



# Was heißt schon »freiwillig«?

**DSGVO** Die freiwillige Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis ist längst nicht immer freiwillig. Das zeigt diese Streitigkeit zwischen Betriebsparteien um die Erwähnung des Wortes »Einwilligung« in einer Vereinbarung.

VON KAI STUMPER

**W**as heißt schon »freiwillig«? Das müsste man eigentlich häufiger mal in die Runde fragen, wenn Arbeitgeber behaupten, die Datenverarbeitung in bestimmten Programmen sei »freiwillig«.

Ja, was heißt es denn? Arbeitgeber berufen sich darauf, weil sie – fälschlicherweise – glauben, dieser Begriff sei der Schlüssel zur Lösung von Problemen, bei denen sie nur Ärger und Aufwand befürchten. Das befürchten sie zu Recht. Aber im Recht sind sie damit nicht.

Immer mehr IT-Systeme ermöglichen und ermuntern sogar dazu, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ihre eigenen Daten selbst eingeben. Welche Qualifikation möchte ich noch anstreben, interessiere ich mich für Sport, was halte ich eigentlich von sozialem Engagement?

Solche und ähnliche Fragen mögen zunächst harmlos erscheinen, können aber in modernen Systemen zu äußerst wichtigen Informationen werden, die ein Arbeitgeber jenseits des ursprünglich vermuteten Zwecks nutzen kann.

Wenn Beschäftigte solche Angaben machen, dann heißt das freilich noch lange nicht, dass das auch freiwillig geschieht. Mehr noch: Selbst wenn es freiwillig geschehen würde, heißt das noch lange nicht, dass es rechtmäßig geschieht.

## **Freiwillig heißt nicht automatisch rechtmäßig**

Das mag überraschend klingen. Aber Belegschaftsvertretungen sollten an dieser Stelle

**DARUM GEHT ES**

1. Die Einwilligung im Arbeitsverhältnis bleibt trotz des klaren Gesetzeswortlauts weiterhin umstritten.

2. In einer Rahmenvereinbarung lassen sich Datenerhebungsszenarien sauber regeln.

3. Notfalls müssen Arbeitgeber per Einigungsstelle zum Beschäftigten datenschutz verpflichtet werden.

nicht gleich ihrer eigenen – vielleicht vor-schnell verspürten – Intuition folgen, die oft sagt: »Das ist ja einleuchtend: Wenn jemand selbst entscheidet, dass er seine Daten irgendwo eingibt, dann muss man sich ja wohl nicht auch noch darum kümmern, ob er das bei vollem Bewusstsein macht.«

Das klingt nur ansatzweise lustig. Denn es läuft auf einen klaren Gesetzesverstoß hinaus. Warum das so ist, zeigt ein Blick auf den Gesetzestext. Dort heißt es in § 26 Abs. 2 des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG-neu):

**BDSG-NEU**

**§ 26 – Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses**  
 (2) Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

Den Gesetzeswortlaut muss man sich auf der Zunge zergehen lassen. Schnell wird klar:

1. Der Gesetzgeber sieht die Freiwilligkeit als einen Unterpunkt der Einwilligung an, also einen von mehreren!
2. Eine Einwilligung kann ein Arbeitnehmer nicht »einfach mal so« erklären; es sind mehrere Voraussetzungen notwendig, damit sie rechtlich wirksam sein kann.
3. Zu diesen Voraussetzungen zählen neben der Freiwilligkeit auch noch:
  - Schriftform
  - Information über Zweck der Datenverarbeitung

- Information über das Widerrufsrecht des Betroffenen.

4. Hinzu kommt, dass Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis eine Ausnahme darstellt; an sich wird eher vermutet, dass sie nicht gegeben ist. Man kann sie also nicht einfach so unterstellen.

Nun wird es in der Praxis schwierig, die zahlreichen Datenerhebungsszenarien, die inzwischen möglich und ja auch vom Arbeitgeber erwünscht sind, in Schriftform abzubilden. Hier könnte er sich darauf berufen, dass »besondere Umstände« vorliegen, die auch eine andere Form erlauben.

Aber Achtung: eine »andere Form« heißt nicht »gar keine Form«.

Insofern sollte ein Betriebsrat auch bei der Selbsteingabe von Daten durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verlangen, dass zumindest durch ein Häkchen oder ähnliche Mechanismen ein aktives Akzeptieren – möglichst natürlich separat in Textform dokumentiert – erfolgen muss.

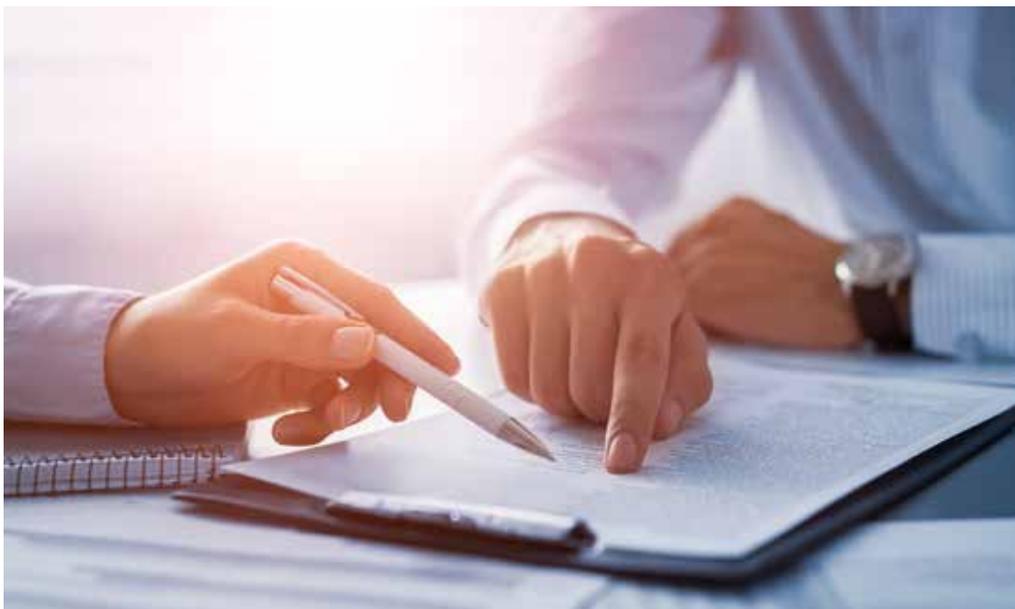
Und zusätzlich ist in Textform über die Rechte des Beschäftigten zu informieren. Und weil den Arbeitgeber für seine Informationspflicht die Beweislast trifft, wäre er schlau, wenn er das Ganze dann auch dokumentiert, also es protokolliert und dem Mitarbeiter zusätzlich eine E-Mail mit dem Inhalt der Information sendet.

All das lässt sich leicht, am besten in einer Rahmenbetriebsvereinbarung, regeln. In der Praxis aber wird all dies in der Regel komplett missachtet. Deshalb gilt hier wie auch in vielen anderen Situationen des Datenschutzrechts: Schließen Sie nie von der Praxis auf die Rechtmäßigkeit!

**Arbeitgeber meidet das Wort »Einwilligung«**

Ein Beispiel, wie Arbeitgeber mit solchen Fällen gerne umgehen, habe ich vor Kurzem erst erlebt. Es führte bis in eine Einigungsstelle. Es ging um ein kleines Programm, mit dem sogenannte Tutorials erstellt werden können. Das sind kleine Video-Clips, anhand derer ein Mitarbeiter seinen Kollegen zeigen kann, wie man bestimmte Bedienschritte in IT-Systemen unternimmt.

Alles, was er anklickt und was er auf seinem Bildschirm sieht, wird mitgeschnitten. Eigentlich völlig unproblematisch. Wäre da



Was freiwillig ist, bestimmt nicht der Arbeitgeber, sondern das Gesetz.

nicht die Aufzeichnung seiner Stimme. Er soll ja erläutern, was er da macht, also wird seine Stimme gleich mit aufgezeichnet.

Das aber ist ein Eingriff ins Persönlichkeitsrecht. Das Recht am eigenen Wort ist zusätzlich geschützt. Wir reden hier also über Grundrechte. Aber das tun wir ja ohnehin immer, wenn es um Datenschutz geht, denn das Informationelle Selbstbestimmungsrecht steht ja stets im Hintergrund.

Der Arbeitgeber schlug dann eine kleine, kurze Gesamtbetriebsvereinbarung vor. Sie passte auf eine Seite (!) – und die wichtigste Passage darin las sich so:

#### FORMULIERUNG 1

##### Zulässigkeit

Der Gesamtbetriebsrat (GBR) stimmt der Einführung und Anwendung des Tools zu. Wesentliche Änderungen sind mit dem GBR abzustimmen.

Die Verwendung personenbezogener Arbeitnehmerdaten aus dem Tool zu Zwecken der Leistungs- oder Verhaltenskontrolle ist unzulässig.

Von einer Einwilligung stand dort nichts. Erst auf Nachfrage erklärte der Arbeitgeber, dazu sei nichts zu regeln, denn sie sei ja freiwillig. Der von mir vertretene Gesamtbetriebsrat erstellte nun eine alternative Formulierung, und die ging so:

#### FORMULIERUNG 2

##### Zulässigkeit

(1) Der Gesamtbetriebsrat (GBR) stimmt der Einführung und Anwendung des Tools in dem in dieser BV beschriebenen Umfang zu. Wesentliche Änderungen sind mit dem GBR abzustimmen.

(2) Die Verwendung personenbezogener Arbeitnehmerdaten aus dem Tool zu Zwecken der Leistungs- oder Verhaltenskontrolle ist unzulässig.

(3) Das Aufzeichnen der Stimme von Mitarbeitern als Ersteller durch das Tool ist nur für die Erstellung von Schulungsunterlagen bzw. Dokumentationen zulässig.

(4) Sofern Trainings nicht zum Aufgabengebiet eines Erstellers gehören, erfolgen Aufnahmen mit Camtasia nur, soweit der betroffene Beschäftigte darin freiwillig im Sinne des § 4 a BDSG bzw. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO einwilligt. Sofern der Ersteller nicht einwilligt, dürfen ihm daraus keine Nachteile entstehen.

(5) Das mit dem Tool erstellte Produkt wird so abgespeichert und weitergegeben, dass eine Identifikation des Erstellers für Dritte nicht möglich ist.

(6) Eine Bildaufnahme des Erstellers ist nicht zulässig.

Der Arbeitgeber wollte von der Formulierung in Abs. 4 nichts wissen. Wobei darauf zu ach-

ten ist, dass bereits in der GBR-Formulierung einige eigentlich notwendige Voraussetzungen der Einwilligung gar nicht angesprochen werden. Es handelte sich also angesichts der vermeintlich geringen Bedeutung des Themas um ein Kompromissangebot.

Das würdigte der Arbeitgeber allerdings nicht. Er schlug folgende Änderungen für den Abs. 4 vor:

**FORMULIERUNG 3**

(4) Sofern Trainings nicht zum Aufgabengebiet eines Erstellers gehören, erfolgen Aufnahmen mit Camtasia nur, soweit der betroffene Beschäftigte **darin diese** freiwillig **im Sinne des § 4 a BDSG bzw. Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO einwilligt** erstellt. Sofern der Ersteller **dieses nicht möchte einwilligt**, dürfen ihm daraus keine Nachteile entstehen.

Diese Änderung spricht Bände. Dem Arbeitgeber ging es darum, jegliche Erwähnung des Wortes »Einwilligung« herauszuhalten. Denn er wusste, wenn er diesen Begriff verwendet, würde er damit offenlegen, dass er ihn zugleich missachten wollte. Darum entstand dann eine so poetische Formulierung wie »... dieses nicht möchte«, anstatt einer juristisch fundierten Formulierung, und darum sollten jegliche Verweise auf das Gesetz wegfallen.

Denn durch den Verweis auf das Gesetz mit der Verknüpfung »im Sinne des« wäre juristisch ganz klar gewesen, dass der Arbeitgeber sich eben gerade nicht nur auf die Freiwilligkeit hätte zurückziehen können, sondern alle (!) gesetzlichen Voraussetzungen hätte beachten müssen.

**Am Ende gilt das Gesetz**

Moment mal: Muss nicht der Arbeitgeber sowieso immer das Gesetz beachten? Es steht doch höher als eine Betriebsvereinbarung. Ja, richtig. Aber: In der innerbetrieblichen Kommunikation wissen das die Wenigsten oder beachten es einfach nicht. Es empfiehlt sich daher dringend, niemals rechtlich unsaubere Regelungen in eine Betriebsvereinbarung aufzunehmen mit der Hoffnung, dass die ja sowieso nicht gelten, weil sie gegen das Gesetz verstoßen. Betriebsvereinbarungen sind sauber zu halten.

In der Einigungsstelle gab es am Ende einen Spruch. Der Arbeitgeber weigerte sich beharrlich, die gesetzliche Aussage anzuerkennen. Die Betriebsvereinbarung, die durch den Spruch entstand, lautet nun in der maßgeblichen Klausel so:

**FORMULIERUNG 4**

**Zulässigkeit**

(1) Der Gesamtbetriebsrat (GBR) stimmt der Einführung und Anwendung des Tools in dem in dieser BV beschriebenen Umfang zu. Wesentliche Änderungen sind mit dem GBR abzustimmen.

(2) Die Verwendung personenbezogener Arbeitnehmerdaten aus dem Tool zu Zwecken der Leistungs- oder Verhaltenskontrolle ist unzulässig.

**(3) Das Aufzeichnen der Stimme von Mitarbeitern als Ersteller durch das Tool ist nur für die Erstellung von Schulungunterlagen bzw. Dokumentationen zulässig, wenn dies zum Aufgabengebiet eines Erstellers gehört oder wenn der Mitarbeiter auf eine entsprechende Anfrage seine Zustimmung hierzu erklärt. Die Zustimmung des Mitarbeiters ist in Textform (E-Mail) einzuholen. Bei der in Textform (E-Mail) durchzuführenden Anfrage an den Mitarbeiter ist auf die vorliegende BV sowie darauf hinzuweisen, dass die Zustimmung jederzeit widerrufen werden kann. Die Zustimmung des Mitarbeiters ist mit der Anfrage an den örtlichen Betriebsrat weiterzuleiten.**

(4) Das mit dem Tool erstellte Produkt wird so abgespeichert und weitergegeben, dass eine Identifikation des Erstellers nur für legitimierte Nutzer (Details siehe Anlage 1, Punkt 8) möglich ist.

(5) Eine Bildaufnahme des Erstellers ist nicht zulässig.

Letztendlich war es also richtig, die Einigungsstelle anzurufen und den Arbeitgeber zumindest in Grundsätzen auf die Einhaltung dessen zu verpflichten, was er ohnehin zu beachten hätte: das Gesetz. ◀



**Dr. Kai Stumper**, Rechtsanwalt, Seminarreferent, Fachbuchautor, bundesweit tätig für Betriebsräte [www.firstlex.de](http://www.firstlex.de)