

Abschrift

Schilling
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

**VERWALTUNGSGERICHT WIESBADEN
FACHKAMMER FÜR PERSONALVERTRETUNGSSACHEN (LAND)**



BESCHLUSS

In dem personalvertretungsrechtlichen Beschlussverfahren

Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer
beim Hessischen Kultusministerium,
vertreten durch den Vorsitzenden
Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden

Antragsteller

bevollmächtigt:

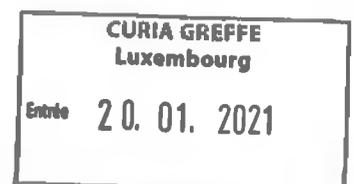
Rechtsanwälte Dr. Jens Kolter und Kollegen,
Marktstraße 10, 65183 Wiesbaden
- 430/20K29 -

Beteiligter:

Der Minister des Hessischen Kultusministeriums
- als Dienststellenleiter -
Luisenplatz 10, 65185 Wiesbaden

wegen

Personalvertretungsrecht der Länder



hat das Verwaltungsgericht Wiesbaden – Fachammer für Personalvertretungsrecht (Land) - durch

Vors. Richter am VG Schild
ehrenamtliche Richterin Hülpüsch
ehrenamtliche Richterin Wallrabenstein
ehrenamtlicher Richter Giebel
ehrenamtliche Richterin Dr. Leyherr

auf Grund der mündlichen Verhandlung am 21. Dezember 2020 beschlossen:

- I. Das Verfahren wird ausgesetzt.**
- II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:**
 - 1. Ist Art. 88 Abs. 1 der VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung – DS-GVO) dahin auszulegen, dass eine Rechtsvorschrift, um eine spezifischere Vorschrift zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext im Sinne des Art. 88 Abs. 1 der VERORDNUNG (EU) 2016/679 zu sein, die an solche Vorschriften nach Art. 88 Abs. 2 der VERORDNUNG (EU) 2016/679 gestellten Anforderungen erfüllen muss.**
 - 2. Kann eine nationale Norm, wenn diese die Anforderungen nach Art. 88 Abs. 2 der VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG offensichtlich nicht erfüllt, trotzdem noch anwendbar bleiben.**

Gründe

I.

1. Die Beteiligten streiten darüber, ob es bei der Einführung eines Livestreamunterrichtes durch Videokonferenzsysteme neben der Einwilligung der Eltern für ihre Kinder oder der volljährigen Schüler, auch der Einwilligung der jeweiligen Lehrkraft bedarf oder die hier erfolgende Datenverarbeitung durch § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG gedeckt ist, sowie über die Frage, ob ein Mitbestimmungsrecht nach § 74 Abs. 1 Nr. 17 HPVG oder lediglich ein Beteiligungsrecht nach § 81 Abs. 1 HPVG gegeben ist.

II.

2. Bei § 23 HDSIG und § 86 HBG soll es sich nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers um eine spezifischere Vorschrift im Sinne von Art. 88 der VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung = DS-GVO; ABl. EU L Nr. 119 vom 4.5.2016, S. 1) handeln.
3. **Artikel 88 DS-GVO - Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext** - lautet:
 - (1) *Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.*
 - (2) *Diese Vorschriften umfassen angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.*

- (3) *Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.*
4. **§ 23 - Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses - HDSIG** (Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG) vom 3. Mai 2018 (Art. 1 des Hessischen Gesetzes zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit vom 3. Mai 2018, GVBl. I S. 82) lautet:
- (1) *Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung, Beendigung oder Abwicklung sowie zur Durchführung innerdienstlicher planerischer, organisatorischer, sozialer und personeller Maßnahmen erforderlich ist. Dies gilt auch zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.*
- (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 Dienstherr oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Dienstherr oder Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 in Textform aufzuklären.*
- (3) *Abweichend von Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Abs. 2 gilt auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; die Einwilligung muss*

sich dabei ausdrücklich auf diese Daten beziehen. § 20 Abs. 2 gilt entsprechend.

- (4) Die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Art. 88 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 zu beachten.
- (5) Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass insbesondere die in Art. 5 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden.
- (6) Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.
- (7) Die Abs. 1 bis 6 sind auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, von Beschäftigten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Die für das Personalaktenrecht geltenden Vorschriften des Hessischen Beamtengesetzes sind, soweit tarifvertraglich nichts Abweichendes geregelt ist, auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst entsprechend anzuwenden.
- (8) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind:
 1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, einschließlich der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher,
 2. zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte,
 3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden),
 4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte,
 5. Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz vom 16. Mai 2008 (BGBl. I S. 842), geändert durch Gesetz vom 20. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2854), oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 687), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722), leisten,
 6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
 7. Beamtinnen und Beamte im Geltungsbereich des Hessischen Beamtengesetzes, Richterinnen und Richter des Landes sowie Zivildienstleistende.

Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, gelten als Beschäftigte.

5. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf - vorliegend Absatz 1 - wird ausgeführt:
„Die Öffnungsklausel des Art. 88 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 lässt nationale Regelungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext zu. Mit § 23 HDSIG-E wird hiervon Gebrauch gemacht.
Abs. 1 regelt, zu welchen Zwecken und unter welchen Voraussetzungen personenbezogene Daten vor, im und nach dem Beschäftigungsverhältnis verarbeitet

werden dürfen, wenn dies zum Zweck des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Dabei sind die Interessen des Dienstherrn oder Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht der oder des Beschäftigten zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, der beide Interessen möglichst weitgehend berücksichtigt. Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 5 dient auch der Ausgestaltung von Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen im Beschäftigungskontext zuzulassen. Satz 3 regelt die Voraussetzungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten zur Aufdeckung von Straftaten, die im Beschäftigungsverhältnis begangen worden sind.“

(LT-Drs. 19/5728, S. 108).

6. Der § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG - wie auch die übrigen Absätze - entspricht **§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG - Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses** - (Art. 1 des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30. Juni 201, BGBl. I S. 2097). § 26 Abs. 1 BDSG lautet:

(1) *¹Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist. ²Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.*

7. Soweit § 23 Abs. 7 S. 2 HDSIG bezüglich der Führung von Personalakten auf das **Hessische Beamtenrecht** und hier die §§ 86 bis 93 HBG Bezug nimmt, ist vorliegend **§ 86 Abs. 4 S. 1 HBG** (verkündet als Artikel 1 des Zweiten Dienstrechtsmodernisierungsgesetzes vom 27. Mai 2013 (GVBl. S. 218)) zu beachten, der im Wesentlichen mit § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG identisch ist. **§ 86 Abs. 4 S. 1 HBG** lautet:
- (4) *¹Der Dienstherr darf personenbezogene Daten über Bewerberinnen, Bewerber, Beamtinnen und Beamte sowie über ehemalige Beamtinnen und Beamte nur erheben, soweit dies zur Begründung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienstverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch zu Zwecken der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift oder eine Dienstvereinbarung dies erlaubt. [...]*

8. Ob und inwieweit das Land Hessen gem. Art. 88 Abs. 3 DS-GVO der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die es aufgrund von Absatz 1 erlassen hat (hier § 23 HDSIG und §§ 86 ff HBG), mitgeteilt hat, ist diesseits nicht bekannt.

III.

9. Das vorliegende Gericht hat Zweifel daran, dass es sich bei § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG und § 86 Abs. 4 S. 1 HBG jeweils um eine Norm handelt, die als eine spezifischere Vorschrift hinsichtlich der Verarbeitung von personenbezogenen Beschäftigtendaten nach Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO anzusehen ist, da die in Art. 88 Abs. 2 DS-GVO gestellten Anforderungen weder in der Norm selbst, noch durch ergänzende Normvorgaben an anderer Stelle des jeweiligen Gesetzes erfüllt worden sind.
10. § 23 Abs. 1 HDSIG mit seinem wesentlichen Regelungsgegenstand wurde seinerseits bereits als § 34 Abs. 1 HDSG (Hessisches Datenschutzgesetz vom 11.11.1986 (GVBl. I S. 309)) im Rahmen der Umsetzung des sog. Volkszählungsurteils BVerfGE 65, 1) in das damalige Hessische Datenschutzgesetz aufgenommen (dazu LT-Drs. 11/4749; Schild in Demke/Schild, HDSG, § 34, I. Einführung, Stand 6.97).
11. § 34 Abs. 1 HDSG 1986 lautet:
„Öffentliche Stellen dürfen Daten ihrer Beschäftigten nur verarbeiten, wenn dies zur Eingehung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses oder zur Durchführung innerdienstlicher organisatorischer, sozialer und personeller Maßnahmen erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift, ein Tarifvertrag oder eine Dienstvereinbarung es vorsieht.“
12. Damit sollte der Grundsatz der „Erforderlichkeit“ für Dienst- und Arbeitsverhältnisse konkretisiert werden.
13. Durch das Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 28.10.1993 (GVBl. I S. 470) wurden die Regelungen des Beamtenrechtsrahmengesetzes in Hessen für die Beamten im Wesentlichen übernommen (§§ 107 bis 107 g HBG a.F., nunmehr §§ 86 bis 93 HBG).
14. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist die Nachfolgeregelung von § 34 BDSG - Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (eingeführt durch Artikel 1 - Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes - des Gesetzes zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14. August 2009, BGBl. I S. 2814) und lautete:
„Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach

Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

15. Sowohl § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG, wie auch § 86 Abs. 4 HBG stellen als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten der Beschäftigten bzw. Beamten auf die „Erforderlichkeit“ ab.
16. Es ist bereits zweifelhaft, inwieweit es sich bei diesen Normen um eine zulässige Konkretisierung der DS-GVO i. S. v. Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO handelt. Denn soweit es sich um eine notwendige Datenverarbeitung im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertragsverhältnis handelt, ist dies bereits in Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO geregelt. Allerdings geht die nationale Rechtsprechung, insbesondere der Arbeitsgerichte, davon aus, dass die entsprechende Norm des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG (= § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG) über das eigentliche Vertragsverhältnis hinaus auf jeglichen Umgang mit beschäftigten Daten anwendbar ist. Insoweit fordert Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO, dass die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Dies spiegeln die nationalen Normen allerdings nicht wider.
17. Damit ist bei jeglicher Verarbeitung von Beschäftigtendaten, die über die rein notwendige Datenverarbeitung aus dem Beschäftigungsvertrag hinausgeht, bezüglich der weiteren Verarbeitung der Beschäftigtendaten eine Interessensabwägung durchzuführen, die über die einfache „Erforderlichkeit“, wie sie § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG bzw. § 86 Abs. 4 HBG regeln, hinausgeht. Denn es sind die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, hier der Beschäftigten bzw. der Beamten mit dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen, hier des Dienstherrn, abzuwägen. Dies entfällt in den nationalen Umsetzungsnormen, welche unbestritten bis zur Geltung der DS-GVO, aber eben auch nur bis dahin, als eine bereichsspezifische Norm angesehen werden konnten.
18. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) teilt diese Bedenken hinsichtlich der wortgleichen BDSG-Norm nicht; es führt aus:
„(a) Die Regelung des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG beruht auf der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO, welche nationale Regelungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext zulässt (vgl. auch BT-Drs. 18/11325 S. 96). Nach Art. 88 Abs. 1 DS-GVO können die Mitgliedstaaten ua. durch Rechtsvorschriften spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere ua. für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden kollektiven Rechte, vorsehen, wobei nationale Vorschriften iSv. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gemäß Art. 88 Abs. 2 DS-GVO dort genannte Maßnahmen umfassen. Dem wird § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG - unter Hinzuziehung von § 26 Abs. 5 BDSG - gerecht (so zB Stamer/Kuhnke in Plath DSGVO/BDSG 3. Aufl. Art. 88 DSGVO Rn. 7a).

(b) Hiervon kann der Senat ohne Vorabentscheidungsverfahren durch den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV ausgehen. Die richtige Anwendung des Unionsrechts ist insoweit derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleibt (*acte clair*, vgl. dazu zB EuGH 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33). Auch die bisherigen fachgerichtlichen Instanzentscheidungen (etwa VG Lüneburg 19. März 2019 - 4 A 12/19 -) sowie das datenschutz- und arbeitsrechtliche Schrifttum stellen - soweit problematisiert und ungeachtet streitiger Einzelheiten des inhaltlichen Verständnisses der einzelnen Erlaubnistatbestände des § 26 BDSG sowie seiner weiteren Regelungen - so gut wie einhellig nicht infrage, dass der nationale Gesetzgeber von der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO in zulässiger Weise Gebrauch gemacht hat (Bettinghausen/Wiemers DB 2018, 1277; Bonanni/Niklas ArbRB 2018, 371; Gola BB 2017, 1462; Gräber/Nolden in Paal/Pauly Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz 2. Aufl. § 26 BDSG Rn. 1 ff.; Grimm/Göbel jM 2018, 278; Hensler NZA-Beilage 2/2018, 31; Kamps/Bonanni ArbRB 2018, 50; Kainer/Weber BB 2017, 2740; Klausch/Grabenschroer PinG 2018, 135; Kleinebrink ArbRB 2018, 346; Kort ZD 2017, 319; Pfrang DuD 2018, 380; Reiserer/Christ/Heinz DStR 2018, 1501; Seifert in Simitis/Hornung/Spiecker Datenschutzrecht Artikel 88 DS-GVO Rn. 50 ff.; Tinnefeld/Conrad ZD 2018, 391; Velten/Diegel FA 2018, 2; zu § 26 Abs. 4 BDSG vgl. Klocke ZTR 2018, 116; aA - mit dem Argument, § 26 BDSG sei zu unspezifisch und erschöpfe sich in einem generalklauselartigen Regelungsgehalt - lediglich Maschmann in Kühling/Buchner DS-GVO/BDSG 2. Aufl. Art. 88 DS-GVO Rn. 63; explizit gegen diese Auffassung mit dem Verweis auf die Ausformung der Vorgängervorschrift des § 32 BDSG aF durch die höchstrichterliche Rechtsprechung Ströbel/Wybitul in Specht/Mantz Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht Teil B § 10 Rn. 26; vgl. ferner Heuschmid SR 2019, 1, 11 sowie Franzen ZFA 2019, 18, 26 mit dem Argument kompetenzieller Schranken der Union für eine inhaltliche Vereinheitlichung des Beschäftigtendatenschutzes; vgl. dazu auch Däubler in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 88 DS-GVO Rn. 3 f.).“
(BAG, Beschluss vom 07. Mai 2019 - 1 ABR 53/17 -, BAGE 166, 309-322, Rn. 47 und 48).

19. Dem vermag das vorliegende Gericht nicht zu folgen. Allein der in § 23 Abs. 5 HDSIG (entspricht wortgleich § 26 Abs. 5 BDSG) enthaltene Hinweis, dass der Verantwortliche insbesondere die in Art. 5 DS-GVO dargelegten Grundsätze einzuhalten hat, genügt nicht den Vorgaben des Art. 88 Abs. 2 DSGVO und führt damit nicht zu der Annahme, es lägen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vor. Der in § 23 Abs. 5 HDSIG gesondert aufgeführte Hinweis führt vielmehr zu der irrigen Vermutung der Gesetzesanwender, in allen anderen Fällen des Umgangs mit personenbezogenen Daten Art. 5 DS-GVO nicht anzuwenden wäre. Nach der Gesetzesbegründung bestimmt § 23 Abs. 5 HDSIG, dass der Verantwortliche geeignete Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der oder des Beschäftigten ergreifen muss (LT-Drs. 19/7728, Zu § 23 S. 128). Jedoch hat jeder Verantwortliche nach Art. 5 DS-GVO – gleich um welche personenbezogenen Daten es sich handelt – die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten, welche

letztendlich auch grundrechtsbezogen sind, zu beachten. Eine besondere Wahrung der Grundrechte und Interessen der Beschäftigten enthält Art. 5 DS-GVO aber gerade nicht. Insoweit hilft der gesonderte Hinweis in der nationalen Norm zum Beschäftigtendatenschutz (§ 23 HDSIG bzw. § 26 BDSG) auf die DS-GVO gerade nicht weiter. Der Hinweis in § 23 HDSIG ist wahlweise tautologischer Natur oder zeigt die Hilflosigkeit des Gesetzgebers bei dem Belassen alter Normen.

20. Zu Recht weist das BAG auch auf Art. 88 Abs. 2 DS-GVO hin, dies allerdings ohne auf die fehlende Umsetzung einzugehen. § 23 HDSIG, wie auch § 26 BDSG, und auch § 86 HBG lassen jeglichen Bezug zu Art. 88 Abs. 2 DS-GVO vermissen. Es findet sich einzig der Hinweis, bei Kollektivvereinbarungen sei Art. 88 Abs. 2 DS-GVO zu beachten (§ 23 Abs. 4 S. 2 HDSIG = § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG). Nach Art. 88 Abs. 2 DS-GVO haben jedoch die Vorschriften, hier die konkretisierenden Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, also § 23 Abs. 1 HDSIG (= § 26 Abs. 1 BDSG) und § 86 Abs. 4 HBG angemessene und besondere Maßnahmen zu umfassen und zwar zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.
21. Die Aufnahme des Grundsatzes der „Erforderlichkeit“ im Gesetz stellt jedoch gerade keine Konkretisierung der von Art. 88 Abs. 2 DS-GVO enthaltenen Anforderungen dar. Im Gegenteil, der nationale Gesetzgeber ist insbesondere der Berücksichtigung von Überwachungssystemen am Arbeitsplatz in § 23 HDSIG (entspricht § 26 BDSG) und 86 HBG nicht nachgekommen (Dietrich/Bosse/Schmitt, Kontrolle und Überwachung von Beschäftigten, DuD 2021, S. 5,6).
22. Dabei hat der Gesetzgeber jedoch den Art. 88 Abs.2 DS-GVO grundsätzlich erkannt und gesehen, wenn er dessen Beachtung bei Kollektivvereinbarungen fordert, sich dazu jedoch selbst weder im Gesetz, noch in der Begründung zu der jeweiligen gesetzlichen Regelung mit dem Forderungskatalog der DS-GVO auseinandergesetzt bzw. diesen ausgefüllt. Soweit der Gesetzgeber ausführt, dass § 23 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 5 HDSIG auch der Ausgestaltung von Art. 10 DS-GVO diene, der es den Mitgliedstaaten ermögliche, die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen im Beschäftigungskontext zuzulassen, mag dies dahin gestellt bleiben. Ein Bezug auf Art. 88 Abs. 2 DS-GVO fehlt jedenfalls vollständig.
23. Die Ansicht, eine nationale Norm dahingehend auszulegen, Art. 88 Abs. 2 DS-GVO müsse insoweit von dem Verantwortlichen berücksichtigt werden, geht schon insoweit fehl, als die Verordnung gerade fordert, dass die Normen selbst in ihrem Regelungsumfang angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der

menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen, die auch die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz beinhalten. Dementsprechend fordert Art. 88 Abs. 2 DS-GVO gerade eine notwendige Beachtung im Regelwerk durch den nationalen Gesetzgeber und ist nicht etwa bloß eine Rechtsnorm, die der Normanwender einer nationalen Norm zusätzlich zu beachten hat. Denn der Normanwender ist nicht der Adressat von Art. 88 Abs. 2 DS-GVO.

24. Insoweit vermag das vorlegende Gericht auch nicht zu erkennen, dass es sich bei Art. 88 Abs. 1 DS-GVO i. V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 HDSIG (= § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG) um eine *lex specialis* zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b) DS-GVO für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses handelt (so aber zu § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG: VG Ansbach, Urteil vom 16. März 2020 – AN 14 K 19.00464 –, juris Rn.23); da Art. 88 Abs. 2 DS-GVO bei der inhaltlichen Ausgestaltung des § 23 HDSIG vorliegend vollständig ausgeblendet und schon im Ansatz nicht umgesetzt bzw. beachtet wurde.

IV.

25. Nach alledem ist eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof geboten. Das Ergebnis des Rechtsstreits hängt von den Vorlagefragen ab. Die Frage ob § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG (§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG) und § 86 Abs. 4 HBG - auch unter Berücksichtigung der weiteren Regelungen des jeweiligen Gesetzes - die Anforderungen von Art. 88 Abs. 1 und 2 DS-GVO erfüllt oder nicht bzw. trotz Verstoßes hiergegen anwendbar bleibt, ist vorliegend entscheidungserheblich. Denn wenn § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG und § 86 Abs. 4 HBG - in der weiten Auslegung des Anwendungsbereichs, den er durch die bisherige Rechtsprechung erfahren hat (s.o. Rn. 16) - vorliegend keine Rechtsgrundlage für die von dem Beteiligten geplante Maßnahme zum Umgang der Beschäftigtendaten bei Videokonferenzsysteme bilden, so bedürfte es der Schaffung einer solchen. Dies wäre durch den Abschluss einer Dienstvereinbarung als Rechtsgrundlage zwischen den Beteiligten des Verfahrens möglich. Durch die besondere Rechtsgestaltung in Hessen, dass bei einem Mitbestimmungstatbestand die Mitbestimmung im Anwendungsfalle des § 81 Abs. 1 HPVG der Abschluss einer Dienstvereinbarung durch § 81 Abs. 5 HPVG ausgeschlossen sein könnte (Schild, Dienstvereinbarung als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage - Anmerkung zu VG Frankfurt, Beschluss vom 31.05.2010, Az. 23 K 500/10.F.PV, ZfPR online 7/2010 S. 9 ff.), käme vorliegend dann aber eine Dienstvereinbarung nach § 23 Abs. 4 HDSIG in Betracht. Denn andernfalls könnte für den Umgang mit den Beschäftigtendaten bei Ausfall von § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG und § 86 Abs. 4 HBG nur eine hiernach zu schließende Rechtsgrundlage als Dienstvereinbarung geschaffen werden.

V.

26. Die Entscheidung ist unanfechtbar.

SCHILD