Digitalisierte Verwaltung
Vernetztes E-Government

Herausgegeben von
Priv.-Doz. Dr. Margrit Seckelmann

Bearbeitet von
Prof. Dr. Marion Albers, Prof. Dr. Nadja Braun Binder,
Dr. Alfred G. Debus, Dr. Wolfgang Denkhaus,
Prof. Dr. Daniela Heinemann, Manuel J. Heinemann,
Dr. Thorsten Hennrich, Priv.-Doz. Dr. Tobias Herbst,
Melanie Horster, Prof. Dr. Constanze Janda,
Dr. Markus Kaulartz, Kai-Niklas Knüppel,
Prof. Dr. Dieter Kugelmann, Prof. Dr. Kai von Lewinski,
Prof. Dr. Jörn von Lucke, Prof. Dr. Andreas Mann,
Prof. Dr. Veith Mehde, Manuel Misgeld,
Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz, Dr. Conrad Neumann,
Priv.-Doz. Dr. Jakob Julius Nolte, Prof. Eike Richter,
Prof. Dr. Utz Schliesky, Dr. Sönke E. Schulz,
Dr. Stephan Schwarz, Priv.-Doz. Dr. Margrit Seckelmann,
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Prof. Dr. Christoph Sorge,
Dr. Mike Weber, Maria Wilhelm, Markus Wojtczak

Begründet von
Prof. Dr. Frank Bieler und Prof. Dr. Gunnar Schwarting

2., völlig neu bearbeitete Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Elektronische Personalaktenführung

Constanze Janda

Mit den E-Government-Gesetzen des Bundes und der Länder ist die Rechtsgrundlage für die Nutzung elektronischer Medien und Informationstechnologien in der Verwaltung geschaffen worden. Sie ermöglichen die Schaffung einer allgemein zugänglichen Verwaltungsstruktur für die Bürger und die Digitalisierung der Aktenführung.[1] Für die Führung von Personalakten – sei es in Papier, sei es in digitaler Form – als verwaltungsinterner Vorgang existieren dagegen weiterhin kaum Regeln. Personalakten enthalten eine Vielzahl von höchstpersönlichen Informationen und geben Einblick in sämtliche Umstände, die sich im Zusammenhang mit einem Beschäftigungsverhältnis ereignen. Dabei werden im Einzelfall auch Daten erhoben, die sich nicht ausschließlich dem Beschäftigungsverhältnis zuordnen lassen, sondern auch Aufschluss über Freizeitverhalten und Beziehungen des Beschäftigten zu Dritten geben können. Dies betrifft etwa Verhalten, das für die Überwachung von Compliance-Regeln oder die Vermeidung und Bekämpfung von Korruption relevant sein kann. Wegen des vergleichsweise unkomplizierten Zugriffs, der Möglichkeit der automatisierten Auswertung oder der Verknüpfung mit Überwachungssystemen, beispielsweise zur Zeiterfassung, besteht die Gefahr, dass die digitale Personalakte die Schwelle zum digitalen Persönlichkeitsprofil überschreitet und damit den „gläsernen Mitarbeiter" hervorbringt.[2] *1*

Im Mai 2018 ist die europäische Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 (im Folgenden: DSGVO) in Kraft getreten. Diese hat im Hinblick auf die Personalaktenführung keine grundlegenden Änderungen mit sich gebracht.[3] In Art. 6 DSGVO findet sich eine Generalklausel, welche die Zulässigkeit der Datenerhebung regelt.[4] Die Erhebung sensibler Daten ist Gegenstand von Art. 9 *2*

1 Vgl. die Übersicht bei *Christoph Habammer/Wolfgang Denkhaus*, Das E-Government-Gesetz des Bundes – Inhalt und erste Bewertung – Gelungener Rechtsrahmen für elektronische Verwaltung?, MMR 2013, S. 358–362; *Alexander Roßnagel*, Auf dem Weg zur elektronischen Verwaltung – Das E-Government-Gesetz, NJW 2013, S. 2710–2716.

2 *Peter Gola*, Die Digitalisierung der Personalakte und der Datenschutz, RDV 2008, S. 135–143, 135.

3 Vgl. auch BT-Drs. 18/11325, S. 96 f., wonach § 26 BDSG n.F. lediglich die Vorgaben des § 32 BDSG a.F. unter Anwendung der Terminologie der DSGVO fortentwickele. Vgl. auch den allgemeinen Überblick bei *Franz Josef Düwell/Stefan Brink*, NZA 2016, S. 665 ff.; *Martin Franzen*, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht EuZA 2017, S. 313–351.

4 Diese gibt im Grunde die bereits in §§ 28, 32 BDSG a.F. niedergelegten Grundsätze wieder und setzt die Einwilligung durch den Betroffenen bzw. die Erforderlichkeit der Datenerhebung für einen bestimmten Zweck voraus, die sich ebenso wie im nationalen Recht am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten hat, vgl. *Peter Gola/Stephan Pötters/Georg Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz. Unter Berücksichtigung der Datenschutz-Grundverordnung, 7. Aufl., Heidelberg u.a. 2016, S. 545.

DSGVO. Es bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, Regelungen zur Erhebung von Daten zu treffen, die für die Durchführung von Arbeitsverhältnissen relevant sind, Art. 88 sowie 115. Erwägungsgrund DSGVO.[5] Machen diese keinen Gebrauch von ihrer Regelungsbefugnis, gelten die Regelungen der DSGVO unmittelbar.[6] Der deutsche Gesetzgeber hat die Verordnung zum Anlass genommen, das BDSG neu zu ordnen.[7]

3 Nach einer Begriffsklärung (Teil A) sind daher neben den allgemeinen Grundsätzen der Personalaktenführung (Teil B) die datenschutzrechtlichen Implikationen (Teil C) zu analysieren. Anschließend werden die Mitbestimmungsrechte von Betriebs- bzw. Personalrat bei der Digitalisierung von Personalakten erörtert (Teil D).

A. Begriff der Personalakte

4 Nach der Rechtsprechung des BAG ist zwischen formellen (= äußerlich erkennbar) und materiellen (= inhaltlich determiniert) Personalakten zu unterscheiden. Der formelle Begriff bezieht sich auf alle

> „Schriftstücke und Unterlagen [...], welche der Arbeitgeber als „Personalakte" führt und die diesen als Bei-, Neben- oder Sonderakten zugeordnet sind".[8]

5 Erfasst sind folglich alle Unterlagen, die unter dem „Label" Personalakte firmieren und äußerlich als solche erkennbar sind. Der materielle Personalaktenbegriff orientiert sich dagegen allein an inhaltlichen Kriterien. Er bezieht sich auf eine

> „Sammlung von Urkunden und Vorgängen, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Bediensteten betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis stehen".[9]

6 Im Interesse der Arbeitnehmer sind die Vorgaben zur Personalaktenführung am materiellen Begriff auszurichten. Anderenfalls hätte es der Arbeitgeber in der Hand, durch die Nichtaufnahme einzelner Vorgänge in die formelle Akte die Anwendbarkeit arbeitnehmerschützender Vorschriften abzuwenden. Das hohe Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers erklärt sich daraus, dass die Personalakte auch höchstpersönliche Angaben enthält, deren unberechtigte Erhebung oder Weitergabe zu einer erheblichen Beeinträchtigung seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts führen würde. Dies gilt auch im Beamtenrecht.[10]

---

5 Allgemein zu Bedeutung und Reichweite dieser Öffnungsklausel *Franzen*, (Fn. 3) 343 ff.
6 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 387.
7 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/68, BT-Drs. 18/11325.
8 BAG, AuR 1981, 124; BAG, 15. 11. 1985, 7 AZR 92/83; BAGE 136, 156.
9 Ebd.
10 Vgl. nur BVerwGE 67, 300 m.w.N.

B. Allgemeine Grundsätze der Personalaktenführung

In privaten Arbeitsverhältnissen besteht keine Verpflichtung, Personalakten anzulegen. Aufgrund seiner Organisationsbefugnisse und im Interesse einer verantwortungsvollen Personalführung[11] ist der Arbeitgeber gleichwohl dazu berechtigt,[12] zumal er verschiedene Unterlagen verpflichtend aufzubewahren hat. Dies betrifft beispielsweise die Unterlagen über die Lohnbuchhaltung nach § 257 Abs. 1 Nr. 1 HGB sowie § 147 Abs. 1 AO sowie die Entgeltnachweise und Nachweise zur Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge nach § 28f SGB IV. *7*

In welcher Weise Personalakten angelegt werden, steht im Ermessen des Arbeitgebers.[13] Namentlich besteht keine Verpflichtung zur Führung einer einheitlichen Akte, sondern es dürfen Haupt- und Nebenakten angelegt werden.[14] Auch die Digitalisierung der Personalakte ist nicht zwingend vorgegeben. Sie gewinnt in der Praxis aber an Bedeutung, da sie mit wenig Aufwand verwaltet werden kann und flexibel handhabbar ist, indem sie beispielsweise den gleichzeitigen Zugriff mehrerer Personen auf die Daten erlaubt, aufgrund der Automatisierung Zeit für Suchvorgänge einspart und im Vergleich zu Papierakten erheblich weniger Platz in Anspruch nimmt.[15] *8*

Für Beamte ist gemäß § 106 BBG das Anlegen einer Personalakte zwingend vorgegeben. Diese kann nach §§ 106 Abs. 1 S. 3, 114 BBG sowohl in Papierform als auch in (teilweise) elektronischer Form geführt werden. *9*

Die teils von der Rechtsprechung entwickelten, teils im BDSG gründenden allgemeinen Grundsätze der Aktenführung finden uneingeschränkt auf die digitale Personalakte Anwendung. *10*

I. Vollständigkeit und Wahrheit

Für die Führung von Personalakten gilt zunächst der Grundsatz der Vollständigkeit und Wahrheit.[16] Im öffentlichen Dienst ergibt sich dies aus § 3 Abs. 5 TVöD bzw. § 3 Abs. 6 S. 1 TV-L. Die Personalakte muss ein nach Möglichkeit vollständiges und zutreffendes Bild des Beschäftigungsverhältnisses vermitteln.[17] Daher *11*

11 *Ebba Herfs-Röttgen*, Rechtsfragen rund um die Personalakte, NZA 2013, S. 478–482, 478; *Thomas Breyer*, Führung von Personalakten, in: Stephan Weth/Maximilian Herberger/Michael Wächter (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, München 2014, S. 273–283, 274.

12 *Breyer* (Fn. 11), S. 274.

13 *Yukiko Hitzelberger-Kijima*, Die elektronische Personalakte, öAT 2016, S. 87–90, 87; *Gola* (Fn. 2), S. 136; *Martin Diller/Friderike Schuster*, Rechtsfragen der elektronischen Personalakte, DB 2008, S. 928–932, 928; *Achim Seifert*, in: Spiros Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar, 8. Aufl. Baden-Baden 2014, § 32, Rn. 111.

14 *Breyer* (Fn. 11), S. 274.

15 *Gola* (Fn. 2), S. 135; *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 928; *Sabrina Staack/Karsten Sparchholz*, Was für die digitale Akte gilt, AiB Nr. 2/2014, S. 50–52, 50.

16 BAGE 24, 247; 54, 365; 128, 299; 119, 238; 142, 331.

17 *Falk Müller*, Die Personalakte im öffentlichen Dienst, öAT 2014, S. 200–203, 200.

sind alle Vorgänge, die das Dienstverhältnis betreffen, lückenlos in die Personalakte aufzunehmen. Werden formelle Personalakten geführt, hat der Arbeitgeber alle materiellen Personalakten in diese aufzunehmen.[18] Insbesondere darf durch Weglassen einzelner Daten oder Unterlagen kein wahrheitswidriges Bild des Beschäftigten bzw. der Umstände des Beschäftigungsverhältnisses evoziert werden.[19] Bei der Umwandlung der Papier- in eine elektronische Akte müssen daher alle Bestandteile der früheren Papierakte digitalisiert werden, und zwar in lesbarer Weise, sodass das Nachvollziehen der Vollständigkeit möglich ist. Vorher ist die Vernichtung der Papierakten unzulässig.[20] Zudem müssen alle Beschäftigten im Hinblick auf den Umfang der in die Akte aufgenommenen Daten und Informationen gleich behandelt werden, da anderenfalls das berufliche Fortkommen einzelner Arbeitnehmer bereits durch die Art und Weise der Aktenführung behindert (oder unzulässig befördert) werden könnte.[21]

12 Das Gebot der Vollständigkeit wird begrenzt durch das Gebot der Datensparsamkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO/§ 3a BDSG a.F.): Die datenerhebende Stelle soll nur die zur Verfolgung ihrer legitimen Zwecke und konkreten Aufgaben unerlässlichen Daten erheben.[22] Diesem Grundsatz entspricht es, dass im Falle der nicht vermeidbaren Datenerhebung diese soweit möglich anonymisiert oder pseudonymisiert werden.[23]

13 Regelmäßig sind Sicherungskopien anzufertigen, um dem Risiko des Datenverlusts vorzubeugen.[24] Diese Sicherungskopien sind aufgrund des materiellen Personalaktenbegriffs ebenfalls als Teil der einheitlichen Personalakte einzustufen.[25] Auch die Archivierung der elektronischen Akten hat sich am Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit zu orientieren. Die Datensicherung ist folglich so auszugestalten, dass alle Dokumente unverändert und vollständig verfügbar, jederzeit auffindbar und auf neue Softwareversionen übertragbar sind sowie alle Änderungen im Archiv protokolliert werden, um die Nachvollziehbarkeit zu gewährleisten.[26]

14 Das Gebot der Richtigkeit und Wahrheit vermittelt dem Beschäftigten einen Anspruch darauf, dass in der Personalakte nur zutreffende Tatsachen und Beurtei-

18 BVerwGE 15, 3, 12 für das Beamtenrecht.
19 *Gola* (Fn. 2), S. 137.
20 OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss v. 05.04.2016, Az. 1 B 203/16.
21 *Gola* (Fn. 2), S. 128.
22 *Jan Geiger*, Datenschutzrecht, in: Weth/Herberger/Wächter (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, (Fn. 11), S. 34.
23 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 389; ausführlich *Sebastian Schulz*, in: Heinrich Amadeus Wolff/Stefan Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 20. Edition, München 2017, § 3a BDSG, Rn. 70 ff.
24 *Staack/Sparchholz* (Fn. 15), S. 51.
25 BT-Drs. 16/7076, S. 125; ebenso *Achim Howe*, Änderungen im Personalaktenrecht, DSB 11/2010, S. 16–17, 16.
26 *Gola* (Fn. 2), S. 139; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 176.

lungen[27] enthalten sind. Dies gilt auch, wenn diese unter Umständen für den Arbeitnehmer nachteilig sein können.

II. Transparenz

Im Einzelfall ist der Beschäftigte vor der Aufnahme negativer oder nachteiliger Vorgänge in seine Akte anzuhören. Für die Arbeitnehmer des Bundes ist dies in § 13 Abs. 2 BAT explizit normiert. Im Übrigen ist die Anhörung Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und damit als vertragliche Nebenpflicht zu qualifizieren.[28] *15*

Entscheidet sich der Arbeitgeber zum Anlegen elektronischer Personalakten, sind die Arbeitnehmer – im Unterschied zur hergebrachten Aktenführung auf Papier – gemäß Art. 14, 12 DSGVO/§ 33 BDSG a.F. auch ohne konkrete Nachfrage über die Erhebung personenbezogener Daten zu unterrichten. Zudem darf der Arbeitnehmer nach Art. 15 DSGVO/§ 34 BDSG a.F. jederzeit kostenfrei Auskunft über den Inhalt der gespeicherten Daten verlangen. *16*

Damit korrespondiert das Recht auf jederzeitige Einsicht in die vollständige Personalakte einschließlich aller Nebenakten.[29] Spezialgesetzliche Grundlagen finden sich in § 83 Abs. 1 BetrVG, § 26 Abs. 2 S. 1 SprAuG, § 3 Abs. 5 S. 1 TVöD sowie § 3 Abs. 4 S. 1 TV-L; im Übrigen ist die Einsichtnahme als vertragliche Nebenpflicht geboten.[30] Elektronische Akten sind durch das Sichtbarmachen der entschlüsselten Daten – sei es auf dem Bildschirm, sei es als Ausdruck auf Papier – einsehbar zu machen.[31] Die digitale Personalakte bietet insofern einen erheblichen Vorteil gegenüber der hergebrachten Papierakte, denn den Beschäftigten kann ohne Weiteres der lesende Zugriff auf die eigene Akte eingeräumt werden, sodass sie diese jederzeit und ohne hohen Aufwand konsultieren können.[32] Der Betroffene darf die Einsichtnahme persönlich vornehmen oder aber einen Bevollmächtigten damit betrauen, vgl. § 3 Abs. 5 S. 2 TVöD, § 3 Abs. 6 S. 2 TV-L. Mangels ausdrücklicher anderslautender Regelungen darf eine solche Vollmacht auch an Betriebsfremde erteilt werden; stets wird jedoch deren Nachweis in Schriftform gefordert.[33] *17*

27 Dieses Gebot gilt nicht nur für Tatsachen, sondern auch für Werturteile. Bei letzteren kommt es darauf an, ob diese auf zutreffenden Erwägungen beruhen und unter Einhaltung der allgemeinen Beurteilungsgrundsätze in einem fehlerfreien Verfahren getroffen worden sind, *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 131.
28 *Müller* (Fn. 17), S. 202.
29 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 128.
30 *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 480.
31 *Breyer* (Fn. 11), S. 279 f.
32 *Gola* (Fn. 2), S. 141.
33 *Müller* (Fn. 17), S. 202.

III. Vertraulichkeit

18 Erhobene Daten sind vertraulich zu behandeln. Dies gebietet ein gestuftes System der Zugriffsberechtigung: Es ist konkret zu differenzieren, wer die Personalakte einsehen, bearbeiten und speichern darf. Gegebenenfalls müssen die Zugriffsrechte inhaltlich beschränkt werden, damit nicht jeder Zugriffsberechtigte alle, sondern nur die für seine Tätigkeit notwendigen Daten einsehen kann.[34] Die Beschäftigten der Personalabteilung können daher andere Zugriffsrechte haben als die der Lohnbuchhaltung. Geboten ist daher auch eine Protokollierung aller Vorgänge – Einsicht, Bearbeitung, Weiterleitung – im Zusammenhang mit der elektronischen Akte.[35] Vereinzelt wird gefordert, dass die digitale Personalaktenführung im Interesse der Vertraulichkeit nur auf Computern erfolgen dürfe, die nicht in Netzwerke eingebunden sind.[36] Dies dürfte jedoch kaum praktikabel sein, würden damit doch gerade die Vorteile der flexiblen Handhabung der digitalen Akte aufgehoben. Die gebotenen technischen Sicherungsmaßnahmen sind in Art. 32 DSGVO/Anlage zu § 9 S. 1 BDSG a.F. aufgeführt.

19 Je stärker der Persönlichkeitsbezug, umso größer ist das Interesse des Arbeitnehmers an der Vertraulichkeit seiner Daten; dies betrifft insbesondere Gesundheitsdaten. Sensible Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 15 DSGVO/§ 3 Abs. 9 BDSG a.F. sind zu verschlüsseln oder anderweitig zu sichern.[37] Der Arbeitgeber hat sicherzustellen, dass Personen, die in Ausübung ihrer Tätigkeit auf die Personalakte zugreifen dürfen, keine Kenntnis von diesen Daten erlangen, obwohl diese im Kontext ihrer konkreten Aufgabe nicht von Bedeutung sind.[38]

20 Bei Beamten ist der Zugriff auf die Personalakte nur den Personen gestattet, die mit der Bearbeitung von Personalangelegenheiten betraut sind, § 107 Abs. 1 BBG. Der Zugriff ist beschränkt auf die Daten, die für den Zweck der Ausübung der Personalverwaltung oder Personalwirtschaft erforderlich sind. Nach § 107 Abs. 2

---

34 *Ivo Geis*, Die neuen Überwachungstechniken im Kontext des digitalen Personalaktensystems, RDV 2008, S. 64–66, 65; *Michael Kort*, Rechte des Betriebsrats auf Daten der elektronischen Personalakte. Aufgabenerfüllung der Personalvertretung und Arbeitnehmerdatenschutz, ZD 2015, S. 3–6; *Lutz Bergmann/Roland Möhrle/Armin Herb*, Datenschutzrecht. Kommentar, Stuttgart, § 32 BDSG, Rn. 142a (48. EL 2015); *Seifert*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 32, Rn. 109a; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 177 f.

35 *Geis* (Fn. 34), S. 65.

36 *Andreas Reich*, Die Digitalisierung von Personalakten der Beamten der Länder und Kommunen und die sich daraus ergebende Sicherungspflicht von Dienststelle und Personalrat, PersV 2011, S. 58–62, 60.

37 In Papierform sind solche Daten nach der Rechtsprechung des BAG in verschlossenen Umschlägen aufzubewahren, BAGE 119, 238. Für die digitalisierte Akte ist eine entsprechende Lösung zu finden, etwa durch eine weitere Beschränkung des Kreises der Zugriffsberechtigten und die Vergabe spezieller Passwörter, *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 32 BDSG, Rn. 142a (48. EL 2015).

38 *Müller (Fn. 17)*, S. 201; vgl. auch *Gola* (Fn. 2), S. 138; *Julia Washausen*, Arbeitsleben, in: Thorsten Kingreen/Jürgen Kühling, Gesundheitsdatenschutzrecht, Baden-Baden 2015, S. 408–439, 433 f.

BBG kann überdies der Datenschutzbeauftragte die Personalakte einsehen, um eine ordnungsgemäße Aktenführung zu überprüfen, ebenso – wenngleich auf Ausnahmefälle beschränkt – die Innenrevision. Der Zugriff ist dokumentationspflichtig.[39]

IV. Löschen von Daten

Mit dem Wahrheitsgebot korrespondiert ein Anspruch des Beschäftigten auf Entfernung unzutreffender Angaben aus seiner Personalakte, der in §§ 1004, 242 BGB gründet.[40] Für die elektronische Personalakte ergibt sich die Pflicht zum Löschen zu Unrecht erhobener Daten aus Art. 17 Abs. 1 lit. d) DSGVO/§ 35 Abs. 2 S. 2 BDSG a.F. Diese besteht immer dann, wenn deren Aufnahme in die Personalakte unzulässig war oder wenn sie wegen Zeitablaufs ihre Relevanz verloren haben. Auch zulässige Einträge in die Personalakte, namentlich Abmahnungen, sind zu entfernen, wenn sie im Einzelfall geeignet sind, das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu gefährden. Dies ist etwa der Fall, wenn eine vergleichsweise geringfügige Pflichtverletzung dokumentiert ist, die bereits viele Jahre zurückliegt und das Beschäftigungsverhältnis im Übrigen störungsfrei fortbestanden hat.[41] Hier ist eine Abwägung des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten gegen das Interesse des Arbeitgebers auf Beibehaltung sämtlicher Informationen in der Personalakte vorzunehmen. Die betreffenden Dateien sind unwiderruflich aus der elektronischen Personalakte zu löschen, so dass sie nicht rekonstruiert werden können. Es darf überdies nicht erkennbar sein, dass Eintragungen aus der Akte entfernt worden sind.[42] *21*

Ist die Richtigkeit von Eintragungen in der Personalakte zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber umstritten, ist gegebenenfalls eine Sperrung der Daten zu veranlassen, bis diese erwiesen ist. Vormals explizit in § 35 Abs. 4 BDSG a.F. geregelt, ergibt sich das Recht auf Sperrung nunmehr unter dem Terminus „Recht auf Einschränkung der Verarbeitung" aus Art. 18 Abs. 1 lit. a) DSGVO, wofür der 67. Erwägungsgrund beispielhaft die Sperrung nennt. Überdies darf der Beschäftigte die Aufnahme von Gegendarstellungen in die Akte verlangen, vgl. § 35 Abs. 6 S. 2 BDSG a.F.[43] bzw. § 69 Abs. 2 S. 6 BPersVG für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst. Diese muss systematisch so gespeichert werden, dass sie unmittelbar im Zusammenhang mit den inkriminierten Daten erscheint und abrufbar ist.[44] *22*

39 *Howe* (Fn. 25), S. 17.
40 BAGE 7, 267; 24, 247; 50, 202; *Gola* (Fn. 2), S. 137; *Breyer* (Fn. 11), S. 277; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 131.
41 Vgl. nur BAGE 50, 202; 142, 331; BAG, NJW 1978, 124; BAG, NZA 1988, 654.
42 Zum Überkleben von Passagen in der papierförmigen Akte *Breyer* (Fn. 11), S. 282.
43 In der DSGVO und dem neu gefassten BDSG ist das Recht zur Aufnahme einer Gegendarstellung nur für solche Daten vorgesehen, die zu „im öffentlichen Interessen liegenden Archivzwecken" erhoben und verarbeitet worden sind, vgl. § 28 Abs. 3 BDSG n.F.
44 *Hitzelberger-Kijima* (Fn. 13), S. 89.

23 Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss die Akte nicht aufbewahrt werden, d.h. die Löschung der gesamten digitalen Akte ist grundsätzlich zulässig. Indes empfiehlt sich die weitere Speicherung der Akte zur Beweissicherung für den Fall etwaiger Streitigkeiten.

24 Im Beamtenrecht ist die Entfernung unzulässiger Einträge in § 112 BBG vorgegeben. Die Löschung hat Vorrang vor dem Grundsatz der Vollständigkeit der Akte.[45]

C. Zulässigkeit der Datenerhebung in der digitalisierten Personalakte

25 Die Frage, ob und in welchem Umfang überhaupt Beschäftigtendaten erhoben und verarbeitet werden dürfen, ist im BDSG geregelt,[46] welches vom Grundsatz der strikten Zweckbindung der Datenerhebung geprägt ist.

I. Anwendungsbereich des BDSG

1. Sachlicher Anwendungsbereich

26 Der sachliche Anwendungsbereich des BDSG erstreckt sich auf die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen – Behörden, Einrichtungen, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen – des Bundes und der Länder wie auch durch nicht-öffentliche Stellen, § 1 Abs. 1 BDSG n.F. Unter nicht-öffentlichen Stellen sind gemäß § 2 Abs. 4 BDSG n.F. natürliche und juristische Personen des Privatrechts zu verstehen, die keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.

27 Das Gesetz gilt für jedwede Datenerhebung durch öffentliche Stellen sowie für die ganz oder teilweise automatisierte sowie die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Datensystem gespeichert werden sollen, durch nicht-öffentliche Stellen, § 1 Abs. 1 BDSG n.F. Die Vorgaben finden damit auch auf elektronisch geführte Personalakten Anwendung.[47]

2. Personeller Anwendungsbereich

28 Der personelle Anwendungsbereich schließt ausweislich der Legaldefinition in § 26 Abs. 8 BDSG n.F./§ 3 Abs. 9 BDSG a.F. nicht nur Arbeitnehmer ein, sondern auch Auszubildende, Rehabilitanden, Beschäftigte in Behindertenwerkstätten, Freiwilligendienstleistende, Bewerber sowie Beamte, Richter und Soldaten. Das Gesetz folgt damit einem spezifisch datenschutzrechtlichen Beschäftigtenbegriff, der mit dem des Arbeitsrechts nicht identisch ist. Dies ist geboten, da auch

---

45 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 135.

46 Auf die Regelungen in den Landesdatenschutzgesetzen wird im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen. Eine Übersicht findet sich bei *Peter Gola/Christoph Klug/Barbara Körffer/Rudolf Schomerus,* Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 12. Aufl., München 2015, § 12, Rn. 11 ff.

47 *Geiger* (Fn. 17), S. 37; *Geis* (Fn. 34), S. 64 zu § 3 Abs. 2 BDSG a.F.

die Interessen anderer Personengruppen im Rahmen ihrer abhängigen beruflichen Tätigkeit durch die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten beeinträchtigt werden können, weil auch außerhalb von Arbeitsverhältnissen strukturell kein Gleichordnungsverhältnis zwischen den Parteien besteht.[48]

Auch wenn Beamte des Bundes grundsätzlich in den Anwendungsbereich des BDSG einbezogen sind, haben die beamtenrechtlichen Vorgaben wegen § 1 Abs. 2 BDSG n.F./§ 1 Abs. 3 BDSG a.F. Anwendungsvorrang vor dem BDSG. *29*

Die Erhebung von Beschäftigtendaten der Beamten und Angestellten der Kommunen und der Länder richtet sich dagegen ausschließlich[49] nach Landesrecht,[50] und zwar unabhängig davon ob die landesrechtlichen Regelungen günstiger oder ungünstiger sind als die des BDSG.[51] Nur ergänzend ist auf das BDSG abzustellen, wenn und soweit durch Landesrecht keine Regelung getroffen worden ist, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG.[52] *30*

3. Datenerhebung durch öffentliche vs. nicht-öffentliche Stellen

Vor Inkrafttreten der DSGVO galten im BDSG unterschiedliche Regelungen, je nachdem ob die datenerhebenden Stelle öffentlich (§§ 12 ff. BDSG a.F.) oder nicht-öffentlich (§§ 27 ff. BDSG a.F.) organisiert war. Für den Schutz des Persönlichkeitsrechts von Beschäftigten im Zusammenhang mit der Personalaktenführung konnte es jedoch schon damals nicht auf die Rechtsform ihres Arbeitgebers oder Dienstherrn ankommen. Für die Datenerhebung durch öffentliche Stellen im Zusammenhang mit früheren, bestehenden oder künftigen Beschäftigungsverhältnissen verwies § 12 Abs. 4 BDSG a.F. daher auf §§ 28 Abs. 2 Nr. 2, 32–35 BDSG a.F. Dabei handelte es sich um die allgemeinen Regelungen, die für die Beschäftigten in der Privatwirtschaft galten;[53] die §§ 13 ff. BDSG wurden insofern ver- *31*

48 *Seifert*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 3, Rn. 279; ähnlich *Geiger* (Fn. 17), S. 38 f.; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 191 f.

49 Die spezifischen Vorgaben zum Beschäftigtendatenschutz in § 26 BDSG n.F./§ 32 BDSG a.F. werden gleichwohl auf Landes- und Kommunalbeamte angewendet, soweit Daten erhoben werden, die nicht Personaldaten i.S.v. § 50 BeamtStG, sondern bloße Sachaktendaten darstellen oder wenn – was selten der Fall sein wird – Beamte in nicht-öffentlichen Stellen tätig sind, *Reich* (Fn. 36), S. 59; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 32 BDSG, Rn. 10.

50 Dies ist eine Konsequenz der Föderalismusreform und der Annahme des Gesetzgebers, das Datenschutzrecht der Landes- und Kommunalbeamten zähle nicht zu den Statusangelegenheiten i.S.v. Art. 74 I Nr. 27 GG, *Reich* (Fn. 36), S. 59.

51 *Ulrich Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 1, Rn. 125.

52 *Thilo Weichert*, in: Wolfgang Däubler/Thomas Klebe/Peter Wedde/ders., Bundesdatenschutzgesetz. Kompaktkommentar zum BDSG, Frankfurt am Main 2016, § 1, Rn. 8; *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus*, BDSG (Fn. 46), § 1, Rn. 19a; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 2 BDSG, Rn. 43; *Kai-Uwe Plath*, in: ders. (Hrsg.), BDSG/DSGVO, § 1 BDSG, Rn. 24; *Christoph Gusy*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 1 BDSG, Rn. 72.

53 Werden die Daten für andere als beschäftigungsbezogene Zwecke erhoben, gelten für die öffentlichen Stellen die allgemeinen Regeln in den §§ 12 ff. BDSG, *Jan Dirk Roggenkamp*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO (Fn. 52), § 12 BDSG, Rn. 15.

drängt.[54] Der Gesetzgeber ging davon aus, dass die Interessen der Beschäftigten im öffentlichen Dienst dadurch besser geschützt werden als durch die für öffentliche Stellen geltenden Regeln im BDSG und in den Landesdatenschutzgesetzen.[55] In der Neufassung des BDSG findet sich diese Differenzierung nicht wieder,[56] sondern mit § 26 BDSG n.F. ist eine umfassende und einheitliche Regelung zur Datenverarbeitung für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses etabliert worden.

II. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

32 Das Datenschutzrecht ist von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geprägt. Die Aufnahme von Informationen und Vorgängen in die Personalakte ist gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO zulässig, wenn der Beschäftigte einwilligt, dies für die Erfüllung eines Vertrags, einer rechtlichen Verpflichtung bzw. einer öffentlichen Aufgabe oder zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen oder berechtigter Interessen des Verantwortlichen erforderlich ist. Ohne eine solche Legitimation ist auch die Weitergabe der in Papierform geführten Personalakten an ein privates Unternehmen zum Zweck der Digitalisierung unzulässig.[57]

33 Nach § 4 Abs. 1 BDSG a.F. konnte die Berechtigung zur Datenerhebung aus einer Einwilligung des Betroffenen oder aus einem Gesetz oder einer anderen Rechtsvorschrift resultieren. Der in § 4 Abs. 2 BDSG a.F. enthaltene Grundsatz der Direkterhebung, wonach die Daten sind direkt und unmittelbar unter Mitwirkung, zumindest aber in Kenntnis des Betroffenen[58] und nicht über Dritte zu erheben waren, ist mit der Reform des Datenschutzrechts weggefallen. Stattdessen statuiert die DSGVO unterschiedlich strikte Anforderungen für die Datenverarbeitung durch Erhebung direkt beim Betroffenen (Art. 13 DSGVO) und in anderer Form (Art. 14 DSGVO).[59]

1. Individuelle Einwilligung

34 Die Einwilligung kann auch im Arbeitsvertrag erklärt werden. Sie muss gemäß Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO/§ 4a Abs. 1 S. 4 BDSG a.F. jedoch deutlich erkennbar

---

54 *Matthias Scholz*, in: Gregor Dornbusch/Ernst Fischermeier/Manfred Löwisch (Hrsg.), Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2016, § 2 BDSG, Rn. 1.

55 BT-Drs. 7/1027, S. 24 (zu § 5 des Entwurfs zum BDSG). Kritisch *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 377.

56 Lediglich § 3 BDSG n.F. enthält den Vorbehalt, dass die Datenerhebung durch öffentliche Stellen für die „Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich" sein muss.

57 OVG Schleswig-Holstein, NVwZ 2017, 171 für die Landesbeamtenrecht Schleswig-Holstein. Umfassend zur Auslagerung elektronischer Dienstleistungen *Christian Willert*, Outsourcing von IT-Dienstleistungen, in: Weth/Herberger/Wächter, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis (Fn. 11), S. 540–548 sowie *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 286 ff.; *Hitzelberger-Kijima* (Fn. 13), S. 88 f.

58 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 225.

59 Dazu *Franzen* (Fn. 3), S. 331.

vom restlichen Vertragstext abgehoben werden.[60] Die Einwilligung darf jederzeit und ohne Angabe von Gründen widerrufen werden, Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Es genügt, dass die Einwilligung in eindeutiger, unmissverständlicher Art und Weise erklärt wird, Art. 4 Nr. 11 DSGVO. § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG n.F. sieht jedoch ebenso wie § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG a.F. im Regelfall die Schriftform vor.

Es gilt das Prinzip des informed consent,[61] d.h. der Beschäftigte ist gemäß § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG n.F./§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. vorab über die vorgesehene Erhebung von Daten und den damit verfolgten Zweck zu informieren. Nur wenn dies sichergestellt ist, kann er eine auf freiem Willensentschluss basierende Entscheidung treffen. Die generelle Einwilligung in die Erhebung jedweder Daten ist folglich unzulässig.[62] *35*

Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist im bestehenden bzw. sich anbahnenden Beschäftigungs- oder Dienstverhältnis durchaus fraglich, denn kaum ein Beschäftigter wird die Einwilligung verweigern, wenn er auf die Begründung bzw. den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses existenziell angewiesen ist.[63] § 28 Abs. 2 BDSG n.F. fordert daher explizit, dass bei der Beurteilung der Freiwilligkeit auch die Abhängigkeit der Beschäftigten sowie die Umstände der Erlaubniserteilung zu berücksichtigen sind.[64] Die Drucksituation ist im bestehenden Beschäftigungsverhältnis geringer als in Situationen, in denen der Abschluss eines Arbeitsvertrags noch bevorsteht.[65] Freiwilligkeit kann danach immer dann angenommen werden, wenn die Datenverarbeitung für die beschäftigte Person rechtlich oder wirtschaftlich vorteilhaft ist oder wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichgerichtete Interessen verfolgen. Der Gesetzgeber nennt für letztere Konstellation beispielhaft die Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements oder die Erlaubnis zur privaten Nutzung der dienstlichen IT-Systeme.[66] *36*

60 *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929.
61 *Wolfgang Däubler*, in: ders./Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 4a, Rn. 8.
62 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 435.
63 So bereits die SPD-Fraktion in einem Entwurf zur Änderung des BDSG, BT-Drs. 10/1180, S. 22; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 4a BDSG, Rn. 5a (40. EL 2009); *Michael Kort*, Betriebsrat und Arbeitnehmerdatenschutz. Rechte der Interessenvertretung bei datenschutzrechtlich relevanten Maßnahmen des Arbeitgebers, ZD 2016, S. 3–9, 5; *Jürgen Kühling*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 4a BDSG, Rn. 35; *Thorsten Sörup/Sabrina Marquardt*, Auswirkungen der EU-Datenschutzgrundverordnung auf die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext, ArbRAktuell 2016, S. 104–106.
64 Dies ist von der DSGVO gedeckt, aus der sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Freiwilligkeit im Beschäftigungsverhältnis ausgeschlossen ist, *Franzen* (Fn. 3), S. 322 f.
65 BT-Drs. 18/11325, S. 97.
66 BT-Drs. 18/11325, S. 97.

2. Zulässigkeit der Datenerhebung kraft Rechtsnorm

37 Besteht eine Rechtsnorm, die die Datenerhebung erlaubt, erübrigt sich die individuelle Einwilligung des Betroffenen.[67] Als Rechtsnorm kommen nicht nur gesetzliche Erlaubnistatbestände in Betracht, sondern auch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen. Das BAG hatte diese aufgrund ihrer Außenwirkung als „andere Rechtsvorschrift" i.S.v. § 4 Abs. 1 BDSG a.F.[68] eingestuft.[69] Die Rechtsprechung ist mit der Datenschutzreform in das geltende Recht überführt worden: Die DSGVO beinhaltet zwar keine gleichlautende Vorschrift, nimmt aber in Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO Bezug auf die „Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung ..., der der Verantwortliche unterliegt"[70] und setzt in Art. 6 Abs. 3 DSGVO eine „Rechtsgrundlage" voraus, die durch Unionsrecht oder nationales Recht zu erlassen ist. Für die Erhebung von Beschäftigtendaten nennt § 26 Abs. 4 BDSG n.F. explizit Kollektivvereinbarungen als zulässige Rechtsgrundlage.

38 Gestattet eine Betriebsvereinbarung die Datenerhebung und -verarbeitung, kann sie nicht durch individuelle Abreden zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem abbedungen werden. Statthaft ist lediglich der umgekehrte Fall, dass eine Betriebsvereinbarung die Datenerhebung ausschließt. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer individuell sein Einverständnis erklären – allerdings nur sofern die Betriebsvereinbarung ihrem Sinn und Zweck nach für solch abweichende Abreden Raum lässt.[71]

39 Ob Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen in ihren Schutzstandards hinter dem Niveau des BDSG zurückbleiben dürfen, ist umstritten. Das BAG hatte dies in einer Entscheidung aus dem Jahr 1986 für zulässig erachtet, solange nur die Wertungen des Grundgesetzes, sonstiges zwingendes Gesetzesrecht und die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze eingehalten werden.[72] Die Entscheidung ist auf Zustimmung gestoßen, zumal § 4 Abs. 1 BDSG a.F. insofern nicht auf die da-

---

67 Dies war in § 4 Abs. 2 BDSG a.F. explizit geregelt, gilt aber auch nach den neuen Vorgaben, vgl. Art. 6 Abs. 1 DSGVO, wonach „mindestens eine ... Bedingung" für die Datenerhebung vorliegen muss.

68 Danach war die Datenerhebung u.a. dann zulässig, wenn sie durch ein „Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift" erlaubt war.

69 St. Rspr. seit BAGE 52, 88; 80, 366; 82, 36. So auch die h.M. in der Literatur, vgl. *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 479; *Washausen (Fn. 38)*, S. 411; *Thilo Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/ders., Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 4, Rn. 2; *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus, BDSG* (Fn. 46), § 4, Rn. 7; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 4 BDSG, Rn. 24 (26. EL 2002); *Philipp Scholz/Bettina Sokol*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 4, Rn. 11; *Karl Riesenhuber*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 32 BDSG, Rn. 37.

70 Die Norm ist weit auszulegen und erfasst auch Verpflichtungen aus oder aufgrund von Kollektivvereinbarungen, *Franzen*, (Fn. 3), S. 324.

71 Dies ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn der Mitarbeiter aus der über die BV hinausgehenden, individuell vereinbarten Datenerhebung Vorteile gegenüber anderen Mitarbeitern ziehen könnte, *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 420.

72 BAG NZA 1986, S. 643, 646.

tenschutzrechtlichen Standards Bezug nahm.[73] In weiten Teilen der Literatur wurde sie jedoch stark kritisiert und das BDSG als gleichsam unverzichtbarer Mindeststandard angesehen.[74] Gestützt wird diese Auffassung durch § 1 Abs. 2 BDSG n.F./ § 1 Abs. 3 BDSG a.F., welcher die Subsidiarität des BDSG ausschließlich gegenüber bundesrechtlichen Vorgaben regelt.[75] Darüber hinaus ordnet Art. 23 Abs. 1 DSGVO/ § 6 BDSG a.F. umfassende Einschränkungen für die Abdingbarkeit verschiedener Rechte Betroffener an, was ebenfalls für einen Vorrang der datenschutzrechtlichen Vorgaben spricht.[76] Indes hat das BAG selbst die Möglichkeit zur Abweichung vom BDSG im Rahmen einer Betriebsvereinbarung beschränkt, als die Grundrechte – namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten – ebenso zu beachten sind wie sonstige einfachgesetzliche Vorgaben. Da diese Wertungen sämtlich Eingang in das Datenschutzrecht gefunden haben, ist fraglich, ob überhaupt vom BDSG abweichende Betriebsvereinbarungen denkbar sind, die gegen sonstige höherrangige Normen verstoßen.[77] Im Ergebnis dürften allenfalls „geringfügige" Abweichungen vom BDSG gestattet sein.[78] Hinter dem Schutzniveau der DSGVO dürfen die Regelungen ohnehin nicht zurückbleiben.[79]

III. Vorgaben zur Zulässigkeit der Datenerhebung

Die Systematik des BDSG weist den Beschäftigtendatenschutz § 26 BDSG n.F./ § 32 ff. BDSG a.F. zu. Für Beamte geben § 106 BBG bzw. § 50 BeamtStG vor, dass in die Personalakte alle Unterlagen[80] aufzunehmen sind, die einen unmittelbaren inneren Zusammenhang zum Dienstverhältnis aufweisen. Diese Vorgaben 40

73 *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929; *Kort* (Fn. 63), S. 6; *Washausen* (Fn. 38), S. 412; *Gusy*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 1 BDSG, Rn. 15; *Karl Riesenhuber*, in: ebd., § 32 BDSG, Rn. 39. Ausführlich zum Streitstand *René Erfurth*, Die Betriebsvereinbarung im Arbeitnehmerdatenschutz, DB 2011, S. 1275–1279.

74 *Stefan Kramer*, Datenschutz und betriebsinterner Umgang mit Personaldaten, in: Weth/Herberger/Wächter, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis (Fn. 11), S. 131 f.; *Thilo Weichert*, in: Däubler/Klebe/Wedde/ders., Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 4, Rn. 2; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 29), § 4 BDSG, Rn. 25 (26. EL 2002); *Scholz/Sokol*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 4, Rn. 17; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 364 ff.

75 Auch wenn der Abschluss von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen auf bundesrechtlicher Grundlage beruht, werden sie dadurch nicht selbst zu Bundesrecht, *Dix*, in: Simitis, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 1, Rn. 166; *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus*, BDSG (Fn. 46), § 1, Rn. 23.

76 *Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht* (Fn. 34), § 4 BDSG, Rn. 26.

77 So auch *Washausen* (Fn. 38), S. 412; auch *Gusy*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 1 BDSG, Rn. 15 verweist auf die äußerst geringen Spielräume für eine Abweichung vom BDSG.

78 *Kort* (Fn. 63), S. 6.

79 *Düwell*, (Fn. 3), 665, 666; *Rüdiger Krause*, Herausforderung Digitalisierung der Arbeitswelt und Arbeiten 4.0, NZA-Beilage 2017, S. 53–59.

80 Der Begriff der „Unterlagen" schließt nicht nur Papierstücke, sondern auch digitale Dateien ein, vgl. *Reich* (Fn. 36), S. 58 f.

sind im Ergebnis deckungsgleich mit § 26 BDSG n.F./§ 32 BDSG a.F., da auch sie eine strikte Zweckbindung der Datenerhebung vorgeben.[81]

1. Datenerhebung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, § 26 BDSG

41 Nach § 26 Abs. 1 BDSG darf der Arbeitgeber für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nur solche Daten verarbeiten, die für die Entscheidung über die Begründung, die Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einer Kollektivvereinbarung ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich sind. Diese strikte Zweckbindung gilt sowohl für digitale als auch für hergebrachte Personalakten in Papierform, § 26 Abs. 7 BDSG n.F.[82]

42 In einem dreistufigen Verfahren ist zunächst zu prüfen, ob die zu erhebenden Daten überhaupt für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geeignet sind. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an der Erlangung und Verwendung der Daten hat. Dies setzt etwa einen Bezug zur Personalplanung und -entwicklung, Lohnabrechnung oder Leistungsbeurteilung des Arbeitnehmers voraus.[83] Eine Orientierung bietet insofern die Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren: Alle Informationen zu Fragen, die in diesem Kontext berechtigterweise gestellt werden, dürfen auch in die Personalakte aufgenommen werden. Dabei ist strikt zu hinterfragen, ob diese Informationen mit Blick auf den konkreten Arbeitsplatz von Bedeutung sind.[84] Unzulässig ist daher namentlich die Erhebung von Daten über das Verhalten in der Freizeit.

43 Sodann ist zu prüfen, ob die Erhebung und Nutzung der Daten erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn kein anderes Mittel zur Verfügung steht, welches das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers weniger stark beeinträchtigt und in gleichem Maße zur Erreichung des vom Arbeitgeber verfolgten Zwecks geeignet ist.

44 Schließlich ist eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, in die das Nutzungsinteresse des Arbeitsgebers sowie sein Interesse an der Vollständigkeit der Personalakte gegen das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten einzustellen ist.[85]

45 Typisierend ist demnach die Aufnahme von Bewerbungsunterlagen, dem Arbeitsvertrag einschließlich aller Nebenabreden und Ergänzungen, sowie Abmahnungen, Krankmeldungen, Urlaubsanträge, Zeugnisse, Kündigungsschreiben[86] in die

81 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 383.
82 *Düwell/Brink* (Fn. 3), S. 667.
83 *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 478; *Scholz* (Fn. 54), § 32 BDSG, Rn. 9.
84 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 143; *Müller* (Fn. 17), S. 201.
85 *Kramer* (Fn. 74), S. 127; *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 478.
86 Da für die Kündigung die Schriftform gilt, müssen Kündigungsschreiben zusätzlich in Papierform aufbewahrt werden. Gleiches gilt für die Niederschrift nach § 11 I BBiG oder den Nachweis nach § 2 I 3 NachwG, *Gola* (Fn. 2), S. 136; *Geis* (Fn. 34), S. 65; *Staack/Sparchholz* (Fn. 15), S. 51. Gegebenenfalls können Schriftstücke auch nach § 126a BGB durch die elektronische Form, d.h. ein elektronisches Dokument mit qualifizierter elektronischer Signatur ersetzt werden, *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 171.

Personalakte zulässig. Höchstpersönliche Informationen des Arbeitnehmers, beispielsweise betriebsärztliche Unterlagen, aber auch Aufzeichnungen wie Dienstpläne oder Gehaltslisten, die Daten anderer Arbeitnehmer enthalten, können dagegen nicht in der Personalakte gespeichert werden.[87]

2. Erhebung von Daten über den Gesundheitszustand

Gesundheitsdaten der Beschäftigten stellen besondere Kategorien personenbezogener Daten i.S.v. Art. 9 DSGVO/§ 3 Abs. 9 BDSG a.F. dar, die besonders zu schützen sind. *46*

a) Schutz der Gesundheitsdaten von Beschäftigten vor Inkrafttreten der DSGVO

Die Erhebung von Gesundheitsdaten richtete sich vor Inkrafttreten der DSGVO nicht nach den Spezialnormen über den Beschäftigtendatenschutz in den §§ 32 ff. BDSG a.F. Vielmehr war ausschließlich auf die allgemeine Klausel in § 28 Abs. 6 BDSG a.F. zurückzugreifen, der auch im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses anwendbar war.[88] Der Unterschied zwischen beiden Normen lag darin, dass in § 28 Abs. 6 BDSG a.F. explizit eine umfassende Abwägung der Beschäftigtengegen die Arbeitgeberinteressen vorgegeben war.[89] Dies deutet auf einen stärkeren Schutz der sensiblen Gesundheitsdaten hin.[90] Da aber auch im Kontext des § 32 BDSG a.F. neben der strikten Zweckbindung und der Prüfung der Erforderlichkeit nach ganz h.M. eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen war,[91] dürfte das Schutzniveau im Ergebnis deckungsgleich gewesen sein.[92] *47*

aa) Gesundheitsdaten der Beschäftigten in der Privatwirtschaft

Gesundheitsdaten durften nach § 28 Abs. 6 BDSG a.F. nur mit ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen erhoben werden und darüber hinaus nur in den in Nr. 1–4 BDSG a.F. genannten Fällen. Dies betraf den Schutz lebenswichtiger Interessen, wenn der Betroffene zur Einwilligung aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande war (Nr. 1), die Erhebung und Nutzung von Daten, die der *48*

87 *Breyer* (Fn. 11), S. 276 f.; *Geis* (Fn. 34), S. 64; *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 928; *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 479; *Müller* (Fn. 17), S. 200 f.

88 BT-Drs. 16/13657, S. 21; ausführlich *Wolfgang Däubler*, in: ders./Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 32, Rn. 10; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 32 BDSG, Rn. 31 (48. EL 2015); *Plath*, in: ders. (Hrsg.), BDSG/DSGVO (Fn. 52), § 28 BDSG Rn. 208; *Wolff*, in: ders./Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 28 BDSG, Rn. 240.

89 Ausführlich *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus*, BDSG (Fn. 46), § 28, Rn. 24 ff.; siehe auch *Spiros Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 28, Rn. 125; *Wolff*, in: ders./Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 18), § 28 BDSG, Rn. 258 ff.

90 *Wolff*, in: ders./Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 28 BDSG, Rn. 258.

91 *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus*, BDSG (Fn. 46), § 32, Rn. 10; vgl. auch *Seifert*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 32, Rn. 10, demzufolge praktische Konkordanz zwischen den involvierten Interessen herzustellen ist.

92 *Washausen* (Fn. 38), S. 410.

Betroffene selbst öffentlich gemacht hatte (Nr. 2), die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche (Nr. 3)[93] sowie die wissenschaftliche Forschung (Nr. 4). Im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis war in aller Regel nur die Nr. 3 von Relevanz, sodass Gesundheitsdaten erhoben und verarbeitet werden durften, wenn dies zur Geltendmachung von Ansprüchen oder Gewährung von Rechten erforderlich war. Dies war beispielsweise für die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) i.S.v. § 84 Abs. 2 SGB IX oder für die Beurteilung des besonderen Kündigungsschutzes von schwerbehinderten Menschen erforderlich. Wäre im Bewerbungsverfahren die Frage nach einer Krankheit oder Behinderung unzulässig,[94] durften entsprechende Angaben auch nicht in die Personalakte aufgenommen werden.[95]

49 Dem Grundsatz der Datensparsamkeit und der Vertraulichkeit war in besonderem Maße Rechnung zu tragen. Es waren daher nur die unerlässlichen Daten zu erheben – beispielsweise nur Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, nicht aber deren Grund für die Zwecke der Entgeltfortzahlung. Überdies ist der Kreis der Zugriffsberechtigten zu beschränken, etwa indem dieser Teil der Personalakte besonders geschützt aufbewahrt wird.[96]

bb) Gesundheitsdaten der Beschäftigten im öffentlichen Dienst

50 § 28 Abs. 6 BDSG a.F. galt auch für die Erhebung von Gesundheitsdaten der Beschäftigten des öffentlichen Dienstes.[97] Die Verweisung in § 12 Abs. 4 BDSG a.F. bezog sich zwar lediglich auf § 28 Abs. 2 Nr. 2 BDSG a.F. und ausdrücklich nicht auf die übrigen Vorschriften des § 28 BDSG a.F.[98] Die Schlussfolgerung, dass solche Daten ohne ausdrückliche persönliche Einwilligung für die Beschäftigten öffentlicher Stellen gar nicht erhoben werden durften,[99] überzeugte nicht, sind doch Gesundheitsdaten an verschiedener Stelle für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses von Bedeutung. Ihre Erlangung und Verwendung kann daher nicht ausschließlich von der Zustimmung des Beschäftigten abhängen. Da § 32 BDSG a.F. nach der früheren datenschutzrechtlichen Systematik für die Erhebung von Gesundheitsdaten im Beschäftigungsverhältnis durch § 28 Abs. 6 BDSG a.F.

93 Für diese Alternative gibt das Gesetz explizit eine Interessenabwägung vor.
94 Allgemein dazu *Seifert*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 32, Rn. 63 ff.
95 *Washausen* (Fn. 38), S. 433.
96 *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 149 f.
97 *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 12, Rn. 24 (40. EL 2009).
98 Nach *Washausen* (Fn. 38), S. 436 sowie *Peter Wedde*, in: Däubler/Klebe/ders./Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 12, Rn. 24 handelt es sich dabei um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.
99 *Jutta Stender-Vorwachs*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 12 BDSG, Rn. 19.

verdrängt wurde, musste dies im Interesse einheitlicher Schutzstandards für alle Beschäftigten[100] auch im öffentlichen Dienst gelten.[101]

b) Erhebung von Gesundheitsdaten nach § 26 Abs. 3 BDSG n.F.

Mit Inkrafttreten der DSGVO und der Neufassung des BDSG ist die Datenerhebung für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses einheitlich und umfassend in § 26 BDSG n.F. geregelt. Nach § 26 Abs. 3 BDSG n.F. dürfen Gesundheitsdaten nur verarbeitet werden, wenn dies zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeits- oder Sozialrecht erforderlich ist und schutzwürdige Interessen der betroffenen Personen dem nicht entgegenstehen. Die Norm gilt beispielsweise für die Verarbeitung von Daten, anhand derer die Arbeitsfähigkeit beurteilt werden kann.[102] Stets ist die umfassende Abwägung zwischen Datenerhebungsinteresse des Arbeitgebers und Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers erforderlich. *51*

Explizit nimmt § 26 Abs. 3 S. 2 BDSG n.F. Bezug auf die Vorgaben in § 26 Abs. 2 BDSG n.F. zur Freiwilligkeit der Einwilligung, sodass auch in diesem Kontext die besondere Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern und mögliche Abhängigkeitsverhältnisse und Drucksituationen zu berücksichtigen sind. *52*

Der Gesetzgeber hat klargestellt, dass die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch den Arbeitgeber für andere Zwecke über § 26 Abs. 3 BDSG n.F. hinaus unberührt bleibt.[103] Ihre Zulässigkeit richtet sich nach § 22 BDSG n.F. Die Norm ermöglicht die Erhebung personenbezogener Daten durch öffentliche oder nichtöffentliche Stellen, wenn dies erforderlich ist *53*

a) um sozialrechtliche Rechte und Pflichten zu erfüllen,[104]

b) zum Zweck der Gesundheitsvorsorge, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, für die medizinische Diagnostik, Versorgung oder Behandlung oder für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheits- und Sozial-

100 Diese Problematik sieht auch *Stender-Vorwachs*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 12 BDSG, Rn. 19.

101 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/ders./Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 12, Rn. 24; *Jan Dirk Roggenkamp* in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO (Fn. 52), § 12 BDSG, Rn. 16 wollen dagegen § 32 BDSG anwenden. Nach *Ulrich Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 12, Rn. 30 bilden dagegen die vorrangigen (und strengeren) Vorgaben des europäischen Rechts die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Datenerhebung.

102 BT-Drs. 18/11325, S. 79.

103 BT-Drs. 18/11325, S. 79.

104 Die Normfassung übersetzt den englischen Text der Verordnung und ist damit sprachlich unglücklich: Die Datenerhebung ist danach zulässig, um „die aus dem *Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes* erwachsenden Rechte auszuüben und den diesbezüglichen Pflichten nachzukommen."

bereich oder aufgrund eines Vertrags der betroffenen Person mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs,[105]

c) aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie des Schutzes vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren oder zur Gewährleistung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards bei der Gesundheitsversorgung und bei Arzneimitteln und Medizinprodukten.

54 Diese Norm berechtigt beispielsweise zur Verarbeitung der erforderlichen Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit arbeitsmedizinischen Maßnahmen,[106] Maßnahmen der Gesundheitsvorsorge[107] oder der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen besonderer Rechte schwerbehinderter Arbeitnehmer.[108] Sofern die Datenverarbeitung mehreren Zwecken dient, ist stets zu prüfen, ob die jeweilige Ermächtigungsgrundlage in § 22 bzw. § 26 BDSG n.F. erfüllt ist.

3. Datenverarbeitung durch den Arbeitgeber für andere als beschäftigungsbezogene Zwecke

55 Die datenschutzrechtlichen Vorgaben gelten auch, wenn vom Arbeitgeber Daten ohne konkreten Beschäftigungsbezug erhoben werden.

a) Rechtslage vor Neufassung des BDSG

56 Ob die Erhebung von personenbezogenen Daten für nicht auf das Beschäftigungsverhältnis bezogene Zwecke des Arbeitgebers zulässig ist, war unter Geltung des § 28 BDSG a.F. umstritten.[109] Teilweise wurde angenommen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers § 32 BDSG a.F. die Regelung des § 28 Abs. 1 BDSG a.F. insgesamt verdrängen solle.[110] Tatsächlich aber nahm die Gesetzesbegründung nur Bezug auf §§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. und wollte die Datenerhebung im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen bei berechtigten Interessen des Arbeitgebers nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder auch nach § 28 Abs. 3 BDSG a.F. bei berechtigten Interessen Dritter explizit ermöglichen.[111] Nach wohl

105 In letzterem Fall müssen die Daten von ärztlichem Personal oder durch sonstige Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen, oder unter deren Verantwortung verarbeitet werden.

106 BT-Drs. 18/11325, S. 95; *Franzen* (Fn. 3), S. 329.

107 BT-Drs. 18/11325, S. 97.

108 *Sörup/Marquardt* (Fn. 63), S. 104.

109 Vgl. die sehr instruktive Übersicht bei *Karl Riesenhuber*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 32 BDSG, Rn. 26.1.

110 So *Seifert*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 32, Rn. 17 unter Bezugnahme auf die insofern jedoch widersprüchlich formulierte Beschlussempfehlung in BT-Drs. 16/13657, S. 20f.

111 BT-Drs. 16/13657, S. 20f.

überwiegender Auffassung wurde daher nur § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. durch § 32 BDSG a.F. als lex specialis verdrängt.[112]

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. ermöglichte die Erhebung personenbezogener Daten für „eigene Geschäftszwecke" des Arbeitgebers, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich war und kein Grund zu der Annahme bestand, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Auch in diesem Zusammenhang galten folglich die Grundsätze der strikten Zweckbindung und der Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung. *57*

Der Begriff der „eigenen Geschäftszwecke" bezog sich auf die (wirtschaftlichen) Interessen, die der Arbeitgeber mit seinem Unternehmen allgemein verfolgte und die im Zusammenhang mit den dabei zu erfüllenden Verträgen etc. oder der Betreuung von Kunden standen.[113] Diese Zwecke mussten nicht notwendig mit einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden sein.[114] Die Datenerhebung für andere als Beschäftigungszwecke war durch diese Norm legitimiert, wenn der Beschäftigte auch Vertragspartner seines Arbeitgebers in anderen Schuldverhältnissen war, beispielsweise als Kunde.[115] Gleiches galt für die Ergebung so genannter Sachaktendaten, die im Zuge der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit registriert wurden,[116] die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten des Arbeitgebers[117] oder die Erfassung von Daten im Kontext von Whistleblowing, Korruptionsbekämpfung oder anderer Compliance-Tatbestände – letzteres allerdings nur, wenn sich die Pflicht zur Mitwirkung an einem solchen System nicht aus dem Arbeitsvertrag ergab.[118] *58*

112 *Scholz* (Fn. 54), § 28 BDSG, Rn. 5; *Geiger* (Fn. 17), S. 40; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 396; *Peter Wedde*, in: Däubler/Klebe/ders./Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 28, Rn. 24; *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus*, BDSG (Fn. 46), § 32, Rn. 49; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 32 BDSG, Rn. 23 (48. EL 2015); *Karl Riesenhuber*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 32 BDSG, Rn. 30.

113 *Wedde*, in: Däubler/Klebe/ders./*Weichert*, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 28, Rn. 10; *Gola/Klug/Dörffer/Schomerus, BDSG* (Fn. 46), § 28, Rn. 4; *Simitis* in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 13), § 28, Rn. 23; *Plath*, in: ders. (Hrsg.), BDSG/DSGVO (Fn. 52), § 28 BDSG, Rn. 13.

114 *Heinrich Amadeus Wolff*, in: ders./Stefan Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (Fn. 23), § 28 BDSG, Rn. 10.

115 *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht (Fn. 34), § 32 BDSG, Rn. 135 (50. EL 2016).

116 Dies betrifft beispielsweise die Registrierung eines Mitarbeiters als Bearbeiter eines bestimmten Vorgangs, *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 119 oder Telefonverzeichnisse und Besprechungsniederschriften, *Wedde*, in: Däubler/Klebe/ders./Weichert, Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 52), § 12, Rn. 21.

117 BAGE 140, 350 für die Übermittlung krankheitsbedingter Fehlzeiten eines Arbeitnehmers an den Betriebsrat zur Vorbereitung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 II 1, 3 SGB IX.

118 Dann ist § 32 BDSG einschlägig, *Scholz* (Fn. 54), § 28 BDSG, Rn. 6.

b) Rechtslage nach Neufassung des BDSG

59 Die Gesetzesbegründung weist § 26 BDSG n.F. als „spezialgesetzliche Regelung" im Beschäftigungskontext aus.[119] Im Übrigen schweigt sie zu der Frage, ob Arbeitgeber die Daten ihrer Arbeitnehmer in anderen Zusammenhängen erheben dürfen. Es ist daher auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zurückzugreifen, namentlich auf die Erlaubnistatbestände des Art. 6 DSGVO. Für sonstige Zwecke kann demnach der Arbeitgeber nur im Falle der Einwilligung des Arbeitnehmers dessen Daten verarbeiten oder wenn dies für die Erfüllung von Rechtspflichten oder im öffentlichen Interesse erforderlich ist. Die unter Geltung von § 28 Abs. 1 BDSG a.F. entwickelten Grundsätze dürften insoweit fortgelten. Insbesondere legitimiert diese Norm die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen oder die Datenübermittlung an das Finanzamt.[120]

D. Beteiligungsrechte von Betriebs- und Personalrat

60 Nach § 26 Abs. 6 BDSG n.F./§ 32 Abs. 3 BDSG a.F. bleiben die Beteiligungsrechte der Beschäftigtenvertretung unberührt. BetrVG und BPersVG sind daher neben dem BDSG anzuwenden.[121] Die Beteiligungsregeln für Betriebs- und Personalrat sind im Grunde identisch.[122]

I. Mitbestimmung

61 Die Anlage elektronischer Personalakten unterliegt nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG der Mitbestimmung.[123] Dieser Tatbestand bezieht sich auf die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen zur Überwachung von Verhalten und Leistung der Beschäftigten. Dass die Personalakte nicht per se zur Überwachung bestimmt ist, schadet nicht. Der Mitbestimmungstatbestand ist immer dann eröffnet, wenn die technische Einrichtung zumindest objektiv dafür geeignet ist.[124] Als Überwachung gilt die Erfassung von Daten über Verhalten oder Leistung der Beschäftigten durch Anlagen, die die Daten eigenständig verarbeiten.[125] Da die in

119 BT-Drs. 18/11325, S. 96 f.
120 *Sörup/Marquardt*, (Fn. 63), S. 103, 104.
121 *Kramer* (Fn. 74), S. 128.
122 *Washausen* (Fn. 38), S. 438.
123 Ein nahezu wortgleiches Beteiligungsrecht des Personalrats ergibt sich für die Arbeitnehmer des Bundes aus § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG. Entsprechende Regelungen finden sich im Landesrecht, *Hitzelberger-Kijima* (Fn. 13), S. 87.
124 *Volker Rieble*, in: Gregor Dornbusch/Ernst Fischermeier/Manfred Löwisch, Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht, 8. Aufl., Köln 2016, § 87 BetrVG, Rn. 41; *Kort* (Fn. 63), S. 5.
125 Beispielhaft werden Stechuhren oder Videoüberwachung genannt, *Rieble* (Fn. 124), § 87 BetrVG, Rn. 41.

der digitalen Akte erfassten Daten auch das Nachvollziehen der Leistungen und Fehlzeiten sowie von Vorfällen im Kontext des Arbeitsverhältnisses ermöglichen, erfüllt diese den Begriff der Überwachungsanlage.[126]

Das Mitbestimmungsrecht besteht nur dann nicht, wenn in die Personalakte ausschließlich Statusdaten aufgenommen werden, zu denen Anschrift, Geburtsdatum, Familienstand, Steuerklasse, Ausbildung und beruflicher Werdegang des Arbeitnehmers zählen,[127] denn diese Stammdaten dienen nicht der Überwachung von Verhalten und Leistung.[128] Auch EDV-Systeme für die automatisierte Lohnabrechnung sind mitbestimmungsfrei, zumindest wenn die Lohnberechnung leistungsunabhängig erfolgt.[129] Die Mitbestimmungspflicht wird jedoch ausgelöst, wenn sonstige Angaben in der Personalakte mit den Statusdaten so verknüpft werden, dass der Arbeitgeber die Beschäftigten überwachen kann.[130] Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Fehlzeiten oder Abmahnungen in der digitalen Personalakte registriert werden und auf diese Weise Aufschluss über Leistung und Verhalten des Beschäftigten geben. *62*

Ein weiterer Mitbestimmungstatbestand ergibt sich aus § 92 Abs. 1 BetrVG, wenn die Personalakte als Mittel der Personalplanung genutzt wird, etwa bei der Entscheidung über die Teilnahme an Weiterbildungen oder über Beförderungen.[131] *63*

Damit der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte hinreichend wahrnehmen kann, ist er gemäß § 80 Abs. 2 1 BetrVG vorab über die beabsichtigte Datenerhebung zu informieren. Dies setzt jedoch voraus, dass die Auskunft über die Datenerhebung einen Bezug zu den Aufgaben des Betriebsrats nach dem BetrVG ausweist; ein generelles Auskunftsrecht besteht folglich nicht.[132] In der Betriebsvereinbarung sind Ziele, Inhalte und Sicherheit der elektronischen Aktenführung ebenso zu regeln wie die Zugriffsberechtigung,[133] die Modalitäten der Einsichtnahme, der Umgang mit sensiblen Daten sowie die Archivierung, Löschung oder Sicherung von Daten und Updates der verwendeten Software.[134] *64*

126 *Gola* (Fn. 2), S. 142; *Geis (Fn. 34)*, S. 65; *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 481; *Hitzelberger-Kijima* (Fn. 13), S. 88. A. A. mit der Begründung, die Überwachung erfolge nicht durch die Personalakte als solche, sondern weiterhin „im Kopf einer Person", *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929.

127 Praktisch ist dies aber kaum mehr der Fall, sondern die Akten enthalten eine Vielzahl von Daten und Dokumenten, die weit über die Statusdaten hinausgehen, *Staack/Sparchholz* (Fn. 15), S. 52.

128 BAGE 53, 226.

129 *Rieble* (Fn. 124), § 87 BetrVG, Rn. 41.

130 *Breyer* (Fn. 11), S. 274.

131 *Gola* (Fn. 2), S. 142; *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929; *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 481.

132 *Michael Kort*, Schranken des Anspruchs des Betriebsrats auf Information gem. § 80 BetrVG über Personaldaten der Arbeitnehmer, NZA 2010, S. 1267–1272, 1268, *ders.* (Fn. 34), S. 3.

133 *Kort* (Fn. 34), S. 4.

134 *Hitzelberger-Kijima* (Fn. 13), S. 88.

II. Einsichtsrechte

65 Der Betriebsrat hat kein eigenständiges Recht auf Einsicht in die Personalakten einzelner Beschäftigter, vgl. § 83 BetrVG.[135] Nach § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist der Betriebsrat zwar verpflichtet, die freie Entfaltung der Beschäftigten im Betrieb zu schützen und zu fördern. Diese Norm beinhaltet jedoch keine Rechtsgrundlage für ein allgemeines Einsichtsrecht des Betriebsrats.[136] Er darf nur die Informationen einsehen, die zur Erfüllung seiner Aufgaben unmittelbar erforderlich sind, § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG.

66 Darüber hinaus kann der Betriebsrat bei der Einsichtnahme des Beschäftigten in seine Personalakte zugegen sein, sofern der Beschäftigte dies wünscht, § 83 Abs. 1 S. 2 BetrVG. Auch der Personalrat darf gemäß § 68 Abs. 2 S. 3 BPersVG nur mit Zustimmung des Beschäftigten Einsicht in die Personalakte nehmen. Er genießt ebenso wie der Betriebsrat kein generelles, allgemeines Einsichtsrecht.[137]

67 Weitergehende Zugriffsrechte des Betriebsrats auf die Personalakten können Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Voraussetzung ist jedoch stets ein Bezug zu den konkreten Aufgaben des Betriebsrats.[138] Diese bilden „Grund und Grenze"[139] des durch Betriebsvereinbarung zulässigerweise regelbaren Einsichtsrechts. Der Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, den Aufgabenbezug der vom Betriebsrat beabsichtigten Einsichtnahme zu überprüfen; das dabei anzuwendende Prozedere ist ebenfalls in der Betriebsvereinbarung zu regeln.[140]

III. Überwachungspflichten

68 Über die Mitbestimmung hinaus kommt dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Pflicht zur Überwachung der Einhaltung von Arbeitnehmerschutzvorschriften zu, zu denen auch die Vorgaben der DSGVO und des BDSG zählen.[141] Beabsichtigt der Arbeitgeber die Umstellung von Papier- auf digitale Personalakten muss er den Betriebsrat darüber informieren, damit der Betriebsrat seinen Überwachungspflichten nachkommen kann.[142]

69 Werden dem Betriebsrat Verstöße gegen arbeitnehmerschützende Vorgaben bekannt, hat er diese gegenüber dem Arbeitgeber zu beanstanden und Abhilfe zu verlangen.[143] Um die Einhaltung von DSGVO und BDSG zu überprüfen, darf der Betriebsrat abstrakt erfragen, ob und welche Daten für die Personalakte er-

135 Zu den Konsequenzen unbefugter Einsichtnahme vgl. LAG Berlin, 12.11.2012, 17 TaBV 1318/12, NZA-RR 2013, 293 zum Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds aus dem Betriebsrat.
136 *Gola* (Fn. 2), S. 136; *Kort* (Fn. 34), S. 4; *Herfs-Röttgen* (Fn. 11), S. 481.
137 BVerwG, NZA-RR 2014, 387.
138 BAGE 139, 25.
139 *Kort* (Fn. 34), S. 3.
140 *Kort* (Fn. 34), S. 4.
141 *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929; *Kramer* (Fn. 74), S. 128.
142 *Diller/Schuster* (Fn. 13), S. 929.
143 *Kramer* (Fn. 74), S. 129.

hoben werden. Er genießt aber keineswegs dadurch per se das Recht, Einsicht in die entsprechenden Daten zu nehmen,[144] sondern kann allenfalls Stichproben nehmen, für die aber ebenfalls die Zustimmung der Arbeitnehmer einzuholen ist.[145] Zudem gilt auch hier das Gebot der strikten Zweckbindung: Eingesehen werden darf nicht die gesamte Akte, sondern nur die Teile, die für die Durchführung der Aufgabe unbedingt erforderlich sind. Die Einsicht darf also nicht so weit gehen, dass dem Betriebsrat faktisch die gesamte Personalakte offensteht.[146]

144 *Kort*, NZA 2010, 1267, 1268; *ders.* (Fn. 34), S. 4; *Gola/Pötters/Wronka* (Fn. 4), Rn. 2140 f.

145 *Gola* (Fn. 2), S. 142; a.A. *Kort*, (Fn. 144), S. 1270, der die Einwilligung der Beschäftigten für entbehrlich hält.

146 *Kort* (Fn. 144), S. 1271.

Digitalisierte Verwaltung
Vernetztes E-Government

Herausgegeben von
Priv.-Doz. Dr. Margrit Seckelmann

Bearbeitet von
Prof. Dr. Marion Albers, Prof. Dr. Nadja Braun Binder,
Dr. Alfred G. Debus, Dr. Wolfgang Denkhaus,
Prof. Dr. Daniela Heinemann, Manuel J. Heinemann,
Dr. Thorsten Hennrich, Priv.-Doz. Dr. Tobias Herbst,
Melanie Horster, Prof. Dr. Constanze Janda,
Dr. Markus Kaulartz, Kai-Niklas Knüppel,
Prof. Dr. Dieter Kugelmann, Prof. Dr. Kai von Lewinski,
Prof. Dr. Jörn von Lucke, Prof. Dr. Andreas Mann,
Prof. Dr. Veith Mehde, Manuel Misgeld,
Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz, Dr. Conrad Neumann,
Priv.-Doz. Dr. Jakob Julius Nolte, Prof. Eike Richter,
Prof. Dr. Utz Schliesky, Dr. Sönke E. Schulz,
Dr. Stephan Schwarz, Priv.-Doz. Dr. Margrit Seckelmann,
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Prof. Dr. Christoph Sorge,
Dr. Mike Weber, Maria Wilhelm, Markus Wojtczak

Begründet von
Prof. Dr. Frank Bieler und Prof. Dr. Gunnar Schwarting

2., völlig neu bearbeitete Auflage

ERICH SCHMIDT VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter
ESV.info/978-3-503-18139-1

1. Auflage 2007
2. Auflage 2019

Gedrucktes Werk: ISBN 978-3-503-18139-1
eBook: ISBN 978-3-503-18140-7

Alle Rechte vorbehalten
© Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019
www.ESV.info

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO-Norm 9706.

Gesetzt aus der 9/11 Stempel Garamond

Satz: multitext, Berlin
Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen