

Aktenzeichen: 1 ABR 51/93

Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 22. März 1994

- 1 ABR 51/93 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 16. Dezember 1992

- 17 BV 320/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Beschluß vom 13. August 1993

- 10 TaBV 2/93 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Für die Fachpresse : Ja

Für das Bundesarchiv : Ja

N

Entscheidungsstichwort:

Mitbestimmung des Betriebsrates bei Versetzung eines
Datenschutzbeauftragten

Gesetz:

BetrVG § 99 Abs. 2 Nr. 1, § 95 Abs. 3, § 80 Abs. 1 Nr. 1;
BDSG § 36

Leitsätze:

1. Der Betriebsrat kann der beabsichtigten Versetzung eines Arbeitnehmers auf einen Arbeitsplatz als Datenschutzbeauftragter die Zustimmung gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern mit der Begründung, der Arbeitnehmer besitze nicht die von § 36 Abs. 2 BDSG geforderte Fachkunde und Zuverlässigkeit.

2. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit können sich daraus ergeben, daß der Arbeitnehmer neben seiner Aufgabe als Datenschutzbeauftragter Tätigkeiten ausübt, die mit seiner Kontrollfunktion unvereinbar sind, weil sie den Arbeitnehmer in einen Interessenkonflikt geraten lassen.

3. Unerheblich für die Kontrollrechte des Betriebsrats ist es, ob schon die Übertragung der Funktion des Datenschutzbeauftragten selbst oder erst die spätere Übertragung anderer Aufgaben zu der nach § 36 Abs. 2 BDSG unzulässigen Kombination unvereinbarer Tätigkeiten führt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 ABR 51/93

10 TaBV 2/93 Berlin

Verkündet am
22. März 1994

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Beschluß

In dem Beschlußverfahren

unter Beteiligung

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Anhörung vom 22. März 1994 durch den Präsidenten Professor Dr. Dieterich, die Richter Dr. Rost und Schliemann sowie die ehrenamtlichen Richter Janzen und Dr. Giese beschlossen:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 13. August 1993 - 10 TaBV 2/93 - aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

G r ü n d e :

A. Die Beteiligten streiten über die Zustimmung zu einer vom Arbeitgeber beabsichtigten Versetzung. Diese betrifft einen Mitarbeiter, der zugleich Datenschutzbeauftragter ist.

Der Arbeitgeber ist Träger des "A -Berufsbildungswerkes Berlin", einer außerbetrieblichen Ausbildungsstätte zur beruflichen und gesellschaftlichen Rehabilitation behinderter Jugendlicher. In dem Bildungswerk werden ca. 400 Jugendliche von ca. 170 Mitarbeitern ausgebildet. Weiterer Beteiligter ist der im Betrieb gewählte Betriebsrat. Der Arbeitgeber wendet einen Haustarifvertrag an, durch den die Bestimmungen des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT) übernommen worden sind.

Am 17. März 1992 schrieb der Arbeitgeber eine ab 1. Mai 1992 zu besetzende Stelle einer EDV-Fachkraft aus. In der Ausschreibung wurden die Aufgaben wie folgt umschrieben:

"Der/die Stelleninhaber/in soll für den Bereich aller im Hause eingesetzter EGS-Anlagen zuständig sein. Durch seine/ihre Fachkunde muß er/sie in der Lage sein, die bereits vorhandenen Programme, das Textsystem und die Datenbank zu pflegen, den



Ablauf der Programme sicherzustellen, neue verwaltungstechnische Programme zu entwickeln sowie die Mitarbeiter beratend zu unterstützen und zu schulen."

Einzigster Bewerber für die nach Vergütungsgruppe IV b BAT dotierte Stelle war der seit 1. März 1979 beim Arbeitgeber beschäftigte H C . Dieser war bisher als "Bearbeiter Wirtschaftswesen" eingesetzt und eingruppiert in Vergütungsgruppe V c BAT. Seit dem 1. Juli 1988 nimmt er auch das Amt des Datenschutzbeauftragten wahr. Nach Darstellung des Arbeitgebers beanspruchten beide Funktionen in etwa jeweils die Hälfte der Arbeitszeit.

Mit Schreiben vom 30. März 1992 unterrichtete der Arbeitgeber den Betriebsrat von der geplanten "Einstellung" C und beantragte die Zustimmung dazu. Der Betriebsrat verweigerte diese mit Schreiben vom 6. April 1992, in dem es heißt:

"Der Betriebsrat kann der Einstellung von Herrn C als EDV-Kraft nicht zustimmen, da die entsprechende Information zur Personalplanung nicht vollständig erfolgt ist und wir daher auch nicht wissen, welche Konsequenzen sich für die bisherige Tätigkeit als Einkäufer ergeben.

Darüber hinaus ist immer noch nicht geklärt, wie die EDV-Tätigkeit mit der Arbeit des Datenschutzbeauftragten - sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht - zu vereinbaren ist."

Das Schreiben ist unterzeichnet von der Betriebsratsvorsitzenden und einem weiteren Betriebsratsmitglied. In einem zusätzlichen Schreiben vom 6. April 1992 - das nur von der Betriebsratsvorsitzenden unterzeichnet ist - erläuterte der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung näher. Der Betriebsrat hat in einer Ge-



schäftsordnung u.a. festgelegt, daß er vom Vorsitzenden und seinem Stellvertreter gegenüber dem Arbeitgeber gemeinsam vertreten wird.

Mit seinem am 15. April 1992 beim Arbeitsgericht eingegangenen Antrag hat der Arbeitgeber die Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats zur "Einstellung/Versetzung" des Arbeitnehmers C

begehrt. Am 6. Mai 1992 hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer C auf den vorgesehenen Arbeitsplatz versetzt und den Betriebsrat mit Schreiben vom selben Tage hierüber unterrichtet. Nach Widerspruch des Betriebsrats hat der Arbeitgeber mit einem am 12. Mai 1992 bei Gericht eingegangenen weiteren Antrag die Feststellung des Erfordernisses der vorläufigen Durchführung der Maßnahme begehrt.

Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, die Zustimmungsverweigerung sei nicht begründet. Zwischen der Position C

als Datenschutzbeauftragter und der ihm neu zugedachten Beschäftigung als EDV-Fachkraft bestehe kein Interessengegensatz.

C habe auch bisher schon Aufgaben im Bereich der Datenverarbeitung wahrgenommen. Insoweit ändere sich sein Tätigkeitsbereich nicht. Die Änderung betreffe im wesentlichen nur die zeitlichen Anteile der Tätigkeiten. Die Aufgaben der EDV-Fachkraft seien auch nur auf einen Teil der im Betrieb befindlichen Anlagen bezogen, nämlich den sog. EGS-Bereich. Dieser betreffe nur den geringeren Teil der verwandten Systeme. Es könne keinesfalls gesagt werden, daß die EDV-Fachkraft "Herr der Datenverarbeitung" sei.



Unabhängig davon, daß eine Inkompatibilität nicht vorliege, könnte der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung auch nicht auf eine solche stützen, da sich daraus kein Verstoß gegen ein Gesetz im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ergäbe.

Der Arbeitgeber hat weiter hingewiesen auf die fehlende Unterschrift des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden im zweiten Schreiben vom 6. April 1992. Die vorläufige Versetzung des Arbeitnehmers C auf die Stelle als EDV-Fachkraft sei aus betrieblichen Gründen erforderlich gewesen.

Der Arbeitgeber hat erstinstanzlich beantragt,

1. die vom Betriebsrat verweigerte Zustimmung zur Einstellung/Versetzung des Arbeitnehmers H C zu ersetzen,
2. festzustellen, daß die am 6. Mai 1992 vorgenommene vorläufige Einstellung/Versetzung des Mitarbeiters C auf die Stelle einer EDV-Fachkraft aus sachlichen Gründen erforderlich war.

Der Betriebsrat hat beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

Er hat die Auffassung vertreten, der für C vorgesehene neue Aufgabenbereich sei mit dessen Funktion als Datenschutzbeauftragter nicht vereinbar. Die gesetzlich geforderte Eignung und Zuverlässigkeit des Datenschutzbeauftragten setze eine entsprechende Konfliktbereitschaft zugunsten des Datenschutzes voraus. Diese sei bei einer so engen Verknüpfung mit eigenen Aufgaben der Datenverarbeitung nicht gegeben.



Der Betriebsrat könne den drohenden Verlust der gesetzlich verlangten Eignung eines Datenschutzbeauftragten im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG einwenden. Die vorgesehene Beschäftigung verstoße gegen ein Gesetz.

Formelle Bedenken gegen die Zustimmungsverweigerung hat der Betriebsrat zurückgewiesen. Ein dringendes Erfordernis für die vorläufige Durchführung der Maßnahme sei nicht gegeben.

Das Arbeitsgericht hat die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats antragsgemäß ersetzt, den weitergehenden Antrag des Arbeitgebers aber zurückgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen allein vom Betriebsrat eingelegte Beschwerde zurückgewiesen.

B. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist der Beschluß des Landesarbeitsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

I. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings zutreffend angenommen, die vom Arbeitgeber beantragte Zustimmung zur Versetzung des Arbeitnehmers H C gelte nicht schon deshalb als erteilt, weil der Betriebsrat seine Zustimmungsverweigerung nicht innerhalb der Wochenfrist des § 99 Abs. 3 BetrVG begründet habe.

Nach ständiger Senatsrechtsprechung ist ausreichend - aber auch erforderlich - eine Begründung, die es als möglich erschei-



nen läßt, daß einer der in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe geltend gemacht wird. Der Betriebsrat muß erkennen lassen, daß er von seiner Verweigerungsbefugnis aus den gesetzlich vorgegebenen Gründen Gebrauch machen will. Die Begründung braucht nicht schlüssig zu sein. Nur eine Begründung, die offensichtlich auf keinen der Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG Bezug nimmt, ist unbeachtlich (ständige Senatsrechtsprechung seit Beschluß vom 16. Juli 1985, BAGE 49, 180 = AP Nr. 21 zu § 99 BetrVG 1972; zuletzt Senatsbeschluß vom 18. Januar 1994 - 1 ABR 42/93 -, zu B II 1 der Gründe, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Diesen Voraussetzungen genügt das von der Betriebsratsvorsitzenden und einem weiteren Betriebsratsmitglied unterzeichnete Schreiben vom 6. April 1992, wie auch das Landesarbeitsgericht angenommen hat. Der Betriebsrat weist u.a. darauf hin, daß "immer noch nicht" geklärt sei, wie die EDV-Tätigkeit mit der Arbeit des Datenschutzbeauftragten sowohl inhaltlich als auch in zeitlicher Hinsicht zu vereinbaren sei. Dieser Hinweis läßt sich ohne weiteres dem Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zuordnen. Der Betriebsrat gibt seine Bedenken gegen die Vereinbarung der beiden dem Arbeitnehmer C zukünftig zugeordneten Tätigkeiten zu erkennen. Es ist unschwer zu folgern, daß diese Bedenken aus den Erfordernissen herrühren, die das Bundesdatenschutzgesetz an die Person des Datenschutzbeauftragten stellt. Der Betriebsrat wollte also erkennbar einwenden, die neue Kombination der Tätigkeiten als EDV-Fachkraft und Datenschutzbeauftragter entspreche nicht den datenschutzrechtlichen Voraussetzungen. Für den Arbeitgeber war das schon deshalb deutlich, weil er die insoweit vertretene Position des Betriebsrats kannte. In



seinem Schreiben an den Berliner Datenschutzbeauftragten vom 9. Dezember 1991 hat er selbst darauf verwiesen, der Betriebsrat halte die Wahrnehmung der neuen Aufgabe zusammen mit der des Datenschutzbeauftragten für unvereinbar, weil der Arbeitnehmer seine eigene Tätigkeit überprüfen müsse. Der Berliner Datenschutzbeauftragte wird in diesem Schreiben um Stellungnahme gebeten, ob dies "mit dem Datenschutzgesetz vereinbar" sei.

Für den Arbeitgeber konnte also schon aufgrund des von zwei Betriebsratsmitgliedern unterzeichneten Schreibens vom 6. April 1992 kein Zweifel daran bestehen, um welchen Zustimmungsverweigerungsgrund es ging. Damit kommt es auf das zweite Schreiben vom 6. April, das von der Betriebsratsvorsitzenden allein unterzeichnet war, nicht mehr entscheidend an. Es kann dahingestellt bleiben, welche Folgerungen für die Wirksamkeit dieses Schreibens aus der Geschäftsordnung des Betriebsrats zu ziehen sind.

II. Dem Landesarbeitsgericht ist aber nicht darin zu folgen, daß ein Gesetzesverstoß im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG gar nicht in Betracht kommt. Diese Ansicht beruht auf der Erwägung, daß Inkompatibilität zwischen den Aufgaben des Arbeitnehmers C

als EDV-Fachkraft und als Datenschutzbeauftragter kein Grund für eine Verweigerung der Zustimmung sein könne, weil nicht die "Einstellung/Versetzung" des Arbeitnehmers C in die Position einer EDV-Fachkraft selbst, sondern nur damit verbundene Umstände - folge man der Ansicht des Betriebsrats - zu einem vom Gesetz unerwünschten Ergebnis führten. Bewirkten jedoch nur Folgen einer geplanten personellen Maßnahme denkbare Kollisionen mit gesetz-



lichen Vorschriften, führe dies nicht bereits zu einem Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG. Daher könne die Frage dahingestellt bleiben, ob eine solche Inkompatibilität überhaupt bestehe.

Diese Begründung kann nicht überzeugen. § 36 Abs. 2 BDSG stellt eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar. Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zu einer beabsichtigten personellen Maßnahme mit der Begründung verweigern, sie verstoße gegen dieses Gesetz. Das gilt nicht nur dann, wenn einem Arbeitnehmer, der bisher nicht als Datenschutzbeauftragter beschäftigt war, dieser Aufgabenbereich übertragen wird; ein Gesetzesverstoß kann sich vielmehr auch aus einer Änderung der neben der Datenschutzaufgabe wahrgenommenen Tätigkeit ergeben, wenn dadurch die für die Funktion des Datenschutzbeauftragten erforderlichen Voraussetzungen verlorengehen.

1. Eine nach § 99 BetrVG zustimmungspflichtige personelle Maßnahme verstößt nicht nur dann gegen ein Gesetz, wenn die vorgesehene Beschäftigung des Arbeitnehmers ausdrücklich verboten ist. Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 14. November 1989 (BAGE 63, 226 = AP Nr. 77 zu § 99 BetrVG 1972) ausgeführt hat, werden solche Beschäftigungsverbote ohnehin in der Regel sanktioniert. Als ausreichend, aber auch erforderlich muß angesehen werden, daß es sich um eine gesetzliche Vorschrift handelt, die dem Schutz der Arbeitnehmer dient und sich ihrem erkennbaren Sinn und Zweck



nach gerade gegen die vorgesehene Beschäftigung richtet. Hingegen kommt es nicht darauf an, ob das Gesetz die individualrechtliche Unwirksamkeit der Maßnahme anordnet (vgl. auch Heinze, Personalplanung, Einstellung und Kündigung, Rz 303).

Als gesetzliche Vorschriften in diesem Sinne kommen auch Normen in Betracht, die die Beschäftigung nicht generell untersagen, sondern nur an die Person des Arbeitnehmers bestimmte Voraussetzungen stellen. Dazu gehören Beschäftigungsverbote für Jugendliche nach der Arbeitszeitordnung, für Schwangere nach dem Mutterschutzgesetz, für Personen, die einer Arbeitserlaubnis bedürfen, oder für Arbeitnehmer ohne ein nach gesetzlichen Vorschriften erforderliches Gesundheitsattest (vgl. etwa Senatsbeschluß vom 22. Januar 1991 - 1 ABR 18/90 - AP Nr. 86 zu § 99 BetrVG 1972 zur Frage der fehlenden Arbeitserlaubnis; s. im übrigen die allgemeinen Nachweise etwa bei Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 17. Aufl., § 99 Rz 42; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 4. Aufl., § 99 Rz 110; Kraft, GK-BetrVG, 4. Aufl., § 99 Rz 113). Entsprechend sind bei den gleichfalls in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG genannten Unfallverhütungsvorschriften auch solche zu beachten, die für bestimmte Tätigkeiten besondere fachliche und persönliche Eigenschaften des Arbeitnehmers fordern (vgl. Heinze, aaO, Rz 304). § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG überschneidet sich insoweit auch mit § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wonach es zur Aufgabe des Betriebsrats gehört, zu jeder Zeit darüber zu wachen, daß die zum Schutz der Arbeitnehmer geltenden gesetzlichen und sonstigen Vorschriften beachtet werden (vgl. dazu auch Senatsbeschluß vom 22. Januar 1991, aaO).



2. § 36 Abs. 2 BDSG, wonach zum Beauftragten für den Datenschutz nur bestellt werden darf, wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt, stellt eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar.

a) Die Frage, ob der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung eines Datenschutzbeauftragten oder zur Versetzung eines Arbeitnehmers auf den Arbeitsplatz des Datenschutzbeauftragten mit der Begründung verweigern darf, diesem fehle die nach § 36 Abs. 2 BDSG erforderliche Fachkunde oder Zuverlässigkeit, ist allerdings in der Literatur umstritten. Die wohl überwiegende Meinung sowohl des betriebsverfassungsrechtlichen wie des datenschutzrechtlichen Schrifttums bejaht sie (Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 80 Rz 110; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, aaO, § 99 Rz 43; Kittner in Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, 3. Aufl., § 99 Rz 175; Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Stand September 1992, § 36 Rz 48; Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutzrecht, S. 234, 235; Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., § 28 Rz 93 ff.; Wohlgemuth, Datenschutz für Arbeitnehmer, 2. Aufl., Rz 743; Küpferle, Arbeitnehmerdatenschutz im Spannungsfeld von Bundesdatenschutzgesetz und Betriebsverfassungsgesetz, 1986, S. 433; Matysiak, Betriebsverfassungsrecht und Datenschutz, Diss. Köln 1981, S. 228; Walk, Die Mitbestimmung der im Betriebsverfassungsgesetz vorgesehenen Stellen (Gesamtbetriebsrat) bei Bestellung und Abberufung des Datenschutzbeauftragten des Unternehmers im Sinne von § 28 BDSG vom



27. Januar 1977, Diss. Würzburg 1988, S. 67; Ramrath, RDV 1989, 163, 165 - allerdings nur für Versetzungen, nicht für Einstellungen).

Die Gegenmeinung beruft sich vor allem darauf, daß § 36 Abs. 2 BDSG nur Bedeutung für die Bestellung des Datenschutzbeauftragten habe. Diese sei von der vertraglichen Grundlage der Tätigkeit zu unterscheiden und betreffe deshalb auch nicht personelle Maßnahmen wie Einstellung oder Versetzung (Hess/Schlochauer/Glaubitz, aaO, § 99 Rz 111; wohl auch GK-Kraft, aaO, § 99 Rz 113; Dörr/Schmidt, Neues Bundesdatenschutzgesetz, 1992, § 36 Rz 11; Brill, BlStSozArbR 1978, 163, 164; Ehrich, DB 1991, 1981, 1983; von Sponeck in: Ehmann (Herausgeber), Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen, 1993, S. 42; offengelassen von Wronka/Hörle, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., § 28 Rz 3).

b) In der Tat regelt § 36 Abs. 2 BDSG unmittelbar nur die Bestellung des Datenschutzbeauftragten. Diese ist zu trennen von der vertraglichen Grundlage, auf der der Datenschutzbeauftragte tätig wird. Vertragsgrundlage kann ein Arbeitsvertrag sein, wenn der Datenschutzbeauftragte als sog. interner Beauftragter tätig ist; das Gesetz läßt aber auch das Tätigwerden eines externen Beauftragten im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Eignungsmerkmale, die § 36 Abs. 2 BDSG für die Bestellung des Datenschutzbeauftragten normiert, bei Einstellungen und Versetzungen vernachlässigt werden dürften.

Die "Trennungstheorie" berücksichtigt zu wenig, daß dann, wenn der Datenschutzbeauftragte als Arbeitnehmer beschäftigt



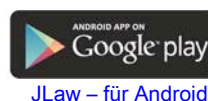
wird, seine Tätigkeit den Inhalt des Arbeitsvertrages bildet. Bei seiner Einstellung bzw. Versetzung wird ihm also eine Aufgabe übertragen und ihre Erfüllung zur Vertragspflicht gemacht, die er bei fehlender Qualifikation nicht ausüben kann, ohne gegen das Gesetz zu verstoßen. Insoweit liegt der Fall nicht anders als bei der Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der eine bestimmte Tätigkeit deshalb nicht ausüben darf, weil er - etwa nach einschlägigen Unfallverhütungsvorschriften - fachliche oder persönliche Kriterien nicht erfüllt (vgl. dazu auch ArbG Berlin Beschluß vom 15. März 1988 - 31 BV 4/87 - AiB 1988, 292 m. Anm. Schoof) oder weil er keine Arbeitserlaubnis hat. Der Arbeitgeber, der die Zustimmung des Betriebsrats zu einer Einstellung oder Versetzung im Sinne des § 99 BetrVG einholt, verlangt damit die Zustimmung zur tatsächlichen Durchführung der Maßnahme. Diese tatsächliche Durchführung regelt aber § 36 Abs. 2 BDSG, indem er die für die Bestellung des Datenschutzbeauftragten maßgebenden Anforderungen normiert. Nur entsprechend qualifizierte Personen sollen als Datenschutzbeauftragte tätig werden. Deshalb ist § 36 Abs. 2 BDSG auch maßgebend für die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers. Verfügt dieser nicht über die erforderliche Qualifikation, darf er nicht als Datenschutzbeauftragter eingesetzt werden. Seine Einstellung im Sinne der tatsächlichen Aufnahme in den Betrieb bzw. seine Versetzung im Sinne der tatsächlichen Zuweisung eines Arbeitsbereichs mit dem Ziel der Beschäftigung als Datenschutzbeauftragter verstoßen gegen das Gesetz (so zu Recht Dietz/Richardi, aaO, § 80 Rz 110). Dies gilt nicht nur, wenn der Datenschutzbeauftragte ausschließlich als solcher beschäftigt werden



soll, sondern auch dann, wenn diese Tätigkeit nur einen Teil seiner Gesamttätigkeit ausmacht.

c) Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten unterliege als solche - anders etwa als die Bestellung von Betriebsärzten und Fachkräften für Arbeitssicherheit gem. § 9 Abs. 3 Arbeitssicherheitsgesetz - nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Das ist zwar richtig, bedeutet aber nur, daß der Bestellungsakt selbst nicht von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig ist. Handelt es sich also bei dem Datenschutzbeauftragten etwa um einen leitenden Angestellten oder um einen externen Beauftragten, so daß die Beschäftigung keine mitbestimmungspflichtige Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG erfordert, so scheidet ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus (einmal abgesehen davon, daß auch die Beschäftigung eines freien Mitarbeiters unter gewissen Voraussetzungen eine nach § 99 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung sein kann, vgl. generell dazu Senatsbeschuß vom 27. Juli 1993 - 1 ABR 7/93 - AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972; zum Datenschutzbeauftragten LAG Frankfurt Beschuß vom 28. Februar 1989 - 4 TaBV 106/88 -, RDV 1990, 151; kritisch dazu Ehmann, CR 1993, 778). Der Betriebsrat bleibt insoweit auf sein Überwachungsrecht nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beschränkt (vgl. dazu Dietz/Richardi, aaO, § 80 Rz 110; Ordemann/Schomerus/Gola, Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., § 36 Anm. 3.5).

Die Gegenmeinung kann sich auch nicht auf die Entstehungsgeschichte des Bundesdatenschutzgesetzes von 1977 berufen. Aus dem



Umstand, daß der Gesetzgeber eine Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten, die im Vorfeld gefordert worden war, verworfen hat (vgl. zur Gesetzesgeschichte etwa Auernhammer, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., § 36 Rz 6; Brill, B1StSozArbR 1978, 163, 164 - jeweils mit Nachweisen), läßt sich nicht folgern, er habe bereits bestehende Mitbestimmungsrechte beschränken wollen. Eine solche Absicht hätte im Gesetz jedenfalls keinen Niederschlag gefunden. Im übrigen kommt das Recht des Betriebsrats, im Rahmen des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bei einer Einstellung oder Versetzung die fehlende Qualifikation des Datenschutzbeauftragten geltend zu machen, keineswegs einem generellen Mitbestimmungsrecht bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten gleich. Die Zustimmungsverweigerung ist nämlich gebunden an die in § 99 Abs. 2 Nr. 1 bis 6 BetrVG genannten Tatbestände, die dem Betriebsrat nur eine beschränkte Einflußmöglichkeit gewähren. Insbesondere steht dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Auswahl der Person zu.

III. Dem Betriebsrat war es auch bei der hier zu beurteilenden Versetzung entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht verwehrt, seine Verweigerung auf § 36 Abs. 2 BDSG zu stützen.

1. Es geht allerdings nicht um eine Versetzung, durch die einem bisher mit anderen Aufgaben betrauten Arbeitnehmer erstmals die Funktion eines Datenschutzbeauftragten übertragen würde - sei es ausschließlich, sei es neben der bisherigen oder einer neuen Tä-



tigkeit. Vielmehr hat der betroffene Arbeitnehmer schon bisher mit Zustimmung des Betriebsrats die Funktionen des Datenschutzbeauftragten wahrgenommen und daran soll sich auch nichts ändern. Ändern soll sich nur der zusätzliche Aufgabenbereich des Arbeitnehmers C . Statt der bisher wahrgenommenen Zusatzaufgabe als Bearbeiter Wirtschaftswesen soll C nunmehr mit den Aufgaben einer EDV-Fachkraft betraut werden. Hierin liegt der das Mitbestimmungsrecht begründende Tatbestand. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, daß es sich um eine das Gesamtbild der Tätigkeit ändernde Umgestaltung des Arbeitsbereichs handelt, die als Versetzung im Sinne des § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG anzusehen ist.

2. Das Landesarbeitsgericht hat dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG aberkannt, weil hier nicht die "Einstellung/Versetzung" des Arbeitnehmers als solche, sondern nur die Folgen der Übertragung einer Tätigkeit als EDV-Fachkraft zur Kollision mit gesetzlichen Vorschriften führen könne. Dem ist nicht zuzustimmen.

a) Betrachtet man allerdings nur die Teiltätigkeit als EDV-Fachkraft, verstößt deren Übertragung nicht gegen ein Gesetz. Der Betriebsrat hat insoweit auch keine Zustimmungsverweigerungsgründe genannt. Er hat vielmehr selbst zu erkennen gegeben, daß er gegen die Beschäftigung C allein mit Aufgaben als EDV-Fachkraft ebensowenig Bedenken hat wie dagegen, daß C als Datenschutzbeauftragter allein oder in der bisherigen Kombination beschäftigt wird. Ginge es also nur um die Teiltätigkeit, müßte



die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt werden. Die Problematik des Falles ergibt sich jedoch daraus, daß erst die Kombination zweier Tätigkeiten die Frage ihrer Vereinbarkeit und damit ihrer Gesetzmäßigkeit aufwirft. Diese Frage läßt sich nicht beantworten, wenn man die geplante Teiländerung isoliert würdigt.

Vielmehr muß der neue Arbeitsbereich als Einheit gesehen werden. Der Arbeitgeber möchte den Arbeitnehmer künftig als EDV-Fachkraft und zugleich als Datenschutzbeauftragten einsetzen. Diese Gesamtaufgabe ist dem bisherigen Arbeitsbereich als Bearbeiter Wirtschaftswesen und Datenschutzbeauftragter entgegenzusetzen. Dementsprechend erfaßt die beantragte Zustimmung auch die Frage, ob die Aufgaben als Datenschutzbeauftragter neben den Aufgaben als EDV-Fachkraft fortgeführt werden dürfen. Das Gesamtbild der Tätigkeit wird ein anderes. Neuer Arbeitsbereich im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG ist jetzt der Arbeitsplatz "EDV-Fachkraft und Datenschutzbeauftragter".

b) Diese Gesamttätigkeit kann gegen ein Gesetz verstoßen, weil gerade die Kombination beider Teiltätigkeiten vom Gesetz nicht geduldet wird. Das Recht, eine solche Unvereinbarkeit geltend zu machen, wird nicht dadurch berührt, daß der Arbeitgeber nur Teiltätigkeiten ändert. Andernfalls könnte der Arbeitgeber der Kontrolle des Betriebsrats ohne weiteres ausweichen, indem er dem Arbeitnehmer neben der Funktion des Datenschutzbeauftragten zunächst eine kompatible Teiltätigkeit übertrüge und diese später - nachdem der Betriebsrat der Einstellung/Versetzung zugestimmt hat - gegen eine inkompatible Teiltätigkeit auswechselte.



c) Der hier vertretenen Auffassung steht nicht § 36 Abs. 3 Satz 4 BDSG entgegen, wonach die Bestellung zum Datenschutzbeauftragten nur auf Verlangen der Aufsichtsbehörde oder in entsprechender Anwendung von § 626 BGB widerrufen werden kann. Der Betriebsrat verlangt keinen Widerruf der Bestellung als Datenschutzbeauftragter. Er wendet sich nur gegen die Übertragung einer Tätigkeit, die der Datenschutzbeauftragte seiner Auffassung nach nicht wahrnehmen könnte ohne seine Qualifikation nach § 36 Abs. 2 BDSG zu verlieren. Der Arbeitgeber ist also nicht gezwungen, einen Widerruf auszusprechen.

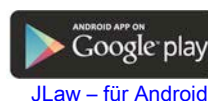
IV. Der Beschluß des Landesarbeitsgerichts ist daher aufzuheben, weil er auf der unzutreffenden Auffassung beruht, die geplante Versetzung könne ihrer Art nach § 36 Abs. 2 BDSG nicht verletzen. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat jedoch nicht möglich. Das Landesarbeitsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - die Frage offengelassen, ob die dem Arbeitnehmer C zugedachte neue Tätigkeit als EDV-Fachkraft mit der weiteren Wahrnehmung der Funktion des Datenschutzbeauftragten vereinbar ist oder nicht. Diese Prüfung ist nachzuholen. Dabei wird das Landesarbeitsgericht folgendes zu berücksichtigen haben:

Nach ganz herrschender Auffassung gehört zur "Zuverlässigkeit" im Sinne des § 36 Abs. 2 BDSG, daß der Datenschutzbeauftragte frei ist von anderen Aufgaben, die mit seiner Kontrollfunktion nicht zu vereinbaren sind und die ihn deshalb in Inter-



essenkonflikte bringen könnten. Dies wäre mit dem vom Gesetz verfolgten Gedanken einer qualifizierten internen Kontrolle nicht zu vereinbaren. Der Datenschutzbeauftragte soll und muß die Rechte Dritter – insbesondere der Arbeitnehmer – gegen mögliche Beeinträchtigungen durch Datenverarbeitung schützen können. Seine besondere Stellung wird unterstrichen durch die Weisungsfreiheit und den Benachteiligungsschutz gem. § 36 Abs. 3 Satz 2 und Satz 3 BDSG. Mit seiner Stellung und Funktion wäre es nicht zu vereinbaren, wenn er in erster Linie seine eigene Tätigkeit kontrollieren müßte. Eine derartige Überschneidung der Interessensphären beeinträchtigt die in § 36 Abs. 2 BDSG geforderte Zuverlässigkeit (allgemeine Auffassung – vgl. etwa Auernhammer, aaO, § 36 Rz 24; Dörr/Schmidt, aaO, § 36 Rz 13; Ordemann/Schomerus/Gola, aaO, § 36 Anm. 3.4; Koch, Der betriebliche Datenschutzbeauftragte, 3. Aufl., S. 44; Wohlgemuth, aaO, Rz 789, 790).

Ein solcher Sachverhalt liegt zwar bei bestimmten Leitungspositionen besonders nahe, entscheidend kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalles an, wobei etwa der Umfang der im einzelnen wahrzunehmenden Aufgaben und die Größe des Unternehmens eine maßgebliche Rolle spielen können (vgl. Auernhammer, aaO; Dörr/Schmidt, aaO; Ordemann/Schomerus/Gola, aaO; Wohlgemuth, aaO). Der Arbeitnehmer C ist offensichtlich nicht als Leiter der EDV vorgesehen; er nimmt aber in seiner neuen Position nach der Stellenbeschreibung immerhin bedeutsame Aufgaben der EDV wahr – z.B. Sicherstellung des Ablaufs der Programme, Entwicklung neuer verwaltungstechnischer Programme, beratende Unterstützung und Schulung von Mitarbeitern. Ein Interessenkonflikt erscheint hier



nicht von vornherein und in jedem Fall ausgeschlossen. Bei der Würdigung ist andererseits zu bedenken, daß der Datenschutzbeauftragte gem. § 36 Abs. 2 BDSG über entsprechende Fachkunde verfügen muß, was regelmäßig nur bei eigener Befassung mit der Datenverarbeitung gegeben sein wird. Tätigkeiten auf diesem Spezialgebiet rechtfertigen noch nicht allein die Besorgnis der Unzuverlässigkeit als Datenschutzbeauftragter.

Dr. Dieterich

zugleich für den durch
Urlaub verhinderten
Richter Schliemann

Dr. Rost

Der ehrenamtliche Richter
Janzen ist wegen des Endes
seiner Amtszeit an der
Unterschriftsleistung ver-
hindert

Dr. Dieterich

Dr. Giese

