

# Behördlicher Datenschutz- beauftragter und Personalrat – doppelter Kontrollauftrag bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten

Mit dem Inkrafttreten des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) am 23. Mai 2001\*) sind auch alle öffentlichen Stellen des Bundes verpflichtet, einen behördlichen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. Die Verpflichtung einen internen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, bestand nach dem alten BDSG nur für die sogenannten nicht-öffentlichen Stellen (Privatbetriebe). In einigen Landesdatenschutzgesetzen<sup>1)</sup> war ebenfalls die Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten gesetzlich geregelt. In allen Landesschutzgesetzen wird – soweit dieses nicht bereits schon geschehen ist – die Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten verankert werden müssen.

## 1. Novellierung des BDSG

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und auch die Landesdatenschutzgesetze hätten bis zum 24. Oktober 1998 novelliert werden müssen. Die notwendigen Änderungen des Datenschutzrechts wurden durch die vom Europäischen Parlament und Rat im Oktober 1995 erlassene Richtlinie 95/46/EG „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum

freien Datenverkehr“ (nachfolgend Datensch-RL genannt)<sup>2)</sup> erforderlich. Eine der wesentlichen Änderungen für den öffentlichen Bereich bildet die Einführung des **behördlichen Datenschutzbeauftragten als obligatorische Institution**. Die Bestellung eines betrieblichen bzw. behördlichen Datenschutzbeauftragten ist bis zur Novellierung des BDSG für den nicht-öffentlichen Bereich (Privatbetriebe) nach § 36 BDSG-alt für öffentliche Stellen als Sozialleistungsträger nach § 81 Abs. 4 SGB X und in einigen Landesdatenschutzgesetzen vorgeschrieben gewe-

sen<sup>3)</sup>. Mit dem novellierten BDSG wird nicht nur in den nicht-öffentlichen Stellen sondern auch im öffentlichen Bereich die Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten verpflichtend sein. Nachfolgend soll ausführlich auf den bDSB<sup>4)</sup> eingegangen werden, der nach § 4 f BDSG bestellt werden muss und dessen Aufgaben in § 4 g BDSG festgelegt sind.

## 2. Hintergrund der Neuregelung zum internen Daten- schutzbeauftragten

Der Änderungsbedarf in Bezug auf die Kontrolle des Datenschutzes im öf-

\*) Vgl. dazu den Beitrag des Autors „Das neue Bundesdatenschutzgesetz“ in Heft 7/2001.

1) Ebenso wie der Bundesgesetzgeber haben bis zur Novellierung des Datenschutzrechts die Länder – mit den vier Ausnahmen Berlin, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz – auf eine ausdrückliche Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten verzichtet.

2) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 24. Oktober zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr; abgedruckt mit den 72 Erwägungsgründen in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften von 23. November 1995, Nr. L 281/31; Damman/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997; Däubler/Klebe/Wedde, Bundesdatenschutzgesetz, 1996, Gola/Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz mit Erläuterungen, 6. Aufl., 1997.

3) Vgl. hierzu ausführlich: Schierbaum, Kontrolle des Datenschutzes im öffentlichen Bereich, PersR 8/97, S. 345 ff.; Schierbaum/Kiesche, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, CR 1992, S. 726 ff.; Vogelsang, Der behördliche Datenschutzbeauftragte, CR 1993, S. 378 ff.; Riegel, Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch externe und interne Datenschutzbeauftragte, ZTR 1997, S. 61 ff.

4) Der Begriff/das Kürzel „bDSB“ wird nachfolgend sowohl für den betrieblichen als auch für den behördlichen Datenschutzbeauftragten verwendet.

fentlichen Bereich ergibt sich insbesondere aus Art. 18 Datenschutz-RL. Danach sieht die Richtlinie bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eine weitreichende Meldepflicht vor. Eine **Meldepflicht** bei der Kontrollstelle kann entfallen, wenn der nationale Gesetzgeber die Bestellung eines bDSB vorsieht, dem die unabhängige Überwachung der zur Umsetzung der EG-Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Bestimmungen obliegt. Diese Regelung zum bDSB hat auf ausdrücklichen Wunsch von deutscher Seite Eingang in die Richtlinie gefunden<sup>5)</sup>. Im BDSG finden sich entsprechende Regelungen zum bDSB im ersten Abschnitt in den §§ 4 f und g BDSG wieder, so dass die Regelung auch für den öffentlichen Bereich gelten.

### 3. Der behördliche Datenschutzbeauftragte

Mit der Novellierung des BDSG wurden die §§ 36 und 37 BDSG-alt mit geringen inhaltlichen Veränderungen in den ersten Abschnitt des BDSG verankert, so dass die Bestellung eines bDSB für den öffentlichen Bereich verbindlich vorgeschrieben wird. So werden viele öffentliche Stellen hier „Neuland“ betreten<sup>6)</sup>, wobei ein Blick in den nicht-öffentlichen Bereich wichtige Hilfestellung bietet. Denn bei allen Fragen rund um den bDSB kann auf die einschlägigen Kommentierungen zum BDSG und auf die Erfahrungen in den Privatbetrieben zurückgegriffen werden.

#### 3.1 Pflicht zur Bestellung

Nach § 4 f Abs. 1 BDSG haben öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert erheben, verarbeiten oder nutzen einen bDSB **schriftlich** zu bestellen. Eine Bestellung muss ebenfalls erfolgen, wenn personenbezogene Daten auf andere Weise – dieses bedeutet insbesondere manuelle Datenverarbeitung – erhoben, verarbeitet oder genutzt werden und damit in der Regel zwanzig Personen beschäftigt sind. Durch die Regelung des § 4 f Abs. 1 BDSG wird der bDSB als obligatorische Institution für den öffentlichen Bereich eingeführt. Soweit aufgrund der Struktur einer öffentlichen Stelle erforderlich,

genügt die Bestellung eines bDSB für mehrere Stellen.

Die Bestellung hat schriftlich zu erfolgen, wobei der bDSB bei der Bestellung so zu verpflichten ist, dass er seine Aufgaben nach dem BDSG auch wahrnehmen kann. Eine bloße Mitteilung reicht nicht aus, da die Bestellung eine besondere Beauftragung darstellt, die nicht im Wege des Direktionsrecht übertragbar ist<sup>7)</sup>. Fehlt es an einer schriftlichen Vereinbarung, ist die Bestellung unwirksam. Zum bDSB dürfen nur **natürliche Personen** bestellt werden und nicht juristische Personen, wie z. B. Unternehmensberatungsgesellschaften, was aus § 4 f BDSG hergeleitet werden kann, denn nur Personen verfügen über Fachkunde und Zuverlässigkeit.

#### 3.2 Abberufung

Nach § 4 f Abs. 3 BDSG kann die Abberufung zum bDSB in entsprechender Anwendung des § 626 BGB und bei nicht-öffentlichen Stellen zusätzlich auf Verlangen der Aufsichtsbehörde erfolgen.

Eine Abberufung kann nur erfolgen, wenn Gründe vorliegen, die eine **außerordentliche Kündigung** rechtfertigen, d. h. für den Widerruf der Bestellung ist somit ein „wichtiger Grund“ notwendig. Durch diese Regelung erhält der „hauptamtlich“ beschäftigte bDSB einen besonderen Kündigungsschutz, so dass sein Beschäftigungsverhältnis nicht ordentlich kündbar ist<sup>8)</sup>. Bei einem bDSB, der noch andere Funktionen wahrnimmt, kann jedoch eine ordentliche Kündigung ausgesprochen werden, wenn Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich aus der anderweitig ausgeübten Tätigkeit ergeben. Der Gesetzgeber hätte bestehende und immer wieder diskutierte Unklarheiten in Bezug auf den „Kündigungsschutz“ dadurch vermeiden können, dass er eine Angleichung an die Vorgaben für die Umweltbeauftragten vorgenommen wird. So ist es völlig unverständlich, dass mit der Novellierung des BDSG der bDSB in Bezug auf den Kündigungsschutz nicht mit den Umweltbeauftragten gleichgestellt wird. Für den letztgenannten Personenkreis ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nur dann zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigen Grund ohne Einhaltung der Kündigungsfrist rechtfertigen. Dieser besondere Kündigungsschutz für die Umweltbeauftragten gilt auch für den Zeitraum eines Jahres nach Beendigung der Bestellung<sup>9)</sup>.

#### 3.3 Persönliche Voraussetzungen

Nach § 4 f Abs. 2 BDSG darf zum bDSB nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung der Aufgaben notwendige **Fachkunde** und **Zuverlässigkeit** besitzt.

##### Fachkunde

Ein bDSB erfüllt die Anforderungen in Bezug auf die **Fachkunde**, wenn er in der Lage ist, die in § 4 g BDSG direkt oder indirekt genannten Aufgaben wahrzunehmen. Mittlerweile existiert ein relativ klar umrissenes „Berufsbild“, das aus den Aufgaben und den praktischen Erfahrungen des bDSB hergeleitet wurde<sup>10)</sup>. So muss ein bDSB insbesondere über technische, rechtliche und organisatorische Kenntnisse verfügen, was im Einzelnen heißt:

- Grundkenntnisse über Verfahren und Techniken der automatischen Datenverarbeitung,
- allgemeine betriebswirtschaftliche Kenntnisse sowie Kenntnisse über die Betriebsorganisation,
- allgemeine juristische Kenntnisse, Kenntnisse des Datenschutzrechts und sonstiger relevanter Rechtsvorschriften.

Zudem werden pädagogische und didaktische Kenntnisse für erforderlich gehalten, da der bDSB die Mitarbeiter im Rahmen von Schulungsmaßnahmen mit den Datenschutzvorschriften vertraut machen muss.

Die im Einzelfall an die Fachkunde gestellten Anforderungen werden sich an den speziellen Verhältnissen in der öffentlichen Stelle und der sich daraus er-

5) Vgl. Weber, EC-Datenschutzrichtlinie – Konsequenzen für die deutsche Gesetzgebung, CR 5/95, S. 298.

6) Öffentliche Stellen haben auch ohne gesetzliche Vorgaben hspw. auf der Basis von Verwaltungsvorschriften interne Datenschutzbeauftragte bestellt. Vgl. hierzu: Der Thüringer Landesbeauftragte für den Datenschutz (Hg.), Empfehlungen zu Aufgaben, Befugnissen und Zuständigkeiten vom behördeninternen Datenschutzbeauftragten; Bundesbeauftragter für den Datenschutz (Hg.), Der behördliche Datenschutzbeauftragte.

7) Vgl. Bergmann/Möhrle/Ierh, Datenschutzrecht, Loseblatt, § 36 Rn. 36.

8) Vgl. hierzu und zum Meinungsstand: Gola/Schomerus (Fn. 2), § 36 Anm. 8.2.

9) Vgl. zu den Betriebsbeauftragten für den Umweltschutz: Schierbaum/Nahrman, Betriebsbeauftragte für den Umweltschutz, AiB 1997, S. 36 ff.

10) Vgl. LG Ulm, Beschluss v. 31. 10. 1990, RDV 1991, S. 40; Koch, II.-D. u. a., Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, 1995, S. 52 ff.; Wächter, Fachkunde und Zuverlässigkeit als offene gesetzliche Maßstäbe, in: Ehmman (Hg.), Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen, 1993, S. 91 ff.; Schlemann, Recht des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, 1996, S. 189 ff.

gebenden Erfordernis für den Datenschutz auszurichten haben. Es liegt auf der Hand, dass in einer größeren Einrichtung der bDSB mit einem weitgefächerten Aufgabenspektrum nicht alle Aufgaben beherrschen und bewältigen kann, so dass er auch mit den Spezialisten in einzelnen Fachgebieten zusammenarbeiten muss. Verfügt ein bDSB bei seiner Bestellung noch nicht über die notwendige Qualifikation, muss er diese unverzüglich erwerben, wobei er von dem Leiter der öffentlichen Stelle in geeigneter Weise zu unterstützen ist. Dabei können Bescheinigungen über die Teilnahme an einschlägigen Seminaren als Nachweis für die angeeigneten Kenntnisse gegenüber der Bundesbeauftragten für den Datenschutz<sup>11</sup> dienen.

### Zuverlässigkeit

Größere Schwierigkeiten ergeben sich dabei, die Anforderungen, die an die **Zuverlässigkeit** zu stellen sind, festzulegen. Dabei werden als Fähigkeiten und Eigenschaften insbesondere Integrität, Verschwiegenheit, Verantwortungsbewusstsein, Gründlichkeit und Durchsetzungsvermögen genannt. Solche Umschreibungen lassen „eher Ratlosigkeit und Unsicherheit erkennen, denn eine genaue Vorstellung dessen, was das Gesetz eigentlich will<sup>12</sup>“. Da es sich um kaum verlässliche Kriterien handelt, werden sie sich bei Auseinandersetzungen, ob die verantwortliche Stelle den Anforderungen des § 4 f BDSG gerecht wird, nicht eignen. Gibt man sich mit solch schwer greifbaren Beschreibungen zufrieden, wird die Justiziabilität der Vorschrift im BDSG und somit auch dessen praktische Relevanz sehr fragwürdig.

Von größerer Bedeutung wird das bisherige Verhalten des in Aussicht genommenen bDSB sein. So kann niemand bestellt werden, der durch persönliche Unzuverlässigkeit aufgefallen ist. Dieses ist z. B. der Fall, wenn jemand im Rahmen seiner bisherigen Tätigkeit mit medizinischen Daten oder Personalakten umgehen musste und sich nicht an die gesetzlichen Vorschriften gehalten hat<sup>13</sup>.

Im Rahmen der Prüfung der Zuverlässigkeit sind darüber hinaus auch mögliche **Interessenkollisionen** zu berücksichtigen, die bei „nicht hauptamtlich“ beschäftigten bDSB auftreten können. So darf nicht ein Mitarbeiter zum bDSB bestellt werden, der gleichzeitig eine Position innehat, die ihn in Interessenskonflikte mit seinen Kontrollaufgaben brin-

gen kann. Daher können nach herrschender Meinung folgende Personen nicht zu bDSB bestellt werden: Mitglieder der Geschäfts- oder Dienststellenleitung, EDV-Leiter, Leiter der Personalabteilung, Leiter der Rechtsabteilung<sup>14</sup>.

### 3.4 Rechtliche Stellung

Die Vorgaben zur rechtlichen Stellung des bDSB sind in § 4 f Abs. 3 und 4 BDSG verankert.

#### Zuordnung zur Leitung

Nach § 4 f Abs. 3 BDSG ist der bDSB dem **Leiter** der öffentlichen Stelle oder der nicht-öffentlichen Stelle unmittelbar zu **unterstellen**. Er darf also keiner anderen Stelle im Unternehmen/in der Dienststelle zugeordnet werden als der Leitung. Damit hat er jederzeit das Recht, sich schriftlich oder mündlich an die Leitung zu wenden, um z. B. Gesetzesverstöße anzuzeigen, Verbesserungsvorschläge zu machen, von der Leitung Abstellung von Missständen und entsprechende Weisungen an die einzelnen Abteilungen zu verlangen. Dadurch wird die Leitung ihrerseits angehalten, sich ebenfalls intensiv um den Datenschutz zu kümmern. Grundsätzlich ist der bDSB auch nur der Leitung gegenüber Rechenschaft schuldig<sup>15</sup>.

#### Weisungsfreiheit

Der bDSB ist nach § 4 f Abs. 3 BDSG in seiner Eigenschaft als Datenschutzbeauftragter **weisungsfrei**. Durch die Regelung wird der Leitung untersagt, in die Tätigkeit des bDSB einzugreifen. Der bDSB kann selbst entscheiden, wann und wie er welche Initiativen ergreift. Eine bestimmte Meinung oder Lösung kann ihm nicht vorgeschrieben werden. Er ist nicht der Erfüllungsgehilfe der Leitung<sup>16</sup>. Im Rahmen seiner Tätigkeit als bDSB ist er weisungsfrei, als Beschäftigter hat er allerdings die Anordnungen seines Arbeitgebers zu befolgen. Die Weisungsfreiheit erstreckt sich auch auf die Mitarbeiter des bDSB, soweit sie für ihn tätig sind.

#### Lediglich ein Vorschlagsrecht

Weisungsfreiheit des bDSB bedeutet jedoch nicht auch Entscheidungsfreiheit oder Weisungsbefugnis gegenüber anderen Stellen in der Dienststelle, wenn er Verstöße gegen das Datenschutzrecht festgestellt hat. Die Entscheidungsbefug-

nis liegt ausschließlich bei der Leitung der öffentlichen Stelle, die personenbezogene Daten verarbeitet. Von dessen Entscheidung hängt es ab, ob und in welchem Umfang entsprechende Maßnahmen ergriffen werden. Letztlich trägt die Leitung die Verantwortung für die Verwirklichung des Datenschutzes. Der bDSB kann also nur **Vorschläge** machen.

Komplikationen sind jedenfalls solange nicht zu erwarten, wie auf die Vorschläge des bDSB hin auch entsprechende Maßnahmen von der Leitung ergriffen werden<sup>17</sup>. Eine Missachtung der Ratschläge des bDSB stellt jedoch aus der Perspektive des BDSG eine potentielle Gefährdung des Datenschutzes dar.

#### Benachteiligungsverbot

Ein Arbeitgeber hat vielfältige Möglichkeiten einen missliebigen bDSB zu „bestrafen“. Diese reichen von der allmählichen Isolierung über die Umgehung bei der Beförderung bis hin zur Entlassung. Unter Umständen muss jeder bDSB, der seine Aufgaben sorgfältig erfüllt, mit derartigen Reaktionen rechnen.

Neben dem bereits erwähnten besonderen „Kündigungsschutz“ besteht ein **generelles Benachteiligungsverbot**. So darf der bDSB wegen der Erfüllung seiner Aufgaben nicht benachteiligt werden. Dabei reicht eine objektive Benachteiligung aus, d. h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit sind nicht erforderlich<sup>18</sup>. Das Benachteiligungsverbot wird in der Praxis wohl selten greifen, da die Benachteiligung „wegen der Erfüllung seiner Aufgaben“ erfolgen muss, was im konkreten Fall zu ermitteln ist<sup>19</sup>. Da § 4 f Abs. 3 BDSG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2

11) Bei öffentlichen Stellen der Länder ist der jeweilige Landesbeauftragte für den Datenschutz die externe Kontrolleinstanz. Bei Privatbetrieben ist dieses die Aufsichtsbehörde, wobei es in einzelnen Bundesländern hier Abweichungen gibt.

12) Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. 1981, § 28 Rn. 118; vgl. auch: Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., 1993, § 36 Rn. 18.

13) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 12), § 28 Rn. 119; Auernhammer (Fn. 12), § 36 Rn. 18.

14) Der Meinungsstand geht weit auseinander: vgl. hierzu Schierbaum/Kiesche, (Fn. 3), S. 730 m.w.N.

15) Vgl. Louis, Grundzüge der Datenverarbeitung, 1981, S. 170.

16) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 7), § 36 Rn. 72.

17) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 3), S. 731; Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 9.2 f.

18) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 7), § 36 Rn. 77.

19) Louis (Fn. 15), S. 171.

BGB ist, führt verbotswidriges Verhalten zu Schadensersatzansprüchen. Fälle, in denen aufgrund einer Benachteiligung Schadensersatz zugesprochen wäre, sind aus der Praxis nicht bekannt.

Die erfolgreiche Arbeit des bDSB beruht wesentlich darauf, dass die Leitung seine Aufgaben nicht nur grundsätzlich bejaht, sondern ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützt. Es reicht nicht aus, ihn nicht zu benachteiligen, sich sonst aber passiv zu verhalten. Eine solche Haltung ist mit der Verantwortlichkeit für den Datenschutz in Betrieb und Verwaltung unvereinbar. D. h. das Gesetz fordert in § 4 f Abs. 5 BDSG daher eine aktive Unterstützung des bDSB<sup>20</sup>.

### 3.5 Unterstützungspflicht

In § 4 f Abs. 5 BDSG ist festgelegt, dass die öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen den bDSB bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen haben und ihm insbesondere Hilfspersonal, Einrichtungen, Geräte und Mittel zur Verfügung zu stellen haben.

#### Sachmittel und Personal

Damit der bDSB seine umfangreichen Aufgaben erfüllen kann, besteht die Verpflichtung des Arbeitgebers ihn zu unterstützen. Hierzu sind ihm insbesondere Räume (Büroraum und Schulungsräume), Einrichtungsgegenstände, Mittel (für Literatur und eigene Weiterbildung) und Geräte zur Verfügung zu stellen.

#### Zugangs- und Einsichtsrechte

Neben der Bereitstellung von Sachmitteln und Personal muss der bDSB Zugang zum Rechenzentrum und zu allen anderen für seine Aufgabenerfüllung einschlägigen Geschäftsräumen sowie Einsicht in alle Geschäftsunterlagen haben, die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten in Zusammenhang stehen. Zudem hat der Dienststellenleiter ihm auch Einblick in die gespeicherten personenbezogenen Daten zu gewähren.

#### Arbeitszeit und Fortbildung

Zur Unterstützung gehört auch, dass der bDSB ausreichend Zeit zur Verfügung gestellt bekommt, was von besonderer Bedeutung ist, wenn einem Mitarbeiter die Aufgaben des bDSB neben anderen Tätigkeiten übertragen werden. Ob ein hauptamtlicher bDSB zu bestellen ist, richtet

sich nach den konkreten Umständen der einzelnen verantwortlichen Stelle. Es dürfte jedoch regelmäßig dann ein Full-Time-bDSB zu bestellen sein, wenn mehr als 500 Bildschirmgeräte angeschlossen sind. Dasselbe gilt, wenn beispielsweise in einer DV-Abteilung mehr als 30 Programmierer beschäftigt sind<sup>21</sup>. Das Arbeitsgericht Offenbach ist der Auffassung, dass die Position des bDSB in einem Betrieb mit knapp 300 Arbeitnehmern „maximal 20 % der Tätigkeit eines vollzeitbeschäftigten Angestellten ausmacht“<sup>22</sup>.

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber dem bDSB ermöglichen, sich angemessen und kontinuierlich weiterzubilden. Dies beinhaltet das Eigenstudium anhand einschlägiger Fachliteratur, aber auch die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen. Entstehende Kosten trägt der Arbeitgeber.

#### Führen von Übersichten

Dem bDSB sind gemäß § 4 g Abs. 2 BDSG von der verantwortlichen Stelle eine Übersicht über die in § 4 e Nr. 1 bis 9 BDSG genannten Angaben sowie über zugriffsberechtigte Personen zur Verfügung zu stellen. Die Übersichten umfassen folgende Informationen:

1. Name oder Firma der verantwortlichen Stelle,
2. Inhaber, Vorstände, Geschäftsführer oder sonstige gesetzliche oder nach der Verfassung des Unternehmens berufene Leiter und die mit der Datenverarbeitung beauftragten Personen,
3. Anschrift der verantwortlichen Stelle,
4. Zweckbestimmungen der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung,
5. eine Beschreibung der Kategorien der betroffenen Personen und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien,
6. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können,
7. Regelfristen für die Löschung der Daten,
8. eine geplante Datenübermittlung an Drittländer,
9. allgemeine Beschreibung der Art der eingesetzten Datenverarbeitungsanlagen, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Maßnahmen nach § 9 BDSG zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung angemessen sind.

Zusätzlich sind dem bDSB gemäß § 4 g Abs. 2 BDSG Übersichten über die zugriffsberechtigten Personen zur Verfügung zu stellen.

### Unterstützung im Rahmen des Erforderlichen

Die Unterstützungspflicht des Arbeitgebers besteht jedoch nach § 4 f Abs. 5 BDSG im Rahmen des Erforderlichen. Was im Einzelnen erforderlich ist, hängt von unterschiedlichen Faktoren wie z. B. der Größe der Dienststelle und dem Umfang der Datenverarbeitung ab.

### 3.6 Pflicht zur Verschwiegenheit

Nach § 4 f Abs. 4 BDSG ist der bDSB zur Verschwiegenheit über die Identität des Betroffenen sowie über Umstände, die Rückschlüsse auf den Betroffenen zulassen, verpflichtet, soweit er nicht von den Betroffenen befreit wird. Die Verschwiegenheitspflicht des bDSB ist nicht beschränkt auf den Betroffenen, von dem personenbezogene Daten gespeichert werden, und der u. U. einen unzulässigen Umgang mit seinen Daten beanstandet. Es fällt auch derjenige unter diese Regelung, der die Verletzung des Persönlichkeitsrechts anderer rügt. Entdeckt der bDSB bei einer Überprüfung Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen durch einen Beschäftigten, so ist er nach der Zielrichtung der Verschwiegenheitspflicht nicht daran gehindert, dessen Identität der Leitung des Betriebes mitzuteilen, damit die notwendigen Maßnahmen getroffen werden können<sup>23</sup>.

### 4. Aufgaben des bDSB

In § 4 g BDSG sind die Aufgaben des bDSB festgelegt. Diese entsprechen im wesentlichen den in § 37 BDSG-alt vorgeschriebenen Regelungen.

#### 4.1 Allgemeine Aufgaben

Nach § 4 g Abs. 1 BDSG wirkt der bDSB auf die **Einhaltung** des BDSG sowie anderer Gesetze über den Datenschutz hin. Nach dem alten BDSG hatte der Be-

20) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 11.2.

21) Vgl. Bergmann/Möhrle/Herb, (Fn. 7), § 36 Rn. 109; bei der Anwendung von PCs und Netzwerken und auch bei der Verarbeitung hochsensibler Daten, wie z. B. Gesundheitsdaten in Krankenhäusern, wird die Zahl der Datenverarbeiter sehr viel niedriger anzu-  
setzen sein.

22) Vgl. Arbeitsgericht Offenbach, Beschluss v. 19. 12. 1992, CR, S. 776. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die im Beschluss genannten 300 Beschäftigten nicht alle an Bildschirmen arbeiten müssen.

23) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 36 Anm. 10; Schlemann, (Fn. 10), S. 158 f.

auftragte für den Datenschutz die Ausführung des BDSG „sicherzustellen“. Die Neuregelung stellt eine Klarstellung dar, denn der bDSB hat im Gegensatz zum Arbeitgeber bzw. Dienststellenleiter keine Weisungsbefugnis. Denn nur der Arbeitgeber/Dienststellenleiter kann letztendlich die Einhaltung datenschutzrechtlicher Regelungen „sicherstellen“, wofür er auch die Verantwortung trägt<sup>24)</sup>. Bei dem ersten Satz des § 4 g Abs. 1 BDSG handelt es sich um eine **Generalklausel**, nach der der bDSB auf die Beachtung der einschlägigen Datenschutzvorschriften und auf die Einhaltung der hierfür erforderlichen Maßnahmen hinzuwirken hat<sup>25)</sup>.

Bei der Erfüllung seiner Aufgaben steht der bDSB grundsätzlich in einem **Spannungsverhältnis** zwischen eigenverantwortlicher und weisungsfreier Aufgabenerfüllung und dem Angewiesensein auf die Leitung des Unternehmens bzw. der Behörde zur Durchsetzung von entsprechenden Maßnahmen. Dieses kann zu Konflikten führen, da Datenschutzmaßnahmen von Seiten der Dienststellenleitung häufig für überzogen und zu kostspielig gehalten werden. In solchen Fällen kann sich der betriebliche Datenschutzbeauftragte gemäß § 4 g Abs. 1 BDSG an die Aufsichtsbehörde wenden. In Bezug auf den behördlichen Datenschutzbeauftragten sieht das Gesetz jedoch Beschränkungen vor. Bei Unstimmigkeiten zwischen dem behördlichen Datenschutzbeauftragten und dem Leiter der verantwortlichen Dienststelle entscheidet die oberste Dienststelle, ob sich der behördliche Beauftragte an den Bundesbeauftragten für den Datenschutz wenden darf. Diese Regelung ist jedoch nicht richtlinienkonform, da die EG-Datenschutzrichtlinie vorsieht, dass der Beauftragte „seine Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können“ muss<sup>26)</sup>.

## 4.2 Umsetzung der Generalklausel

Bei der Aufgabe auf die Einhaltung des BDSG hinzuwirken, hat der bDSB

- das BDSG in konkrete Verfahrensregeln umzusetzen,
- die Prüfung der Zulässigkeit der Datenverarbeitung gemäß § 4 Abs. 1 BDSG vorzunehmen,
- das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit umzusetzen (§ 3 a BDSG),
- dafür zu sorgen, dass die Individualrechte der Beschäftigten auf Benach-

richtigung, Auskunft, Berichtigung, Löschung und Sperrung (§§ 33 ff. BDSG) umgesetzt werden,

- die Umsetzung und Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen gemäß § 9 BDSG zu überwachen.

Der bDSB hat aber auch in Bezug auf den Schutz der Beschäftigten Daten die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften über den Datenschutz sicherzustellen. Hierzu zählen die datenschutzrechtlichen Beteiligungsrechte von Personalräten. Zu nennen sind u. a.:

- Informations- Beratungs- und Mitbestimmungsrechte,
- Begrenzung der Fragen, die der Arbeitgeber bei und nach der Einstellung stellen darf,
- Recht auf Akteneinsicht,
- die Wahrung von Berufsgeheimnisse, wie etwa der Schweigepflicht des Betriebsarztes,
- Dienstvereinbarungen und Sprüche der Einigungsstelle<sup>27)</sup>.

## 4.3 Einzelaufgaben

In § 4 g Abs. 1 BDSG unter den Nrn. 1–2 und Abs. 2 und in § 4 d Abs. 5 und 6 BDSG sind beispielhaft Einzelaufgaben aufgelistet. Dabei handelt es sich im einzelnen um

- die Überwachung der ordnungsgemäßen Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme,
- der Unterweisung der Beschäftigten,
- Führen von Übersichten,
- Vorabkontrolle.

### Überwachung der ordnungsgemäßen Programmanwendung

Nach § 4 g Abs. 1 Nr. 1 BDSG hat der bDSB die **ordnungsgemäße Anwendung der Datenverarbeitungsprogramme**, mit deren Hilfe Daten verarbeitet werden sollen, zu überwachen. Um diese Aufgabe wahrnehmen zu können, ist der bDSB vor Einführung entsprechender Programme über Vorhaben der automatisierten Datenverarbeitung personenbezogener Daten rechtzeitig zu unterrichten, was ebenfalls in § 4 Abs. 1 Nr. 1 BDSG festgelegt ist. Diese Unterrichtungspflicht, die sich bereits aus der in § 4 f Abs. 5 BDSG verankerten Unterstützungspflicht ergibt, umfasst Informationen insbesondere über das Datenverarbeitungsprojekt, über die Systementscheidung, über entsprechende Übersichten über die Hard- und Software, Art und Umfang der perso-

nenbezogenen Daten, regelmäßige Empfänger und zugriffsberechtigte Personen<sup>28)</sup>.

## Schulung des DV-Personals

In § 4 g Nr. 2 BDSG ist festgelegt, dass der bDSB die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten tätigen Personen durch geeignete Maßnahmen mit den Vorschriften des BDSG sowie mit anderen Vorschriften über den Datenschutz und den jeweiligen besonderen Erfordernissen des Datenschutzes vertraut zu machen. Durch diese Regelung soll bei den Beschäftigten, die personenbezogene Daten verarbeiten, das **Bewusstsein für Bedeutung und Notwendigkeit des Datenschutzes** geschaffen werden<sup>29)</sup>. Da dieses die ausdrückliche und alleinige Aufgabe des bDSB ist, ist er im Rahmen seiner Weisungsfreiheit berechtigt, unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Betriebes bzw. der öffentlichen Stelle selbst zu bestimmen, welche die geeigneten Maßnahmen zur Schulung der Mitarbeiter sind. Die Leitung hat im Rahmen ihrer Unterstützungspflicht Mittel, Räume usw. bereitzustellen, wobei entsprechende Schulungen während der Arbeitszeit stattzufinden haben<sup>30)</sup>. Die Schulung der Mitarbeiter ist sowohl eine wesentliche Voraussetzung für die Umsetzung des Datenschutzrechtes überhaupt, als auch für eine Verpflichtung auf das Datengeheimnis gemäß § 5 BDSG. So sollte eine Verpflichtung der Beschäftigten nur nach einer entsprechenden Schulung erfolgen<sup>31)</sup>. Die Verpflichtung auf das Datengeheimnis ist gemäß § 5 BDSG nur für Beschäftigte von nicht-öffentlichen Stellen verpflichtend.

24) Vgl. Schild, Der behördliche Datenschutzbeauftragte, DuD 2001, S. 33.

25) Vgl. Auernhammer, (Fn. 12), § 37 Rn. 2.

26) Vgl. Erwägungsgrund 49 zur EG-Datenschutzrichtlinie; vgl. auch Schild, (Fn. 24), S. 33.

27) Vgl. Gola/Schomerus, (Fn. 2), § 37 Anm. 1.2 f; Schierbaum/Kiesche, Arbeitnehmerdatenschutz – Aufgaben für den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsrat, CR 1993, S. 152 jeweils mit weiteren Nachweisen.

28) Vgl. hierzu Koch, F.A., Datenschutz-Handbuch für die betriebliche Praxis, 2. Aufl. 1997, S. 478 f.

29) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 12), § 29 Rn. 40; Bergmann/Möhrl/Herb, (Fn. 7), § 37 Rn. 30.

30) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh (Fn. 12), § 29 Rn. 47.

31) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 27), S. 153; Schneider, Die Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten im Überblick, DANA 4/92, S. 14.

## Führen von Übersichten

Wie bereits erwähnt, müssen dem bDSB gemäß § 4 g Abs. 2 BDSG Übersichten zur Verfügung gestellt werden. Diese Übersichten bilden eine zentrale Voraussetzung für die Aufgabenerfüllung des bDSB, wie z. B. der Zulässigkeitsprüfung der Datenverarbeitung gemäß § 4 BDSG.

### Vorabkontrolle

Neben den in § 4 g BDSG aufgeführten Aufgaben hat der bDSB auch die Vorabkontrolle nach § 4 d Abs. 5 und 6 BDSG durchzuführen. Dazu sind dem bDSB die bereits erwähnten Übersichten zur Verfügung zu stellen. Wie der bDSB die Vorabkontrolle im einzelnen durchführt, bleibt ihm selbst überlassen. Vorabkontrollen sind jedoch immer dann durchzuführen, soweit automatisierte Verarbeitungen besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweisen. In jedem Fall ist eine Vorabkontrolle durchzuführen, wenn

- besondere Arten personenbezogener Daten<sup>32)</sup> verarbeitet werden oder
- die Verarbeitung personenbezogener Daten dazu bestimmt ist, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten, einschließlich seiner Fähigkeiten, seiner Leistung oder seines Verhaltens.

## 5. Beteiligungsrechte des Personalrats beim Datenschutz

Die wichtigsten Beteiligungsrechte des Personalrat beim Datenschutz werden nachfolgend dargestellt.

### 5.1 Überwachungsrecht

Nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG und den entsprechenden Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze hat der Personalrat darüber zu wachen, dass die zugunsten der Beschäftigten geltenden Gesetze, Verordnungen, Tarifverträge, Dienstvereinbarungen und Verwaltungsvorschriften durchgeführt werden. Ein Gesetz im Sinne des § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG ist das BDSG. So hat der Personalrat, um nur einige Beispiele aufzuführen, das **Recht** und auch die **Pflicht**<sup>33)</sup> folgende Aspekte zu überwachen:

- die Rechtmäßigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten der Beschäftigten (§ 4 BDSG),
- das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit (§ 3 a BDSG),
- die Umsetzung der technischen und organisatorischen Datenschutz-Maßnahmen (§ 9 BDSG),
- die Gewährleistung der Rechte der Beschäftigten (§§ 33 – 35 BDSG),
- die Aufgabenerfüllung des bDSB (§ 4 f und g BDSG).

Das Überwachungsrecht beinhaltet auch eine Schutzfunktion in Bezug auf den bDSB und zwar dahingehend, dass der Personalrat aktiv werden muss, wenn z. B. die Weisungsfreiheit 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, wenn er die Tätigkeit nicht als Hauptfunktion, sondern neben seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit ausführt<sup>34)</sup>.

Zur Prüfung der Einhaltung der zugunsten der Beschäftigten geltenden Vorschriften hat der Personalrat ein Zutrittsrecht zu allen Räumen, wobei dem Arbeitgeber kein Prüfungsrecht zusteht, ob das Betreten im Einzelfall notwendig ist<sup>35)</sup>. Stellt der Personalrat Rechtsverstöße fest, hat er dies dem Dienststellenleiter mitzuteilen und beim ihm auf Beachtung der entsprechenden Vorschriften hinzuwirken<sup>36)</sup>.

Das Überwachungsrecht des Personalrats wird nicht dadurch berührt, dass auch dem bDSB die Sicherstellung des BDSG und anderer Datenschutzvorschriften obliegt<sup>37)</sup>.

### 5.2 Informationsrecht

Um der Überwachungspflicht und auch der Umsetzung entsprechender Mitbestimmungsrechte nachkommen zu können, steht dem Personalrat ein **umfassendes Informationsrecht** zu. Nach § 68 Abs. 2 BPersVG und den entsprechenden Vorschriften der Landespersonalvertretungsgesetze ist der Personalrat rechtzeitig und umfassend anhand der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten. Rechtzeitig ist die Unterrichtung dann, wenn den einzelnen Personalratsmitgliedern ausreichend Zeit zur Verfügung steht, sich mit den Einzelheiten sowie den Auswirkungen der beabsichtigten Maßnahme noch vor der Beratung und Beschlussfassung des Personalrats vertraut zu machen. Zudem muss die Maßnahme

noch gestaltunfähig sein<sup>38)</sup>. In Bezug auf die Einführung und Anwendung von DV-Systemen hat das BAG<sup>39)</sup> den Umfang der Informationen umrissen. Danach sind der Interessenvertretung durch den Arbeitgeber folgende Informationen zur Verfügung zu stellen:

- 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 § 4 g Abs. 2 BDSG, die dem bDSB von der Dienststelle zur Verfügung zu stellen sind.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts müssen die Informationen bei umfangreichen und komplizierten Systemen zudem ein angemessenes Datenschutzkonzept erkennen lassen<sup>40)</sup>.

32) Vgl. § 3 Abs. 9 BDSG: „Besondere Arten personenbezogener Daten sind Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit oder Sexualleben.“

33) Es besteht nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Personalrats die Überwachungsaufgaben zu übernehmen; vgl. z. B.: Lorenzer/Schmitt/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak, Bundespersonalvertretungsgesetz, Loseblatt, Stand: 12/2000, § 68 Rn. 15.

34) Vgl. Gola, Mitarbeitervertretung und Datenschutzbeauftragter – Kontrolle und/oder Kooperation beim Personaldatenschutz? ZfPR 1997, S. 95.

35) Vgl. ArbG Hamburg, Beschluss v. 6. 5. 1997, RDV 2/98, S. 77; BAG, Urteil v. 17. 1. 1989, EZA § 2 BetrVG, Nr. 12; Fitting/Kaiser/Heithner/Engels (FKHE), Betriebsverfassungsgesetz, 20. Aufl., § 80 Rn. 5.

36) Vgl. Altwater/Bacher/Hörter/Peiseler/Sabottig/Schneider/Vohs, Bundespersonalvertretungsgesetz, 4. Aufl. 1996, § 68, Rn. 3.

37) Vgl. Gola (Fn. 34), S. 95.

38) Altwater/Bacher/Hörter/Peiseler/Sabottig/Schneider/Vohs, (Fn. 36), § 68 Rn. 14.

39) Vgl. BAG, Beschluss v. 17. 3. 1987, AiB 1987, S. 287 ff.

40) Vgl. BVerwG, Beschluss v. 8. 11. 1989, PersR 1990, S. 102 ff.

### 5.3 Mitbestimmungsrechte

Die zentralen Mitbestimmungsrechte in Bezug auf den Datenschutz sind für die Erhebung von Daten der § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG und für die Verarbeitung von Daten der § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG.

#### 5.3.1 Personalfragebogen

Nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG unterliegt der **Inhalt von Personalfragebogen für Arbeiter und Angestellte** der Mitbestimmung des Personalrats. Die Parallelbestimmung für Beamte enthält § 76 Abs. 2 Nr. 2 BPersVG. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass bei Arbeitnehmern im Konfliktfall die Einigungsstelle eine verbindliche Entscheidung trifft, während bei Beamten das Letztentscheidungsrecht bei der obersten Dienstbehörde liegt. Die Landespersonalvertretungsgesetze enthalten entsprechende Regelungen. Der Mitbestimmungstatbestand nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG entspricht der Regelung des § 94 Abs. 1 BetrVG („Personalfragebogen bedürfen der Zustimmung des Betriebsrats“). Der Personalrat wird bei Personalfragebogen eingeschaltet, damit er seiner Schutzfunktion zugunsten der Beschäftigten und in diesem Fall auch zugunsten der Bewerber gerecht werden kann.

Bei der Ausübung des Mitbestimmungsrechts muss die Vorgabe des § 4 BDSG in Verbindung mit § 28 BDSG berücksichtigt werden. Das heißt, dass bei der Umsetzung des Mitbestimmungsrechts der Personalrat und der Arbeitgeber dem Mindeststandard des BDSG Rechnung tragen müssen. Nach dem BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten verboten und nur dann erlaubt, soweit

- das BDSG (§ 28 BDSG) oder
- eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder
- der Betroffene eingewilligt hat.

Mit der Novellierung des BDSG ist die Phase der Erhebung von Beschäftigtendaten diesem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterworfen. Wenn das BDSG die Rechtsgrundlage für das Erheben von Daten sein soll, darf die Erhebung nur im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses (z.B. Anbahnungsverhältnis im Rahmen einer Bewerbung) erfolgen. Das bedeutet, dass nur die Daten erhoben werden dürfen, die zur Erfüllung des Vertragsverhältnisses zwin-

gend erforderlich sind. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich, ob es bei der Erhebung von Daten bei dem vom BAG festgelegtem Umfang bleiben kann, nach der der Arbeitgeber z.B. immer eine wahrheitsgemäße Antwort auf die Frage nach einer etwaigen Schwerbehinderteneigenschaft verlangen kann<sup>41</sup>. Denn eine so weit reichende Frage deckt sich nicht mit der Zweckbindung des Vertragsverhältnisses.

Bei der Erhebung von Daten kann sich der Arbeitgeber alternativ auch auf eine andere Rechtsvorschrift stützen. Eine andere Rechtsvorschrift in diesem Sinne stellt eine Dienstvereinbarung dar, die im Rahmen der Umsetzung des Mitbestimmungsrechts nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG abgeschlossen wird. Eine **Dienstvereinbarung** darf jedoch nicht hinter den Vorgaben des BDSG zurückbleiben.

Als weitere Möglichkeit kann bei der Datenerhebung mit einer Einwilligung gearbeitet werden. An eine Einwilligungserklärung sind nach § 4a BDSG jedoch bestimmte Anforderungen geknüpft. So muss die Einwilligung freiwillig erfolgen. Sie bedarf der Schriftform, wobei die einwilligende Person auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung und auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen ist. Wird im Arbeitsleben eine Einwilligung von mehreren Beschäftigten bzw. Bewerbern eingeholt, stellt die Einwilligungserklärung ebenfalls einen mitbestimmungspflichtigen Personalfragebogen nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG dar.

Weder das BPersVG noch das BetrVG enthalten selbst eine Definition dafür, was unter einem Personalfragebogen zu verstehen ist. Es wird jedoch allgemein anerkannt, dass unter Personalfragebogen jede **formulärmäßige Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse**, insbesondere über Eignung, Kenntnisse und Fähigkeiten einer Person zu verstehen sind<sup>42</sup>. Zu Personalfragebogen gehören nicht nur Informationserhebungen, die im Rahmen von Einstellungen eingesetzt werden, sondern auch Fragebögen im Rahmen von ärztlichen Untersuchungen oder von Organisationsuntersuchungen genutzt werden und Fragebogen, die Gästen von Hotels oder Patienten in Krankenhäusern vorgelegt werden<sup>43</sup>.

Das Mitbestimmungsrecht erstreckt sich auch auf eine nähere Festlegung des Verwendungszwecks der mit Hilfe des

Fragebogens gewonnenen Informationen. Denn anderenfalls wäre die Schutzfunktion des § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG unzureichend. Denn ebenso wichtig wie die Begrenzung des Fragerechts selbst ist die Festlegung der Verwendung der Informationen.

Fehlt die Zustimmung des Personalrats, ist die Datenerhebung unzulässig. Dennoch erhobene Daten dürfen nicht gespeichert werden, wobei gespeicherte Daten gemäß § 35 Abs. 2 BDSG zu löschen sind<sup>44</sup>. Da es sich bei den Regelungen zu Personalfragebogen um andere Rechtsvorschriften zum Datenschutz handelt, gehört es zu den Aufgaben des bDSB gemäß § 4 g Abs. 1 BDSG, die Einhaltung dieser Vorschrift sicherzustellen.

#### 5.3.2 Technische Überwachungs-einrichtungen (§ 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG)

Das Mitbestimmungsrecht des § 75 Abs. 3 Nr. 17 BetrVG hat sich wie die entsprechende Regelung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG 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 Personalrats<sup>45</sup>. Das BAG<sup>46</sup> hat in seinen Entscheidungen zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Mitbestimmungsrecht dahingehend ausgelegt, dass eine technische Einrichtung dazu bestimmt ist, Leistung oder Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen, wenn sie zur Überwachung objektiv und unmittelbar

41) Vgl. Wohlgemuth, Auswirkungen der EG-Datenschutzrichtlinie auf den Arbeitnehmerdatenschutz, BB 1996, S. 692 f.; vgl. zum Umfang des Fragerechts ausführlich: Schierbaum, Erhebung von Bewerber- und Beschäftigtendaten, PersR 1996, S. 261 ff.

42) Vgl. Schierbaum (Fn. 41), S. 262 m.w.N.

43) Vgl. hierzu ausführlich: Schierbaum (Fn. 41), S. 262 f.; vgl. aktuell zur Befragung von Schülern: Obergerverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss v. 28. 2. 2000, PersR 2001, S. 48 ff.

44) Vgl. BAG v. 22. 10. 1986, RDV 3/87, S. 129 ff.; Bergmann/Möhrle/Herb (Fn. 7), § 28 Rn. 23.

45) Die Literatur zum Thema ist kaum noch zu überblicken; vgl. für viele: Simitis, Zur Mitbestimmung bei der Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten, RDV 1989, S. 49 ff. m.w.N.

46) 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.

geeignet ist, und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitgeber dieses beabsichtigt und die durch die Überwachung gewonnenen Daten auch auswertet. 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 Dienststelle und Personalrat** 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 Ziel festgelegt werden, bestehen bei der Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen Gestaltungsspielräume, die durch Mitbestimmung ausgefüllt werden können<sup>47)</sup>.

#### 5.4 Dienstvereinbarungen

Personalräte sollten ihr Mitbestimmungsrecht nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG nicht durch bloße Zustimmung wahrnehmen (auch wenn die Dienststellen diesen Weg gehen wollen), sondern sollten die Verarbeitungsbedingungen im Rahmen von **Dienstvereinbarungen** regeln. Der Abschluss einer solchen formellen Vereinbarung ist vor allem deshalb geboten, weil eine Regelung über die Begrenzung bestehender Überwachungsmöglichkeiten dauerhafte Verbindlichkeit nur dadurch erlangen kann, wenn sie zum Inhalt von Dienstvereinbarungen gemacht wurde<sup>48)</sup>. Eine Dienstvereinbarung sollte zum einen Transparenz über den Umfang der Datenverarbeitung gewährleisten und zum anderen die Verarbeitung personenbezogener Daten auf das erforderliche Minimum beschränken. Das heißt, dass in einer Dienstvereinbarung eine abschließende Festschreibung der eingesetzten Hard- und Software, der gespeicherten personenbezogenen Daten, der Auswertungen mit Verteiler, der Schnittstellen, der zugriffsberechtigten Personen und der Lösungsfristen erfolgen muss.

Die Inhalte einer Dienstvereinbarung betreffen unmittelbar den Aufgabenbe-

reich des bDSB, denn eine Dienstvereinbarung ist eine andere Rechtsvorschrift zum Datenschutz im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG, auf deren Einhaltung der bDSB hinzuwirken hat. Zudem hat er auf die Einhaltung der Mitbestimmungsrechte zu achten, denn unter Verletzung der Beteiligungsrechte des Personalrats durchgeführte Datenverarbeitung ist nicht kollektiv- sondern auch individualrechtlich unzulässig. Werden personenbezogene Daten ohne Mitbestimmung des Personalrats erhoben und verarbeitet, muss der bDSB auf die Beendigung der rechtswidrigen Vorgänge und auf die Löschung der Daten hinwirken.

## 6. Personalrat und behördlicher Datenschutzbeauftragter

Der Stellenwert des Schutzes der Persönlichkeitsrechte würde erheblich gestärkt, wenn der Personalrat und der bDSB im Rahmen des Beschäftigten-Datenschutzes **zusammenarbeiten**. Diese mögliche Zusammenarbeit wurde in der Vergangenheit jedoch „überschattet“ durch die Diskussion, ob der betriebliche Datenschutzbeauftragte den Betriebsrat kontrollieren darf. Mit der Verpflichtung zur Bestellung eines behördlichen Datenschutzbeauftragten im öffentlichen Bereich des Bundes und der Länder ist diese Diskussion aus dem betrieblichen Bereich auch für den öffentlichen Bereich von Bedeutung.

### 6.1 Zwei Institutionen für eine Aufgabe

Der behördliche Datenschutzbeauftragte ist verpflichtet, auf die Umsetzung und Einhaltung des BDSG und anderer datenschutzrechtlicher Vorschriften hinzuwirken. Der Personalrat hat seinerseits nach § 68 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG die Einhaltung des BDSG zu überwachen. Daneben wird er über die Mitbestimmungsrechte nach § 75 Abs. 3 Nr. 8 BPersVG und § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG darauf hinwirken, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Beschäftigten geschützt und gefördert wird. So besteht zwischen den Aufgaben des Personalrat und den Aufgaben des behördlichen Datenschutzbeauftragten eine starke Verzahnung.

### 6.2 Mögliche Zusammenarbeit

Durch die Ähnlichkeit der Aufgaben des behördlichen Datenschutzbeauftragten und des Personalrats drängt sich eine Zusammenarbeit förmlich auf. Weder das BPersVG noch das BDSG enthalten jedoch Regelungen über das Verhältnis von Personalrat und Datenschutzbeauftragten. Für den Bereich der Privatwirtschaft wird überwiegend angenommen, dass die Interessenvertretung (Betriebsrat) und Datenschutzbeauftragter wegen der gleichgelagerten Aufgaben beim Arbeitnehmer-Datenschutz zusammenarbeiten, insbesondere sich informieren und beraten sollten. Dabei wird das **Gebot der Zusammenarbeit** richtigerweise nur als **Empfehlung** vorgeschlagen<sup>49)</sup>.

Im Rahmen einer konsequenten Anwendung der Datenschutzvorschriften gehört eine Beratung der Interessenvertretung zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten. Dieses ersetzt jedoch nicht in jedem Fall die Hinzuziehung eines Sachverständigen nach § 44 Abs. 1 BPersVG bzw. für Betriebsräte nach § 80 Abs. 3 BetrVG<sup>50)</sup>.

### 6.3 Gegenseitige Kontrolle

Die Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten ist sehr umstritten. Dieses gilt in gleicher Weise für den Personalrat und den behördlichen Datenschutzbeauftragten. Dieser Punkt ist jedoch durch die **Rechtsprechung des BAG**<sup>51)</sup> vom 11. 11. 97 weitgehend **geklärt** worden ist.

In der Literatur bestehen/bestanden 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 geforder-

47) Vgl. Gola (Fn. 34), S. 99; Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., 1998, § 87 Rn. 570.

48) Vgl. Gola (Fn. 34), S. 95.

49) Vgl. Schierbaum/Kiesche (Fn. 27), S. 158; Däubler/Klebe/Wedde (Fn. 2), § 37 Rn. 25; Schuhr/Schierbaum, Betrieblicher Datenschutzbeauftragter – Partner oder Handlanger? Computerinformation 1993, S. 21 ff.; Cola (Fn. 34), S. 94 ff.

50) Vgl. Schierbaum, Sachverständiger des Betriebsrats nach § 80 Abs. 3 BetrVG, AiB 1996, S. 217 ff.

51) Vgl. BAG, Beschluss v. 11. 11. 1997, Datenschutz und Datensicherheit 1998, S. 227 ff. = Computer und Recht 1998, S. 328 ff.



ten Schutzvorkehrungen. Auch die von Betriebsräten geäußerte Befürchtung, dass der Arbeitgeber sich über den Datenschutzbeauftragten Information über die Betriebsratsarbeit beschaffe, sei schon deshalb unbegründet, da der Datenschutzbeauftragte wegen seiner Unabhängigkeit und Schweigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber diesem auch keine Angaben machen dürfe, die die Arbeit des Betriebsrates beeinträchtigen<sup>52)</sup>.

Auf der anderen Seite wird von einem großen Teil der Literatur<sup>53)</sup> eine Kontrolle zu Recht abgelehnt, da der Betriebsrat seine Aufgaben eigenständig und unabhängig wahrnehmen können muss. Die Befürworter des Kontrollrechts haben sehr frühzeitig die Argumente für eine Ablehnung selbst geliefert, indem sie auf die Gefahr hinwiesen, dass dieses Kontrollrecht zum „Einfallstor für die Versorgung des Arbeitgebers mit ihm sonst nicht zugänglichen Informationen wird“.<sup>54)</sup> Da dieses vom Betriebsverfassungsgesetz im Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gerade nicht gewollt sei, sei eine derartige Einflussnahme auf die Tätigkeit des Betriebsrats als nicht zulässig anzusehen.

Die Diskussion ist vorerst durch den bereits angesprochenen BAG-Beschluss beendet worden, da das BAG eine Klärung herbeiführt, sich den Kontrollgegnern anschließt und u. a. feststellt, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte gegenüber dem Betriebsrat keine Kontrollbefugnis hat<sup>55)</sup>. Die Kontrollmaßnahmen des betrieblichen Datenschutzbeauftrag-

ten – so das BAG – sind dem Arbeitgeber zuzurechnen, denn bei dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten handelt es sich um den „verlängerten Arm“ des Arbeitgebers. Eine Unterwerfung des Betriebsrats unter die Kontrollbefugnis des betrieblichen Datenschutzbeauftragten würde damit einem Vertreter der Arbeitgeberseite Zugang zu grundsätzlich allen Dateien des Betriebsrats eröffnen ohne Rücksicht darauf, ob sie personenbezogene Daten enthalten oder nicht<sup>56)</sup>.

Das BAG macht aber gleichzeitig deutlich, dass eine Kontrolle des Betriebsrats durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten grundsätzlich nicht ausgeschlossen sein müsste. Vielmehr sind gesetzliche Regelungen denkbar, die das Verhältnis der beiden Akteure angemessen erfassen könnten. So wäre eine Kontrolle – nach Auffassung des BAG – durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten wohl dann unbedenklich, wenn der Betriebsrat bei der Bestellung und Abberufung ein Mitbestimmungsrecht hätte. Da dieses sowohl nach dem BetrVG als auch nach dem BPersVG nicht gegeben ist, ist eine entsprechende Kontrolle der Interessenvertretung auszuschließen<sup>57)</sup>.

Zudem stellt das BAG konsequenterweise fest, dass das BDSG auch für die Datenverarbeitung der Betriebsräte gilt. Das bedeutet, dass der Betriebsrat und auch der Personalrat eigenverantwortlich den Datenschutz „im Betriebs-/Personalratsbüro“ regeln und umsetzen muss. So wird die Interessenvertretung jedenfalls bei

größeren Gremien einen eigenen Datenschutzbeauftragten bestellen müssen<sup>58)</sup>.

Bruno Schierbaum  
BTQ Niedersachsen  
Donnerschweer Str. 84  
26123 Oldenburg  
E-Mail: schierbaum@btq.de

52) Vgl. v. Hoyningen-Heune, Datenüberwachung durch Betriebsrat und Datenschutzbeauftragter, Beilage zur Neuen Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht 1/85, S. 23 f.

53) Vgl. Schierbaum/Kiesche, (Fn. 27), S. 157 f.; FKHE (Fn. 35), § 1-Rn. 184; Däubler/Kittner/Klebe (Hg.) (DKK); Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl. 2000, § 94 Rn. 41; zum Meinungsstand insgesamt: BAG, Beschluss v. 11. 11. 1997 Datenschutz und Datensicherheit 1998, S. 228 f.

54) Vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, (Fn. 12), § 28 Rn. 144.

55) Vgl. BAG Beschluss v. 11. 11. 1997, Datenschutz und Datensicherheit 1998, S. 227; auf die nähere Begründung soll nicht ausführlich eingegangen werden, da dieses den Rahmen dieses Artikels sprengen würde.

56) Vgl. BAG, Beschluss v. 11. 11. 1997, Datenschutz und Datensicherheit 1998, S. 230.

57) Da in einigen Landespersonalvertretungsgesetzen bei der Bestellung und Abberufung des bDSB dem Personalrat ein Mitbestimmungsrecht eingeräumt wird, ist eine mögliche Kontrolle des Personalrats durch den bDSB unter Umständen anders einzuschätzen. Entsprechende Mitbestimmungsrechte gibt es z. B. nach § 74 Abs. 1 Nr. 3 HPersVG und § 67 Abs. 1 Nr. 9 NPersVG. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, wie die Verschwiegenheitspflicht des bDSB in den jeweiligen Landesdatenschutzgesetzen ausgestaltet ist. Vgl. hierzu: Woiber, Keine Kontrolle der Personalvertretung durch den behördeninternen Datenschutzbeauftragten, PersR 1998, S. 420 ff., der eine Kontrolle der Personalvertretung durch den bDSB ausschließt.

58) Vgl. hierzu: Böker, Des Betriebsrats eigener Datenschützer, Computer Fachwissen 1999, S. 30 ff.; DKK (Fn. 53), § 94 Rn. 43.