

2. Datenverarbeitung durch den Betriebs- oder Personalrat

Neben dem Arbeitgeber als Verantwortlichen haben auch **Betriebs- und Personalräte** ¹⁶⁶ im Rahmen ihrer Aufgaben personenbezogene Daten von Beschäftigten zu verarbeiten, etwa bei der Anhörung einer Kündigung nach § 102 BetrVG, wozu der Arbeitgeber dem Betriebsrat personenbezogene Daten des Gekündigten zukommen lassen muss. Bislang wurden dafür das **BetrVG** und dessen Normen als datenschutzrechtliche Erlaubnis gesehen, da das BDSG nach § 1 Abs. 3 BDSG nur subsidiär gilt und andere Rechtsvorschriften des Bundes vorgehen, wie etwa diejenigen des BetrVG.⁷³

Damit stellt sich die Frage, ob die Normen des **BetrVG als „spezifischere** ¹⁶⁷ **Vorschriften“** im Sinne der Öffnungsklausel des Art. 88 gesehen werden können. Dagegen spricht schon, dass im BetrVG an keiner Stelle von personenbezogenen Daten oder deren Verarbeitung die Rede ist. Dies verwundert allerdings nicht, hat das BetrVG doch eine gänzlich andere Zielrichtung, nämlich die Schaffung von kollektivrechtlichen Institutionen sowie die Begründung von kollektivrechtlichen Rechten wie den Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrechten und deren Durchsetzung. Es verfolgt also einen anderen Zweck als „spezifischere Vorschriften“ zum Datenschutz zu definieren.

Zudem entspricht das BetrVG **nicht den Vorgaben des Art. 88 Abs. 2:** Denn nach ¹⁶⁸ der hier vertretenen Auffassung müsste es „angemessene und besondere Maßnahmen“ definieren, die für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten zur Wahrung derer Grundrechte gelten, was nicht der Fall ist. Es würde also auch den formalen Kriterien nicht entsprechen. Das BetrVG kann unter der DS-GVO also zukünftig Datenweitergaben vom Arbeitgeber an den Betriebsrat oder Personalrat nicht legitimieren, ebenso wenig die dortige Verarbeitung.⁷⁴

Wenn somit zB Deutschland für diese Datenverarbeitungen keine spezifischeren ¹⁶⁹ Vorschriften nach Art. 88 Abs. 1 schaffen würde, gelten die allgemeinen Regelungen der DS-GVO, also für die Frage der Erlaubnis der Datenweitergabe und Nutzung durch den Betriebsrat Art. 6. In Betracht kommt **Art. 6 Abs. 1 lit. c**, wonach eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn diese zur Erfüllung einer **rechtlichen Verpflichtung erforderlich** ist, der der Verantwortliche unterliegt.

Solche rechtlichen Verpflichtungen ergeben sich aus dem BetrVG. Bislang wurde der ¹⁷⁰ Betriebs- oder Personalrat in Deutschland als Teil der verantwortlichen Stelle angesehen und es spricht nichts dafür, dass dies nach der Definition in Art. 4 Nr. 7 anders zu sehen ist: Soweit also etwa der Betriebsrat nach dem BetrVG bestimmte Aufgaben erfüllen muss, trifft ihn eine entsprechende **rechtliche Pflicht**, so dass Art. 6 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit dem BetrVG für den Betriebsrat oder Personalrat eine Erlaubnisnorm darstellen kann.

Voraussetzung ist aber jeweils nach Art. 6 Abs. 1 lit. c, dass die Datenverarbeitung zur ¹⁷¹ Erfüllung dieser Pflichten „erforderlich“ sein muss. Dies muss in Zukunft jeweils im Detail geprüft werden, sowohl für die Datenweitergabe vom Arbeitgeber an den Betriebsrat wie auch die dortige Verarbeitung. Ebenso gelten die anderen Normen der DS-GVO, wie sie insbesondere in Art. 5 festgelegt sind.

Denkbar wäre auch, dass die Betriebsparteien über eine Betriebs- oder ¹⁷² Dienstvereinbarung zur Datenweitergabe an den Betriebsrat und dortigen Verarbeitung

Regelungen schaffen, soweit sich solche Vereinbarungen an die Vorgaben des Art. 88 halten. Oft wird innerhalb einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung dies als Annex zur Regelung eines Datenverarbeitungssystems geschehen, wenn es in der Betriebsvereinbarung etwa um die Kontroll- und Zugriffsrechte des Betriebsrats geht.

⁷³ Auch hier gilt das Gesagte analog für das BPersVG und es wird der Übersichtlichkeit nur auf das BetrVG Bezug genommen.

⁷⁴ So auch *Wybitul*, ZD 2016, 203 (206).

Zitiervorschläge:

Ehmann/Selmayr/Selk EU-DSGVO Art. 88 Rn. 166-172

Ehmann/Selmayr/Selk, 1. Aufl. 2017, EU-DSGVO Art. 88 Rn. 166-172

Autor: Michael H. Korinth
Dokumenttyp: Aufsatz

Quelle:



Fundstelle:
Zitiervorschlag:

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln
ArbRB 2018, 47-50
Korinth, ArbRB 2018, 47-50

Datenschutz-Grundverordnung - Was ändert sich für den Betriebsrat?

Auswirkungen auf Datenübertragungen an den Betriebsrat, Betriebsvereinbarungen und die sonstige Betriebsratsarbeit

von RiArbG *Michael H. Korinth* *

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) tritt am 25.5.2018 in Kraft und hat schon seit einiger Zeit hektische Betriebsamkeit in der Literatur, auf Kongressen und in den Unternehmen ausgelöst. Was bedeutet die Änderung aber für die Arbeit des Betriebsrats und den Umgang mit ihm? Hierzu heißt es unisono: „Alle Betriebsvereinbarungen müssen auf den Prüfstand“. Was aber sind die Kriterien, die auf diesen Prüfstand angewandt werden? Gilt hier „Alles neu macht der Mai“ oder sind die Veränderungen eher graduell? Der Beitrag will einige Schlaglichter auf die wichtigsten Probleme werfen.

I. Legitimation der Datenübertragung an den Betriebsrat durch freiwillige Betriebsvereinbarung

1. Der Status quo

Die elektronische Datenverarbeitung wird in der betrieblichen Praxis **meist durch Betriebsvereinbarungen** und weniger durch Tarifverträge geregelt. Sowohl auf der Ebene des Gesamtbetriebsrats als auch auf der betrieblichen

- 47 -

Korinth, ArbRB 2018, 47-50

- 48 -

Ebene flankieren und legitimieren Kollektivvereinbarungen in der Form von Rahmenvereinbarungen und ergänzenden Einzelvereinbarungen die Verarbeitung personenbezogener Daten von Arbeitnehmern. Dies betrifft sowohl die Personalverwaltung also auch Überwachungsmechanismen.

All diese Datenverarbeitungen bedürfen nach dem weiterhin geltenden Grundprinzip des „**Verbots mit Erlaubnisvorbehalt**“ einer Legitimation. Die Betriebsvereinbarungen in diesen Bereichen werden nach allgemeiner Ansicht als „andere Rechtsvorschriften“ i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG angesehen, die eine Datenverarbeitung zu legitimieren geeignet sind. Nachdem das BAG in einer älteren Entscheidung noch Regelungen unterhalb des gesetzlichen Schutzniveaus für zulässig gehalten hatte,¹ prüft es die Zulässigkeit der Regelungen aktuell am Maßstab des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.²

2. Die Rechtslage ab 25.5.2018

a) Weiterhin Regelung in Betriebsvereinbarung möglich

Art. 88 Abs. 1 DSGVO bestimmt, dass auf dem Gebiet des Beschäftigtendatenschutzes „spezifischere Vorschriften“ möglich sind. Im Erwägungsgrund 155 heißt es zudem, dass „in Kollektivvereinbarungen (einschließlich Betriebsvereinbarungen) (...) spezifischere Vorschriften für die Verarbeitung von Beschäftigungsdaten vorgesehen werden“ können.

Es ist in der Literatur umstritten, ob durch diese Regelung die **Betriebsvereinbarung** zur tauglichen **Legitimation der Datenerhebung und -verarbeitung** wird.³ Dies ist m.E. eindeutig zu bejahen. Wenn eine Betriebsvereinbarung kein tauglicher Erlaubnistatbestand sein sollte, wäre dem Sinn und Zweck von Art. 88 Abs. 1 DSGVO nicht Genüge getan. Auch eine systematische Auslegung spricht dafür.⁴ Schließlich hat der deutsche Gesetzgeber in § 26 Abs. 4 BDSG n.F. eine entsprechende Klarstellung geschaffen. Hier heißt es nämlich:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Art. 88 Abs. 2 der VO (EU) 2016/679 zu beachten.“

Damit ist auch Art. 88 Abs. 3 DSGVO Genüge getan, wonach der nationale Erlaubnistatbestand im mitgliedstaatlichen Gesetz ausdrücklich genannt werden muss.⁵

b) Grenzen

Wichtig! Durch § 26 Abs. 4 Satz 2 BDSG n.F. wird auch gesetzgeberisch klargestellt, dass das **Schutzniveau** der **DSGVO durch Betriebsvereinbarungen nicht unterschritten** werden darf.

Beraterhinweis Damit ist m.E. der früheren Rechtsprechung des BAG⁶ der Boden entzogen. Es ist mit diesem Gesetzeswortlaut auch schwerlich vereinbar, eine „Einschätzungsprärogative“ der Betriebspartner zu postulieren, die auf eine nur eingeschränkte Rechtskontrolle von Betriebsvereinbarungen am Maßstab der DSGVO hinausläufe.⁷ Vielmehr bleibt es bei den Grundsätzen der Normenpyramide, wonach die ranghöhere Norm das Mindestschutzniveau festlegt.

Allerdings bestehen die Vorgaben der Verordnung und des BDSG aus ausfüllungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriffen. Bei deren Ausfüllung ist natürlich auch zu beachten, dass sich im Kollektivarbeitsrecht – anders als im Individualarbeitsrecht – grds. gleich starke Verhandlungspartner gegenüberstehen.

Beraterhinweis Bei der Frage, ob das Schutzniveau erhöht werden kann, darf man **nicht** einfach das **Günstigkeitsprinzip** anwenden. Vielmehr hat der EuGH noch zur Datenschutzrichtlinie entschieden, dass in der EU ein gleichwertiges Schutzniveau sicherzustellen sei.⁸ Dies lässt zwar gewisse Spielräume zu, die jetzt durch Art. 88 Abs. 1 DSGVO („spezifischere Vorschriften“) betont wurden. Eine Regelung, die die Verarbeitung bestimmter Kategorien personenbezogener Daten zwingend und allgemein ausschließt, ohne Raum für eine Abwägung der im konkreten Einzelfall einander gegenüberstehenden Rechte und Interessen zu lassen, dürfte aber nicht zulässig sein.⁹

II. Inhaltliche Anforderungen an Betriebsvereinbarungen

Die bereits bestehenden und die neu abzuschließenden Betriebsvereinbarungen müssen bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügen.

Beraterhinweis Eine nicht den Grundsätzen der DSGVO entsprechende Betriebsvereinbarung stellt **keine hinreichende Rechtsgrundlage** für die Erhebung und Verarbeitung von Beschäftigtendaten dar. Diese ist somit rechtswidrig („Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“) und dies kann zur Verhängung der **erheblich verschärften Sanktionen** führen.

1. Transparenzgrundsatz

Wichtigster Grundsatz bei der Bewertung von Betriebsvereinbarungen am neuen Maßstab ist die Transparenz. Dies führt zu den nachfolgend dargestellten Anforderungen.

a) Bezeichnung als Rechtfertigungsgrundlage

In der Betriebsvereinbarung ist anzugeben, dass diese eine rechtliche Grundlage für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Beschäftigtendaten ist. Es sollte auch darauf hingewiesen werden, dass ein Rückgriff auf andere Rechtfertigungsgrundlagen dadurch nicht ausgeschlossen ist.

b) Inhaltliche Transparenzvorgaben

In Art. 5 Abs. 1a , Art. 12 ff. DSGVO sind Transparenzvorgaben enthalten, die gewissermaßen das gedankliche Kernstück der Verordnung darstellen. Für die betroffenen Arbeitnehmer ist von besonderer Bedeutung zu wissen, welche Daten erhoben werden, wie sie verarbeitet und weitergegeben werden und welche Widerspruchsrechte bestehen. Deshalb sind insbesondere die nachfolgend genannten Punkte in die Betriebsvereinbarung aufzunehmen.

Checkliste

Checkliste

- Angaben zum Verantwortlichen, Datenschutzbeauftragten sowie zur Landeschutzbehörde;
- Darstellung der Datenverarbeitung sowie deren Zweck und Rechtsgrundlage. **Wichtig!** Insbesondere die Darstellung der legitimen Zwecke der Datenverarbeitung ist bislang häufig nicht erfolgt. In diesem Zusammenhang ist auch der Grundsatz der Datensparsamkeit von Bedeutung;¹⁰
- Darstellung der Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden sollen;
- Empfänger oder Kategorien von Empfängern der Daten;
- Datenverarbeitung in einem Drittland (einschließlich des Nachweises eines angemessenen Datenschutzniveaus);
- Angabe der Speicherdauer oder der Kriterien zur Festlegung der Speicherdauer;
- Hinweis auf Betroffenenrechte (Art. 15 bis 22 und 34 DSGVO);
- Auskunftsrecht (Art. 15 DSGVO ; § 34 BDSG n.F.);
- Recht auf Berichtigung (Art. 16 DSGVO);
- Recht auf Löschung („Vergessenwerden“, Art. 17 DSGVO ; § 35 Abs. 1, 3 BDSG n.F.);
- Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DSGVO ; § 35 Abs. 2 BDSG n.F.);
- Mitteilungspflichten (Informationsweitergabe an Dritte, Art. 19 DSGVO);
- Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO);
- Recht auf Widerspruch (Art. 21 DSGVO ; § 36 BDSG n.F.);
- Hinweis auf Widerrufsrecht bei Einwilligungen;
- Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde;
- Hinweis zur Pflichtangabe von Daten und Folgen der Nichtangabe;
- Hinweis auf die Quellen personenbezogener Daten;
- Hinweis auf automatisierte Entscheidungen;
- Datenschutz-Folgenabwägung;
- Information für den Fall der Zweckänderung.

Wichtig! Nicht jede dieser Informationen muss in jeder Betriebsvereinbarung enthalten sein. Es ist durchaus möglich, die grundlegenden Dinge in einer **Rahmenbetriebsvereinbarung**¹¹ anzugeben und darauf zu verweisen.

Beraterhinweis Angesichts der überragenden Bedeutung des Transparenzgebots ist es auch wichtig, den Regelungszusammenhang zwischen der Rahmenbetriebsvereinbarung und den einzelnen Betriebsvereinbarungen zu erläutern, damit die Arbeitnehmer einen Überblick über die betrieblichen Regelwerke haben. Dies muss nicht zwingend in den Kollektivvereinbarungen selbst enthalten sein, sondern kann sich aus Verlautbarungen etwa im Intranet ergeben.

Wie detailreich die Regelungen und Informationen sein müssen, kann nur einzelfallbezogen entschieden werden. Es bedarf keiner Regelung von Sachverhalten, die im konkreten Betrieb gar nicht stattfinden, wie z.B. einer konzernübergreifenden Datenverarbeitung.¹²

Beraterhinweis Die Informationen über die Datenverarbeitung müssen leicht zugänglich und verständlich sein. Dazu ist es erforderlich, dass sie in **klarer und einfacher Sprache** abgefasst sind.

2. Sonstige inhaltliche Vorgaben

Art. 88 Abs. 2 DSGVO fordert „angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der **menschlichen Würde**, der berechtigten Interessen und der **Grundrechte** der betroffenen Person ...“. Hier schließt sich nun der Kreis europäischen Rechts. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) stellt ja gerade in seiner neuesten Rechtsprechung¹³ das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK in den Vordergrund.¹⁴ Das bedeutet konkret für Betriebsvereinbarungen, dass nicht nur die Notwendigkeit der Datenerhebung – etwa bei einer Videoüberwachung – bestehen muss, sondern dass auch die konkrete Ausgestaltung so sein muss, dass nur die für die berechtigten Zwecke notwendigen Daten erhoben werden. Dieser Grundsatz muss jeweils auf die konkrete betriebliche Situation angewandt werden, weswegen sich verallgemeinernde Festlegungen verbieten.

Beraterhinweis Gerade bei Betriebsvereinbarungen, die die elektronische Überwachung von Arbeitnehmern zum Gegenstand haben, empfiehlt sich nunmehr eine Präambel, in der die **Begründung für die Überwachungsmaßnahmen** und ihre Notwendigkeit dargestellt werden.

- 49 -

Korinth, ArbRB 2018, 47-50

- 50 -

Beispiel

Inhaltlich problematisch könnten etwa Betriebsvereinbarungen werden, die umfassende heimliche Überwachungsmaßnahmen zulassen, keine oder sehr lange Lösungsfristen enthalten, die Datenverarbeitung nicht transparent beschreiben oder weitgehend zweckfreie Vorratsdatenspeicherungen zulassen.

Soweit Betriebsvereinbarungen die Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten regeln (z.B. biometrische Daten bei der Zutrittskontrolle) sind darüber hinaus die besonderen Anforderungen des Art. 9 DSGVO zu beachten.

III. Was ändert sich für den Betriebsrat?

1. Inhaltlich

Der Betriebsrat muss inhaltlich die genannten Parameter berücksichtigen. Stellt er bei einer Analyse bestehender **Betriebsvereinbarungen** deren inhaltliche Unvereinbarkeit mit der DSGVO fest, sollte er diese **kündigen** und erforderlichenfalls unter Anrufung der Einigungsstelle auf eine rechtskonforme Gestaltung hinwirken. Diese Verpflichtung ergibt sich zum einen aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wonach der Betriebsrat u.a. über die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer erlassenen Gesetz wachen muss, und zum anderen aus § 75 Abs. 2 BetrVG, denn die DSGVO dient auch und gerade der Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer.

2. Informations- und Beteiligungsrechte

Die übrigen Rechte des Betriebsrats aus dem BetrVG **bleiben unberührt**. Sie erlangen durch die Rechtsänderung in der Praxis eine noch größere Bedeutung. Von überragender Relevanz ist dabei nach wie vor § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Mehr denn je sind technische Einrichtungen geeignet, das Verhalten und die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen. Da entgegen dem Gesetzeswortlaut bereits die

Eignung ausreicht und eine entsprechende Zweckbestimmung nicht erforderlich ist, deckt das Mitbestimmungsrecht einen erheblichen Teil der elektronischen Datenverarbeitung ab.

3. Welche Datenschutzmaßnahmen hat der Betriebsrat durchzuführen?

Natürlich muss der **Betriebsrat** auch selbst bei Datenerhebungen die o.g. **Grundsätze beachten**. Dies gilt etwa bei betriebsinternen Erhebungen und insbesondere hinsichtlich der sensiblen Daten, die der Betriebsrat im Zusammenhang mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement oder Anhörungen nach § 102 BetrVG erhalten hat, insbesondere Krankheitsdaten.

4. Das Verhältnis zum Datenschutzbeauftragten

Die Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind unabhängig von denen des Datenschutzbeauftragten. Eine Zusammenarbeit beider Institutionen ist nicht zwingend, aber natürlich sinnvoll. Der **Betriebsrat** kann aber **unabhängig** vom Datenschutzbeauftragten entweder im Beschlussverfahren oder in der Einigungsstelle die datenschutzrechtlichen Regelungen durchzusetzen versuchen, die er für sachgerecht hält.

IV. Zusammenfassung

Der 25.5.2018 macht nicht alles neu, aber die bestehenden Betriebsvereinbarungen sollten an die neue DSGVO angepasst werden, da sie ansonsten ihre Legitimationsfunktion verlieren. Inhaltlich zu beachten sind insbesondere das Transparenzgebot und die Wahrung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer. Das Schutzniveau von DSGVO und BDSG darf durch Betriebsvereinbarungen nicht unterschritten, aber auch nicht generalisierend überschritten werden.

Auch der Betriebsrat muss sich bei seiner Arbeit an die neuen Regelungen halten. Die Informations- und Beteiligungsrechte des Betriebsrats bleiben unverändert, steigen aber de facto in ihrer Bedeutung. Er hat gegenüber dem Datenschutzbeauftragten eine unabhängige Stellung.

Fußnoten

- *) Der Autor ist Richter am ArbG Berlin.
- 1) BAG v. 27.5.1986 - 1 ABR 48/84 , MDR 1987, 83 = *ArbRB online*.
- 2) BAG v. 9.7.2013 - 1 ABR 2/13 (A) , *ArbRB online*; v. 25.9.2013 - 10 AZR 270/12 , MDR 2014, 98 = *ArbRB 2014, 5 (Marquardt) = ArbRB online*.
- 3) Siehe hierzu i.E. *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428 (1429) m.w.N.
- 4) So auch *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428 (1429).
- 5) Vergleiche *Imping*, CR 2017, 378 (380); *Tiedemann*, *ArbRB* 2016, 334.
- 6) BAG v. 27.5.1986 - 1 ABR 48/84 , MDR 1987, 83 = *ArbRB online*.
- 7) So aber *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428 (1431).
- 8) EuGH v. 24.11.2011 - Rs. C-468/10 , *ArbRB* 2012, 48 (*Grimm*).
- 9) *Schüßler*, *jurisPR-ITR* 2/2012 Anm. 3 zur Rechtslage nach der Datenschutzrichtlinie.
- 10) *Gaul*, *Aktuelles Arbeitsrecht I/2017*, S. 26.
- 11) Hierzu wird in Heft 3 des *ArbRB* (ET: 20.3.2018) ein vertiefender Aufsatz erscheinen.
- 12) *Klösel/Mahnhold*, NZA 2017, 1428 (1432).
- 13) EGMR v. 5.9.2017 - 61496/08 , *ArbRB* 2016, 99 (*Grimm*).
- 14) Siehe zur aktuellen Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht *Korinth*, *ArbRB* 2017, 356.

© Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO?

Die zukünftige Rolle der Institutionen rund um den Beschäftigtendatenschutz

Michael Kort

Angesichts der am 25.5.2016 in Kraft getretenen, aber erst ab 25.5.2018 geltenden Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) stellt sich die Frage nach dem in Deutschland bislang durch das BDSG, das BetrVG und die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte geprägte Verhältnis von Datenschutzbeauftragtem (DSB), Aufsichtsbehörden und Betriebsrat beim Beschäftigtendatenschutz neu. So fragt sich u.a., inwiefern der deutsche Gesetzgeber in Ausführung der DS-GVO-Vorgaben, insbesondere angesichts der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO, das Verhältnis dieser drei beschäftigungsdatenschutzrechtlichen Institutionen neu regeln kann und sollte. Ferner stellt sich die Frage, ob die dem Betriebsrat insbesondere von der Rechtsprechung bislang zugewiesene datenschutzrechtliche Sonderrolle unter Geltung der DS-GVO noch Bestand haben kann.

In view of the General Data Protection Regulation (DS-GVO), which came into effect on May 25, 2016 but will only be valid as of May 25, 2018, the issue reemerges regarding the relation between the data protection officer (DSB), supervisory authorities and works council in employee data protection; previously this was coined in Germany by the German Federal Data Protection Act (BDSG), the Works Council Constitution Act (BetrVG), and the adjudication by the labor courts. Among others, the question arises as to how the German legislator, in implementing the requirements of the DS-GVO, in particular in view of the opening clause of Art. 88 DS-GVO, can and should re-regulate the relation of these three employee data protection law institutions. Furthermore, the question arises whether the special role in regards to data protection law of the works council, which was previously awarded to it in particular by adjudication, will still be applicable when the DS-GVO comes into force.

Lesedauer: 19 Minuten

I. Betrieblicher Datenschutzbeauftragter

1. Kriterien für die Pflicht zur Einsetzung

§§ 4f und 4g BDSG zeigen, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte (DSB) unter Geltung des BDSG eine starke Position hat. Die Schwelle für die Pflicht von Unternehmen, einen betrieblichen DSB einzusetzen, ist in § 4f Abs. 1 BDSG bislang niedrig angesetzt, denn es reicht bereits, dass mehr als neun Personen ständig mit der automatisierten Datenverarbeitung beschäftigt sind oder Verarbeitungen vorliegen, die einer Vorabkontrolle¹ unterliegen.

Die DS-GVO verändert demgegenüber die Kriterien für die Pflicht zur Einsetzung des betrieblichen DSB in nicht unerheblicher Weise. An die Stelle des im BDSG vorgesehenen – eher formal bestimmten – Schwellenwerts für das Eingreifen der Bestellpflicht von über neun Personen im Unternehmen, die ständig mit der automatisierten Datenverarbeitung im Unternehmen beschäftigt sind, tritt nunmehr gem. Art. 37 Abs. 1 lit. b DS-GVO ein risikobasierter Ansatz: Danach besteht eine Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen DSB nur, wenn das Unternehmen im Hinblick auf die Datenverarbeitung risikoträchtige Kernaktivitäten verfolgt.²

2. Unabhängigkeit und Orientierung am Unternehmensinteresse

Nach bisherigem deutschem Recht ist die Stellung des betrieblichen DSB durch ein großes Ausmaß an Unabhängigkeit gekennzeichnet.³ Er ist nicht verlängerter Arm der Aufsichtsbehörden, sondern erfüllt

im Unternehmen – jedenfalls in erster Linie – eine datenschutzrechtliche Compliance-Funktion im Unternehmensinteresse.⁴

Die Pflicht zur Orientierung des betrieblichen DSB am Unternehmensinteresse wird unter Geltung der DS-GVO nicht dadurch abgeschwächt, dass der betriebliche DSB noch stärker als unter Geltung des BDSG Ansprech- und Beratungspartner der betroffenen Arbeitnehmer wird.⁵ Vielmehr lässt sich der betriebliche DSB auch schon unter Geltung von § 4f Abs. 5 Satz 2 BDSG als „Anwalt der Betroffenen“ charakterisieren.⁶ Auch muss die Beratung der Unternehmensleitung und diejenige der betroffenen Arbeitnehmer durch den betrieblichen DSB nicht in Widerstreit geraten,⁷ da zum einen das Unternehmensinteresse interessenpluralistisch zu verstehen ist und auch Arbeitnehmerinteressen (und damit Betroffeneninteressen) umfasst, zum anderen Normverstöße (etwa Verstöße des Arbeitgebers gegen die DS-GVO) niemals im Unternehmensinteresse liegen.

Das bisherige deutsche Recht ist dadurch geprägt, dass die Unabhängigkeit des betrieblichen DSB durch einen Schutz seiner Person gewährleistet ist, die sich an den Schutz betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger wie etwa Betriebsratsmitglieder anlehnt. Das ist in der DS-GVO nicht in demselben Ausmaß der Fall.

Kort: Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO? (ZD 2017, 3)

4 ▲
▼

Zwar sieht auch die DS-GVO – wie bislang das BDSG – in Art. 38 Abs. 3 Schutzmechanismen für die Unabhängigkeit des betrieblichen DSB vor, nämlich in Hinblick auf dessen Weisungsfreiheit und Schutz vor Abberufung.⁸ I.Ü. aber enthält die DS-GVO keine dem bisherigen deutschen Recht vergleichbaren detaillierten Bestimmungen zum Schutz des betrieblichen DSB, um dessen Unabhängigkeit zu gewährleisten.⁹

3. Aufgaben im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes

Nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DS-GVO hat der betriebliche DSB u.a. die Aufgabe der Überwachung der Einhaltung der DS-GVO, weiterer Datenschutzvorschriften sowie der Strategien des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters für den Datenschutz. Das ist gegenüber der in § 4g Abs. 1 Satz 1 BDSG vorgesehenen Aufgabenbeschreibung („Hinwirken“) eine Erweiterung der Aufgaben des betrieblichen DSB,¹⁰ und zwar insbesondere in Bezug auf die Strategien des Unternehmens¹¹ und damit in Hinblick auf die Datenschutz-Compliance.¹² Unter Geltung der DS-GVO bekleidet der betriebliche DSB teilweise in noch stärkerer Weise als bislang unter Geltung des BDSG Compliance-Funktionen,¹³ so etwa bei der Überwachung der Datenschutz-Folgenabschätzung.¹⁴ Das kann die Pflicht des Verantwortlichen zur Einbindung des betrieblichen DSB in ein Datenschutz-Management-System umfassen.¹⁵

Die Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung selbst trifft allerdings nicht den DSB, sondern gem. Art. 35 Abs. 1 DS-GVO den Verantwortlichen.¹⁶ Auch entfällt unter der DS-GVO die gem. § 4d Abs. 6 BDSG bestehende Aufgabe des DSB in Bezug auf die Vorabkontrolle¹⁷ und damit die Pflicht zur Konsultation der Aufsichtsbehörden in Zweifelsfällen.¹⁸

4. Verhältnis zur Geschäftsleitung

Gem. Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DS-GVO hat der betriebliche DSB –insofern wie bislang unter Geltung des BDSG – unmittelbar der Unternehmensleitung zu berichten.¹⁹ Die unter Geltung des BDSG bestehende Pflicht, den DSB in der Unternehmenshierarchie unmittelbar unter der Unternehmensleitung anzusiedeln, besteht nach der DS-GVO hingegen nicht.²⁰

5. Arten von Datenschutzbeauftragten

Für die betriebliche Praxis ist ferner von besonderem Belang, dass unter Geltung der DS-GVO wie

schon unter Geltung des BDSG eine freie Wahlmöglichkeit zwischen einem internen und einem externen betrieblichen DSB besteht (Art. 37 Abs. 6 DS-GVO)²¹ und der DSB teilzeitbeschäftigt oder vollzeitbeschäftigt eingesetzt werden kann (Art. 38 Abs. 6 DS-GVO).²² Ferner besteht die Möglichkeit einer freiwilligen Einsetzung eines betrieblichen DSB, falls die Bestellpflichtkriterien der DS-GVO nicht erfüllt sind (Art. 37 Abs. 4 DS-GVO).²³

6.Spielräume mitgliedstaatlicher Regelung

Die Mitgliedstaaten haben Gestaltungsmöglichkeiten in Hinblick auf die Pflicht zur Einsetzung und in Hinblick auf die Position (Aufgaben, Rechte und Pflichten) des betrieblichen DSB, die in Deutschland im Zuge der partiellen Beibehaltung des BDSG oder im Zuge eines Ausführungsgesetzes zur DS-GVO genutzt werden können. So sieht Art. 37 Abs. 4 DS-GVO vor, dass die Mitgliedstaaten die Bestellpflicht erweitern können.²⁴ Hiervon wird Deutschland mit großer Wahrscheinlichkeit zu Recht Gebrauch machen.²⁵ Eine deutsche Regelung auf der Basis von Art. 37 Abs. 4 DS-GVO könnte an die Kriterien für die Bestellpflicht von § 4f Abs. 1 BDSG anknüpfen. Was die Bestellpflicht gem. § 4f Abs. 1 Satz 6 BDSG betrifft, die auf das Erfordernis einer Vorabkontrolle abstellt, müsste dann allerdings in Zukunft auf das Erfordernis der die deutsche Vorabkontrolle substituierenden Datenschutz-Folgenabschätzung gem. Art. 35 DS-GVO abgestellt werden.²⁶

Auch besteht die Möglichkeit, im deutschen Recht den Schutz des DSB vor Abberufung und vor Kündigung sowie vor sonstigen Maßnahmen, die die Unabhängigkeit seiner Position beeinträchtigen könnten, gegenüber dem Schutzstandard der DS-GVO zu erweitern. Denkbar und sinnvoll wäre es, den Schutz des betrieblichen DSB weiterhin an dem Schutz betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger wie Betriebsratsmitglieder zu orientieren, so wie es nach geltendem Recht § 4f Abs. 3 BDSG vorsieht.²⁷

Insgesamt betrachtet lässt die DS-GVO genügend Spielraum, die Position des betrieblichen DSB in Deutschland in ähnlicher Weise wie bislang in §§ 4f, 4g BDSG auszugestalten. Die Erweiterung der Bestellpflicht oder sonstige Regelungen in Hinblick auf die Rechtsstellung des betrieblichen DSB in deutschen Rechtsbestimmungen müssen freilich mit den zwingenden Vorgaben der Art. 37 bis 39 DS-GVO harmonisieren. Daher kommt eine unbesehene Beibehaltung in toto von §§ 4f und 4g BDSG nicht in Betracht.²⁸

II.Aufsichtsbehörden

1.Beschäftigtendatenschutzrechtliche Stellung

Die Aufsichtsbehörden spielen bislang angesichts ihrer Überwachungs- und Eingriffsmöglichkeiten in der Praxis des Beschäftigtendatenschutzes eine sehr große Rolle, obgleich die normative Ausgestaltung der Rechtsstellung der Aufsichtsbehörden in § 38 BDSG keineswegs umfassend ist. In Art. 57 und 58 DS-GVO sind die Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden einerseits sehr weit, andererseits aber auch ziemlich vage beschrieben.²⁹ Das ist aus Sicht der Unternehmenspraxis misslich.

2.Spielräume mitgliedstaatlicher Regelung

Art. 57 und 58 DS-GVO enthalten nur sehr beschränkt Spielräume für eine Veränderung der Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden durch nationale Rechtsvorschriften.³⁰ Sollte der deutsche Gesetzgeber eine Regelung der Rechtsstellung der Aufsichtsbehörden beabsichtigen (und nicht bloß eine ersatzlose Streichung von § 38 BDSG in Betracht ziehen), so kann der Inhalt

Kort: Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO? (ZD 2017, 3)

5 ▲ ▼

von § 38 BDSG allenfalls in sehr modifizierter Form beibehalten werden.³¹ Wünschenswert ist es, die

Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörden – soweit zulässig – in einem deutschen Ausführungsgesetz zu konkretisieren.

Abzulehnen ist hingegen der Vorschlag, den Datenschutzaufsichtsbehörden gesetzlich eine Mediatorenfunktion zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zuzuweisen.³² Eine solche Mediatorenfunktion kommt bereits – in beschränktem Maße – dem betrieblichen DSB sowie dem Betriebsrat zu. Es besteht kein Bedürfnis, auch noch den „betriebsfernen“ Aufsichtsbehörden eine solche beschäftigendatenschutzrechtliche Rolle zukommen zu lassen, zumal den Aufsichtsbehörden unter dem BDSG und unter der DS-GVO – mit guten Gründen – keinerlei spezifisch beschäftigungsdatschutzrechtliche Funktion zukommt, sondern sie nur allgemeine datenschutzrechtliche Aufgaben und Befugnisse haben.

III. Betriebsrat

1. Beschäftigendatenschutzrechtliche Stellung

Die datenschutzrechtliche Rolle des Betriebsrats wird im BDSG nicht angesprochen. Einigkeit besteht jedoch, dass dem Betriebsrat eine herausragende Stellung beim Beschäftigendatenschutz zukommt. Abgesehen von der in der Praxis außerordentlich wichtigen Rolle des Betriebsrats als Partner von Betriebsvereinbarungen, die datenschutzrechtliche Fragen betreffen und als datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand gem. § 4 BDSG in Betracht kommen, hat der Betriebsrat auch i.Ü. – neben dem betrieblichen DSB – eine wichtige Funktion bei der Wahrung datenschutzrechtlicher Belange der Beschäftigten. Das betrifft nicht nur Arbeitnehmer, die bereits in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, sondern auch Bewerber.³³ So ist der Betriebsrat entgegen einer teilweise geäußerten Auffassung in der Lage, Betriebsvereinbarungen abzuschließen, die sich auch auf datenschutzrechtliche Fragen in der Bewerbungsphase beziehen.³⁴

2. Verhältnis Betriebsverfassungsrecht und Datenschutzrecht

Die Rolle des Betriebsrats beim Beschäftigendatenschutz lässt sich schwer bestimmen, weil das Datenschutzrecht und das Betriebsverfassungsrecht teilweise parallele Wege gehen, teilweise aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen. Parallele Wege gehen Betriebsverfassungsrecht und Datenschutzrecht insofern, als der Betriebsrat – ebenso wie der DSB – verpflichtet ist, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Normen und sonstiger Bestimmungen im Betrieb und Unternehmen zu gewährleisten (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

Ferner obliegt es dem Betriebsrat ebenso wie dem DSB, wenn auch aus etwas anderer, nämlich betriebsverfassungsrechtlicher Perspektive, die Betroffenen, also die Arbeitnehmer, bei der Wahrung ihrer datenschutzrechtlichen Belange zu unterstützen. Überdies wirkt der Betriebsrat an der konkreten Ausgestaltung von Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) im Betrieb und Unternehmen erheblich mit,³⁵ indem er mittels der zwingenden Mitbestimmung, insbesondere gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG,³⁶ die konkrete Ausgestaltung des Datenschutzes im Unternehmen beeinflusst, insbesondere durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen.

Das Verhältnis von Datenschutzrecht und Betriebsverfassungsrecht lässt sich in der Aussage zusammenfassen, dass im Grundsatz das, was betriebsverfassungsrechtlich zulässig ist, datenschutzrechtlich nicht unzulässig sein kann und umgekehrt das, was datenschutzrechtlich verboten ist, nicht betriebsverfassungsrechtlich erlaubt sein kann. Die im Grundsatz parallele Geltung von Datenschutzrecht und Betriebsverfassungsrecht zeigt auch § 32 Abs. 3 BDSG, der die Beteiligungsrechte des Betriebsrats als „unberührt“ bezeichnet. Eine datenschutzrechtliche „Narrenfreiheit“ des Betriebsrats folgt aus § 32 Abs. 3 BDSG allerdings nicht.³⁷

Was die Stellung des Betriebsrats unter der DS-GVO betrifft, so gehört die Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen der DS-GVO zu den Aufgaben des Betriebsrats gem. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.³⁸ Umgekehrt muss der Betriebsrat seinerseits die Bestimmungen der DS-GVO beachten.³⁹

Das BetrVG hat als deutscher Rechtsvorschriftenkomplex gegenüber der DS-GVO keine Vorrangstellung oder sonstige privilegierte Stellung.⁴⁰ Das bedeutet aus deutscher Sicht für das Verhältnis von Betriebsverfassungsrecht und Datenschutzrecht indes keinen Paradigmenwechsel, da auch bislang der Betriebsrat durchaus nicht im datenschutzrechtlich „leeren Raum“ operieren darf.⁴¹

Bisweilen beachtet die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung die Bedeutung des Datenschutzrechts für die Auslegung betriebsverfassungsrechtlicher Normen zu wenig. So wird die Rechtmäßigkeit eines datenschutzrechtlich zweifelhaften Informationsverlangens des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber sehr pauschal mit dessen betriebsverfassungsrechtlich gerechtfertigten Aufgaben und Befugnissen erklärt. Das gilt etwa für eine Entscheidung des *LAG Hessen* v. 24.11.2015 zur Frage der Erhebung und Verarbeitung von Daten einzelner Mitarbeiter durch den Betriebsrat i.R.v. individuellen Zielvereinbarungen⁴² und für eine Entscheidung des *LAG Schleswig-Holstein* v. 9.2.2016 zur Frage des Einblicks des Betriebsrats in Bruttolohn- und Bruttogehaltslisten auch von solchen Arbeitnehmern, die nicht in dem Betrieb beschäftigt sind, für den der Betriebsrat zuständig ist.⁴³ Begründet wird diese weite betriebsverfassungsrechtliche Zuständigkeit des Betriebsrats mit dessen Recht und Pflicht, i.R.v. § 75 Abs. 2 BetrVG die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu überprüfen. Diese Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte ist fragwürdig, auch wenn sie sich auf die in dieselbe Richtung gehende Rechtsprechung des *BAG*⁴⁴ stützen kann.⁴⁵

3.Spielräume mitgliedstaatlicher Regelung

Fraglich ist, ob sich diese bisweilen anklingende betriebsverfassungsrechtlich bedingte datenschutzrechtliche Privilegierung des Betriebsrats unter Geltung der DS-GVO noch aufrechterhalten lässt. Zwar schränkt die DS-GVO nicht das deutsche Betriebsverfassungsrecht ein, gebietet aber dennoch, dass auch der Umgang des Betriebsrats mit Daten im Lichte der DS-GVO (und deren Erlaubnistatbeständen) zu betrachten ist.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob in einem zukünftigen deutschen Ausführungsgesetz zur DS-GVO auch die Rolle des Betriebsrats geregelt werden sollte und es sinnvoll ist, eine Präzisierung oder gar Ausweitung von Mitbestimmungsrechten vorzusehen.

Da deutsche Ausführungsbestimmungen zur Ausfüllung von Öffnungsklauseln der DS-GVO und zur sonstigen Konkretisierung der DS-GVO vermutlich schon nicht in umfassender Weise

Kort: Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO? (ZD 2017, 3)

6 ▲ ▼

den Beschäftigtendatenschutz als solchen detailliert regeln werden, dürfte es wenig Sinn machen, die Rolle des Betriebsrats in gesetzlicher Weise zu regeln.

Dasselbe gilt für den Vorschlag, Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gesetzlich zu präzisieren,⁴⁶ so sehr auch der Praxis an einer derartigen Präzisierung gelegen sein mag. Eher skeptisch zu beurteilen ist auch die Überlegung, die im Bereich von IKT ohnehin schon weiten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats (insbesondere angesichts von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) noch zu erweitern. Auch spricht angesichts der sehr weiten Fassung von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und dessen noch weiter gehender Auslegung durch die Rechtsprechung des *BAG* nichts für eine gesetzliche Klarstellung, dass alle Formen des Umgangs mit Beschäftigtendaten das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösen.⁴⁷

IV.Verhältnis der datenschutzrechtlichen Institutionen zueinander

1.Verhältnis des Betriebsrats zum Datenschutzbeauftragten

a)Bisherige Sonderrolle des Betriebsrats

Nach bisherigem Verständnis unterliegt der Betriebsrat bei seiner Tätigkeit im Grundsatz zwar den

datenschutzrechtlichen Anforderungen des BDSG, nimmt aber in zweifacher Hinsicht eine Sonderrolle ein. So gilt der Betriebsrat bislang – insbesondere angesichts der ständigen Rechtsprechung des BAG⁴⁸ – als Teil der „verantwortlichen Stelle“ Arbeitgeber. Der Betriebsrat ist also in der Regel nicht seinerseits verantwortliche Stelle mit der Konsequenz, dass der Datenfluss zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat nicht als (eigene) Datenverarbeitung des Betriebsrats zu betrachten ist, sondern als Datennutzung durch den Arbeitgeber. Das hat im Hinblick auf die Erlaubnisnormen für den Datenfluss zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Bedeutung.

Ferner unterliegt nach einer Entscheidung des BAG aus dem Jahr 1997⁴⁹ der Betriebsrat nicht der Kontrolle durch den DSB.⁵⁰ Das wird vom BAG aus der betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des Betriebsrats hergeleitet. Eine solche „Sonderrolle“ des Betriebsrats ist allerdings im Gesetz selbst, also im BDSG, nicht angelegt, und zwar auch nicht in § 32 Abs. 3 BDSG.

b)Sonderrolle auch unter Geltung der DS-GVO?

Unter Geltung der DS-GVO, die die betriebliche Interessenvertretung als solche nicht anspricht, ist eine datenschutzrechtliche Sonderstellung des Betriebsrats, insbesondere die Freiheit vor einer Kontrolle durch den DSB, nicht mehr länger aufrechtzuerhalten.⁵¹ Auch die beschäftigungsdatenschutzrechtliche Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO räumt dem deutschen Gesetzgeber nicht das Recht ein, die datenschutzrechtliche Stellung des Betriebsrats zu regeln, etwa in Hinblick auf dessen Verhältnis zum betrieblichen DSB.

c)Keine Kontrolle des Datenschutzbeauftragten durch den Betriebsrat

Was umgekehrt eine indirekte oder direkte Kontrolle des betrieblichen DSB durch den Betriebsrat betrifft, so hat der Betriebsrat schon unter Geltung des BDSG weder ein Recht noch gar eine Pflicht, den betrieblichen DSB zu kontrollieren.⁵² Aus dem in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verankerten Recht und der Pflicht, für die Einhaltung des BDSG im Unternehmen zu sorgen, ergibt sich kein Recht des Betriebsrats, den betrieblichen DSB in irgendeiner Weise zu überwachen.

Ferner hat der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Bestellung des betrieblichen DSB, sondern allenfalls Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte im Umfeld der Bestellung von internen DSB, so etwa, wenn es zu deren Einstellung oder Versetzung kommt. Bei diesen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten geht es jedoch letztlich um die Stellung des betrieblichen DSB als Arbeitnehmer, nicht aber um seine besondere Position als betrieblicher DSB.⁵³ So hat der Betriebsrat i.R.v. § 99 BetrVG nicht das Recht, das Fehlen von Fachkunde oder Zuverlässigkeit des betrieblichen DSB zu monieren.

Auch unter Geltung der DS-GVO besteht kein Recht des Betriebsrats, den betrieblichen DSB zu kontrollieren oder zu überwachen. Gegen ein solches Recht spricht schon die auch in der DS-GVO verankerte Unabhängigkeit der Stellung des betrieblichen DSB. Sollte der deutsche Gesetzgeber in einem Ausführungsgesetz zur DS-GVO die Rechtsstellung des betrieblichen DSB regeln wollen, so darf er angesichts der Vorgaben der DS-GVO für die Unabhängigkeit des betrieblichen DSB nicht – über den jetzigen Rechtszustand hinausgehend – vorsehen, dass der Betriebsrat Mitwirkungs- oder Mitbestimmungsrechte bei der eigentlichen Bestellung des DSB hat.⁵⁴

Sowohl unter Geltung des BDSG als auch unter Geltung der DS-GVO ist das Verhältnis von Betriebsrat und betrieblichem DSB lediglich vom Gebot einer Zusammenarbeit geprägt. Diese Zusammenarbeit kann, muss aber nicht sehr intensiv sein, da seitens des betrieblichen DSB eine Pflicht zu einer sehr intensiven Zusammenarbeit dessen Unabhängigkeit gefährden könnte.

2.Verhältnis des Betriebsrats zu den Aufsichtsbehörden

a)Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden

Was das Verhältnis des Betriebsrats zu den Aufsichtsbehörden betrifft, wird es auch unter der Geltung

der DS-GVO dabei bleiben, dass die Aufsichtsbehörden die datenverarbeitende Tätigkeit des Betriebsrats kontrollieren können.⁵⁵ Weder direkt noch indirekt lässt sich der DS-GVO eine Ausnahme des Betriebsrats von der Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden entnehmen.

b) Recht zum Whistleblowing?

Gegen ein Recht des Betriebsrats zum Whistleblowing gegenüber den Aufsichtsbehörden bei Datenschutzverstößen des Arbeitgebers bestehen betriebsverfassungsrechtliche Bedenken, insbesondere angesichts des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 BetrVG.⁵⁶ Ein solches Recht des Betriebsrats zum Whistleblowing gegenüber den Aufsichtsbehörden ist auch in Zukunft unter Geltung der DS-GVO aus den genannten betriebsverfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Erst recht spricht der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber dagegen, ein wie auch immer geartetes Recht des Betriebsrats zur Einschaltung der Aufsichtsbehörde gesetzlich vorzusehen.⁵⁷

Kort: Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat mit der DS-GVO? (ZD 2017, 3)



c) Kein Verbandsklagerecht

Art. 80 DS-GVO eröffnet die Möglichkeit, dass sich Betroffene bei Beschwerden und sonstiger Rechtswahrnehmung von den in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannten Institutionen, die man abgekürzt als Verbände bezeichnen kann, vertreten lassen können (Verbandsklagebefugnis).⁵⁸ Ferner können die Mitgliedstaaten nach Art. 80 Abs. 2 DS-GVO vorsehen, dass derartige Institutionen auch ohne Auftrag der betroffenen Person bei der zuständigen Aufsichtsbehörde eine Beschwerde einlegen können.⁵⁹

Fraglich ist, ob der Betriebsrat eine Institution i.S.v. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO ist und – darüber hinausgehend – es rechtspolitisch wünschenswert ist, eine mitgliedstaatliche Regelung dahingehend zu treffen, dass der Betriebsrat ein Recht zur Klage bzw. zur Beschwerde gegenüber den Aufsichtsbehörden bei datenschutzrechtlich unzulässigen IKT-Verfahren hat.⁶⁰

Eine solche Rolle des Betriebsrats ist jedoch abzulehnen. Der Betriebsrat, der nicht rechtsfähig ist, ist schon keine Einrichtung, Organisation oder Vereinigung i.S.v. Art. 80 Abs. 1 DS-GVO. Auch hat er keine Satzung, deren Ziel auf die Einhaltung des Datenschutzes gerichtet ist. Da die Öffnungsklausel des Art. 80 Abs. 2 DS-GVO auf die in Art. 80 Abs. 1 DS-GVO genannten Institutionen Bezug nimmt, der Betriebsrat aber nicht unter diese Institutionen fällt, kann der deutsche Gesetzgeber auch in Zukunft dem Betriebsrat auf der Grundlage von Art. 80 DS-GVO kein Recht zur verbandsmäßigen Vertretung bzw. zur Verbandsklage in Datenschutzbelangen einräumen. Ein solches Recht wäre angesichts des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Arbeitnehmer rechtspolitisch auch nicht wünschenswert.

3. Verhältnis des Datenschutzbeauftragten zu den Aufsichtsbehörden

Das Verhältnis des betrieblichen DSB zu den Aufsichtsbehörden wird – wie bislang unter Geltung des BDSG – auch in Zukunft gem. Art. 39 Abs. 1 lit. d DS-GVO durch ein Gebot der Zusammenarbeit geprägt sein.⁶¹ Dieses Gebot der Zusammenarbeit läuft nicht darauf hinaus, dass der DSB zum verlängerten Arm der Aufsichtsbehörden wird.⁶² Es reicht aber weiter als § 4g Abs. 1 Satz 2 BDSG (Konsultationspflicht des betrieblichen DSB nur in Zweifelsfällen)⁶³ und führt daher dazu, dass die bislang unter Geltung des BDSG weitgehend von den Aufsichtsbehörden unabhängige Position des betrieblichen DSB unter Geltung der DS-GVO in gewisser Weise beschnitten wird.

Auf Grund der Intensivierung der Pflicht zur Zusammenarbeit des betrieblichen DSB mit den Aufsichtsbehörden unter Geltung der DS-GVO kann es in Zukunft zu einem Konflikt dieser Pflicht zur

Zusammenarbeit mit den arbeitsrechtlichen Treuepflichten des internen DSB gegenüber dem Arbeitgeber kommen. So gebietet die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen DSB und Aufsichtsbehörden in stärkerem Ausmaß als bislang unter Geltung des BDSG, dass der betriebliche DSB die Aufsichtsbehörden über Datenschutzverstöße im Unternehmen informieren muss. Eine solche Pflicht des internen DSB zur Konsultation der Aufsichtsbehörden ist jedoch – auch unter Geltung der DS-GVO – arbeitsrechtlich bedenklich.⁶⁴

V.Fazit

Auch unter Geltung der DS-GVO wird das Verhältnis von DSB, Aufsichtsbehörden und Betriebsrat durch eine von den jeweils anderen Institutionen weitgehend unabhängige Aufgabenwahrnehmung in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz geprägt sein. Die bislang von der deutschen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte datenschutzrechtliche Sonderstellung des Betriebsrats wird angesichts der Vorgaben der DS-GVO allerdings zunehmend fragwürdig.



Prof. Dr. Michael Kort

ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Gewerblichen Rechtsschutz und Arbeitsrecht an der Universität Augsburg.

- 1 Dazu *Taeger/Rose*, BB 2016, 819, 827.
- 2 Dazu *Laue/Nink/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2016, § 6 Rdnr. 8; *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 417; *Klug*, ZD 2016, 315 f.; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61 f.; *Albrecht*, CR 2016, 88, 94; *Gierschmann*, ZD 2016, 51, 52; krit. zur Unbestimmtheit des Begriffs der „Kerntätigkeit“ *Spindler*, DB 2016, 937, 942.
- 3 *Kort*, NZA 2015, 1345.
- 4 *Kort*, NZA 2015, 1345 f.
- 5 *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 420; zum DSB als Ansprechpartner der Betroffenen auch *Klug*, ZD 2016, 315, 318.
- 6 So *Kühling/Martini et al.*, Die DS-GVO und das nationale Recht, 2016, S. 325.
- 7 Auf diese Gefahr hinweisend *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 420.
- 8 *Maier/Ossoinig*, in: Roßnagel (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2016, § 3 Rdnr. 357; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 64.
- 9 *Spindler*, DB 2016, 937, 942.
- 10 *Wybitul*, BB 2016, 1077, 1078.
- 11 Dazu *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 418 f.
- 12 *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66.
- 13 *Wybitul*, CCZ 2016, 194; *Klug*, ZD 2016, 315, 318; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 65.
- 14 *Klug*, ZD 2016, 315, 318 f.; *Wybitul*, BB 2016, 1077, 1078; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66; allg. zur Datenschutz-Folgenabschätzung *Härting*, Datenschutz-Grundverordnung, 2016, Rdnr. 35 ff.; *Wybitul/Ströbel*, BB 2016, 2307; *Bieker/Hansen/Friedewald*, RDV 2016, 188; *Spindler*, DB 2016, 937, 942.
- 15 *Wybitul*, EU-Datenschutz-Grundverordnung im Unternehmen, 2016, Rdnr. 340; *Wybitul/Draf*, BB 2016, 2101, 2103; *Wichtermann*, ZD 2016, 421.
- 16 Krit. *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66.
- 17 *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 419 f.
- 18 *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66.
- 19 *Klug*, ZD 2016, 315, 318; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 64.
- 20 *Paal*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, 1. Aufl. 2017, Art. 38 Rdnr. 11; *Laue/Nink/Kremer* (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 37; *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 419; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 64.
- 21 Dazu *Laue/Nink/Kremer* (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 16 f.; *Klug*, ZD 2016, 315, 317; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 63.
- 22 *Klug*, ZD 2016, 315, 317.
- 23 *Paal* (o. Fußn. 20), Art. 37 Rdnr. 12; *Laue/Nink/Kremer* (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 4; *Klug*, ZD 2016, 315, 317.
- 24 *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 418; *Spindler*, DB 2016, 937, 942.

- 25 *Härting* (o. Fußn. 14), Rdnr. 10; *Maier/Ossoinig* (o. Fußn. 8), § 3 Rdnr. 353; *Taeger/Rose*, BB 2016, 819, 827 f.; *Jaspers*, RDV 2016, 1; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 62; zu den Regelungsmöglichkeiten im Einzelnen *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 95 ff.
- 26 *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 416 und 418.
- 27 Ähnl. *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 64.
- 28 S. dazu im Einzelnen *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 327 ff.
- 29 *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 461.
- 30 *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 178 ff.
- 31 *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 464 ff.
- 32 So aber *Schuler/Weichert*, Die EU-DSGVO und die Zukunft des Beschäftigtendatenschutzes – Gutachten –, 2016, S. 21.
- 33 *Wybitul*, ZD 2016, 203, 207.
- 34 Dazu näher *Kort*, NZA-Beil. 2/2016 zu Heft 24/2016.
- 35 *Stamer/Kuhnke*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, § 32 BDSG Rdnr. 159.
- 36 Krit. zur Weite des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG *Ludwig/Ramcke*, BB 2016, 2293.
- 37 Insofern bedenklich *LAG Schleswig-Holstein* NZA-RR 2016, 356, 358.
- 38 *Wybitul* (o. Fußn. 15), Rdnr. 346; *Wybitul/Draf*, BB 2016, 2101, 2103.
- 39 *Wybitul*, ZD 2016, 203, 206.
- 40 *Wybitul* (o. Fußn. 15), Rdnr. 316; *Wybitul*, ZD 2016, 203, 206.
- 41 BAG NZA 1998, 385; näher *Kort*, NZA 2015, 1345, 1347 f.
- 42 *LAG Hessen* BeckRS 2016, 66350.
- 43 *LAG Schleswig-Holstein* NZA-RR 2016, 356; dazu *Kleinebrink*, DB 2016, 2059.
- 44 BAG NZA 2004, 934.
- 45 Krit. dazu *Kort*, NZA 2015, 521, 523 ff.
- 46 So *Schuler/Weichert* (o. Fußn. 32), S. 21; skeptisch *Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. DJT, 2016, S. B 80.
- 47 So aber *Krause* (o. Fußn. 46), S. B 80.
- 48 BAG NZA 1998, 385; BAG AP BetrVG 1972 § 89 Nr. 1 m. Anm. *Simitis*; BAG NZA 2009, 1218; BAG NZA 2012, 744 = AP SGB IX § 84 Nr. 4 m. Anm. *Kort*; BAG NZA 2013, 49; BAG NZA 2014, 738.
- 49 BAG NZA 1998, 385; offengelassen aber von BAG NZA 2011, 1036.
- 50 Krit. von dem *Bussche*, in: Plath (o. Fußn. 35), § 4g BDSG Rdnr. 28 ff.; *Gola/Pötters/Wronka*, Hdb. Arbeitnehmerdatenschutz, 7. Aufl. 2016, Rdnr. 1765; *Kort*, NZA 2015, 1345, 1348; für eine Überwachung des Betriebsrats durch den DSB ferner *Taeger/Rose*, BB 2016, 819, 828.
- 51 *Taeger/Rose*, BB 2016, 819, 828.
- 52 *Stamer/Kuhnke* (o. Fußn. 35), § 32 BDSG Rdnr. 155; näher *Kort*, NZA 2015, 1345, 1351.
- 53 Näher *Kort*, NZA 2015, 1345, 1349 ff.
- 54 A.A. (für ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Bestellung) *Schuler/Weichert* (o. Fußn. 32), S. 22.
- 55 Zur Rechtslage unter Geltung des BDSG *Kort*, NZA 2015, 1345, 1351.
- 56 *Gola/Pötters/Wronka* (o. Fußn. 50), Rdnr. 1771; *Kort*, NZA 2015, 1345, 1351 f.
- 57 Für eine solche Normierung *Schuler/Weichert* (o. Fußn. 32), S. 21.
- 58 Dazu allg. *Spindler*, ZD 2016, 114; *Gola*, RDV 2016, 17.
- 59 Dazu *Gola*, RDV 2016, 17, 21.
- 60 So jeweils *Schuler/Weichert* (o. Fußn. 32), S. 21.
- 61 *Gola/Pötters/Wronka* (o. Fußn. 50), Rdnr. 1780; *Laue/Nink/Kremer* (o. Fußn. 2), § 6 Rdnr. 49 ff.; *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 419; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66 f.
- 62 *Kühling/Martini* (o. Fußn. 6), S. 480; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 65.
- 63 *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 419; *Klug*, ZD 2016, 315, 319.
- 64 *Gola/Pötters/Wronka* (o. Fußn. 50), Rdnr. 1782; *Marschall/Müller*, ZD 2016, 415, 419; *Jaspers/Reif*, RDV 2016, 61, 66; *Kort*, RDV 2011, 79 f.