-Datenschutz: DSGVO, Strafen und Rechtsweg – zentrale Problemfelder, ZAS 2020/42, 253. ¹⁷ DSB 4. 12. 2019, DSB-D084.1389/0001-DSB/2019, mHa „Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 DSGVO Rz 98 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at)“, veröffentlicht in Dako 2020/12 (Haidinger/Löffler).

¹⁸ Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt, dt BGBl 2021 Teil I S 1762, in Kraft getreten am 18. 6. 2021. ¹⁹ Siehe näher Bock, „Der Betriebsrat, dem Datenschutz verpflichtet ... irgendwie“, zu diesen und weiteren praktischen Umsetzungsschwierigkeiten (www.datenschutznotizen.de/der-betriebsrat-dem-datenschutz-verpflichtet-irgendwie-5029948/ [Stand 3. 1. 2022]). ²⁰ So schon Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 Rz 102 mwN. ²¹ IdS spricht Felten umgekehrt von einer von datenschutzrechtlichen Erforderlichkeitserwägungen induzierten rechtsdogmatischen „Präzisierung“ und „Schärfung“ der Ausmittlung der Reichweite betriebsverfassungsrechtlichen „Dürfens“ von BR (anlässlich der MANZ-Rechtsakademie-Spezialtagung „Betriebsrat und Information“ am 23. 6. 2021). ²² Siehe auf Goricnik in Knyrim, DatKomm Art 88 Rz 89ff. ²³ Vgl ErwGr 47 DSGVO. ²⁴ Siehe grundlegend Goricnik in Felten, Betriebsrat und Information Rz 3.18. ²⁵ So auch Warter, DRdA 2020, 483.

Gegenüber dem BR besteht kein solches Abhängigkeitsverhältnis wie gegenüber dem AG, der AN wird sich in dieser Konstellation eher die Zustimmung zu verweigern trauen als in Fällen, in denen der AG die Datenverarbeitung aus eigenem Interesse möchte, dh idR wird diesfalls von der von Art 7 DSGVO geforderten Freiwilligkeit auszugehen sein.²⁶

Resümee

Da der BR als (eigenständiger) Verantwortlicher iSd DSGVO zu qualifizieren ist, unterliegt er bei der Verarbeitung personenbezogener Mitarbeiter-Daten somit auch allen Vorgaben der DSGVO. Das betrifft insb

- die Umsetzung der **Datenschutz-Grundsätze** des Art 5 DSGVO (zB die gebotene „Datenminimierung“ durch Maßnahmen der Pseudonymisierung oder Anonymisierung, die gebotene „Speicherbegrenzung“ durch die Voreinstellung einer Speicherfrist, die sich nach dem Verarbeitungszweck richtet, und die Gewährleistung der Datensicherheit, etwa durch Verschlüsselung)²⁷
- ebenso wie die Wahrnehmung der **Rechte der betroffenen Person** gem Kap III DSGVO

- und idR (und schon allein aus Übersichtlichkeits- und Nachweisgründen) das Führen eines **Verzeichnisses aller Verarbeitungstätigkeiten** gem Art 30 DSGVO.

PRAXISTIPP

Wird nicht mit Beschluss des BR ein bestimmtes BR-Mitglied für Datenschutz- und Datensicherheitsagenden „zuständig“ gemacht (als „Datenschutz-Manager“), hat der BRV für die Veranlassung entsprechender Maßnahmen zu sorgen.²⁸

Schon aufgrund dieser Vorgaben wird eine aufmerksame Datenpflege von Nöten sein,

wenn der BR (zur Wahrnehmung seiner Aufgaben) Datenbestände anlegt,²⁹ die (auch rechtlich) nicht zu „Datendeponien“ oder gar „Datenfriedhöfen“ verkommen dürfen, insb auch deshalb, weil dann die Wahrscheinlichkeit von dem BR zurechen- und vorwerfbaren Data Breaches stark zunimmt.

Dako 2022/3

²⁶ So zutr *Holzer/Naderhirm*, Weitergabe personenbezogener Arbeitnehmerdaten durch den Betriebsinhaber an den Betriebsrat im Lichte der DSGVO, *Dako* 2019/48, 88.
²⁷ Vgl die Art 25 und 32 DSGVO. ²⁸ Näher *Goricnik in Knyrim*, *DatKomm* Art 88 Rz 105 f. ²⁹ Diese Datenbestände dürfen aber jedenfalls nicht den Umfang einer faktischen „zweiten Personalverwaltung“ annehmen; vgl *Seifert in Simitis/Hornung/Spiecker* (Hrsg), *Datenschutzrecht* (2019) Art 88 Rz 214 mwN.

Zum Thema

Über den Autor und die Autorin

Dr. Wolfgang Goricnik, MBL, ist Leiter des Referats Wirtschaft & Recht der AK Salzburg und Laienrichter für den Fachbereich Datenschutz am Bundesverwaltungsgericht. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche wissenschaftliche Meinung des Autors wider.
E-Mail: wolfgang.goricnik@ak-salzburg.at