

# BETRIEBSRAT UND BETRIEBLICHER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER - DIE ZWEI SÄULEN DES ARBEITNEHMERDATENSCHUTZES

Bruno Schierbaum, Hannover

## 1. Einleitung

Für die Umsetzung der Bestimmungen des Datenschutzes, wozu neben den einschlägigen Datenschutzgesetzen, wie dem BDSG, auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen gehören, ist in erster Linie der Unternehmer verantwortlich. In der Praxis zeigt sich jedoch, daß die eigentlichen Garanten für die Gewährleistung und Kontrolle des Arbeitnehmer-Datenschutzes (AN-Datenschutz) der betriebliche Datenschutzbeauftragte (bDSB) und der Betriebsrat sind. Daneben kommt den Beschäftigten durch die Nutzung der Rechte auf Benachrichtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung (§§ 33 - 35 BDSG), die in der Praxis nach dem bisherigen Kenntnisstand jedoch kaum wahrgenommen werden, eine Kontrollfunktion zu. Zusätzliche, aber **begrenzte** Überwachungsmöglichkeiten in Form der sogenannten Anlaßaufsicht kommen der externen Aufsichtsbehörde (§ 38 BDSG) zu.

Im Mittelpunkt dieser Ausführungen stehen der bDSB und der Betriebsrat und deren jeweilige Aufgaben und Befugnisse in bezug auf den AN-Datenschutz. Es wird gezeigt, daß erhebliche Berührungspunkte zwischen den Aufgaben des bDSB und den Aufgaben des Betriebsrates bestehen, so daß sich aus dieser doppelten Kontrollkompetenz<sup>1</sup> auf dem Gebiet des AN-Datenschutzes eine Zusammenarbeit dieser Akteure geradezu aufdrängt<sup>2</sup>.

## 2. Datenschutzaufgaben des Betriebsrates

Die wichtigsten Beteiligungsrechte des Betriebsrats beim AN-Datenschutz werden nachfolgend dargestellt. Weitere Beteiligungsrechte werden im Zusammenhang mit der Darstellung der Aufgaben des bDSB abgehandelt.

### 2.1 Schutz der Persönlichkeitsrechte - § 75 Abs. 2 BetrVG

Nach § 75 Abs. 2 BetrVG haben der Arbeitgeber und der Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Bereits nach Art. 2 Abs. 1 GG hat jeder Beschäftigte das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dieser Grundsatz hat seinen Niederschlag im BetrVG gefunden, da die freie Entfaltung der Persönlichkeit u.a. durch Technisierung, Rationalisierung und die zunehmende Verarbeitung personenbezogener Daten in besonderem Maße gefährdet ist<sup>3</sup>. Rechtswidrige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre können insbesondere bei der Durchführung von betrieblichen Kontrollmaßnahmen erfolgen. Auch wenn die Kontrolle insbesondere der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG unterliegt, sind dennoch bestimmte Kontrollmaßnahmen unzulässig. Die Zulässigkeit von Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte kann auch durch das Mitbestimmungsrecht nicht erweitert werden<sup>4</sup>. So ist stets eine akustische Überwachung der Arbeitnehmer durch Abhörgeräte oder Tonbandaufnahmen unzulässig. Das Gleiche gilt für das Abhören oder heimliche Mithören von Telefongesprächen<sup>5</sup> oder für heimliche Videoüberwachung<sup>6</sup>.

### 2.2 Überwachungsrecht - § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Mögliche rechtswidrige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre können durch die weitreichenderen Überwachungs- und Mitbestimmungsrechte abgewehrt werden. So wird die Generalklausel des § 75 Abs. 2 BetrVG u.a. durch § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG dahingehend konkretisiert, daß der Betriebsrat darüber zu wachen hat, daß die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden. Ein Gesetz im Sinne des § 80 Abs. 1 Nr. 1

<sup>1</sup> Vgl. Koch F. A., Datenschutz Handbuch für die betriebliche Praxis, 2. Aufl., S. 480; Schierbaum/Kiesche, Arbeitnehmerdatenschutz - Aufgaben für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsrat, CR 3/93, S. 158.

<sup>2</sup> Vgl. Schuhr/Schierbaum, Betriebliche Datenschutzbeauftragte - Partner oder Handlanger? ComputerInformation 2/93, S. 21 ff.; Gola, Mitarbeitervertretung und Datenschutzbeauftragter - Kontrolle und/oder Kooperation beim Personaldatenschutz?, ZfPR 3/97, S. 94 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Däubler/Kittner/Klebe (DKK) (Hg.), Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., § 75 Rn. 35.

<sup>4</sup> Vgl. Fitting/Kaiser/Heither/Engels (FKHE), Betriebsverfassungsgesetz, 19. Aufl., § 75 Rn. 63 f.; DKK (Fn. 3), § 75 Rn. 37.

<sup>5</sup> Vgl. BAG v. 29. 10. 1997, BB 7/98, S. 371 ff.

<sup>6</sup> Vgl. FKHE (Fn. 4), § 75 Rn. 68; DKK (Fn. 3), § 75 Rn. 37.

BetrVG bildet das BDSG<sup>7</sup>. So hat der Betriebsrat, um nur einige Beispiele aufzuführen, die Pflicht, folgende Aspekte zu überwachen:

- die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten (§ 4 BDSG),
- die Umsetzung der technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen (§ 9 BDSG),
- die Gewährleistung der Rechte der Betroffenen (§§ 33 - 35 BDSG),
- die Aufgabenerfüllung des bDSB (§§ 36, 37 BDSG).

Die Überwachungsrechte und -pflichten beinhalten auch eine Schutzfunktion in bezug auf den bDSB und zwar dahingehend, daß der Betriebsrat aktiv werden muß, wenn z.B. die Weisungsfreiheit des bDSB beeinträchtigt ist oder Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot zu erkennen sind. Dies gilt auch für das in der Praxis häufig auftretende Problem der ausreichenden Arbeitszeit des bDSB für den Datenschutz, wenn er die Tätigkeit nicht als „Hauptfunktion“, sondern neben seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit ausführt<sup>8</sup>.

Zur Prüfung der Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Vorschriften hat der Betriebsrat ein Zutrittsrecht zu allen Räumen und Betriebsteilen, wobei dem Arbeitgeber kein Prüfungsrecht zusteht, ob das Betreten dieser Räume im Einzelfall notwendig ist<sup>9</sup>. Stellt der Betriebsrat Rechtsverstöße fest, hat er den Arbeitgeber darauf hinzuweisen und auf Abhilfe zu drängen. Der Betriebsrat hat jedoch nicht die Möglichkeit, die Einhaltung der Vorschriften kraft eigenen Rechts im Beschlußverfahren durchzusetzen<sup>10</sup>. Er kann sich jedoch bei Verstößen gegen das Datenschutzrecht an die Aufsichtsbehörde wenden, wenn der Arbeitgeber keine Abhilfe schafft.

Das Überwachungsrecht des Betriebsrates wird nicht dadurch berührt, daß auch dem bDSB die Sicherstellung des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften obliegt<sup>11</sup>.

### 2.3 Informationsrecht - § 80 Abs. 2 BetrVG

Um der Überwachungspflicht und auch der Umsetzung entsprechender Mitbestimmungsrechte nachzukommen, steht dem Betriebsrat ein umfassendes Informationsrecht zu. Nach § 80 Abs. 2 BetrVG ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Ihm sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Unterrichtung durch den Arbeitgeber soll den Betriebsrat in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben

tätig werden muß<sup>12</sup>. In bezug auf die Einführung und Anwendung von DV-Systemen, u.a. zur Wahrnehmung seines Überwachungs- aber auch des Mitbestimmungsrechts, hat das BAG<sup>13</sup> festgelegt, daß der Betriebsrat insbesondere über folgende Punkte zu informieren ist bzw. ihm folgende Unterlagen zur Verfügung zu stellen sind:

- Übersicht über alle bestehenden Dateien, in denen personenbezogene Daten der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer gespeichert sind, gleichgültig, ob die Speicherung im eigenen Unternehmen oder bei einem anderen Unternehmen erfolgt,
- personenbezogene Daten, die beim Arbeitgeber selbst verarbeitet werden,
- personenbezogene Daten, die an andere Unternehmen übermittelt werden,
- Maßnahmen, die getroffen werden, um sicherzustellen, daß die an andere Unternehmen übermittelten Daten nur zu den vereinbarten Zwecken verarbeitet werden,
- die eingesetzten Programme mit Namen und Kurzbeschreibung,
- das Pflichtenheft, den Datenflußplan und die Systembeschreibung.

Diese Informationen entsprechen im wesentlichen den Übersichten nach § 37 Abs. 2 BDSG, die dem bDSB vom Unternehmen zur Verfügung zu stellen sind.

### 2.4 Mitbestimmungsrechte

Die zentralen Mitbestimmungsrechte für Regelungen im Bereich des AN-Datenschutzes sind für die Erhebung von Daten der § 94 BetrVG und für die Verarbeitung und Nutzung von Daten der § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

#### 2.4.1 Personalfragebogen - § 94 BetrVG

Nach § 94 Abs. 1 BetrVG bedürfen Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats. Kommt eine Einigung über den Inhalt nicht zustande, so entscheidet die Einigungsstelle.

Das BetrVG räumt dem Betriebsrat gemäß § 94 BetrVG bei Personalfragebögen ein Mitbestimmungsrecht ein, damit er seiner Schutzfunktion zugunsten der Arbeitnehmer und in diesem Fall auch zugunsten der Bewerber gerecht werden kann. Auf diese Weise sollen die Fragen auf die Gegenstände und den Umfang beschränkt bleiben, für die ein berechtigtes Auskunftsbedürfnis des Arbeitgebers besteht<sup>14</sup>. Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechtes muß u.a. die Vorgabe des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG berücksichtigt werden, wonach die Erhebung der Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise erfolgen muß, was bedeutet,

- daß die Daten nicht durch falsche Angaben erschlichen werden dürfen oder der Betroffene über die Zwecke der Datenverarbeitung getäuscht wird,

<sup>7</sup> Vgl. BAG v. 17.3.1987 RDV 4/87, S. 189 ff. = ArbUR 3/88, S. 92 ff. = DB 29/87, S. 1491 ff. = EZA § 80 Nr. 30; DKK (Fn. 3), § 80 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

<sup>8</sup> Vgl. Gola (Fn. 2), S. 95; FKHE (Fn. 4), § 80, Rn. 59.

<sup>9</sup> Vgl. DKK (Fn. 3); § 80 Rn. 9; vgl. auch den aktuellen Beschluß des ArbG Hamburg v. 6.5.1997, RDV 2/98, S. 77.

<sup>10</sup> Vgl. BAG v. 10.6.1986, EZA § 80 Nr. 26.

<sup>11</sup> Vgl. DKK (Fn. 3), § 80 Rn. 5 mit weiteren Nachweisen.

<sup>12</sup> Vgl. FKHE (Fn. 4), § 80 Rn. 38 mit weiteren Nachweisen.

<sup>13</sup> Vgl. BAG (Fn. 4).

<sup>14</sup> Vgl. Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz, (GK-BetrVG), Betriebsverfassungsgesetz, Gemeinschaftskommentar, 5. Aufl., Bd. II, § 94 Rn. 1; DKK (Fn. 3), § 94 Rn. 1; Schierbaum, Erhebung von Bewerber- und Arbeitnehmerdaten, AIB 5/95; S. 587.

- daß die Daten nicht in kompromittierenden Situationen oder zur Unzeit bzw. bei erkennbarer Unzurechnungsfähigkeit (z. B. Trunkenheit) beschafft werden,
- daß die Daten nicht in verdeckter Weise durch Einsatz von rechtswidrigen Hilfsmitteln (Abhören, heimliche Filmaufnahmen) beschafft werden<sup>15</sup>.

Das BetrVG enthält selbst keine Definition dafür, was unter einem Personalfragebogen zu verstehen ist. Es wird jedoch allgemein anerkannt, daß unter Personalfragebogen jede formularmäßige Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, insbesondere Eignung, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person zu verstehen sind<sup>16</sup>. Zu Personalfragebögen gehören nicht nur Informationserhebungen im Rahmen von Einstellungen, sondern auch Fragebögen, die im Rahmen von ärztlichen Untersuchungen<sup>17</sup> oder von Organisationsuntersuchungen genutzt werden und Fragebögen, die Gästen in Hotels oder Patienten in Krankenhäusern vorgelegt werden<sup>18</sup>.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich auch auf eine nähere Festlegung des Verwendungszwecks der Hilfe des Fragebogens gewonnenen Informationen<sup>19</sup>. Denn anderenfalls wäre die Schutzfunktion des § 94 BetrVG nur unzureichend. Ebenso wichtig wie die Begrenzung des Fragerechts als solche ist die Festlegung der Verwertung der Informationen.

In bezug auf Einzelfragen an Bewerber oder auch an Beschäftigte ist der Rahmen durch die Rechtsprechung und die sogenannte herrschende Meinung festgelegt worden<sup>20</sup>.

Fehlt die Zustimmung des Betriebsrats, ist bereits die Datenerhebung unzulässig. Dennoch erhobene Daten dürfen dann auch nicht gespeichert werden, wobei gespeicherte Daten gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG zu löschen sind<sup>21</sup>. Da es sich bei den Regelungen zu Personalfragebögen um andere Rechtsvorschriften zum Datenschutzgesetz handelt, gehört es gemäß § 37 Abs. 1 BDSG zu den Aufgaben

des bDSB, die Einhaltung dieser Vorschrift sicherzustellen<sup>22</sup>.

#### 2.4.2 Technische Überwachungseinrichtungen - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat sich zur zentralen Norm bei der Einführung und Anwendung von DV-Systemen herauskristallisiert. So unterliegt die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, der Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>23</sup>. Das BAG<sup>24</sup> hat in seinen Entscheidungen zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG den Grundsatz aufgestellt, daß eine technische Einrichtung dazu bestimmt ist, Leistung oder Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, wenn sie zur Überwachung objektiv und unmittelbar geeignet ist, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitgeber dieses beabsichtigt und die durch die Überwachung gewonnenen Daten auch ausgewertet. Vor diesem Hintergrund unterliegt bereits jedes DV-System, das mit der Vergabe von Zugriffsberechtigungen und einer Protokollierung arbeitet, ohne daß weitere Beschäftigtendaten gespeichert werden, der Mitbestimmung, da es leicht möglich ist, das Arbeitshandeln des Beschäftigten auszuwerten. Im Rahmen der Ausübung des Mitbestimmungsrechts können Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat getroffen werden, die eine Speicherung und Auswertung personenbezogener Maßnahmen auf das datenschutzrechtlich zulässige und erforderliche Mindestmaß beschränken. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich auch auf die technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Datenschutz nach § 9 BDSG. Da in § 9 BDSG und der Anlage zu § 9 lediglich zu erreichende Ziele festgelegt werden, bestehen bei der Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen Gestaltungsspielräume, die durch Mitbestimmung ausgefüllt werden<sup>25</sup>.

#### 2.5 Betriebsvereinbarungen

Die Betriebsräte nehmen ihr Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in der Regel nicht durch bloße Zustimmung wahr, sondern regeln die Verarbeitungsbedingungen im Rahmen von Betriebsvereinbarungen (§ 77 BetrVG). Der Abschluß einer solchen formellen Vereinbarung ist auch deshalb geboten, weil eine Regelung über die Begrenzung bestehender Überwachungsmöglichkeiten dauerhafte Verbindlichkeit nur bekommen kann, wenn sie zum Inhalt einer Betriebsvereinbarung gemacht wurde<sup>26</sup>. Der konkrete Regelungsinhalt von entsprechenden Betriebsvereinbarungen bleibt den beiden Betriebspartnern, Arbeitgeber und Betriebsrat, überlassen. In bezug auf die datenschutzrechtliche

<sup>15</sup> Vgl. Däubler, Erhebung von Arbeitnehmerdaten, CR 2/94, S. 102; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar, 2. Aufl., § 28 Rn. 38; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Loseblatt, Stand: Juli 1997, § 28 Rn. 19.

<sup>16</sup> Vgl. BAG v. 21.9.1993, CR 10/94, S. 633; FKHE (Fn. 4), § 94 Rn. 6.

<sup>17</sup> Vgl. zur Einbeziehung von ärztlichen Fragebögen: Schierbaum (Fn. 14), S. 588 f.; DKK (Fn. 3), § 94 Rn. 11; a.A. GK-BetrVG (Fn. 14), § 94 Rn. 12.

<sup>18</sup> Vgl. Schierbaum (Fn. 14), S. 588 f.; DKK (Fn. 3), § 94 Rn. 5 f.

<sup>19</sup> Vgl. FKHE (Fn. 4), § 94 Rn. 7; DKK (Fn. 3), § 94 Rn. 7; Simitis, Zur Mitbestimmung bei der Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten - eine Zwischenbilanz, RDV, 2/98, S. 57 f.; Schierbaum (Fn. 14), S. 589; a.A. GK-BetrVG (Fn. 14), § 94 Rn. 16.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu ausführlich: Schierbaum (Fn. 11), S. 586 ff.; Wohlgenuth, Fragerecht und Erhebungsrecht, ArbR 2/92, S. 46 ff.; Moritz, Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunftspflicht und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen? NZA 10/87, S. 331; Sander, Fragerecht und Auskunftspflichten, AuA 1/95, S. 9 ff.; Weslau/Haupt, Fragerecht des Arbeitgebers, Personalwirtschaft 3/93, S. 52 ff.; Richardi/Woltzke (Hg.), Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I (MünchArbR), München 1992, § 38 Rn. 263 ff.; Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 28 Rn. 17; Notz, Zulässigkeit und Grenzen ärztlicher Untersuchungen von Arbeitnehmern, 1991, Schierbaum, Ärztliche Untersuchungen an Arbeitnehmern, AiB 8/97, S. 458 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>21</sup> Vgl. BAG v. 22.10.1986, RDV 3/87, S. 129 ff.; Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 28 Rn. 23.

<sup>22</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 152 mit weiteren Nachweisen.

<sup>23</sup> Die Literatur zum Thema ist kaum noch zu überblicken; vgl. für viele: Simitis (Fn. 19), S. 49 ff. mit weiteren Nachweisen.

<sup>24</sup> Die wichtigsten Entscheidungen des BAG sind in den achtziger Jahren gefällt worden. Vgl. BAG v. 14.9.1984, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 11; BAG v. 23.4.1985, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 12; BAG v. 18.2.1986, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 14; BAG v. 11.3.1986, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 15; BAG 26.6.1994, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 19.

<sup>25</sup> Vgl. Gola (Fn. 2), S. 99; ArbG Düsseldorf v. 9.1.1980, EZA Kontrolleinrichtung, Nr. 8.

<sup>26</sup> Vgl. Gola (Fn. 2), S. 95.

Regelungen beim Einsatz von Personalabrechnungssystemen, Zeiterfassungssystemen, Telefonnebenstellenanlagen etc. werden von Betriebsräten sogenannte Positivregelungen angestrebt. Das heißt, daß in einer Betriebsvereinbarung eine abschließende Festschreibung der eingesetzten Hardware mit den Standorten, der eingesetzten Software, der gespeicherten personenbezogenen Daten, der Auswertungen mit Verteiler, der zugriffsberechtigten Personen und der Schnittstellen zu anderen DV-Systemen erfolgt. Jede Änderung und Erweiterung wird zusätzlich der Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen<sup>27</sup>.

Die Inhalte einer Betriebsvereinbarung betreffen unmittelbar die Aufgabenstellung des bDSB, denn bei einer Betriebsvereinbarung handelt es sich um eine „andere Rechtsvorschrift“ im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG<sup>28</sup>, deren Einhaltung gemäß § 37 BDSG der bDSB sicherzustellen hat. Zudem hat der bDSB auf die Einhaltung der Mitbestimmungsrechte zu achten, denn unter Verletzung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats durchgeführte Datenverarbeitung ist nicht nur kollektiv- sondern auch individualrechtlich unzulässig. Werden personenbezogene Daten ohne Zustimmung des Betriebsrats erhoben und gespeichert, so muß der bDSB auf die Beendigung der rechtswidrigen Vorgänge und die Löschung der Daten hinwirken. Zusätzlich kann aber auch der Betriebsrat mit Hilfe des Gerichts und u.U. per einstweiliger Verfügung die Datenverarbeitungsvorgänge stoppen lassen.

### 3. Aufgaben des betrieblichen Datenschutzbeauftragten

Die Aufgaben des bDSB sind in § 37 BDSG in Form einer Generalklausel und durch eine nicht abschließende Aufzählung von Einzelaufgaben festgelegt. Die Aufgaben sollen im einzelnen dargestellt werden, wobei auf die entsprechenden Beteiligungsrechte des Betriebsrats näher eingegangen werden soll.

#### 3.1 Generalklausel

Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 BDSG hat der bDSB die Ausführung dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Hierbei handelt es sich um eine Generalklausel, nach der der bDSB für die Beachtung aller einschlägigen Datenschutzvorschriften und die Einleitung der hierfür erforderlichen Maßnahmen zu sorgen hat. Auch wenn im Gesetzestext das Wort „sicherstellen“ auftaucht, bedeutet das keineswegs eine Verlagerung der Entscheidungskompetenz vom Arbeitgeber auf den bDSB. Die Sicherstellung des Datenschutzes liegt letztendlich beim Arbeitgeber, da dem bDSB zur Durchsetzung entsprechender Maßnahmen umfassende Weisungs- und Eingriffsbefugnisse fehlen<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Beispiele für entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarungen finden sich in: Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmer-Datenschutz, 2. Aufl., S. 369 ff.; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, 2. Aufl., S. 285 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 4 Rn. 26; Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen, 6. Aufl., § 4 Anm. 2.5.

<sup>29</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 37 Anm. 1.1; Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 152 jeweils mit weiteren Nachweisen.

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben steht der bDSB im Spannungsfeld zwischen eigenverantwortlicher und weisungsfreier Aufgabenerfüllung und dem Angewiesensein auf den Arbeitgeber zur Durchsetzung entsprechender Maßnahmen. Dieses kann zu Konflikten führen, da Datenschutzmaßnahmen von Seiten der Geschäftsleitung für überzogen und für zu kostspielig gehalten werden. Gemäß § 37 Abs. 1 Abs. 1 Satz 2 BDSG kann sich der bDSB in solchen Fällen an die Aufsichtsbehörde wenden.

Bei der Aufgabe, die Anwendung des BDSG sicherzustellen, hat der bDSB

- das BDSG in konkrete Verhaltensregeln umzusetzen,
- die Prüfung der Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung vorzunehmen,
- dafür zu sorgen, daß die Individualrechte der Beschäftigten auf Benachrichtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung gemäß § 33 ff. BDSG beachtet werden,
- die Umsetzung der Einhaltung der technisch-organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG und der Anlage zu § 9 zu überwachen<sup>30</sup>.

Der bDSB hat aber auch die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Hierzu zählen in bezug auf den AN-Datenschutz folgende Vorschriften:

- freie Entfaltung der Persönlichkeit (§ 75 Abs. 2 BetrVG),
- Informations- und Beteiligungsrechte des Betriebsrats,
- Begrenzung der Fragen bei Personalfragebogen,
- Begrenzung der Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen,
- Recht auf Akteneinsicht (§ 83 BetrVG),
- Betriebsvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstelle<sup>31</sup>.

Im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung muß der bDSB also auch darauf achten, daß die einschlägigen Bestimmungen des BetrVG eingehalten werden. Von besonderer Bedeutung ist hier der § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, nach dem die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, die Leistung oder das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, der Mitbestimmung unterliegen. Die Einführung eines entsprechenden DV-Systems, das objektiv geeignet ist, Leistung oder Verhalten zu überwachen, und die damit einhergehende Speicherung personenbezogener Daten wäre nach dem BDSG unzulässig, wenn dem Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht verweigert worden wäre<sup>32</sup>. Dieses gilt in gleicher Weise für das Mitbestimmungsrecht in bezug auf Personalfragebogen nach § 94 BetrVG.

#### 3.2 Ausdrücklich genannte Einzelaufgaben

In § 37 Abs. 1 Satz 3 BDSG sind unter den Nummern 1 - 3 wichtige Beispiele aufgezählt. Der Gesetzgeber konnte und wollte nur diesen Mindestkatalog vorschreiben, da er auf die Organisationsfreiheit des privaten Bereichs nur soweit einwirken darf, als dies unbedingt notwendig ist<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Vgl. Koch, F. A. (Fn. 1), S. 484 f.

<sup>31</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 37 Anm. 1.2 ff.; Koch, F. A. (Fn. 1), S. 487.

<sup>32</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 37 Anm. 1.4.

<sup>33</sup> So Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 37 Rn. 3.

### 3.2.1 Überwachung der ordnungsgemäßen Programm- anwendung

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 BDSG hat der bDSB die ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme, mit deren Hilfe personenbezogene Daten verarbeitet werden, zu überwachen. In diesem Zusammenhang muß der bDSB insbesondere sicherstellen, daß datenschutzspezifische Vorschriften wie die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und -nutzung (§ 4 Abs. 1 BDSG), die Verpflichtung auf das Datengeheimnis und die Einhaltung der technischen und organisatorischen Datenschutzmaßnahmen (§ 9 BDSG) durchgeführt werden.

Hierzu ist es notwendig, daß der bDSB rechtzeitig, d.h. bereits in der Planungsphase, über die einzuführenden Programme und Geräte vom Arbeitgeber unterrichtet wird. Die Informationen müssen daher vom Umfang und Inhalt mindestens den Informationen entsprechen, die dem Betriebsrat gegeben werden müssen<sup>34</sup>. Dieses bietet die Voraussetzung dafür, daß der bDSB eigene Vorschläge rechtzeitig entwickeln kann und diese auch Berücksichtigung finden.

Eine effektive Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung ist nur dann möglich, wenn eine sorgfältige Programmdokumentation vorliegt, die es dem bDSB ermöglicht, Widersprüche zu Datenschutzbestimmungen offenzulegen<sup>35</sup>. Daran mangelt es in der Praxis nach wie vor häufig.

### 3.2.2 Schulung des DV-Personals

Nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 BDSG hat der bDSB die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen mit den Vorschriften des BDSG und anderen Rechtsvorschriften über den Datenschutz vertraut zu machen. Dadurch soll bei den Beschäftigten, die personenbezogene Daten verarbeiten, das Bewußtsein für Bedeutung und Notwendigkeit des Datenschutzes geschaffen werden<sup>36</sup>. Da dieses die ausdrückliche und alleinige Aufgabe des bDSB ist, ist er im Rahmen seiner Weisungsfreiheit berechtigt, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Betriebes selbst zu bestimmen, welches die geeigneten Maßnahmen zur Schulung der Mitarbeiter sind<sup>37</sup>.

Der Arbeitgeber hat hierfür die erforderlichen Mittel, Räume usw. bereitzustellen, wobei die entsprechenden Schulungen während der Arbeitszeit stattzufinden haben. Die Schulung der Mitarbeiter ist sowohl wesentliche Voraussetzung für die konsequente Umsetzung des BDSG überhaupt als auch für eine Verpflichtung der Beschäftigten auf das Datengeheimnis. So sollte die Verpflichtung der Beschäftigten gemäß § 5 BDSG nur nach einer entsprechenden Schulung erfolgen<sup>38</sup>. Da es sich bei den Schulungen um betriebliche Fortbildung handelt, unterliegen diese Maßnahmen der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 98 BetrVG. Somit hat der Betriebsrat die Möglichkeit, auf die Inhalte der Maßnahmen einzuwirken,

wobei den Teilnehmern insbesondere die Inhalte des BDSG und die Notwendigkeit des AN-Datenschutzes zu vermitteln sind. Zudem besteht für den Betriebsrat die Möglichkeit, bei der Auswahl der Teilnehmer mitzuwirken, d.h. gemäß § 98 Abs. 3 BetrVG Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern an derartigen Veranstaltungen zu machen, z.B. dann, wenn der bDSB nicht alle betroffenen Arbeitnehmer dafür vorgesehen hat. Gegebenenfalls kann der Betriebsrat gemäß § 98 Abs. 2 BetrVG die Abberufung des bDSB als Ausbilder verlangen, wenn diesem die berufs- und arbeitspädagogische Eignung fehlt<sup>39</sup>.

### 3.2.3 Mitwirkung bei der Personalauswahl

Der bDSB hat bei der Auswahl der mit der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Beschäftigten beratend mitzuwirken (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 BDSG). Dieses bezieht sich sowohl auf die Einstellung von Personal als auch auf die Umsetzung von bereits im Unternehmen beschäftigtem Personal.

Die Vorschrift beschränkt die Mitwirkung des bDSB ausdrücklich auf die Beratung. So kann er keineswegs darüber entscheiden, wer überhaupt für die Datenverarbeitung in Betracht kommt; ein wie immer auch verstandenes „Vetorecht“ hat er nicht. Vielmehr ist die Personalentscheidung letztendlich Sache des Arbeitgebers<sup>40</sup>.

Es handelt sich jedoch nicht nur um ein Recht, sondern vielmehr um eine Pflicht des bDSB, bei der Personalauswahl mitzuwirken. Dabei sollte sich die Mitwirkung nicht allein auf die Erstellung von Auswahlrichtlinien beschränken, sondern auch auf jede relevante Einzelpersonalmaßnahme beziehen. Dies kann in der Weise geschehen, daß dem Datenschutzbeauftragten Bewerbungsunterlagen, Zeugnisse usw. vorgelegt werden. Zudem kann er ein Gespräch mit dem Bewerber führen.

Je bedeutsamer die zu besetzende Stelle unter Verarbeitungsgesichtspunkten, desto wichtiger ist die Beteiligung des bDSB.

Der Betriebsrat hat nach § 99 BetrVG bei personellen Einzelmaßnahmen ein Informations- und Mitbestimmungsrecht. So hat der Arbeitgeber in Betrieben mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern den Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung unter Vorlage der erforderlichen Bewerbungsunterlagen zu informieren. Zu den erforderlichen Unterlagen gehört auch die Stellungnahme des bDSB. Der Arbeitgeber hat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben und die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Der Betriebsrat kann auf der Basis der in § 99 Abs. 2 BetrVG<sup>41</sup> seine Zustimmung zu der personellen Maßnahme verweigern.

<sup>39</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 156 mit weiteren Nachweisen.

<sup>40</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), § 37 Anm. 6.1; Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 153.

<sup>41</sup> Nach § 99 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern, wenn

1. die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behördliche Anordnung verstoßen würde,

<sup>34</sup> Zum Umfang der Information vgl. BAG in Fußnote 4 bzw. Punkt 2.3 in dieser Abhandlung.

<sup>35</sup> Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 37 Rn. 24.

<sup>36</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 153; Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 37 Rn. 30.

<sup>37</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 25), § 37 Anm. 5.1.

<sup>38</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 153 mit weiteren Nachweisen.

Soll beispielsweise eine Person die Aufgabe eines Netzwerkadministrators oder DV-Leiters übernehmen und ist diese Person bereits wegen Verstößen gegen das Datenschutzrecht aufgefallen, kann der Betriebsrat die Zustimmung zu einer entsprechenden personellen Maßnahme gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 6 BetrVG verweigern, da die Maßnahme gegen ein Gesetz, nämlich das BDSG, verstoßen würde, oder die Störung des Betriebsfriedens zu erwarten ist. Von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht wird der Betriebsrat dann in jedem Fall Gebrauch machen, wenn sich der bDSB in seiner Stellungnahme gegen die personelle Maßnahme ausspricht. Denn eine Mißachtung der Ratschläge des bDSB durch den Arbeitgeber stellt aus der Perspektive des BDSG eine potentielle Gefährdung des Datenschutzes dar<sup>42</sup>.

Sollen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen aufgestellt werden, bedürfen diese ebenfalls gemäß § 95 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats.

### 3.2.4 Führen von Übersichten

Nach § 37 Abs. 2 BDSG hat der Arbeitgeber dem bDSB Übersichten zur Verfügung zu stellen. Es handelt sich dabei um Übersichten über

- eingesetzte Datenverarbeitungsanlagen,
- Bezeichnung und Art der Dateien,
- Art der gespeicherten Daten,
- Geschäftszwecke, zu deren Erfüllung die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist,
- deren regelmäßige Empfänger und
- zugriffsberechtigte Personengruppen oder Personen, die allein zugriffsberechtigt sind.

Übersichten über nur vorübergehend erstellte Dateien, sogenannte „temporäre“ Dateien, müssen nicht erstellt werden, wenn diese innerhalb von drei Monaten nach ihrer Erstellung wieder gelöscht werden (§ 37 Abs. 3 BDSG).

## 4. Beteiligung des Betriebsrats bei der Bestellung und Abberufung

Ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen bDSB zu bestellen, so unterliegt die Bestellung als solche nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats<sup>43</sup>. Liegt jedoch gleichzeitig ein betriebsver-

fassungsrechtlich relevanter Vorgang vor, ist der Betriebsrat entsprechend zu beteiligen.

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Wahl, ob er einen externen oder internen Datenschutzbeauftragten bestellen will. Vor diesem Hintergrund bedarf die Beteiligung des Betriebsrats der differenzierten Betrachtung.

### 4.1 Externer Datenschutzbeauftragter

Wird eine externe Person zum bDSB bestellt, hat der Betriebsrat keinerlei Mitspracherecht, denn das BetrVG garantiert nur die Mitwirkung des Betriebsrats bei der Eingliederung von Arbeitnehmern in den Betrieb, zu denen ein externer Datenschutzbeauftragter, der beispielsweise im Rahmen eines Werkvertrages tätig ist, nicht gehört. Allerdings ist stets zu prüfen, ob ein externer Datenschutzbeauftragter nicht doch aufgrund seiner Tätigkeit in die betriebliche Organisation eingegliedert ist. Anhaltspunkte für eine Eingliederung in den Betrieb sind beispielsweise die dauernde Überlassung eines eigenen Büroraums im Betrieb, die Zurverfügungstellung von Hilfskräften und die faktische Notwendigkeit, die Tätigkeit während der betriebsüblichen Arbeitszeit auszuüben<sup>44</sup>.

### 4.2 Interner Datenschutzbeauftragter

Wird ein interner bDSB bestellt und handelt es sich dabei um einen leitenden Angestellten, so ist der Betriebsrat gemäß § 105 BetrVG lediglich zu informieren.

Wird ein Arbeitnehmer eingestellt, der als bDSB tätig werden soll, so steht dem Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 2 BetrVG ein Zustimmungsverweigerungsrecht zu. Dasselbe gilt bei einer Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG, wenn einem bereits im Unternehmen Beschäftigten die Aufgaben des bDSB zugewiesen werden. Dabei kommt es nicht auf den Anteil der Arbeitszeit an, die auf die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter entfällt<sup>45</sup>.

Das Gewicht der Gründe für eine Zustimmungsverweigerung kann sehr unterschiedlich sein. Vom Betriebsrat wird zunächst zu prüfen sein, ob die nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung (§ 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG) erfolgt ist. Vor zentraler Bedeutung wird jedoch sein, ob der Arbeitgeber bei der Wahl den gesetzlichen Anforderungen genügt oder, anders ausgedrückt, ob mit dieser Maßnahme gegen ein Gesetz verstoßen wird (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Als Gesetz in diesem Sinne kommt das BDSG und dabei insbesondere der § 36 Abs. 2 BDSG in Betracht. Denn danach darf nur derjenige zum bDSB bestellt werden, der die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit können sich daraus ergeben, daß der Arbeitnehmer neben seiner Aufgabe als bDSB Tätigkeiten ausübt, die mit seiner Kontrollfunktion unvereinbar sind, weil sie den Arbeitnehmer in einen Interessenskonflikt geraten lassen<sup>46</sup>. So sind aus diesem Grund u.a. der Leiter der EDV-Abteilung und

2. die personelle Maßnahme gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verstoßen würde,

3. die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden, ohne daß dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist,

4. der betroffene Arbeitnehmer durch die personellen Maßnahmen benachteiligt wird, ohne daß dies aus betrieblichen oder in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen gerechtfertigt ist,

5. einer nach § 93 BetrVG erforderliche Ausschreibung unterblieben ist oder

6. die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß der für die personelle Maßnahme in Aussicht genommene Bewerber oder Arbeitnehmer den Betriebsfrieden durch gesetzeswidriges Verhalten oder durch grobe Verletzung der in § 75 Abs. 1 BetrVG enthaltenen Grundsätze stören werde.

<sup>42</sup> Vgl. Schierbaum/Kiesche, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, CR 12/92, S. 732 mit weiteren Nachweisen.

<sup>43</sup> Vgl. FKHE, (Fn. 4), § 99 Rn. 62 und 102 ff.

<sup>44</sup> Vgl. LAG Frankfurt v. 28.2.1989, CR 1990, S. 342 ff.; vgl. auch Bergmann/Möhrle/Herb (Fn.15), § 36 Rn. 50; Koch, F.A. (Fn. 1), S. 472 f.; FKHE (Fn. 4), § 99 Rn. 62.

<sup>45</sup> Vgl. ArbG Dortmund v. 5.12.1996, RDV 2/98, S. 77 f.

<sup>46</sup> Vgl. BAG v. 22.3.1994, RDV 4/94, S. 182 ff.

der Personalleiter und seine Mitarbeiter nicht geeignet<sup>47</sup>, so daß der Betriebsrat in diesen Fällen von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht Gebrauch machen kann.

Grundsätzlich ist auch zulässig, dem Betriebsrat im Rahmen einer Betriebsvereinbarung bei der Bestellung des bDSB ein weitreichenderes Mitbestimmungsrecht einzuräumen<sup>48</sup>, das u.a. sicherstellt, daß der bDSB in jedem Falle auch von dem Vertrauen des Betriebsrats getragen ist<sup>49</sup>.

#### 4.3 Abberufung

Bei der Abberufung des internen oder externen bDSB hat der Betriebsrat wenig Einflußmöglichkeiten. Die Abberufung kann durch einvernehmliche Vertragsauflösung, durch Kündigung des Arbeitnehmers oder durch Entzug der Aufgabe erfolgen, wobei eine Kündigung des Arbeitnehmers bzw. der Entzug der Aufgabe nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 BGB erfolgen darf (§ 36 Abs. 3 BDSG). Auch in § 38 Abs. 5 Satz 3 BDSG wird der Aufsichtsbehörde das Recht auf Abberufung des bDSB eingeräumt. Bei einer einvernehmlichen Vertragsauflösung hat der Betriebsrat keinerlei Interventionsmöglichkeiten. Bei einer Kündigung muß der Arbeitgeber den Betriebsrat hören (§ 102 BetrVG). Bei Bedenken gegen eine Kündigung kann der Betriebsrat nach § 102 Abs. 2 BetrVG unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche widersprechen. Die möglichen Gründe für einen Widerspruch sind in § 102 Abs. 2 BetrVG aufgelistet. Handelt es sich um einen leitenden Angestellten, genügt allerdings die rechtzeitige Information (§ 105 BetrVG).

Aufgrund der nicht eindeutigen Vorgabe in bezug auf den Abberufungsschutz, wird es in der Literatur und Rechtsprechung<sup>50</sup> recht unterschiedlich eingeschätzt, ob dieser Abberufungsschutz auch einen Kündigungsschutz beinhaltet. Auf die Auseinandersetzung soll in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden<sup>51</sup>.

#### 5. Überwachung des Betriebsrats durch den bDSB

Daß der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG das Recht bzw. die Pflicht hat, die Einhaltung des BDSG und damit auch die Aufgabenerfüllung des bDSB zu überwachen,

<sup>47</sup> Vgl. u.a. Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 36 Rn. 57 f.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu LAG Düsseldorf, RDV 1/89, S. 34 f.; Schuhr/Schierbaum (Fn. 2), S. 26; Gola (Fn. 2), S. 97; Schaffland/Wiltfang, Bundesdatenschutzgesetz, Loseblatt, Stand 1/98, § 36 Rn. 65 h; a.A. Bergmann/Möhrle/Herb, § 36 Rn. 49; kritisch Ramrath, Betriebsvereinbarung über die einvernehmlich Bestellung des „betrieblichen Datenschutzbeauftragten“, RDV 4/89, S. 163 ff.

<sup>49</sup> So Gola (Fn. 2), S. 97.

<sup>50</sup> Vgl. Gola/Schomerus (Fn. 28), Anm. 8.2. f.; Schierbaum/Kiesche (Fn. 42), S. 728 f.; Ehrlich, Ordentliche Kündigung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, CR 4/93, S. 226 ff.; Grunewald, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte im Spannungsfeld zwischen Arbeitgeber, Betriebsrat und Arbeitnehmer, RDV 5/6/93, S. 226 ff.; ArbG Dresden v. 9.2.1994, RDV 3/94 mit kritischer Anmerkung von Gola.

<sup>51</sup> Für alle Betriebsbeauftragte für den Umweltschutz, d.h. für den Immissionschutzbeauftragte, den Störfallbeauftragten, den Gewässerschutzbeauftragten und den Abfallbeauftragten räumen die entsprechenden Gesetze den Beauftragten explizit einen Kündigungsschutz ein, der auch nach einer Abberufung ein Jahr weitergilt. Vgl. hierzu ausführlich: Schierbaum/Nahmann, Betriebsbeauftragte für den Umweltschutz, AiB 1/97, S. 36 ff. Es ist völlig unverständlich, warum auch mit der anstehenden Novellierung des BDSG für den bDSB nicht eine entsprechend klare Regelung im Gesetz verankert wird.

ist unstrittig. Andererseits ist die Frage, ob der bDSB den Betriebsrat im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung kontrollieren darf, bis zum Beschluß des BAG<sup>52</sup> höchst umstritten gewesen.

#### 5.1 Die alte Kontroverse

In der Literatur bestehen hierzu zwei gegensätzliche Auffassungen. Auf der einen Seite wird das Kontrollrecht damit begründet, daß es aus datenschutzrechtlichen Erwägungen keinen Unterschied mache, ob die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Personalabteilung oder durch den Betriebsrat erfolgt. Denn die Kontrolle gehöre zu den vom BDSG geforderten Schutzvorkehrungen. Auch die von Betriebsräten geäußerte Befürchtung, daß der Arbeitgeber sich über den bDSB Informationen über die Betriebsratsarbeit beschaffe, sei schon deshalb unbegründet, da der bDSB wegen seiner Unabhängigkeit und Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber diesem auch keine Angaben machen dürfte, die die Arbeit des Betriebsrats beeinträchtigen<sup>53</sup>.

Auf der anderen Seite wird von einem großen Teil der Literatur<sup>54</sup> eine Kontrolle zu Recht abgelehnt, da der Betriebsrat seine Aufgaben unabhängig und eigenständig wahrnehmen können müsse. Die Befürworter des Kontrollrechts des bDSB gegenüber dem Betriebsrat liefern die Argumente für eine Ablehnung selbst, indem sie auf die Gefahr hinweisen, daß dieses Kontrollrecht zum „Einfallstor für die Versorgung des Arbeitgebers mit ihm sonst nicht zugänglichen Informationen wird“<sup>55</sup>. Da dieses vom Betriebsverfassungsgesetz im Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gerade nicht gewollt sei und der eigenständigen und unabhängigen Aufgabenerfüllung des Betriebsrats entgegenstehe, ist eine Überwachung des Betriebsrats durch den bDSB abzulehnen.

#### 5.2 Aktueller Beschluß des BAG

Das BAG hat sich in seinem Beschluß vom 11.11.1997<sup>56</sup> den Kontrollgegnern angeschlossen und festgestellt, daß der bDSB gegenüber dem Betriebsrat keine Kontrollbefugnis nach den §§ 36 und 37 BDSG hat. Das BAG verneint eine Kontrolle mit folgender Begründung: Ein Kontrollrecht des bDSB wäre mit der vom BetrVG vorgeschriebenen Unabhängigkeit des Betriebsrats nicht vereinbar. „Ein so massiver und wertungswidersprüchlicher Eingriff in das Strukturprinzip des BetrVG kann dem BDSG nicht entnommen werden.

<sup>52</sup> Vgl. BAG v. 11.11.1997, DuD 4/98, S. 227 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zu dieser Auffassung: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1981, § 29 Rn. 17 f.; Gola (Fn. 2); S. 98; Koch, F.A. (Fn. 1), S. 482 f.; Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, 1996, S. 60 f.; Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 15), § 37 Rn. 74; Gola/Schomerus (Fn. 28), § 36 Anm. 5.5; Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., § 36 Rn. 34; Koch, H.-D. (Hg.), Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, 4. Aufl., S. 93 f.

<sup>54</sup> FKHE (Fn. 4), § 1 Rn. 184; Däubler, Gläserne Belegschaften? 3. Aufl., S. 227 f.; DKK (Fn. 3), § 94 Rn. 41 f.; Wagner, Betriebsrat und betrieblicher Datenschutzbeauftragter - wer kontrolliert wen? BB 24/93, S. 1729 ff.; Wohlgemuth, Mitwirkung des Datenschutzbeauftragten beim Arbeitnehmerdatenschutz, BB 13/95, S. 675; Däubler/Klebe/Wedde, Bundesdatenschutzgesetz, 1996, § 37 Rn. 26; Schierbaum/Kiesche (Fn. 1), S. 157 f.

<sup>55</sup> Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, (Fn. 53), § 28 Rn. 144.

<sup>56</sup> Vgl. BAG, (Fn. 52).

Das Gesetz erweist sich insoweit als lückenhaft, als es keine Vorschriften über das Verhältnis der beiden Organe zueinander enthält.<sup>57</sup> Da der bDSB keine „neutrale Stellung“ zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber einnimmt, wäre eine Kontrolle des bDSB mit einer Kontrolle durch den Arbeitgeber gleichzusetzen. Dieses zeigt sich daran, daß der Betriebsrat kein Beteiligungsrecht bei der Bestellung des bDSB hat, sondern lediglich in bestimmten Fällen sein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG nutzen kann, wenn die Bestellung zugleich mit einer Versetzung oder Einstellung im Sinne des BetrVG einhergeht.

Das BAG bringt das Verhältnis zwischen bDSB und Arbeitgeber dahingehend auf den Punkt, „daß der bDSB als ‚verlängerter Arm‘ des Arbeitgebers handelt.“<sup>58</sup> Dem stehen auch nicht die Vorkehrungen nach § 36 BDSG, wie z.B. das Benachteiligungsverbot und Weisungsfreiheit, entgegen.

Das BAG weist darauf hin, daß die Gesetzeslücken, d.h. das von der rechtlichen Seite unklare Verhältnis zwischen bDSB und Betriebsrat, durch bereichsspezifische Regelungen im Rahmen eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes geschlossen werden können.

#### 6. Zusammenarbeit zwischen bDSB und Betriebsrat

Bei fast allen Aufgaben, die der bDSB im Bereich des AN-Datenschutzes wahrnehmen muß, kommen auch die Beteiligungsrechte des Betriebsrats zum Tragen. Über diese Aufgabenüberschneidungen hinaus können bDSB und Betriebsrat auch aktiv zusammenarbeiten. So können sie bei der Einführung von DV-Systemen Informationen austauschen und sich gegenseitig über die jeweils angestrebten Aktivitäten in dieser Angelegenheiten informieren. Bei der Erstellung einer Betriebsvereinbarung zur Einführung und Anwendung eines bestimmten DV-Systems kann der bDSB den Betriebsrat als Sachkundige Person in Datenschutzangelegenheiten beraten. Denkbar ist auch eine gemeinsame Kontrolle der Einhaltung bestehender Betriebsvereinbarungen. Der Betriebsrat kann im Rahmen einer Betriebsvereinbarung, die nach § 88 BetrVG freiwilligen Charakter hat, die Position des bDSB stärken. So kann bei der Bestellung und Abberufung des bDSB dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt werden und der Kündigungsschutz des bDSB verbessert werden. Zusätzlich kann der Rahmen für Sachmittel und eine Mindestarbeitszeit für den Datenschutzaufgaben bei nebenberuflich bestellten bDSB festgelegt werden. Sinnvoll erscheint ebenfalls eine Stellenbeschreibung für die Arbeit des bDSB und eine Festlegung der Vergütung für die Tätigkeit des bDSB.

<sup>57</sup> BAG, (Fn. 52), S. 229.

<sup>58</sup> BAG, (Fn. 52), S. 230.