

D. Digitalisierung der Betriebsverfassung – Arbeitnehmerbeteiligung in der digitalisierten Wirtschaft

Die Digitalisierung und deren Auswirkungen auf das Arbeitsrecht waren 2016 bereits Gegenstand des 71. Deutschen Juristentages. Zudem hat das Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 erste Anpassungen der Betriebsverfassung vorgenommen. Daher werden hier punktuell drei Themen herausgegriffen: (1) Die Digitalisierung der Organtätigkeit, (2) die Digitalisierung der Betriebsratswahl und (3) die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der sog. technischen Überwachung.

I. Digitalisierung der Organtätigkeit

1. Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat sowie Jugend- und Auszubildendenvertretung, deren Ausschüsse und Wirtschaftsausschuss

Die Digitalisierung der Organtätigkeit gehört zu den Dauerbrennern des Betriebsverfassungsrechts der letzten Jahre. Ihre beschleunigte Einführung in der Corona-Pandemie (§ 129 BetrVG aF) und ihre Einschränkung durch § 30 Abs. 2, 3, § 33 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat dem Einsatz von Video- und Telefonkonferenzen enge Grenzen zugunsten einer Präsenzkultur gezogen. Die Diskussion über die Zulässigkeit digitaler Betriebsratssitzungen nach der ursprünglichen Regelung in den §§ 30, 33 BetrVG aF vor der Corona-Pandemie²⁷⁵ war damit erledigt. Die Forderung nach einer weitergehenden Digitalisierung der Organtätigkeit sind seitdem gleichwohl nicht verstummt. Die Koalition aus CDU, CSU und SPD hat sich dies im Koalitionsvertrag 2025 vorgenommen.²⁷⁶

§ 30 Abs. 2 BetrVG verkörpert noch die Skepsis gegenüber einer digitalen und hybriden Arbeitsweise, die in der Corona-Pandemie notwendig wurde, aber noch nicht allgemein als gleichwertig oder

²⁷⁵ Für eine virtuelle Sitzung und Beschlussfassung nach §§ 30, 33 BetrVG aF Beden/Rombey BB 2020, 1141 (1142 f.); Fuhlrott/Fischer NZA 2020, 490 (491); Fündling/Sorber NZA 2017, 552 (555); Thüsing/Beden BB 2019, 372 (372); Wilm, Virtuelle Beschlussfassung im Betriebsverfassungsrecht, 2023, 35 ff.

²⁷⁶ Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, 19. Für eine Zulassung digitaler Beschlussfassung auch Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 96 f.

kombinierbar mit Präsenzsitzungen akzeptiert war. Die sozialwissenschaftliche Forschung hat im Allgemeinen keine signifikanten Nachteile digitaler oder hybrider Arbeitsformen aufgezeigt.²⁷⁷ Auch die Gewöhnung an diese Arbeitsweise sollte Anlass geben, die bestehenden Regelungen zu überarbeiten. Die Festlegung auf den Vorrang der Präsenzsitzung ist in der Umsetzung wenig praktikabel und ungenau (unklarer Referenzzeitraum),²⁷⁸ was Beschlüsse des Betriebsrats fehleranfällig macht.

Eine Neuregelung muss dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit (§ 30 Abs. 1 S. 3 BetrVG) Rechnung tragen, ohne dass dabei strengere Anforderungen als bei einer Präsenzsitzung zu stellen sind. Eine vollständige Sicherheit, dass keine Aufnahmen oder ein Mithören erfolgt, besteht auch in Präsenz nicht.²⁷⁹ Eine Video- und Telefonkonferenztechnik mit einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung gewährleistet einen soliden Schutz, und den Betriebsratsmitgliedern kann aufgegeben werden, dass sie einen nicht-öffentlichen Raum nutzen. Insofern genügt es, den Betriebsrat zu verpflichten, technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um die Nichtöffentlichkeit sicherzustellen.²⁸⁰ Zu Recht hat das BAG Fehler bei der Durchführung der Sitzung nur dann für relevant für die Wirksamkeit des Beschlusses erachtet, wenn mindestens ein Betriebsratsmitglied die mangelnde Nichtöffentlichkeit geltend gemacht hat.²⁸¹

Letztlich sollte es in der Autonomie des Betriebsrats als Kollegialorgan liegen, ob und in welchem Umfang die Sitzungen als Video- oder Telefonkonferenz erfolgen. In der Geschäftsordnung als Instrument der Selbstorganisation eines Kollegialorgans muss der Betriebsrat festlegen, in welchem Umfang bzw. bei welchen Angelegenheiten welche Form der Sitzung Verwendung finden soll. Hierbei werden die Unterschiede zwischen den Betrieben (zB räumliche Ausdehnung, Art der Tätigkeit) zu unterschiedlichen Regelungen führen. Es muss allerdings auch möglich sein, dem Betriebsratsvorsitzenden die Entscheidung zu überlassen.

Erwägenswert, aber keineswegs zwingend ist das in § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG aufgenommene Widerspruchsrecht. Der Betriebsrat kann mit seiner Mehrheit die Geschäftsordnung stets ändern, so dass Verände-

²⁷⁷ Vgl. allg. zu mobiler und hybrider Arbeit Gajendran/Harrison *Journal of Applied Psychology* 2007, 1524 ff.; Raj ua *Social Science & Humanities Open* 8 (2023), 100528; Toscano/González/Zappala *Journal of Business and Psychology* 2025, 497 ff.

²⁷⁸ Vgl. zur Umsetzung des Präsenzvorrrangs Bachner *NZA* 2022, 1024 (1024 f.); Boemke/Roloff/Haase *NZA* 2021, 827 (830 f.); Wilm (Fn. 276), 166 ff.

²⁷⁹ Vgl. Begr. RegE BT-Drs. 19/18696, 10 (zur Änderung des BPersVG); Boemke/Roloff/Haase *NZA* 2021, 827 (831); GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 30 Rn. 51.

²⁸⁰ GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 30 Rn. 52 f.

²⁸¹ GK-BetrVG/Raab (Fn. 2), § 30 Rn. 77; Thüsing/Beden *BB* 2019, 372 (375); Wilm (Fn. 276), 320 f.

rungsbedarfe jederzeit umgesetzt werden können. Das Widerspruchsrecht ist daher vor allem ein Minderheitenschutz, ohne dass ein Schutz bestimmter Personen- oder Interessengruppen im BetrVG zwingend angelegt wäre. Der Widerspruch kann aber integrativ wirken, indem er einen relevanten Bedarf nach einer Präsenzsitzung verwirklicht.

Unverzichtbar ist ein Schutz der Wahlfreiheit des Betriebsrats im Verhältnis zum Arbeitgeber. Die gewählte Art der Sitzung muss stets als erforderlich gelten, so dass die Kostentragung durch den Arbeitgeber erfolgt (vgl. § 30 Abs. 3 BetrVG). Dies kann – sofern ein Bedarf hierfür erkennbar ist – durch ein Verbot der Einflussnahme auf den Betriebsrat ergänzt werden. Dies ergibt sich zwar schon aus § 2 Abs. 1 BetrVG. Sofern man jedoch die Ableitung von Pflichten aus der Norm verneint, kann eine Ergänzung zielführend sein, weil Sanktionen an ihr anknüpfen können.

Die für den Betriebsrat geltende Regelung ist auch weiterhin auf den Gesamt- und Konzernbetriebsrat sowie die Jugend- und Auszubildendenvertretungen auf den jeweiligen Ebenen zu übertragen.²⁸² Das Gleiche gilt für die Ausschüsse des Betriebsrats nach §§ 27, 28 BetrVG, für die als Untereinheit des Organs keine abweichenden Regeln gelten können. Zu erweitern ist die autonome Gestaltung der Sitzungsdurchführung auf den Wirtschaftsausschuss nach § 106 Abs. 1 BetrVG, der als Hilfsorgan der Betriebsräte die Unterrichtung und Beratung in wirtschaftlichen Angelegenheiten zusammenfasst. Wegen des Unternehmensbezugs und der Zusammensetzung aus sachverständigen Personen kann die räumliche Entfernung oder ein größeres Bedürfnis nach einer flexiblen Handhabung bestehen. § 108 Abs. 1 BetrVG ist dahingehend zu ergänzen, dass ein Zusammentreten auch in Form einer Video- oder Telefonkonferenz bzw. einer hybriden Form erfolgen kann. Die Durchführung legt der Wirtschaftsausschuss ebenfalls in seiner Geschäftsordnung fest. Für die Unterrichtung des Betriebsrats nach § 108 Abs. 4 BetrVG sollte einerseits der Wirtschaftsausschuss die Durchführung festlegen können, der Betriebsrat sollte andererseits ein Widerspruchsrecht haben, wenn er eine persönliche und unmittelbare Aussprache wünscht. Darin drückt sich die dienende Funktion des Wirtschaftsausschusses aus.

2. Einigungsstelle

Auch für die Einigungsstelle stellte sich mit der Streichung von § 129 Abs. 2 BetrVG aF erneut die Frage, ob deren Tätigkeit in Präsenz erfolgen muss.²⁸³ An die Stelle der Regelung über Video- und Te-

²⁸² § 51 Abs. 1, 3 S. 2, § 59 Abs. 1, § 65 Abs. 1, § 73 Abs. 2, § 73b BetrVG.

²⁸³ Gegen einen Rückschluss aus § 129 Abs. 2 BetrVG aF Grambow NJW 2021, 2074 (2078); Wilm (Fn. 276), 87 f.; aA Rolfs/Wolf ZIP 2021, 1895 (1899).

Telefonkonferenz trat, anders als beim Betriebsrat, keine abgeschwächte Regelung, sondern § 76 Abs. 3 BetrVG sah wieder die mündliche Beratung vor.²⁸⁴ Ob sich für eine Einigungsstelle Video- und Telefonkonferenzen empfehlen, ist mit Rücksicht auf deren Funktion zu entscheiden. Die Einigungsstelle als privatrechtliche Schlichtungsstelle, die eine Regelungsstreitigkeit zwischen Betriebspartnern lösen oder durch Spruch entscheiden soll, (re-)agiert stets mit Rücksicht auf den konkreten Konflikt ohne schematischen Ablauf. Nicht selten wird das persönliche Gespräch unabdingbar sein. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, dass für bestimmte Gespräche oder zur Erleichterung der Terminfindung Video- oder Telefonkonferenzen bzw. hybride Sitzungen zielführend sind.²⁸⁵ Das gilt insbesondere für organisatorische Absprachen. Auch die Beiziehung von Sachverständigen kann so erleichtert werden. Das BPersVG erlaubt ebenfalls eine solche Vorgehensweise (§ 74 Abs. 5, § 38 Abs. 3 S. 1, 2 Nr. 1, 3 BPersVG).

Zur Umsetzung ist § 76 Abs. 3 BetrVG dahingehend zu ergänzen, dass der Vorsitzende der Einigungsstelle Sitzungen unter Verwendung von Video- und Telefonkonferenzen anberaumen darf, solange technische und organisatorische Maßnahmen ergriffen werden, um die Nichtöffentlichkeit der Sitzung zu gewährleisten. Da die Schlichtung einen Konflikt der Betriebspartner betrifft und eine Vertrauensbildung unter den Mitgliedern der Einigungsstelle der Präsenz bedarf, ist es – anders als beim Betriebsrat – für eine Schlichtung zweckmäßig, jedem Mitglied der Einigungsstelle ein Widerspruchsrecht gegen die Durchführung einer Sitzung als Video- oder Telefonkonferenz einzuräumen (vgl. auch § 74 Abs. 5 S. 2 BPersVG). Allein wegen dieses Widerspruchsrechts ist es zielführend, dass die Einigungsstelle auch eine geschäftsordnende Absprache über die Durchführung der Sitzung vornimmt, um Konsens über die Durchführung der Schlichtung zu erzielen.

3. Betriebsversammlung

Für die Betriebsversammlung ist im BetrVG keine Durchführung als Videokonferenz vorgesehen. Die Regelung in § 129 Abs. 2 BetrVG aF blieb eine befristete Ausnahme. Zum Teil wird für eine Öffnung der Betriebsversammlung darauf verwiesen, dass auch Hauptversammlungen in Aktiengesellschaften und Mitgliederversammlungen in Vereinen mittels Videokonferenz oder in hybrider Form erlaubt

²⁸⁴ Für die Zulässigkeit der virtuellen Sitzung nach § 76 Abs. 3 BetrVG Wilm (Fn. 276), 77f., 80ff.

²⁸⁵ Für die Ermöglichung von Video- und Telefonkonferenzen auch Henssler FS I. Schmidt, 2021, 147 (153); Lütkehaus/Powietzka NZA 2020, 552 (556); Winzer/Baeck/Hilgers NZA 2021, 620 (624); vgl. auch Klebe NZA 2020, 996 (999).

sind.²⁸⁶ Diese Parallele trägt indes mit Rücksicht auf die Funktion der Sitzungen nur bedingt. Beide sind zwar Kollegialorgane, denen bzw. deren Mitgliedern Rechte zugewiesen sind. Die Betriebsversammlung dient aber auch der Kontaktaufnahme zur Belegschaft und innerhalb der Belegschaft. Sie bringt ggf. Personen zusammen, die sonst nicht in Kontakt kommen. Sie hat dadurch eine Funktion bei der Gruppen- und Meinungsbildung, die sich in Präsenz in anderer Intensität vollzieht. Das ist nicht in gleicher Weise in einer Videokonferenz möglich. Dennoch kann die Durchführung als Videokonferenz hilfreich sein, wenn sie es bestimmten Arbeitnehmergruppen erleichtert, an der Betriebsversammlung teilzunehmen (zB wegen der räumlichen Entfernung, zeitlichen Lage, Sorgepflichten).²⁸⁷

Die Wahrung der Nichtöffentlichkeit ist allerdings bei sehr großen Gruppen erschwert. Zudem besteht ein höherer technischer Aufwand. Daher erlaubt auch das BPersVG eine Videokonferenz nur in Nebenstellen oder Teilen der Dienststelle. Das ist neben den organisatorischen Maßnahmen (sichere Videotechnik) eine geeignete Vorkehrung zur Wahrung der Nichtöffentlichkeit. Zusätzlich ist das Einvernehmen der Dienststellenleitung erforderlich. Das stellt deren Interessen im Rahmen der Versammlung sicher.

Vergleichbare Vorgaben sollte auch das BetrVG aufnehmen. In jedem Fall sollte der Betriebsrat frei darin sein, ob er eine Betriebsversammlung in Präsenz oder hybrider Form anberaumt.²⁸⁸ Der Arbeitgeber darf nicht unter Verweis auf fehlende Räume zu einer hybriden Betriebsversammlung drängen; er muss einer Durchführung in dieser Form aber zustimmen.

II. Digitalisierung der Betriebsratswahl

Die Digitalisierung von Betriebsratswahlen hat seit Jahren Befürworter und Gegner.²⁸⁹ Das Handeln des Wahlvorstands wurde bereits durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 teilweise digitali-

²⁸⁶ Fündling/Sorber NZA 2017, 552 (557); Winzer/Baeck/Hilgers NZA 2021, 620 (622); abl. Klebe NZA 2020, 996 (997). Für die Zulässigkeit einer virtuellen Betriebsversammlung nach § 42 BetrVG Günther/Böglmüller/Mesina NZA 2020, 77 (79); Thüsing/Beden BB 2019, 372 (376 f.); aA Fitting (Fn. 57), § 42 Rn. 1 a; Wilm (Fn. 276), 73 ff.

²⁸⁷ § 42 Abs. 3 DGB-Entwurf: ergänzende Videoübertragung zulässig, aber mindestens zwei Versammlungen im Jahr in reiner Präsenz.

²⁸⁸ Vgl. auch Thüsing SR 2016, 87 (103).

²⁸⁹ Dafür Blasek BB 2021, 2932 (2935); Thüsing BB 2021, 1460 (1462); vgl. auch Harms/v. Steinau-Steinrück/Thüsing BB 2016, 2677. Zur Onlinewahl bei der Beiersdorf AG LAG Hamburg BeckRS 2018, 20356 (anfechtbare Wahl); ArbG Hamburg BeckRS 2017, 118616 (nichtige Wahl).

siert.²⁹⁰ Einzelne Vorgänge bleiben zur Beweissicherung der Schriftform unterworfen,²⁹¹ die sich nur durch die elektronische Form nach § 126a BGB ersetzen lässt. Onlinewahlen gab es bisher nur in Vereinen und Hochschulen. Die digitale Sozialwahl wurde 2023 in einem Modellprojekt Onlinewahlen bei den Ersatzkassen erprobt. Sie soll durch das Zweite Betriebsrentenstärkungsgesetz nun Gesetz werden, so dass die Sozialversicherungsträger die Art der Durchführung der Sozialwahl auswählen können.²⁹² Die Koalition aus CDU, CSU und SPD hat 2025 die Einführung der Online-Betriebsratswahl in den Koalitionsvertrag aufgenommen.²⁹³ Die Gründe für eine Onlinewahl sind oft genannt: mehr mobil arbeitende Arbeitnehmer, höhere Wahlbeteiligung, Barrierefreiheit der Wahl, Fehleranfälligkeit der Briefwahl, Reduktion des Aufwands.²⁹⁴

Die Entscheidung für eine digitale Betriebsratswahl darf aber nicht außer Acht lassen, dass es sich um die Legitimation einer Arbeitnehmervertretung handelt, die sich nicht auf Information und Konsultation beschränkt, sondern echte Mitbestimmungsrechte hat und einen Kollektivvertrag mit Normwirkung schließen kann. Die Wahrung der Wahlgrundsätze und die Verlässlichkeit der technischen Umsetzung sind damit von zentraler Bedeutung und dürfen einer Reduktion des Wahlaufwands nicht geopfert werden. Die Wahl muss geheim und unmittelbar sein (§ 14 Abs. 1 BetrVG). Jeder Arbeitnehmer hat nur eine Stimme und die Stimmauszählung erfolgt öffentlich (§ 13 WO).

Mit der technischen Umsetzung einer nicht-parlamentarischen Onlinewahl hat sich inzwischen auch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) befasst.²⁹⁵ Bei der Ermittlung der rechtli-

²⁹⁰ Vgl. Sitzungen des Wahlvorstands (§ 1 Abs. 4 WO); Wahlausschreiben (§ 2 Abs. 4 S. 4, § 3 Abs. 4 S. 3, § 4 WO), Bekanntmachung der Wahlvorschlagslisten und der gewählten Betriebsratsmitglieder (§ 10 Abs. 2, § 18 WO).

²⁹¹ ZB Unterzeichnung von Wahlvorschlägen gem. § 14 Abs. 4 BetrVG, Benachrichtigung der Gewählten gem. § 17 Abs. 1 WO.

²⁹² Begr. RegE BT-Drs. 21/1859; dazu Pressemitteilung des Bundeswahlbeauftragten für Sozialwahlen v. 3.9.2025; s. auch die Stellungnahme der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung v. 4.12.2025, https://www.dguv.de/medien/inhalt/mediencenter/pm/pressearchiv/2025/quartal_4/dguv-stellungnahme_schlussbericht-des-bundeswahlbeauftragten-fuer-die-sozialversicherungswahlen-zu-den-sozialwahlen-2023.pdf (zuletzt am 16.2.2026).

²⁹³ Verantwortung für Deutschland, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, 2025, 19.

²⁹⁴ Vgl. zB Blasek BB 2021, 2932 (2935 f.); Findling/Sorber NZA 2017, 552 (555); Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), F.IV; Harms/Steinau-Steinrück/Thüsing BB 2016, 2677.

²⁹⁵ Vgl. BSI, Technische Richtlinie TR-03169, Version 1.1, 2025; BSI, IT-sicherheits-technische Anforderungen zur Durchführung einer Online-Wahl im Rahmen des Modellprojekts nach § 194a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (Online-Wahl), TR-03162, Version 1.3, 2023; BSI, Sichere Stimmabgabe bei nicht-politischen Onlinewahlen, 2024; BSI, Ende-zu-Ende Verifizierbare Onlinewahlen, 2024.

chen Anforderungen ist die Parallele zur Briefwahl zu ziehen, die ebenfalls nicht in einem Wahllokal stattfindet und die selbst bei politischen Wahlen allgemein zulässig ist. Das Wahlgeheimnis ist insbesondere durch die verschlüsselte Übermittlung an eine elektronische Wahlurne umzusetzen. Zudem sind identifizierende Merkmale wie Zeitstempel zu vermeiden. Die Wahlfreiheit ist eines Freiseins von Einflussnahme ist bei der elektronischen Wahl ebenso wie bei einer Briefwahl vorhanden, auch wenn sie nicht in der gleichen Weise wie in einer Wahlkabine gesichert ist. Das BSI schlägt zur Stärkung der Wahlfreiheit vor, die Technik so auszugestalten, dass die Stimmabgabe bis zum Ende der Wahl noch geändert werden kann (Re-Voting).²⁹⁶ Die Wahlfreiheit ist dadurch größer als bei der Briefwahl. Allerdings kann das Wahlgeheimnis gefährdet sein, weil die Stimme bis zum Ende des Wahlvorgangs zuordenbar bleiben muss. Sofern Präsenzwahl und Onlinewahl kombiniert werden, ist zudem sicherzustellen, dass das Wählerverzeichnis einer permanenten Anpassung unterliegt, um eine doppelte Stimmabgabe zu unterbinden.²⁹⁷ Im letzten Schritt muss die öffentliche Wahlauszählung in verifizierbarer Form umgesetzt werden.

Diesen technischen Anforderungen zur Verwirklichung der Wahlgrundsätze müssen die verwendeten Tools für eine Onlinewahl genügen. Wegen der rechtlichen Bedeutung der Wahl als Legitimationsvorgang sollte für eine solche Software eine aktuelle Zertifizierung durch das BSI vorgeschrieben werden. Es ist eine regelmäßige Überprüfung vorzusehen, um eine Anpassung an den Stand der Technik sicherzustellen und damit eine Verlässlichkeit des digitalen Wahlvorgangs, soweit er von der eingesetzten Software abhängt, zu gewährleisten. Für eine Einführung einer Onlinewahl sollte, ebenso wie bei den Sozialwahlen, zunächst ein Pilotversuch erfolgen. Hierfür muss nicht notwendig bis zur nächsten regulären Betriebsratswahl abgewartet werden, sondern der Pilotversuch kann bereits zwischenzeitlich im Rahmen der Nachwahlen erfolgen.

Damit ist noch nicht entschieden, wer die Art der Durchführung der Wahl (Präsenzwahl, Onlinewahl, hybride Durchführung) bestimmt. Die Vorbereitung und Durchführung der Wahl liegt grundsätzlich in der Verantwortung des Wahlvorstands. Die Wahlberechtigten und die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften haben zwar bei der Vorbereitung der Wahl punktuell eigene Rechte (zB § 14 Abs. 3, § 16 Abs. 2 S. 1, § 17 Abs. 3, § 4 BetrVG, § 27 WO), Herr des Verfahrens bleibt aber der Wahlvorstand. Die Kosten der Wahl sind nach § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG dem Arbeitgeber auferlegt, ohne dass sich da-

²⁹⁶ Vgl. BSI Stimmabgabe (Fn. 295), 4; BSI, TR-03169 (Fn. 295), Anhang 2 unter 6.4.2.1.

²⁹⁷ Dazu im Detail BSI TR-03169, Anhang 2.

raus ein zwingender Grund dafür ergibt, dass der Arbeitgeber über die Durchführung der Wahl (mit-)entscheidet. Das gilt umso mehr als die Wahl der Legitimation der Arbeitnehmervertretung dient. Sofern der Gesetzgeber nicht vorgeben will, wie die Wahl durchgeführt wird, muss der Wahlvorstand diese Entscheidung treffen.

III. Arbeitnehmerbeteiligung bei technischer Überwachung, Datenschutz und KI

1. Ausgangsbefund und Überblick über die Reformvorschläge

Die Arbeitnehmerbeteiligung erfasst die Digitalisierung und die Verwendung von künstlicher Intelligenz im Unternehmen durch eine Mehrzahl von Beteiligungsrechten bei den sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten und zielt vor allem auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer, aber auch auf den Erhalt der Beschäftigungsfähigkeit durch Weiterbildung. Bereits das Betriebsrätemodernisierungsgesetz hat auf die Dynamik der Digitalisierung und der Verwendung von künstlicher Intelligenz in der KI-VO reagiert. §§ 90, 95 und § 96 BetrVG wurden im Hinblick auf den Einsatz künstlicher Intelligenz ergänzt. Verbote von bestimmten Maßnahmen und Ergänzungen des Persönlichkeitsschutzes im Hinblick auf Profiling und Emotion Recognition sind in den Beschäftigtendatenschutz zu integrieren und gehören nicht in das BetrVG.

Keine substantielle Anpassung hat bisher die Arbeitnehmerbeteiligung bei Kontrollmaßnahmen und Datenverarbeitung erfahren. Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG knüpft seit 1972 an der technischen Einrichtung an, die dazu bestimmt ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die Rechtsprechung hat den Tatbestand substantiell erweitert, indem es nicht auf die Zwecksetzung durch den Arbeitgeber ankommt, sondern lediglich auf die Eignung der technischen Einrichtung zur Überwachung.²⁹⁸ Zunächst beschränkte sich die Mitbestimmung auf solche Einrichtungen, die unmittelbar Daten aufzeichnen.²⁹⁹ Dieses Kriterium ist spätestens seit der Facebook-Entscheidung unausgesprochen weggefallen, bei der es ausreichte, dass die Nutzer durch Kommentare eine Überwachung der Leistung bzw. des Verhaltens der Arbeitnehmer ermöglichen.³⁰⁰ Auch Headsets ohne eigene Aufzeichnungsfunk-

²⁹⁸ StRSpr, BAG AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 2; NZA 2017, 657 Rn. 22; AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 50 Rn. 5; NZA 2024, 1654 Rn. 24.

²⁹⁹ Vgl. zB BAG NZA 1995, 313 mwN.

³⁰⁰ BAG NZA 2017, 657 Rn. 36 ff., 41.

tion wurden wegen des von ihnen ausgehenden Überwachungsdrucks einbezogen.³⁰¹ Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber keinen Zugriff auf die verwendete Software hat.³⁰²

Diese Erweiterung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat zur Folge, dass abstrakte und konkrete Gefährdungen für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer gleichermaßen in die notwendige Mitbestimmung einbezogen sind, obwohl eine unterschiedliche Gefährdungsintensität besteht. Vor diesem Hintergrund liegen sehr konträre Vorschläge für die Weiterentwicklung der Arbeitnehmerbeteiligung vor. Zum einen wird eine Beibehaltung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und eine Erweiterung der Norm auf den betrieblichen Datenschutz angestrebt, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder ein Dritter die Überwachungseinrichtung betreibt oder zur Nutzung zur Verfügung stellt.³⁰³ Darüber hinaus soll ganz generell eine Mitbestimmung nach § 87 BetrVG bei Maßnahmen zum Schutz der Würde und des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer bestehen.³⁰⁴ Schließlich wird eine Mitbestimmung bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten gefordert.³⁰⁵

Zum anderen wird ein Mitbestimmungsrecht beim Datenschutz abgelehnt, weil diese Aufgabe bereits der Datenschutzbeauftragte wahrnehme.³⁰⁶ Unter Verweis auf die unternehmerische Handlungsfreiheit wird eine Einschränkung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gefordert, zumal das allgemeine Persönlichkeitsrecht unterschiedlich intensiv betroffen sei.³⁰⁷ Zum Teil wird die Beschränkung der Norm auf ihren Wortlaut, also auf technische Einrichtungen mit Überwachungszweck, verlangt.³⁰⁸ Zum Teil wird eine Erheblichkeitsschwelle bzw.

³⁰¹ BAG NZA 2024, 1654 (anders noch die Stoppuhr-Entscheidung BAG NZA 1995, 313).

³⁰² ZB ChatGPT-Nutzung durch Arbeitnehmer mit Freeware oder privatem Zugang s. ArbG Hamburg NZA-RR 2024, 137.

³⁰³ Vgl. § 87 DGB-Entwurf; Krause Gutachten 71. DJT, 2016, B 79f.; Wedde FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, 793 (795 ff.); vgl. auch Klebe/Wenckebach FS I. Schmidt, 2021, 223 ff.; für ein Initiativrecht § 74a Abs. 2 DGB-Entwurf; s. auch Klebe AuR 2020, 196 (199).

³⁰⁴ § 87 Abs. 1 Nr. 6a DGB-Entwurf.

³⁰⁵ § 79a Abs. 3 DGB-Entwurf sowie § 12 Entwurf des Beschäftigtendatenschutzgesetzes; abl. Wünschelbaum/Sorber NZA 2024, 1540 (1544) unter Verweis auf Art. 37 Abs. 1 DSGVO.

³⁰⁶ Vgl. Ludwig/Ramcke BB 2016, 2293 (2297).

³⁰⁷ Vgl. zB Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), E.II.4.b, c; Santon/Vollstädt NZA 2024, 1610 (1615).

³⁰⁸ Clemenz FS 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, 2020, 101 (112 f.); Giesen/Hartmann/Picker (Fn. 7), E.II.4.c; Günther/Böglmüller NZA 2015, 1025 (1027); Wisskirchen FS I. Schmidt, 2021, 651 (664 ff.); Wisskirchen/Schiller/Schwindling BB 2017, 2105 (2108); s. auch Hanau NJW 2016, 2613 (2615). Vgl. auch Ludwig/Ramcke BB 2016, 2293 (2298), der die Mitbestimmung auf Log-Daten und Protokolle beschränken will.

eine Anknüpfung an dem Berührtsein der Menschenwürde wie im österreichischen Recht befürwortet.³⁰⁹ Manche schlagen vor, die Arbeitnehmerbeteiligung an die automatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten anzuknüpfen, gewähren eine Mitbestimmung aber nur, wenn diese zur vergleichenden Überwachung des Verhaltens oder der Leistung von Arbeitnehmern dient.³¹⁰

2. Arbeitnehmerbeteiligung bei Kontrollmaßnahmen und Datenschutz

a) Funktion des Betriebsrats im Kontext des Datenschutzrechts

Die Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung sollte von einem Schutz bei technischer Überwachung konzeptionell zu einer Arbeitnehmerbeteiligung bei Kontrollmaßnahmen und Datenschutz weiterentwickelt werden. Ein schlichtes Mehr oder Weniger an Mitbestimmung wird dem Schutzbedarf und der veränderten Rechtslage nicht gerecht. Der bisher angenommene Gegensatz zwischen der Arbeitnehmerbeteiligung bei technischer Überwachung und der Arbeitnehmerbeteiligung zum Datenschutz³¹¹ sollte überwunden werden. In beiden Bereichen geht es um den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Allerdings ist die Funktion der Arbeitnehmerbeteiligung präziser zu bestimmen.

Unzweifelhaft besteht bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten ein Schutzbedarf für die Arbeitnehmer (→ A.III), auf den primär das Datenschutzrecht reagiert. Die DSGVO etabliert einen allgemeinen, überwiegend vollharmonisierenden Standard für den Datenschutz,³¹² der eine Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes erlaubt (Art. 88 DSGVO). Diese steht zunächst dem Gesetzgeber, aber auch den Kollektivvertragsparteien offen. Insoweit setzt die DSGVO nur einen Mindeststandard, wobei der EuGH die konkreten Anforderungen des Art. 88 DSGVO erst teilweise geklärt hat.³¹³ Das BDSG enthält einige Bestimmungen zum Beschäftigtendatenschutz, die infolge der Entscheidung in der Rs. Hauptpersonalrat keine geschlossene Regelung mehr sind und einer Reform bedürfen.

³⁰⁹ Krülls RdA 2021, 279 (284 ff.); spezifischer Greiner/Kalle RdA 2021, 76 (81) (der Überwachungsvorgang muss durch das technische Instrument in seiner spezifischen Ausprägung erst ermöglicht werden).

³¹⁰ Haußmann/Thieme NZA 2019, 1612 (1618).

³¹¹ Vgl. Kort EuZA 2025, 303 (315).

³¹² EuGH NZA 2011, 1409 Rn. 36, 47 – ASNEF; Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Maschmann, 4. Aufl. 2024, BDSG § 26 Rn. 72, DS-GVO Art. 88 Rn. 30.

³¹³ EuGH NZA 2023, 487 – Hauptpersonalrat; NZA 2025, 38 – K GmbH; vgl. auch Schla GA Spielmann 16.10.2025 – C-484/24, ECLI:EU:C:2025:803 – NTH Haustechnik.

Für die künstliche Intelligenz macht die KI-VO zusätzliche Vorgaben.

Daneben sieht die Richtlinie (EU) 2024/2831 für Arbeitsplattformen einen besonderen Datenschutz beim Einsatz von automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssystemen vor. Dieser spiegelt die spezifischen Risiken, die mit dieser Technik verbunden sind. Die Richtlinie ergänzt den Schutzstandard der DSGVO, insbesondere deren Art. 22.³¹⁴ Die Richtlinie (EU) 2024/2831 weist auch den Arbeitnehmervertretern eine aktive Rolle zu, indem sie in die Information über die automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssysteme und die Folgenabschätzung einbezogen werden (Art. 8 Abs. 2, 9 Abs. 4). Sie erhalten die Ergebnisse der regelmäßigen Überprüfung dieser Systeme (Art. 10 Abs. 1). Zudem ist ein Recht auf Information und Konsultation bei der Einführung und Änderung von automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssystemen enthalten (Art. 13 Abs. 2). Diese unionsrechtliche Ausgestaltung kennt, ebenso wie die anderen europäischen Richtlinien zur Beteiligung der Arbeitnehmer an Entscheidungen in Betrieb und Unternehmen, kein Recht auf Mitentscheidung. Es handelt sich aber nur um einen Mindeststandard. Von besonderem Interesse ist die Rolle, die den Arbeitnehmervertretern beim Beschäftigtendatenschutz zugewiesen ist.

Angesichts dieses zwingenden Regelungsregimes kommt es zunächst darauf an, welche Funktion die Arbeitnehmerbeteiligung haben soll, zumal das Datenschutzrecht den Arbeitnehmervertretern nur einen beschränkten Gestaltungsspielraum lässt. Die Betriebsverfassung hat sich dabei stets am Schutz der Arbeitnehmer gegenüber den Weisungen des Arbeitgebers und der Teilhabe im Betrieb und Unternehmen ausgerichtet. DSGVO, BDSG und KI-VO legen einen gesetzlichen Standard für die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten fest. Die DSGVO räumt den Betroffenen zudem umfangreiche Rechte zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein (insbesondere Auskunftsanspruch, Recht auf Berichtigung, Löschung und Einschränkung der Verarbeitung). Daneben steht die behördliche Rechtsdurchsetzung.

Auch der Datenschutzbeauftragte trägt innerbetrieblich zum Datenschutz bei. Insofern entsteht eine Doppelung bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts. Diese Doppelstruktur lässt sich nicht dadurch vermeiden, dass ein Betriebsratsmitglied zum Datenschutzbeauftragten wird,³¹⁵ weil das Handeln des Betriebsrats selbst der Kontrolle unterliegt. Es kann aber eine Einbeziehung des Datenschutzbeauftragten in das Beteiligungsverfahren ermöglicht wer-

³¹⁴ Vgl. Erwgr. 43 ff. Richtlinie (EU) 2024/2831.

³¹⁵ BAG NZA 2023, 1329 zur Unvereinbarkeit des Amts des Betriebsratsvorsitzenden.

den.³¹⁶ Alternativ lässt sich erwägen, dass der Betriebsrat an der Auswahl des Datenschutzbeauftragten beteiligt wird und auf diesen seine Beteiligungsrechte delegiert. Die DSGVO lässt die Übernahme zusätzlicher Aufgaben durch den Datenschutzbeauftragten zu (Art. 38 Abs. 6 S. 1 DSGVO).

b) Vorüberlegungen zur Arbeitnehmerbeteiligung

Die Rolle der Arbeitnehmervertreter muss sich bei einem so umfassenden Regulierungsansatz vor allem auf den speziellen Schutzbedarf in Betrieb und Unternehmen beziehen. Dieser ergibt sich daraus, dass Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis ihre Rechte in der Regel nur zurückhaltend durchsetzen. Arbeitnehmer nehmen Betroffenenrechte eher bei der Beendigung des Arbeitsvertrages oder in Krisensituationen wahr. Das Interesse an einer möglichst ungestörten Durchführung des Arbeitsverhältnisses hat einen dämpfenden Effekt für die Wahrnehmung bestehender Rechte. Insofern bedarf es der Mitwirkung des Betriebsrats. Seine Einbeziehung bei der Einführung und Änderung der Datenverarbeitung wirkt zugleich präventiv, um Rechtsverletzungen von vornherein zu vermeiden. Dies lässt sich in der Richtlinie (EU) 2024/2831 als konzeptioneller Ansatz wiederfinden.

Daneben können Betriebspartner durch Kollektivvereinbarungen spezifische Belange und Bedarfe des Beschäftigtendatenschutzes regeln (Art. 88 DSGVO). Es handelt sich dabei um eine Ergänzung zu dem relativ dichten Regime des Datenschutzrechts. Diese Regelung ist bisher nicht mit der Betriebsverfassung im Rahmen eines Beteiligungsrechts verknüpft.

Neben der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung bei der Datenverarbeitung bedarf es des Schutzes durch den Betriebsrat, wenn Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers nicht mit einer Datenverarbeitung iS der DSGVO verbunden sind (zB Einsatz eines Headsetsystems ohne Aufzeichnung). Der davon ausgehende Überwachungsdruck löst ebenfalls einen Schutzbedarf aus.

Im Ergebnis sind für eine Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung im Bereich der (technischen) Überwachung und Datenverarbeitung zunächst drei Gegenstände zu unterscheiden: (1) Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers ohne Verarbeitung personenbezogener Daten, (2) personenbezogene Datenverarbeitung und (3) der Einsatz von Soft- und Hardware, die Daten verarbeiten, die aber im Ausgangspunkt noch nicht personenbezogen sind. Diese Erweiterung ist erforderlich, weil sich die Verwendung und die Aussagekraft der Daten nachträglich ändern kann. Selbst wenn die Daten zunächst keinen

³¹⁶ Vgl. § 79a Abs. 2 DGB-Entwurf.

Personenbezug haben, können diese bei entsprechendem Einsatz im Machine Learning letztlich dazu dienen, Aussagen über die Arbeitnehmer zu extrahieren (→ A.III).

Bei der personenbezogenen Datenverarbeitung lassen sich im Rahmen der Diskussion über die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte die Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 DSGVO abtrennen. Solche Vereinbarungen der Betriebspartner sind zielführend, wenn Besonderheiten in Betrieb und Unternehmen bestehen, die Niederschlag bei der Ausgestaltung des Datenschutzes finden sollen. Sie haben nach der Konzeption der DSGVO aber einen ergänzenden Charakter und sind keine notwendige Voraussetzung für einen angemessenen Datenschutz. Insofern können solche Vereinbarungen nicht Teil der notwendigen Mitbestimmung sein, wie sie in § 87 BetrVG geregelt ist. Der Arbeitgeber bleibt unabhängig davon an das zwingende Datenschutzrecht gebunden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vergleich mit § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, der die Verhütung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und Gesundheitsschutz betrifft. Anders als im Datenschutz bedürfen die Rahmenbestimmungen des Arbeitsschutzrechts einer Konkretisierung, die der Arbeitgeber ohne die Mitbestimmung der Arbeitnehmer allein vornähme. Im Datenschutzrecht wendet der Arbeitgeber indes zwingende Normen an. Insofern darf er nicht von der Mitbestimmung des Betriebsrats abhängig sein.³¹⁷ Das ergibt sich letztlich schon aus dem Gesetzesvorrang des § 87 Abs. 1 Einl. BetrVG.

3. Ausgestaltung der Beteiligungsrechte

a) Differenzierung der Beteiligungsrechte nach der Art der Angelegenheit

Für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Kontrollmaßnahmen und Datenverarbeitung sind Abstufungen angezeigt, wie sie für die Betriebsverfassung typisch sind. Diese müssen sich zum einen nach der Art der Angelegenheit richten, zum anderen nach dem Schutzbedarf der Arbeitnehmer. Grundsätzlich sind die Einführung und Änderung von Kontrollmaßnahmen und von Maßnahmen personenbezogener Datenverarbeitung den sozialen Angelegenheiten zuzuordnen. Nur bei wesentlichen Änderungen des Betriebs handelt es sich um wirtschaftliche Angelegenheiten, die sich durch die weiten Tatbestände in § 111 S. 3 Nr. 4, 5 BetrVG erfassen lassen. Sofern Daten ohne Personenbezug verarbeitet werden, besteht im Allgemeinen kein Beteiligungsrecht. Sofern solche Daten jedoch

³¹⁷ Vgl. auch LAG Frankfurt ZD 2025, 532 zur Beschränkung der Überwachung auf § 80 BetrVG.

zum Training künstlicher Intelligenz (Machine Learning) verwendet werden, können diese Vorgänge in der Folge auch die Arbeitnehmer betreffen. Diese Systeme erlauben eine Auswertung, die letztlich wieder Aussagen über die Arbeitnehmer ermöglicht. Die konkrete Auswertung in Bezug auf Arbeitnehmer ist eine soziale Angelegenheit. Im Vorfeld dieser Maßnahmen kommt insbesondere eine Unterrichtung und Beratung nach § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG in Betracht.

b) Differenzierung der Beteiligungsrechte nach dem Grad der Gefährdung

Die Zuordnung zu den sozialen Angelegenheiten hat aber nicht zwingend die Einordnung in die notwendige Mitbestimmung des § 87 Abs. 1 BetrVG zur Folge. Zum einen agiert der Betriebsrat unterstützend und präventiv bei der Rechtsdurchsetzung. Zum anderen ist die Gefahr einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers beim personenbezogenen Datenschutz nicht bei allen Maßnahmen gleich hoch. Eine notwendige Mitbestimmung ist angezeigt, wenn eine unmittelbare Betroffenheit des Rechtsguts besteht und die Gefährdung der Arbeitnehmer hoch ist. Sofern jedoch die Gefahr für die Arbeitnehmer eher abstrakt ist, bedarf es vor allem einer Überwachung des Einsatzes der Hard- und Software, ohne diesen zu verhindern. Ergänzend ist allerdings ein effektiver Umgehungsschutz vor heimlicher Datenauswertung erforderlich.

Wegen der besonderen Betroffenheit der Arbeitnehmer und ihrer konkreten Gefährdung sollten folgende drei Angelegenheiten einer notwendigen Mitbestimmung unterliegen: (1) die Einführung und Änderung von erheblichen Kontrollmaßnahmen in Bezug auf die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers, (2) die Einführung und Änderung von automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssystemen iS der Richtlinie (EU) 2024/2831 und (3) die Einführung und Änderung von Personalinformationssystemen, die nicht nur die gesetzlich vorgegebenen Aufzeichnungspflichten des Arbeitgebers erfüllen.

Bei konkreten Kontrollmaßnahmen entsteht ein Überwachungsdruck, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers unmittelbar betrifft. Der Schutzbedarf besteht bei technischen Einrichtungen, weil sie die Überwachung durch den Arbeitgeber erweitern und intensivieren. Er besteht aber auch bei einer menschlichen Überwachung, falls es sich um einen intensiven Zugriff auf den Arbeitnehmer handelt, der über die übliche punktuelle Kontrolle seiner Arbeitsleistung hinausgeht (zB ständiges Mitlaufen einer Kontrollperson). Eine mitbestimmungspflichtige Kontrollmaßnahme liegt auch dann vor, wenn bereits erhobene Daten nachträglich zur Kontrolle der Leistung und des Verhaltens des Arbeitnehmers ausgewertet werden.

Anders als nach der bisherigen Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind die technischen und menschlichen Kontrollmaßnahmen aber nur dann in die notwendige Mitbestimmung einzubeziehen, wenn tatsächlich eine Überwachung bezweckt ist und nicht bereits dann, wenn die technische Einrichtung dazu geeignet ist. Die mit dieser Begrenzung der Mitbestimmung verbundene Umgehungsgefahr ist durch weitere Regelungen abzuwenden.

Bei automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssystemen, die personenbezogene Daten verarbeiten, besteht eine gesteigerte Gefährdung für die Arbeitnehmer wegen der Automatisierung. Die Beobachtungssysteme dienen der unmittelbaren Kontrolle der Arbeitnehmer und haben eine Permanenz, die einen Überwachungsdruck erzeugt, der eines präventiven Schutzes durch den Betriebsrat bedarf. Das gilt erst recht, wenn diese Systeme auch personenbezogene Entscheidungen treffen. Bereits Art. 22 DSGVO verdeutlicht die erhöhte Rechtsgutzgefährdung. Die Richtlinie (EU) 2024/2831 sieht daher zusätzliche Pflichten für den Arbeitgeber vor.

Eine konkrete Gefährdung besteht auch beim Einsatz von Personalinformationssystemen, die nicht nur diejenigen Daten aufzeichnen, die von Gesetzes wegen vom Arbeitgeber gesammelt und für Behörden vorgehalten oder an diese übermittelt werden müssen. Sofern solche Datensätze verknüpft bzw. mit weiteren personenbezogenen Daten verbunden werden, entsteht eine konkrete Steigerung der Gefahr, die sich aus der Auswertbarkeit der Daten ergibt. Diese erhöht sich weiter, wenn künstliche Intelligenz zum Einsatz kommt.

Von diesen Angelegenheiten ist die sonstige personenbezogene Datenverarbeitung zu unterscheiden. Der Einsatz von Soft- und Hardware, die zB durch Protokolle personenbezogene Daten über die Nutzung und den Nutzer erfassen, ohne dass diese zur Kontrolle verwendet werden sollen, sind für den Arbeitnehmer keine vergleichbare konkrete Gefährdung. Diese entsteht erst, wenn auf die Daten zur Kontrolle zugegriffen wird. Für diese Art der Datenverarbeitung bewirkt das allgemeine Datenschutzrecht einen wesentlichen Schutz. Der Betriebsrat ist in diesem Bereich zur Prävention durch ein Unterrichts- und Beratungsrecht bei der Einführung und Änderung dieser personenbezogenen Datenverarbeitung zu beteiligen. Nur wenn ihm diese Vorgänge bekannt sind und eine Beratung über die Art und Notwendigkeit des Einsatzes besteht, kann der Betriebsrat seiner Aufgabe im Rahmen der Prävention und Rechtsdurchsetzung gerecht werden.

Zusätzlich sind Umgehungen der Mitbestimmung durch eine heimliche Auswertung der verarbeiteten Daten entgegenzuwirken. Hierfür ist ein *relatives* Verwertungsverbot bei personellen Maßnahmen für solche personenbezogenen Daten vorzusehen, die nicht mit der Zu-

stimmung des Betriebsrats zur Kontrolle gewonnen oder verwendet werden. Dieser Umgehungsschutz muss auch dann gelten, wenn ursprünglich nicht personenbezogene Daten zum Machine Learning verwendet und später personalisiert werden.

Dieses Verwertungsverbot ist aber in zweifacher Weise beschränkt. Zum einen kann der Arbeitgeber die verarbeiteten Daten jederzeit auswerten und verwerten; er muss für diese Kontrollmaßnahme in Bezug auf die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers aber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wahren. Insofern bewirkt das Verwertungsverbot eine Sanktion für die Verletzung des Beteiligungsrechts und ergänzt den Unterlassungsanspruch. Zum anderen ist eine Einschränkung des Verwertungsverbots mit Rücksicht auf die grundrechtlich vorgegebene Interessenabwägung vorzunehmen, die das BVerfG und die Höchstgerichte bei der Feststellung von Verwertungsverboten vorsehen.³¹⁸ Wenn die Interessen des Arbeitgebers besonders schwer wiegen, ist die an sich mitbestimmungswidrige Kontrollmaßnahme des Arbeitgebers hinzunehmen. Das ist bei personellen Maßnahmen des Arbeitgebers zumindest dann anzunehmen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dem grundrechtlich geschützten Interesse des Arbeitgebers an der Verwertung der Daten besteht.

Die DSGVO steht einem solchen Verwertungsverbot im Arbeitnehmerdatenschutz nicht entgegen.³¹⁹ Zunächst ist bereits zweifelhaft, ob die DSGVO eine solche Regelung überhaupt erfasst,³²⁰ so dass die Gestaltung der Verfahrensmodalitäten Sache der Mitgliedstaaten bliebe. Selbst wenn der EuGH die DSGVO für einschlägig hält, steht Art. 88 Abs. 1 DSGVO der Einführung einer solchen Regelung durch den Gesetzgeber nicht entgegen. Der EuGH hat in der Rs. Hauptpersonalrat festgehalten, dass die DSGVO in diesem Bereich keine Vollharmonisierung bewirken soll, sondern Differenzierungen durch strengere oder einschränkende Vorschriften zulässig sind, so dass der nationale Gesetzgeber nicht auf eine Konkretisierung der vorhandenen Bestimmung beschränkt ist.³²¹ Letztlich besteht ein

³¹⁸ Vgl. BAG 2019, 1212 Rn. 26 ff.; 2023, 1105 Rn. 27 ff.; 2023, 1595 Rn. 18, 20; AP BGB § 626 Nr. 287 Rn. 23 ff.; s. auch BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 (3621 ff.); BAG NZA 2018, 1329 Rn. 13 ff.; BGH NJW 2018, 2883 Rn. 28 ff.; BGHZ 240, 45 = NJW 2024, 2836 Rn. 13 ff.

³¹⁹ Kinzinger DB 2024, 1301 (1306); Wünschelbaum/Sorber NZA 2024, 1540 (1544); offener Thüsing DB 2024, 2830 (2833). Vgl. auch Krause AuR 2025, 1.

³²⁰ Vgl. SchlA GA Spielmann 16.10.2025 – C-484/24, ECLI:EU:C:2025:803 Rn. 33 – NTH Haustechnik.

³²¹ EuGH NZA 2023, 487 Rn. 51, 73 f. – Hauptpersonalrat; für eine Vollharmonisierung Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG/Maschmann (Fn. 313), BDSG § 26 Rn. 72, DS-GVO Art. 88 Rn. 40a.

durch die DSGVO geschaffener Mindeststandard, der nicht unter-, aber überschritten werden darf.³²² Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass eine Verfahrensregelung kein Beschäftigtendatenschutz sei,³²³ weil eine Regelung zum Verfahren ein Annex zum materiellen Datenschutz ist und gerade zur Effektivität der Rechtsdurchsetzung beiträgt.³²⁴

Einer solchen Regelung steht auch nicht entgegen, dass „Datenschutz kein Tatenschutz“ sei. Diese Aussage bezieht sich auf eine Entscheidung des BAG, in der vor allem die Auslegung der Datenschutzbestimmung unter Verweis auf das berechnete Interesse des Arbeitgebers vorgenommen wurde.³²⁵ Das BAG stellt keinen anderen Maßstab als das BVerfG und der BGH auf, die bei der Ausgestaltung des Verwertungsverbots berücksichtigt werden. Eine Besonderheit ergibt sich lediglich daraus, dass ein Verbot besteht, dessen Durchbrechung begründet werden muss. Das verändert die Darlegungs- und Beweislast im Prozess, die materiell-rechtlichen, auf die Grundrechte gestützten Wertungen bleiben aber erhalten, so dass es sich vor allem um eine spezifische Ergänzung des Beschäftigtendatenschutzes (im Kontext der Mitbestimmung) handelt.

c) Beteiligungsrechte bei Automatisierung oder Veränderlichkeit der verwendeten Software

Schließlich darf nicht ausgeblendet werden, dass es zum Einsatz von Software kommt, deren Zuverlässigkeit ggf. nicht vollständig gesichert ist oder die sich als „Software as a Service“ oder Machine Learning kontinuierlich weiter ändert. In diesen Fällen genügt die Mitbestimmung bei der Einführung und Änderung der personenbezogenen Datenverarbeitung bzw. der automatisierten Beobachtungs- und Entscheidungssysteme bzw. Personalinformationssysteme nicht. Die nachfolgende Entwicklung lässt sich mit dieser Arbeitnehmerbeteiligung nicht erfassen, obwohl eine konkrete Gefahr bzw. eine konkrete Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer besteht.

Daher bedarf es einer weiteren Beteiligung der Arbeitnehmervertreter in zwei Punkten: (1) Es bedarf einer Unterrichtung und Beratung über die vom Arbeitgeber nach dem Datenschutzrecht bzw. der KI-VO vorzunehmenden Folgenabschätzung. (2) Anknüpfend an die Richtlinie (EU) 2024/2831 ist eine regelmäßige Überprüfung automa-

³²² EuGH NJW 2025, 637 Rn. 38 ff. – K GmbH; Kort EuZA 2025, 303 (311, 319); BeckOK Datenschutzrecht/Riesenhuber, 1.11.2025, DS-GVO Art. 88 Rn. 67.

³²³ So Wünschelbaum/Sorber NZA 2024, 1540 (1544).

³²⁴ Vgl. zu diesem Zusammenhang SchlA GA Spielmann 16.10.2025 – C-484/24, ECLI:EU:C:2025:803 Rn. 33 – NTH Haustechnik.

³²⁵ BAG NZA 2018, 1329 Rn. 21 ff., 30.

tisierter Beobachtungs- und Entscheidungssysteme und einer sich permanent ändernden Software, bei der eine Beteiligung bei der konkreten Änderung aus praktischen Gründen ausscheidet, vorzunehmen. Das stellt den Arbeitnehmerschutz sicher und entlastet die Arbeitnehmervertreter auch im Zeitpunkt der Einführung der Software, weil nicht die gesamte Folgeentwicklung sofort überblickt werden muss, sondern später eine erneute Beteiligung erfolgt.