

sind, gegenüber ihren Kunden für infolge von Funktionsstörungen oder Hacking erlittene Verluste von Kryptowerten bis zum Marktwert der verlorengegangenen Kryptowerte haften.

Außerdem werden Regelungen normiert für den Betrieb einer Handelsplattformen für Kryptowerte (Art. 68 MiCA-VO-E), den Tausch von Kryptowerten gegen Nominalgeldwährung oder gegen andere Kryptowerte (Art. 69 MiCA-VO-E), die Ausführung von Aufträgen (Art. 70 MiCA-VO-E), die Platzierung von Kryptowerten (Art. 71 MiCA-VO-E), die Annahme und Übermittlung von Aufträgen für Dritte (Art. 72 MiCA-VO-E) und die Beratung zu Kryptowerten (Art. 73 MiCA-VO-E). Kapitel IV enthält Vorschriften für die Übernahme von Anbietern von Krypto-Dienstleistungen. Für neue Zulassungsvoraussetzungen siehe Ziffer o) bis r) in der Tabelle oben. Bemerkenswert im Hinblick auf Handelsplattformen ist, dass gem. Art. 68 Abs. 1 Buchst. h) MiCA-VO-E Kryptowerte mit eingebauter Anonymisierungsfunktion vom Handel durch die Betriebsvorschriften ausgeschlossen werden sollen. Dies kommt einem faktischen Handelsverbot von sog. Privacy-Coins wie z.B. Monero²¹ und Zcash²² gleich. Hintergrund ist vor allem Standards zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung einzuhalten.²³

IV. Fazit

Das Erbringen von Krypto-Dienstleistungen steht künftig auch kraft Unionsrechts unter Erlaubnisvorbehalt und ist

weitgehend aufsichtsrechtlich reguliert. Das von dem MiCA-VO-E vorgesehene Regime fügt sich insoweit in hierzulande bereits bestehende aufsichtsrechtliche Strukturen ein und ähnelt diesen in weiten Teilen. Dienstleister, vor allem Kryptoverwahrer, die bereits die Anforderungen nach dem KWG erfüllen, sind auf die Anforderungen der MiCA-VO gut vorbereitet und müssen je nach Umfang des Erlaubnisanspruches nur Kleinigkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Verhinderung von Marktmissbrauch, nachreichen, um auch eine Erlaubnis nach der MiCA-VO zu erlangen. Es bleibt abzuwarten, wie die finale Fassung der VO aussehen wird und ob sie wie geplant Anfang 2022 in Kraft tritt.²⁴ Insgesamt sehen sich Unternehmer und Kunden am Krypto-Markt jedoch zukünftig einem für Rechtssicherheit sorgenden Rahmen gegenüber.

21 Monero benutzt sog. »Ring-Signaturen« und »Stealth-Adressen«, um im Gegensatz zu Bitcoin bspw. komplett anonym Transaktionen zu ermöglichen. Vgl. <https://www.getmonero.org/resources/research-lab/> [25.01.2021].

22 Zcash nutzt das sog. »Zero-Knowledge-Proof-Verfahren«, um anonyme Transaktionen zu ermöglichen. Vgl. <https://z.cash> [25.01.2021].

23 Erwägungsgrund 8 des MiCA-VO-E; vgl. auch Grundsätze der FATF (2012–2019), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation FATF, Paris, Frankreich www.fatf-gafi.org/recommendations.html [25.01.2021].

24 Vgl. auch *Siadat* RdF 2021, 1, 2.

Digital HR

Überblick

With Great Power Comes Great Responsibility

Einige Überlegungen zur Haftung von Betriebsräten für Verstöße gegen die DSGVO

Rechtsanwalt Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M. (Suffolk University Law School)/Rechtsanwalt Tobias Vößing, Frankfurt am Main*

Der als *Peter Parker Principle* populär gewordene Satz vom Zusammenhang von Macht und Verantwortung ist wesentlich älter als *Stan Lees Spider Man*. Er ist wohl (mindestens) schon biblischen Ursprung (vgl. Lk 12,48) und im Spannungsfeld von Betriebsverfassung und Datenschutz aktueller denn je: Nur vor Geltung der DSGVO schien noch alles klar geregelt – die Arbeitgeberin war als datenschutzrechtlich verantwortliche Stelle auch alleinige Verantwortliche bei Verstößen und deren bußgeld- sowie sogar strafbewehrten Folgen. Für Betriebsräte galt grundsätzlich ein, von der Rechtsprechung abgesehenes, Prinzip der datenschutzrechtlichen Unverantwortlichkeit. In unserem Beitrag zeigen wir, dass sich die Situation seit der DSGVO geändert hat und welche praktischen Konsequenzen sich für Arbeitgeber:innen und Betriebsräte jetzt ergeben.

I. Einleitung

Die Unabhängigkeit des Betriebsrats von der Arbeitgeberin ist ein tragendes Strukturprinzip der Betriebsverfassung. Nach der BAG-Rechtsprechung ist sogar der die Betriebsparteien bindende Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit¹ u.a. auf diesem Strukturprinzip gegründet: Die Beteiligung

des Betriebsrats an Entscheidungen der Arbeitgeberin baut nach den Vorgaben des BetrVG auf einem Interessengegensatz auf. Der Betriebsrat vertritt die Interessen der Belegschaft gegenüber der Arbeitgeberin.² Die Betriebsverfassung ist darauf angelegt, die sich aus diesem Interessengegensatz ergebenden Konflikte zu kanalisieren und beizulegen.³ Die rechtliche Pflicht von Arbeitgeberin und Betriebsrat zur vertrauensvollen Zusammenarbeit setzt diese auch als Interessenpolarität bezeichnete Situation sogar voraus. In ständiger Rechtsprechung stellt das BAG daher fest: Mit der vom BetrVG geforderten Eigenständigkeit des Betriebsrats

* Dr. Jan Tibor Lelley ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei BUSE, Tobias Vößing ist Certified Data Privacy Professional (E) und dort Associate.

1 § 2 Abs. 1 BetrVG.

2 BAG 11.11.1997, 1 ABR 21/97, Rn. 35 f.; BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17, Rn. 47. Dazu und zu den dann nötigen angemessenen und spezifischen Datenschutzmaßnahmen nach § 22 Abs. 2 BDSG: *Lelley/Bruck* EWIR 2019, 569 f.

3 Vor allem durch die Einigungsstelle als innerbetrieblicher Konfliktlösungsmechanismus: § 76 BetrVG.

wären Kontrollrechte und Weisungsbefugnisse der Arbeitgeberin hinsichtlich der Ausübung des Betriebsratsamtes nicht vereinbar.⁴ Die autonome Interessenwahrnehmung des Betriebsrats mit dem Ziel des angemessenen Ausgleichs ist nur möglich, wenn Arbeitgeberin und Betriebsrat unabhängig voneinander ihre Meinung bilden und dann agieren – das gilt nicht nur, aber insbesondere, bei Vorgängen und Sachverhalten mit datenschutzrechtlicher Implikation,⁵ und durch dieses Strukturprinzip der Betriebsverfassung, durch die autonome Interessenwahrnehmung, wächst Betriebsräten große, auch datengestützte, Macht zu. Fast alle Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen⁶ und personellen⁷ Angelegenheiten werden durch personenbezogene Daten getrieben – Bewerbungsunterlagen, Entgeltlisten, Daten zu persönlichen und Familienverhältnissen. In vielen Fällen werden es sogar besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO sein.⁸ Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass Betriebsräte auch selber personenbezogene Daten erheben.⁹ Hier sind auch schon schwerste Datenschutzverstöße bekannt geworden, die zur gerichtlichen Auflösung des Gremiums führten.¹⁰ Welche Verantwortung ergibt sich nun für Betriebsräte aus der Datenmacht, die sie haben?

II. Die Rechtslage prä-DSGVO

Vor Einführung der DSGVO¹¹ war mit der Rechtsprechung des BAG klar: Der Betriebsrat war mangels Rechtsfähigkeit kein datenschutzrechtlich Verantwortlicher.¹² Er war lediglich als Teil der verantwortlichen Stelle¹³ verpflichtet, den Datenschutz innerhalb seines Verantwortungsbereichs durch geeignete Maßnahmen selbstständig zu gewährleisten.¹⁴ Sogar eine Kontrolle der Datenschutz-Compliance des Betriebsrates durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten lehnte die Rechtsprechung ab.¹⁵ So wurde innerhalb der Betriebs- und Unternehmensorganisation der Arbeitgeberin eine kontrollfreie Zone geschaffen. Denn auch die Arbeitgeberin sollte, nach dem betriebsverfassungsrechtlichen Strukturprinzip der autonomen Interessenwahrnehmung, den Betriebsrat auch mit Blick auf die Datenschutz-Compliance nicht überwachen dürfen.¹⁶ Die mangelnde Überwachungsbefugnis sogar des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Betriebsrat wurde durch die Rechtsprechung mit einer Abhängigkeit des Datenschutzbeauftragten von der Arbeitgeberin begründet. Denn der stünde »mit beiden Beinen im Lager des Arbeitgebers.«¹⁷ Den sich hier ergebenden Widerspruch mit dem Abberufungs- und Kündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten auch schon im BDSG a.F.,¹⁸ der sogar dem sehr starken betriebsrätlichen Kündigungsschutz¹⁹ ähnelte, vermochte die Rechtsprechung bis zuletzt nicht aufzulösen.

III. Die Rechtslage jetzt

1. Die Entwicklung der Rechtsprechung – alles offen?

Mit Geltung der DSGVO haben sich die Spielregeln geändert: Nicht nur, weil aufgrund der unmittelbaren Geltung²⁰ dieser EU-Verordnung die Wertung des EuGH von gesteigert bzw. einziger Bedeutung ist, sondern auch deshalb, weil die DSGVO den Begriff des Verantwortlichen legaldefiniert: Nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist Verantwortlicher, wer »allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet«. Seit Einführung der DSGVO ist die Frage unbeantwortet, ob die Rechtsprechung des BAG zur Verantwortlichkeit des Betriebsrats

unverändert fortbestehen kann. Das BAG hat die Einstufung des Betriebsrats als datenschutzrechtlich Verantwortlichen bislang offengelassen.²¹ Die Instanzgerichte entschieden bisher unterschiedlich.²² Auch hat sich bisher weder die Datenschutzkonferenz des Bundes und der Länder (DSK) noch der europäische Datenschutzausschuss hierzu positioniert.²³ Wichtig ist für die Auslegung des Begriffs der datenschutzrechtlichen Verantwortung unter der DSGVO die Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH judiziert schon seit Jahren eine weite Auslegung dieses Begriffs, um durch diese weite Definition einen wirksamen und umfassenden Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten.²⁴ Die deutschen Gerichte werden sich diesen Vorgaben aus Luxemburg nicht dauerhaft entziehen können. Europarechtlich trifft ein einzelstaatliches Gericht, dessen Entscheidung nicht mehr angefochten werden kann, eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH, wenn es um die Auslegung der DSGVO geht.²⁵ Wenn ein deutsches Gericht gegen die Vorlagepflicht verstößt, verletzt es das verfassungsmäßige Recht des klageführenden Betroffenen auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.²⁶

2. Meinungen in der Literatur – alles geht noch?

Wie also ist umzugehen mit Datenschutzverstößen in der Sphäre des Betriebsrats? Und noch wichtiger: Wie haben sich Arbeitgeber und Betriebsrat im Umgang mit personenbezogenen Daten einzurichten, was darf und was muss der Arbeitgeber im Umgang mit dem Betriebsrat kontrollieren? Solange weder Rechtsprechung noch Behörden Rechtssicherheit schaffen, können die Betriebsparteien durch den Abschluss von entsprechenden Betriebsvereinbarungen eine entsprechende Rechtsgrundlage verhandeln.²⁷ Zur Beantwortung der Frage nach datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit aber bedarf es der Betrachtung des Sinn und Zwecks von Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Dieser liegt im Wesentlichen darin, dass dem Betroffenen, des-

4 BAG 23.06.1983, 6 ABR 65/80, Rn. 23; LAG Köln 19.07.2019, 9 TaBV 125/18, Rn. 39; vgl. auch BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17, Rn. 47.

5 BAG 11.11.1997, 1 ABR 21/97, Rn. 36; BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17, Rn. 47.

6 §§ 87 ff. BetrVG.

7 §§ 92 ff. BetrVG.

8 Besonders hervor stechen hier die Kategorien »ethnische Herkunft« und »Gesundheitsdaten«.

9 *Maschmann* NZA 2020, 1207.

10 ArbG Iserlohn 14.01.2020, 2 BV 5/19 (nicht rechtskräftig).

11 Nach ihrem Art. 99 Abs. 2 gilt die DSGVO seit dem 25.05.2018.

12 Vgl. *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 640b.

13 § 3 Abs. 7 BDSG a.F.

14 BAG 11.11.1997, 1 ABR 21/97.

15 BAG 11.11.1997, 1 ABR 21/97, Rn. 34.

16 BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17, Rn. 47.

17 So die plastische Formulierung von *Maschmann* NZA 2020, 1207, 1208.

18 § 4 f Abs. 3 S. 4, 5, 6 BDSG.

19 § 15 Abs. 1 KSchG, § 103 Abs. 1 und 2 BetrVG.

20 Art. 288 Abs. 2 Satz 2 AEUV.

21 BAG 07.05.2019, 1 ABR 53/17; BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17.

22 Für die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsrats: LAG Sachsen-Anhalt 18.12.2018, 4 TaBV 19/17, Rn. 37; dagegen: Hess. LAG 10.12.2018, 16 TaBV 130/18, Rn. 32.

23 Protokoll der 99. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) am 12.05.2020, S. 5.

24 EuGH 10.07.2018, C-25/17 – Zeugen Jehovas, Rn. 66; EuGH 05.06.2018, C-210/16 – Facebook Fanpage, Rn. 28; EuGH 13.05.2014, C-131/12 – Google Spain, Rn. 34.

25 Art. 267 Abs. 3 AEUV.

26 Erst jüngst wieder BVerfG 14.01.2021, 1 BvR 2853/19, zur unzulässigen Auslegung von Art. 82 DSGVO durch das AG Goslar.

27 Art. 88 Abs. 2 DSGVO, § 26 Abs. 4 BDSG.

sen Daten verarbeitet werden, ein Adressat zur Ausübung seiner Rechte zur Verfügung steht.²⁸ Im Kern kommt es darauf an, ob der Betriebsrat über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung selbst entscheidet. Diese Entscheidungskompetenz ist das insoweit bestimmende Tatbestandsmerkmal des Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Hierzu gehen die Meinungen des Schrifttums auseinander, wobei eine Mehrheit wohl der Auffassung folgt, dass der Betriebsrat kein Verantwortlicher im Sinne der DSGVO ist.²⁹ Aber auch die gegenteilige Ansicht, dass der Betriebsrat sehr wohl als Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO in Betracht komme, lässt mit nachvollziehbaren Argumenten aufwarten.³⁰ Und eine prominente Landesdatenschutzbehörde hat sich schon bejahend zur datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsrats geäußert.³¹ In Bezug auf den Wortlaut der Norm und die Subsumtion sind die Argumente vielfältig ausgetauscht: So spreche gegen eine Verantwortlichkeit des Betriebsrats im Wesentlichen, dass dieser nicht autonom, sondern lediglich innerhalb der von der Betriebsverfassung vorgegebenen Zwecke entscheide.³² Die Mittel seien außerdem nur diejenigen, die dem Betriebsrat vom Arbeitgeber überlassen sind.³³ Die Gegenargumente sind allerdings nicht von der Hand zu weisen: Denn die Betriebsverfassung gibt zwar den gesetzlichen Rahmen für das Handeln des Betriebsrats vor, der Betriebsrat verarbeitet die Beschäftigtendaten aber im Kern für sich selbst und gerade nicht für den Arbeitgeber – vor allem dort, wo es um originäre Mitbestimmungsrechte geht.³⁴ In Bezug auf die Mittel entscheide der Betriebsrat autonom, welche er verwende – bspw., ob das Gremium Daten in eine Excel-Tabelle eintrage oder die Aufzeichnungen handschriftlich führe.³⁵ Einigkeit besteht insoweit, dass der Betriebsrat in seinem Tätigkeitsbereich immer auch an datenschutzrechtliche Bestimmungen gebunden ist.³⁶ Die Beurteilung, ob der Betriebsrat über die Zwecke und Mittel frei entscheidet, hängt demnach von der Vorfrage ab, ob es ausreicht, dass lediglich zwischen begrenzten Optionen gewählt wird, oder ob ein Entscheiden über Zweck und Mittel völlige Wahlfreiheit voraussetzt. Hier hilft der Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 DSGVO nicht weiter, es bedarf daher der Auseinandersetzung mit anderen Auslegungsmitteln. Während die Erwägungsgründe der DSGVO zu vielen anderen Begriffen, die Art. 4 DSGVO definiert, weitere Erläuterungen bieten, lässt sich zum Terminus des Verantwortlichen hier kein Erkenntnisgewinn ziehen.

3. Beurteilung nach dem Sinn und Zweck des Art. 4 Nr. 7 DSGVO

Insofern ist die Beurteilung nach dem Sinn und Zweck der Norm heranzuziehen. Damit steht die plastische Frage im Vordergrund: Warum bedarf es eines klar benannten Verantwortlichen? Soweit der Verantwortliche, außer im Rahmen der Begriffsbestimmungen,³⁷ in der DSGVO benannt ist, bezieht sich dies stets auf den Verantwortlichen als Adressat von Pflichten.³⁸ Diese hat der Verantwortliche gegenüber dem Betroffenen oder zum Schutze des Betroffenen zu erfüllen. Zweckrichtung kann daher nur sein, der betroffenen Person hinreichenden Schutz zu gewähren.³⁹ Die Betrachtung der Auskunfts- und Informationsrechte aus Art. 12 ff. DSGVO wird die Abwägung zu keiner Seite entscheiden. Schließlich sollten Arbeitgeber und Betriebsrat gleichermaßen in der Lage sein, z.B. Auskunfts- und Löschpflichten nachzukommen. Auch die Erstellung eines Verarbeitungsverzeichnisses oder eines Löschkonzepts wäre dem Betriebsrat zuzumuten. Ob die Verantwortlichkeit des Betriebsrats konsequenter

Weise auch die Benennung eines eigenen Datenschutzbeauftragten zur Folge hat,⁴⁰ kann hier noch für die Beurteilung dahingestellt bleiben; schließlich hätte dieser Umstand keine unmittelbaren Konsequenzen für den Betroffenen.

4. Die Haftungsfrage ist entscheidend

Zuspitzend kommt es darauf an, in welcher Konstellation die Haftung für Verstöße am umfassendsten gewährleistet ist. Das hat gleichsam auch Auswirkungen auf den Schutz der personenbezogenen Daten. Der Betriebsrat kommt als Adressat von Betroffenenrechten und ggf. behördlichen Maßnahmen in Betracht. Dafür, dass das Gremium auch Adressat von Bußgeldern sein könnte, besteht kein Spielraum.⁴¹ Der Betriebsrat als solcher ist infolge nur partieller Rechtsfähigkeit kein tauglicher Haftungsadressat.⁴² Insofern ist die Frage berechtigt, ob daher nicht die Mitglieder des Betriebsrats – statt des Betriebsrats als Gremium – selbst als datenschutzrechtlich Verantwortliche gelten müssen.⁴³ Dies ist relevant in den Fällen, in denen der Betriebsrat eigenständig und frei von den Weisungen der Arbeitgeberin entscheidet. Hier könnten sich unter Umständen deshalb Schutzlücken für die Haftung auf-tun, weil die Arbeitgeberin dann als Haftungsadressatin auf jeden Fall ausfällt.⁴⁴ In der Konsequenz bedeutet dies, dass das einzelne Betriebsratsmitglied persönlich haftet, wenn die konkrete Maßnahme nicht auf Anweisung bzw. im Rahmen der Zweckbindung der Arbeitgeberin vollzogen wurde. Betroffen sind alle Tätigkeiten der Betriebsratsarbeit nach § 37 BetrVG, insbesondere wenn Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte ausgeübt wurden. Denn nur dieses Verständnis kann der autonomen Interessenwahrnehmung durch den Betriebsrat als Strukturprinzip der Betriebsverfassung genügen.⁴⁵ Gegen diese

28 Schwartmann/Mühlenbeck in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DSGVO/BDSG, Art. 4 Nr. 7 DSGVO, Rn. 128 f.

29 Z.B. Thüsing/Granetzny, Beschäftigtendatenschutz, 3. Aufl. 2021, § 20 Rn. 95 ff.; Bonanni/Niklas ArbRB 2018, 371, 373; Fuhrott NZA 2019, 649, 651; Pöters/Hansen ArbR 2020, 193, 195; Stück ZD 2019, 256, 258; Wybitul ZD 2018, 1.

30 Z.B. Maschmann NZA 2020, 1207, 1215; Brink/Joos NZA 2019, 1395, 1399.

31 Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2018, S. 37 f.

32 Althoff ArbR 2018, 414, 416; Brahms/Möble ZD 2018, 570, 571.

33 Jung/Hansch ZD 2019, 143, 146.

34 Schulze/Helmrich ArbR 2020, 253.

35 Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Baden-Württemberg, Tätigkeitsbericht 2018, S. 37.

36 BAG 07.05.2019, 1 ABR 53/17, Rn. 45; Staben ZfA 2020, 287; Stück ZD 2019, 256, 258; Lücke NZA 2019, 658, 659; Kleinebrink DB 2019, 2577; Kurzböck/Weinbeck BB 2018, 1652.

37 Art. 4 DSGVO. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Aufzählung in Art. 4 Nr. 7 DSGVO in einer anglo-amerikanischen Rechtstradition steht, s. Maschmann NZA 2020, 1207, 1210. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis werden Legaldefinitionen oft durch Regelbeispiele erläutert, s. Levi, Introduction to Legal Reasoning, S. 28; vgl. zur Vergleichsfallmethode des EuGH: Möllers, Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 72.

38 Hartung in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 4 Nr. 7 DSGVO Rn. 1.

39 Schwartmann/Mühlenbeck in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DSGVO/BDSG, Art. 4 Nr. 7 DSGVO Rn. 128 f.

40 Bejahend Brink/Joos NZA 2019, 1395, 1398.

41 Däubler, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 640 f.; a.A. Brahms/Möble, ZD 2018, 570.

42 BAG 24.04.1986, 6 AZR 607/83.

43 Maschmann NZA 2020, 1207, 1211.

44 Kleinebrink DB 2018, 2566, 2567.

45 Vgl. BAG 11.11.1997, 1 ABR 21/97, Rn. 36; BAG 09.04.2019, 1 ABR 51/17, Rn. 47.

Lösung spricht auch nicht ein Vergleich zur Haftung des jeweiligen Arbeitnehmers. Arbeitnehmer:innen haften, jedenfalls nach Stellungnahme der Datenschutzkonferenz, nur im Falle eines Datenschutzverstößes, der bei verständiger Würdigung nicht dem Kreis der unternehmerischen Tätigkeit der Arbeitgeberin zugerechnet werden kann.⁴⁶ Es soll sich um eine sog. Exzess-Haftung handeln.⁴⁷ Die datenverarbeitende Betriebsrats-tätigkeit ist aber gerade nicht dem Kreis der unternehmerischen Tätigkeit der Arbeitgeberin zuzurechnen. Sie ist vielmehr tragender Teil der autonomen Interessenwahrnehmung durch den Betriebsrat. Denn nur die Verarbeitung personenbezogener Daten, oft in Form der Verwendung i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO, ermöglicht die Durchführung der Aufgaben des Betriebsrats.⁴⁸ Die Haftung einzelner Betriebsratsmitglieder für datenschutzrechtliche Verstöße in der Betriebsratsarbeit ist auch aus Sicht der Betroffenen nicht nachteilig: Betriebsratsmitglieder als natürliche Personen können Adressaten von Schadensersatzansprüchen und Bußgeldbescheiden sein.⁴⁹ Das war auch schon vor der Geltung der DSGVO so.⁵⁰ Das seit dem Inkrafttreten der DSGVO geltende Regime weist der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit einen anderen Stellenwert zu. Die datenschutzrechtlich Verantwortlichen nach Art. 24 DSGVO sind rechenschaftspflichtig nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Wenn aber schon vor der Geltung dieser Neuregelung datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit eine Haftung von Betriebsratsmitgliedern nicht ausgeschlossen war – warum sollte sich das seit der Geltung der DSGVO geändert haben? Wie aus Art. 88 DSGVO und § 26 BDSG ersichtlich, kennt das Datenschutzrecht keine Haftungsprivilegierung für Betriebsräte. Mit der Rechtsprechung des EuGH ist vielmehr von einem tatbestandlich weiten Begriff der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit auszugehen,⁵¹ und auch nach den Vorgaben des deutschen Betriebsverfassungsrechts dürfen Betriebsräte gem. § 78 Satz 2 BetrVG nicht wegen ihrer Tätigkeit begünstigt werden. Daher kommt es auch auf das Argument der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats nicht mehr an. Schadensersatz und Bußgelder, die wohl leerliefen, richteten sie sich gegen das Betriebsratsgremium, treffen das einzelne Betriebsratsmitglied im Rahmen der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit. Dieses hat natürlich die Möglichkeit, sich zu enthaften: Denn evtl. kann sich das betreffende Mitglied bzw. können sich mehrere Mitglieder darauf berufen, gegen den, das Datenschutzrecht verletzenden, Betriebsratsbeschluss gestimmt zu haben, aber vom Rest der Mitglieder nach § 33 Abs. 1 BetrVG überstimmt worden zu sein. Damit könnte dann der Nachweis des Art. 82 Abs. 3 DSGVO erfüllt sein (Nachweis der Nichtverantwortlichkeit).⁵² Und als natürliche Personen können sich Betriebsratsmitglieder auf das in der DSGVO zum Bußgeldverfahren festgeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip berufen; danach soll statt einer Geldbuße eine Verwarnung erteilt werden, wenn die natürliche Person durch die Geldbuße unverhältnismäßig belastet wäre.⁵³

III. Konsequenzen für die Praxis

Aus der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der Betriebsräte ergeben sich folgende Konsequenzen:

- Betriebsräte trifft die Grundpflicht nach Art. 24 Abs. 1 DSGVO, den Datenschutz durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen für die von ihnen verarbeiteten Beschäftigtendaten sicherzustellen.
- Es sind die von Art. 30 DSGVO vorgeschriebenen Verarbeitungsverzeichnisse zu führen.

- Im Falle der Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 Abs. 1, 2 DSGVO ist eine Datenschutz-Folgeabschätzung durchzuführen. Das wird nach Art. 35 Abs. 3 Buchst. b) DSGVO besonders bei Gesundheitsdaten der Fall sein – etwa im Zusammenhang mit dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement und Präventionsverfahren nach § 167 Abs. 2 SGB IX.
- Die Informations- und Auskunftspflichten aus Art. 12 bis 15 DSGVO sind zu erfüllen. Hier ergeben sich schnell Parallelen zu bekannten Tätigkeitsbereichen des Betriebsrats, z.B. die Entgegennahme von Beschwerden durch den Betriebsrat nach § 85 Abs. 1 BetrVG oder von Auskunftsverlangen durch Beschäftigte nach § 14 Abs. 1 EntgTransG.⁵⁴
- Betriebsräte werden auch selber Datenschutzbeauftragte nach Art. 37 DSGVO bestellen müssen. Diese Pflicht kann sich einmal aus der Größe des Gremiums ergeben, mit dem einschlägigen Schwellenwert von 20 Personen gem. § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Viel wichtiger für die Betriebsratspraxis ist aber die verpflichtende Bestellung bei der Verarbeitung von Daten, die einer Datenschutz-Folgeabschätzung unterliegen, § 38 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Hier sind wieder die besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 35 Abs. 3 Buchst. b) i.V.m. Art. 9 Abs. 1 DSGVO einschlägig. Betriebsräte werden gemäß dem Gebot der Kostenschonung, das sich aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ergibt,⁵⁵ mit der Arbeitgeberin die Bestellung eines gemeinsamen betrieblichen Datenschutzbeauftragten vereinbaren. Im Bereich der öffentlichen Verwaltung der Länder ist das teilweise bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten durch die Personalvertretung de lege lata schon vorgesehen.⁵⁶

Das Erstellen von Verarbeitungsverzeichnissen, die Durchführung einer Datenschutz-Folgeabschätzung und das Erfüllen von Informations- und Auskunftspflichten wird sogar unabhängig von der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsrates für erforderlich gehalten.⁵⁷ Die sich aus diesen Punkten ergebenden, organisatorischen Maßnahmen zur Sicherheit der Verarbeitung personenbezogener Daten sind nach den Vorgaben des Art. 32 DSGVO umzusetzen.⁵⁸

46 Entschließung der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) am 03.04.2019.

47 Vgl. *Ambrock* ZD 2020, 493.

48 Siehe nur § 80 Abs. 2 BetrVG (Allgemeine Aufgaben) oder § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG (Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen) oder § 102 Abs. 1 BetrVG (Mitbestimmung bei Kündigungen). Zu den datenschutzrechtlichen Implikationen von betriebsrätlichen Auskunftsansprüchen: *Lelley/Bruck/Yildiz* BB 2018, 2164, 2170.

49 Vgl. zum Gleichlauf von datenschutz- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit: *Klaas* ZdiW 2021, 31, 34.

50 *Brink/Joos* NZA 2019, 1395, 1397.

51 EuGH 10.07.2018, C-25/17 – Zeugen Jehovas, Rn. 66; EuGH 05.06.2018, C-210/16 – Facebook Fanpage, Rn. 28; EuGH 13.05.2014, C-131/12 – Google Spain, Rn. 34.

52 So auch *Brink/Joos* NZA 1395, 1397; *Kurzböck/Weinbeck* BB 2020, 500, 502.

53 DSGVO, Erwägungsgrund 148 S. 2.

54 Vgl. *Maschmann* NZA 2020, 1207, 1211.

55 Vgl. *Fitting*, BetrVG, 30. Aufl. 2020, § 40 Rn. 10.

56 § 80 Abs. 1 ThürPersVG.

57 *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 8. Aufl. 2019, Rn. 641 ff.

58 Vgl. *Diercks* ZdiW 2021, 21 ff., wo diese Maßnahmen zu Recht als »Must-Have« der Haftungsminimierung vorgestellt werden.

IV. Fazit

Zur autonomen, von Einflussnahme und Weisungen der Arbeitgeberin freien, Interessenwahrnehmung des Betriebsrats kommt nun auch eine angemessene datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit. Diese betrifft die Mitglieder des Gremiums, nicht den Betriebsrat selber. Denn dieser kann als nur teilrechtsfähiges, vermögensloses Organ der Betriebsverfassung nicht Adressat von Schadenersatzansprüchen und Bußgeldern sein. Das ist bei einzelnen Betriebsratsmitgliedern anders, sie sind natürliche Personen und können sich daher schadenersatzpflichtig und haftbar machen. Das wird der hervorgehobenen Stellung der Betriebsräte und ihres weisungs- und kontrollfreien Verarbeitens von personenbezogenen Beschäftigten Daten gerecht. Damit ist, nach Luhmann, Verantwortlichkeit spezifiziert, anders lässt sich die Isolierung von Problemen durch Verfahren nicht erreichen.⁵⁹

Der Gesetzgeber kommt – leider – mit seinem aktuellen Referenten-Entwurf eines § 79a BetrVG zu einem anderen

Ergebnis.⁶⁰ Denn nach § 79a S. 2 Ref-E BetrVG soll der Arbeitgeber der für die Verarbeitung Verantwortliche im datenschutzrechtlichen Sinne für die Datenverarbeitungen des Betriebsrats sein. Bleibt zu hoffen, dass die hier und an anderer Stelle vorgenommen kritischen Überlegungen⁶¹ den Gesetzgeber zu einer Änderung oder Streichung des Satz 2 im weiteren Gesetzgebungsverfahren veranlassen.

⁵⁹ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 10. Aufl. 2017, S. 129 f.

⁶⁰ Referentenentwurf des BMAS »Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und zur Stärkung der Betriebsräte« v. 21.12.2020; <https://kurzelinks.de/ie1d> [15.03.2021].

⁶¹ Pilz, »Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums: Betriebsrat nicht datenschutzrechtlich verantwortlich, aber irgendwie doch...« in: De Lege Lata, Artikel v. 22.12.2020, <https://kurzelinks.de/z2sq> [15.03.2020]; Stellungnahme der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V., Bonn, zum nach dem Referentenentwurf für ein Betriebsrätestärkungsgesetz geplanten § 79a BetrVG-E (Datenschutz) v. 11.02.2020; <https://kurzelinks.de/pm4j> [15.03.2020].

Querschnitt

Überblick

Digitalisierung und Zugang zum Recht

Die Bundesrechtsanwaltskammer und das Dilemma der Selbstreferentialität

Rechtsanwalt Professor Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ., Düsseldorf*

I. Ein großes Thema und ein kleines Positionspapier

1. Vorbemerkung

»Wenn die BRAK sich zum anwaltlichen Berufsrecht äußert, dann geht das meistens nicht gut aus.«¹ Wenn ein Autor diese resignative Erkenntnis gleich zwei in kurzem Abstand erscheinenden Aufsätzen voranzustellen für richtig hält, ist das dann Insolenz, Indolenz oder doch nur Reflex seines Generalthemas, der Positionierung der BRAK im berufspolitischen Diskurs? Letzteres soll hier am Zukunftsthema Digitalisierung gezeigt werden.

Das hier zu behandelnde »Positionspapier der Bundesrechtsanwaltskammer« vom Oktober 2020² kommt mit schneidigem Auftritt daher: »Keine Gewinnmaximierung auf Kosten des Verbraucherschutzes!« heißt es gleich nach der ersten Titelzeile »Digitalisierung und Zugang zum Recht«. »In no unclear terms«, wie es unsere kürzlich aus der EU ausgeschiedenen britischen Freunde formulieren würden, lässt »die BRAK« mit Ausrufezeichen wissen, was ihr als Kernaussage wichtig ist zu einem solch großen Thema. Wenn »die BRAK« zu sprechen scheint, lohnt es, genauer hinzuschauen, wer spricht – hier ist es das Präsidium der Bundesrechtsanwaltskammer (dazu II.).

2. Digitalisierung und »Core Values«

Das »in Deutschland bestehende System des Zugangs zum Recht« habe sich »bewährt« und sei »Vorbild« weltweit. Auf

dieser selbstbewussten, assertorischen Grundlage trifft das Positionspapier bemerkenswerte Aussagen, die seine Leser indes – wohlwollend formuliert – eher behutsam an das Titelthema heranführen, wenn überhaupt. Wer sich für das Verhältnis von Digitalisierung und Rechtszugang interessiert, wird auf der Suche nach Erkenntnisgewinn eher archäologisch voranschreiten müssen, wie im Folgenden anhand der Betrachtung der sechs Thesen des Positionspapiers zu zeigen sein wird.

a) Der Anwalt als »allumfassender« Gewährleistungsgarant

Hat *Diogenianos Grammatikos*, im 2. Jahrhundert n. Chr. Autor des berühmten *Allumfassenden Wörterbuchs* (Λέξις παντοδαπή), einen Apologeten im BRAK-Präsidium? These 1 betont jedenfalls, Aufgabe der Anwaltschaft sei es, »allumfassend den Zugang zum Recht und die Durchsetzung der Verbraucherrechte zu gewährleisten«. Dazu gehöre auch die

* Der Autor ist Partner von Hengeler Mueller in Düsseldorf. Er lehrt an der Freien und der Technischen Universität Berlin sowie der Hochschule Bonn-Rhein-Sieg und ist Direktor des Instituts für Regulierung und Governance in St. Augustin, Mitglied des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf, des Berufsrechts- und des Europa-Ausschusses des Deutschen Anwaltvereins und des Beirats der Law School der Universität St. Gallen. Er gibt hier allein seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Hartung/Uwer EuZW 2020, 1007.

² <https://brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2020/oktober/positionspapier-der-brak-digitalisierung-und-zugang-zum-recht.pdf> [22.02.2021].