

XXXX
XXXX
XXXX Jena
11. Semester
Matrikel: XXXX

Wissenschaftliche Arbeit

zum

Thema:

"Aktuelle Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz"

Examensseminar zu aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht
WS 2009/2010

bei

Prof. Dr. Jacob Jousen

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Florian* Datenschutz im Arbeitsverhältnis: Die Neuregelung des § 32 BDSG, juris PR-ITR 20/2009, Anm. 2
- Erfurth, René* Der "neue" Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG, NJOZ 2009, S. 2914ff.
- Ernst, Stefan* Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet, NZA 2002, S. 585ff.
- Dann, Matthias/
Gastell, Roland* Geheime Mitarbeiterkontrollen: Straf- und arbeitsrechtliche Risiken bei unternehmensinterner Aufklärung, NJW 2008, S. 2945ff.
- Däubler, Wolfgang* Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht, NZA 2001, S. 874ff.
- Däubler, Wolfgang/
Kittner, Michael/
Klebe, Thomas* Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Kommentar für die Praxis, 11. Aufl., Frankfurt a.M. 2008
- Deutsch, Markus/
Diller, Martin* Die geplante Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzes in § 32 BDSG, DB 2009, S. 1462ff.
- Diller, Martin* "Konten-Ausspäh-Skandal" bei der Deutschen Bahn: Wo ist das Problem?, BB 2009, S. 438ff.
- Gola, Peter/
Klug, Christoph* Die BDSG-Novellen 2009 - Ein Kurzüberblick, RDV 2009 (Sonderbeilage zu Heft 4), S. 1ff.
- Gola, Peter/
Schomerus, Rudolf/
Klug, Christoph* Bundesdatenschutzgesetz (BDSG): Kommentar, 9. Aufl., München 2007

- Gola, Peter/
Wronka, Georg Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 4. Aufl., Frechen
2007
- Grentzenberg, Verena/
Schreibauer, Marcus/
Schuppert, Stefan Die Datenschutznovelle (Teil II) - Ein Überblick zum "Gesetz
zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften", K&R
2009, S. 535ff.
- Hanloser, Stefan Die BDSG-Novelle II: Neuregelungen zum Kunden- und
Arbeitnehmerdatenschutz, MMR 2009, S. 594ff.
- Hillgruber, Christian Der Staat des Grundgesetzes - nur bedingt abwehrbereit?,
JZ 2007, S. 209ff.
- Junker, Abbo Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2009
- Koch, Frank A Rechtsprobleme privater Nutzung betrieblicher elektronischer
Kommunikationsmittel, NZA 2008, S. 911ff.
- Kühling, Jürgen/
Seidel, Christian/
Sivridis, Anastasios Datenschutzrecht, 1. Aufl., Stuttgart, u.a. 2008
- Küttner, Wolfdieter/
Röller, Jürgen Personalbuch 2009 - Arbeitsrecht - Lohnsteuerrecht -
Sozialversicherungsrecht, 16. Aufl., München 2009
- Maties, Martin Änderung des BDSG, RdA 2009, S. 261f.
- Schmidl, Michael E-Mail-Filterung am Arbeitsplatz, MMR 2005, S. 343ff.
- Steinau-Steinrück,
Robert von/
Glanz, Peter Grenzen der Mitarbeiterüberwachung, NJW-Spezial 2008,
S. 402ff.

<i>Steinau-Steinrück, Robert von/Mosch, Ulrich</i>	Datenschutz für Arbeitnehmer - Bestandsaufnahme und Ausblick, NJW-Spezial 2009, S. 450f.
<i>Steinkühler, Bernhard</i>	Kein Datenproblem bei der Deutschen Bahn AG? Mitnichten!, BB 2009, S. 1294ff.
<i>Simitis, Spiros</i>	Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., Baden-Baden 2006
<i>Thüsing, Gregor</i>	Arbeitnehmerdatenschutz als Aufgabe von Gesetzgebung und Rechtsprechung, RDV 2009, S. 1ff.
<i>Thüsing, Gregor</i>	Datenschutz im Arbeitsverhältnis - Kritische Gedanken zum neuen § 32 BDSG, NZA 2009, S. 865ff.
<i>Weißgerber, Michael</i>	Das Einsehen kennwortgeschützter Privatdaten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, NZA 2003, S. 1005ff.
<i>Weißnicht, Elmar</i>	Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, S. 448ff.
<i>Wellhöner, Astrid/Byers, Philipp</i>	Datenschutz im Betrieb - Alltägliche Herausforderung für den Arbeitgeber?!, BB 2009, S. 2310ff.
<i>Wohlgemuth, Hans H./Gerloff, Jürgen</i>	Datenschutzrecht - Eine Einführung mit praktischen Fällen, 3. Aufl., Köln 2005
<i>Wolf, Thomas/Mulert, Gerrit</i>	Die Zulässigkeit der Überwachung von E-Mail-Korrespondenz am Arbeitsplatz, BB 2008, S. 442ff.
<i>Wybitul, Tim</i>	Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen, BB 2009, S. 1582ff.
<i>Wybitul, Tim</i>	Wie sieht das nächste Bundesdatenschutzgesetz aus?, BB 2009, S. 2478f.

Gliederung

A. Vorwort	_____	1
B. Begriff	_____	2
C. Entwicklung	_____	3
I. Die ersten Datenschutzgesetze	_____	3
II. BVerfGE 65, 1	_____	3
III. Überarbeitungen des BDSG	_____	5
IV. BVerfGE 120, 274	_____	6
V. Fazit	_____	7
D. Rechtsgrundlagen des Arbeitnehmerdatenschutzes	_____	7
E. Die BDSG-Reform vom 3. Juli 2009	_____	8
I. § 32 Abs. 1 BDSG n.F.	_____	9
1. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F.	_____	9
a) Begründung des Beschäftigungsverhältnisses	_____	10
b) Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses	_____	10
c) Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses	_____	11
d) Erforderlichkeit	_____	11
2. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F.	_____	12
a) Anwendungsbereich	_____	12
b) Verdacht	_____	13
c) Abwägung	_____	13
II. § 32 Abs. 2 BDSG n.F.	_____	14
III. § 32 Abs. 3 BDSG n.F.	_____	14
IV. Verhältnis zu § 28 BDSG	_____	15
1. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG	_____	15
2. § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG	_____	16
3. § 28 Abs. 6-8 BDSG	_____	16
V. Fazit	_____	17
F. Die aktuelle Rechtslage am Beispiel der Kontrolle von Internetnutzungsdaten und E-Mails	_____	18
I. Erlaubte Privatnutzung von Internet und E-Mail	_____	18

II. Ausschließlich dienstliche Nutzung von Internet und E-Mail	19
1. Verbindungsdaten	20
2. Inhaltskontrolle	20
3. Mitbestimmung des Betriebsrates?	21
4. Fazit	21
G. Ausblick	21
I. "Scholz-Entwurf"	22
1. Inhalt	22
2. Kritik	23
II. Koalitionsvertrag	23
III. Fazit	25

"Aktuelle Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz"

A. Vorwort

Das Thema Datenschutz ist an Aktualität kaum zu überbieten. Stichworte wie "Vorratsdatenspeicherung", "Gläserner Bürger", "Überwachungsstaat" oder "Geheime Online Durchsuchung" sind mittlerweile jedem ein Begriff und wecken zumeist keine positiven Assoziationen. Rasant wachsende Entwicklungen, verbunden mit hochmoderner Technik und Überwachungstechnologien führen in Politik und Bevölkerung allmählich zu einem grundlegend veränderten Datenschutzbewusstsein. Diesen Effekt verstärkend wirken zudem öffentlichkeitswirksame "Datenskandale"¹ unter Beteiligung hiesiger bekannter (Groß-)Unternehmen. Genannt sei hier etwa die Deutsche Bahn AG, der jüngst ein Bußgeld iHv 1,1 Mio. Euro auferlegt wurde, da sie zum Zwecke der Aufdeckung von Geheimnisverrat und Korruption, heimlich Datenüberprüfungen und E-Mail-Kontrollen bei ihren Mitarbeitern vornahm.² Ein anderes Beispiel betrifft den Umgang mit Kundendaten: beim Finanzdienstleister AWD sind beispielsweise 27.000 Datensätze mit Angaben zur Person und Vertragsabschlüssen öffentlich geworden.³ Vorfälle solcher Art haben letztlich auch die Politik zum Handeln veranlasst. So überrascht es auch nicht weiter, dass dies Thema zur letzten Bundestagswahl am 27. September dieses Jahres auf der Wahlkampfagenda ganz oben aufgetaucht ist. Erstmals kandidierte mit der Piratenpartei recht erfolgreich⁴ zudem eine Partei, die ihre politischen Ziele hauptsächlich dem Datenschutz gewidmet hat.⁵ Datenschutz ist eine komplexe Materie und in verschiedensten Bereichen virulent. Näher kann man sich der Thematik daher aus unterschiedlichen Blickpunkten; eine allumfassende Würdigung des Themas scheint dagegen jedoch nahezu unmöglich. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Problematik aus Sicht des Arbeitsrechts und will einen Einblick in die aktuellen Entwicklungen des

1 So *Steinau-Steinrück/Mosch* NJW-Spezial 09, 450.

2 www.sueddeutsche.de/wirtschaft/243/491608/text/ (14.11.2009).

3 www.heute.de/zdfheute/inhalt/3/0,3672,7912867,00.html (14.11.2009).

4 Dies war mit 2,0% Zweitstimmenanteil das beste Ergebnis aller Parteien, die nicht die 5%-Hürde geschafft haben, siehe bspw. unter www.bundeswahlleiter.de/de/bundestagswahlen/btw_bund_09/ergebnisse/bundesergebnisse/ (14.11.2009).

5 Siehe hierzu www.piratenpartei.de/navigation/politik/unsere-ziele (14.11.2009).

Arbeitnehmerdatenschutzes gewähren. Kern der Betrachtung wird daher der neue § 32 BDSG n.F. BDSG-Novelle vom 3.7.2009 sein. Hierzu findet einleitend zunächst eine kurze Begriffserläuterung und Zusammenfassung der Entwicklung des Arbeitnehmerdatenschutzes bis heute statt, bevor die Neuregelung im Einzelnen im Anschluss näher beleuchtet wird. Beispielhaft und überblickartig stellt die Arbeit dann im Weiteren -auch im Lichte des § 32 BDSG n.F.- den aktuellen Stand der Dinge einer praktisch hoch relevanten Fallgruppen dar: der Kontrolle von Internetnutzung und E-Mails von Mitarbeitern am Arbeitsplatz. Abschließend wird versucht einen Ausblick in die Entwicklung des Arbeitnehmerdatenschutzes zu wagen. Hierzu wird auf den sog. "Scholz-Entwurf" ebenso wie den aktuellen Koalitionsvertrag von Union und FDP einzugehen sein.

B. Begriff

Der Begriff Datenschutz umschreibt zunächst den Schutz personenbezogener Daten vor missbräuchlicher Verwendung. Datenschutz als Teil des Persönlichkeitsrechtsschutzes ist verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG verankert und bezweckt damit, den Einzelnen durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten zu schützen.⁶ Datenschutz meint insofern also nicht den Schutz der Daten um der Daten, sondern den Schutz der Daten um des Betroffenen willen, also eines Menschen.⁷ Regelungsmaterie des Datenschutzrechtes sind daher konkret Voraussetzungen und Folgen staatlicher Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten.⁸ Im Arbeitsrecht stehen sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber zwar formal besehen gleichberechtigt gegenüber. Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber faktisch jedoch regelmäßig unterlegen.⁹ Besonders virulent ist die Problematik im Hinblick auf den Datenschutz: das Weisungsrecht des Arbeitgebers trifft hier auf das Recht des Arbeitnehmers selbst zu bestimmen, ob und unter welchen Umständen er persönliche Informationen preisgeben möchte. Arbeitnehmerdatenschutzrecht versucht insoweit einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen, oft gegenläufigen Interessen zu finden.

⁶ *Griese* in Küttner's Personalhandbuch 2008, S. 943 Rn 1.

⁷ *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 7; wobei teilweise auch juristische Personen einzubeziehen sein können, wie bei Art. 10 GG: ebenda, S. 1.

⁸ Ebenda, S. 1.

⁹ Zum Problem im Allgemeinen siehe hierzu bspw. *Junker* GK Arbeitsrecht, Rn 16ff.

C. Entwicklung

I. Die ersten Datenschutzgesetze

Der Beginn der Entwicklung des in der Rechtsgeschichte verhältnismäßig recht jungen Problemfeldes reicht gut ein halbes Jahrhundert zurück bis in die sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts.¹⁰ Auch wenn der Öffentlichkeit oder etwaig Betroffenen ein entsprechendes Problembewusstsein und dahingehender Regelungsbedarf zunächst fehlte; so wuchs aufgrund der Erfahrungen in den USA bei Politik und Gesetzgebung allmählich die Erkenntnis, dass dem fortschreitenden Einsatz der Informationstechnologien Rahmenbedingungen gesetzt werden müssen, um der Beeinträchtigung der schutzwürdigen Belange der Betroffenen bei der Verarbeitung ihrer Daten entgegenzuwirken.¹¹ Am 30. September 1970 war es dann das Bundesland Hessen, welches mit dem 1. Hessischen Datenschutzgesetz (HDSG)¹² das weltweit erste seiner Art überhaupt verabschiedete, bevor dann im Jahre 1974¹³ das Land Rheinland-Pfalz nachzog.¹⁴ Bereits 1971 wurde dann ein erster Referentenentwurf für ein Bundesdatenschutzgesetz vorgelegt, dem dann mehrjährige Diskussionen, Beratungen und Neufassungen der Texte folgten. Am 1. Februar 1977 wurde dann die Erstfassung eines BDSG im Bundesgesetzblatt¹⁵ verkündet, welche schließlich am 1. Januar 1979 in vollem Umfang in Kraft trat.¹⁶ Die meisten Landesgesetzgeber schlossen sich daraufhin mit novellierten bzw. neuen eigenen Vorschriften an.¹⁷ Hervorzuheben ist, dass sowohl Bundes- als auch Landesgesetzgeber ihre Vorstellungen durchweg mit dem Kürzel "Datenschutz" zusammengefasst haben. Damit wurde eine Formel verwandt, die so zum ersten Mal im Rahmen der Vorarbeiten zum 1. HDSG auftauchte¹⁸ und sich seitdem weit über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus durchgesetzt hat.¹⁹

II. BverfGE 65, 1

Einer fortschreitenden technischen Entwicklung und damit

10 Siehe hierzu auch *Thüsing* RDV 09, 1.

11 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 1; § 1 Abs. 1 BDSG 77.

12 GVBl. I 1970, 625.

13 GVBl. 1974, 31.

14 *Simitis* Einleitung Rn 1.

15 BGBl. I 1977, 201.

16 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 1.

17 *Simitis* Einleitung Rn 1.

18 Vgl. etwa Begründung des 1. HDSG, LT-Drs. 6/3065, 7ff; HDSB, 1. TB, 8ff.

19 *Simitis* Einleitung Rn 2.

einhergehenden Veränderung des Datenumfeldes folgten später auch wesentliche Veränderungen des rechtlichen Umfeldes. Diese "zweite Phase"²⁰ wird zunächst wesentlich geprägt durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)²¹ zum damaligen Volkszählungsgesetz (VZG)²². Das Gericht hatte zunächst einmal lediglich die Verfassungsmäßigkeit des 1982 verabschiedeten Gesetzes zu prüfen. Insoweit musste sich das BVerfG allerdings hier auch weder zum ersten Mal mit den verfassungsrechtlichen Aspekten statistischer Erhebungen beschäftigen, noch kann nicht unterstellt werden, der damalige Gesetzgeber habe die Betroffenen dazu zwingen wollen, detaillierte Informationen über ihre Lebensgewohnheiten preis zugeben, wie das etwa beim Anfang der sechziger Jahre durchgeführten "Mikrozensus" der Fall gewesen ist.²³ "Moderne Entwicklungen" und ein damit verbundener stetig ansteigender Bedarf an Datenerhebungen, sowie die durch das VZG heraufbeschworene "Furcht vor einer Persönlichkeitserfassung" der Bevölkerung, gaben dem Gericht allerdings ausreichend Anlass, sich zunächst ausführlich mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Anforderungen die Verfassung an die Verarbeitung personenbezogener Daten stellt.²⁴ Aus eben diesen Überlegungen hat es dann aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitet (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG), worin die Befugnis des Einzelnen zu verstehen ist, "grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen".²⁵ Unter modernen Bedingungen der Datenverarbeitung setzt eine freie Entfaltung der Persönlichkeit einen Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus.²⁶ Insoweit sind u.a. künftige zwangsweise Datenerhebungen und -verwendungen bereichsspezifisch (etwa im Arbeitsrecht) und präzise zu bestimmen.²⁷ Dies soll den Datenschutz dahingehend

20 So ua *Simitis* Einleitung Rn 27.

21 BVerfG, Urt. v. 15. 12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, E 65, 1ff.

22 BGBl. I 1982, 369.

23 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 - 1 BvL 19/63, E 27, 1ff.

24 BVerfG, Urt. v. 15. 12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, E 65, 1 (41ff.); *Simitis* Einleitung Rn 29.

25 BVerfG, Urt. v. 15. 12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, E 65, 1 (43).

26 BVerfG, a.a.O.

27 BVerfG, Urt. v. 15. 12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, E 65, 1

verbessern, in dem die jeweilige Eigenart der Regelungsmaterie unter datenschutzspezifischen Anforderungen so bestimmt wie nach dem Normzweck möglich gefasst wird und bereichsspezifische Vorschriften mit weniger Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen auskommen sollen.²⁸ Das Recht der informationellen Selbstbestimmung soll jedoch nicht uneingeschränkt gewährleistet werden. Da personenbezogene Informationen immer auch ein Abbild sozialer Realität darstellen, welches dem Betroffenen nicht ausschließlich allein zugeordnet werden kann, hat der "Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen".²⁹ Um eine Präventivfunktion gesetzlicher Datenschutzvorschriften zu garantieren, wird im Weiteren die Kontrolle durch eine eigens dafür eingerichtete unabhängige Instanz, den Datenschutzbeauftragten gefordert.³⁰ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung war und ist bis heute Inhalt zahlreicher Folgeentscheidungen des BVerfG³¹ und wurde dabei kontinuierlich konkretisiert und fortentwickelt.³² Diese "zweite Phase" (s.o.) wurde im Weiteren geprägt durch Änderungen des positiven Rechtes, wie etwa die Schaffung und Novellierung zahlreicher bereichsspezifischer Vorschriften oder die Aufnahme eines Grundrechtes auf Datenschutz in den Länderverfassungen (s. Art. 6 VerfThür).³³

III. Überarbeitungen des BDSG

Vor allem aufgrund stetig wachsender technischer und rechtlicher Veränderungen des Datenschutzzumfeldes gab es auch in Bezug auf das BDSG immer wieder Bestrebungen, dieses neuen Entwicklungen anzupassen. Dabei hat sich das BDSG von 1977 relativ hartnäckig über Jahre hinweg unverändert gehalten. Zahlreiche Gesetzesentwürfe haben es jeweils bis zum Ende der Legislaturperioden nicht bis zur Verabschiedung geschafft.³⁴ Einer ersten,

(46).

28 *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 7.

29 BVerfG, a.a.O.

30 BVerfG, a.a.O.

31 Vgl. ua neuerdings BVerfG, Beschl. v. 13.6. 2007 - 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, DstRE 07, 1196ff. (Kontenevidenzzentrale); BVerfG, Ur. v. 11.3.2008 - 1 BvR 2074/05, EuGRZ 2008, 186ff (Kraftfahrzeugkennzeichen).

32 *Kühling* Datenschutzrecht, S. 77.

33 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 3ff.

34 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 5.

hauptsächlich für den öffentlichen Bereich geltenden Überarbeitung des BDSG im Jahre 1990³⁵ folgte dann in Umsetzung der EU - Datenschutzrichtlinie 1995³⁶ im Jahre 2001³⁷ eine erste größere Novelle des BDSG. Zwar war hier zentrales Bestreben, das BDSG zunächst einmal auf Richtlinienkonformität zu trimmen. Auf der anderen Seite enthielt das Gesetz erstmalig auch einige Grundsätze modernen Datenschutzrechts, wie etwa das Prinzip der Datenvermeidung und -sparsamkeit oder eines Datenschutzaudits.³⁸ Eingang fanden ebenso Regelungen zur Videoüberwachung und zu sog. mobilen Speicher- und Verarbeitungsmedien (Chipkarten).³⁹ Diese Novellierung hatte letztlich zur Folge, dass das Gesetz am Ende erheblich an Umfang und Regelungsdichte zugenommen hatte und so das Bestreben zu mehr Lesbarkeit und Anwenderfreundlichkeit überwiegend konterkariert wurde.⁴⁰ Mit Einführung des neuen⁴¹ § 32 BDSG kurz vor Ablauf der 16. Legislatur hat der Bundesgesetzgeber⁴² schließlich eine vorerst letzte Änderung im BDSG vorgenommen. Diese Änderung galt wesentlich dem Arbeitnehmerdatenschutz und wird später ausführlich dargestellt.

IV. BVerfGE 120, 274

Im Jahr 2008⁴³ hat das BVerfG schließlich ein weiteres wegweisendes Urteil zum Datenschutz in Bezug auf Online-Durchsuchungen gesprochen. Aufhänger des Urteils war die Überprüfung des Verfassungsschutzgesetzes von Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 2006⁴⁴, das den Verfassungsschutzbehörden Aufklärung und heimliche Überwachung des Internets, sowie heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme ermöglichte. In Reaktion hierauf schuf es mit dem Grundrecht auf "Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme" eine weitere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art 2 Abs. 1 iVm Art. 1

35 Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes vom 20.12.1990, BGBl. I 1990, 2954.

36 Richtlinie 1995/46/EG "zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr" v. 24.10.1995.

37 BT-Drs. 14/4329, 30 (unter 2.4).

38 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 12.

39 Ebenda.

40 *Gola/Schomerus* Einleitung Rn 13.

41 Dieser war bis dato unbesetzt.

42 Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 3.7.2009, BGBl. I 2009, 2814.

43 BVerfG, Urf. v. 27.2.2008 - 1 BvR 370, 595/07, E 120, 274ff..

44 Gesetz über den Verfassungsschutz in NRW idF des Gesetzes vom 20.12.2006, GVBl. NW 06, 620.

Abs. 1 GG. Dieses Grundrecht soll insoweit ergänzend vor Eingriffen in informationstechnische Systeme schützen, soweit nicht schon andere Grundrechte wie etwa Art. 13 GG oder die informationelle Selbstbestimmung einschlägig sind.

V. Fazit

Eine bislang verhältnismäßig kurze, aber durchaus intensive Entwicklung des Datenschutzes (in Deutschland) zeigt, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung Mitte des letzten Jahrhunderts mit fortschreitender Technisierung und steigender Datenerhebung und -verarbeitung doch mehr oder weniger überrascht worden sind. Die Gesetzgebung versucht bis heute, dem stetig wachsendem Problem durch die Einführung zahlreicher Vorschriften in verschiedensten Bereichen Herr zu werden. Die Rechtsprechung unterdessen ist gezwungen, trotz unzulänglichen Gesetzesgrundlagen zu vertretbaren interessengerechten Lösungen zu gelangen. Das BVerfG etwa hat über die Auslegung der Verfassung hinaus, weitere Grundrechte entstehen lassen müssen.

D. Rechtsgrundlagen des Arbeitnehmerdatenschutzes

Zunächst einmal bestehen auf europäischer Ebene einige datenschutzrelevante Rechtsnormen, welche den hiesigen Gesetzgeber zur Anpassung des nationalen Rechts anhalten und immer auch rechtsinterpretatorisch hierin mit einstrahlen. So sei hier etwa an die Richtlinie "über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation"⁴⁵, sowie die Richtlinie "zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr"⁴⁶ zu denken.⁴⁷ Auf nationaler Ebene existieren neben Bundes- und Landesdatenschutzgesetzen -wie bereits erwähnt- zudem zahlreiche bereichsspezifische Vorschriften. Erstere dienen als Auffanggesetze und sind insoweit stets nachrangig.⁴⁸ Im Arbeitnehmerdatenschutz fehlt es bislang an einer bereichsspezifischen Regelung, sodass dieses sich nach einer ganzen Reihe von verschiedenen Gesetzen

45 Richtlinie 2002/58/EG "über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation" v. 12.7.2002.

46 Richtlinie 1995/46/EG "zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr" v. 24.10.1995.

47 Siehe überblicksartig *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 14f.

48 *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 7.

richtet. Hierzu gehören neben dem Betriebsverfassungsgesetz beispielsweise auch das Telekommunikationsgesetz oder das Telemediengesetz, vor allem aber das BDSG.⁴⁹ Entsprechende Regelungen können danach zum einen insgesamt die Regelungsmaterie bestimmen (wie etwa beim BDSG) oder aber, was viel häufiger vorkommt, in eine Rechtsvorschrift "eingestreut" werden (wie etwa bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Datenschutzrecht erscheint dann als sog. "Querschnittsmaterie".⁵⁰ Auch sind rechtliche Überschneidungen und Ergänzungen zwischen gesetzlichem Datenschutzrecht und arbeitsrechtlichen Normen und Grundsätzen möglich.⁵¹ Für Arbeitsverhältnisse der Privatwirtschaft gilt jedoch hauptsächlich das BDSG, welches die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung in den Bereichen der Privatwirtschaft und der öffentlichen Stellen des Bundes regelt.⁵² Zentrale Norm für den Arbeitnehmerdatenschutz war hier bis dato der allgemeine § 28 BDSG, dessen Abs. 1 Nr. 1 an Vertragsverhältnisse (also auch an Arbeitsverhältnisse) jeder Art anknüpfte. Mit Einführung des neuen § 32 BDSG wurde dieser jedoch weitgehend abgelöst (s.u.). Vergessen werden darf auch nicht die Bedeutung sog. "Richterrechts", welches in Ermangelung ausreichender positivrechtlicher Bestimmungen immer wieder ergänzend und lückenfüllend die Grundlagen des Arbeitnehmerdatenschutzes komplettiert. Zu denken sei hier etwa an die Grundsatzentscheidungen des BAG zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz.⁵³

E. Die BDSG-Reform vom 3. Juli 2009⁵⁴

Datenschutzskandale bei mehreren Großunternehmen (s.o.) haben zuletzt deutlich gemacht, dass beim Datenschutz vor allem auch im Arbeitsleben enormer Handlungsbedarf besteht. Infolgedessen ist die bereits seit längerer Zeit immer wiederkehrende Forderung nach einem eigenen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz wieder verstärkt in den Fokus öffentlicher Diskussion gerückt. Dies hat letztlich auch den Gesetzgeber zum Handeln veranlasst⁵⁵, der es allerdings in der

49 *Erfurth* NJOZ 09, 2916.

50 *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 8.

51 *Wohlgemuth/Gerloff* Datenschutzrecht, S. 116.

52 Siehe § 1 BDSG.

53 Siehe nur etwa BAG Ur. v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, E 105, 356ff.

54 Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 3.7.2009, BGBl. I 2009, 2814.

55 BT-Drs. 16/13657, 34.

laufenden Legislatur⁵⁶ nicht mehr vermochte ein solches (Groß-)Projekt auf den Weg zu bringen. Verständigen konnte man sich allerdings darauf, wenigstens eine Grundsatzregelung ins BDSG aufzunehmen, da diesem ohnehin eine Novellierung bevorstand. Diese sog. "kleine Lösung"⁵⁷ beinhaltete neben der Einführung des zentralen § 32 BDSG noch weitere Neuerungen wie etwa die Definition des Beschäftigtenbegriffs in § 3 Abs. 11 BDSG n.F. oder die Stärkung der Stellung des Datenschutzbeauftragten.⁵⁸ Dieser genießt nach § 4f Abs. 3 S. 5 und 6 BDSG n.F. fortan einen besonderen Kündigungsschutz für den Fall, dass der Arbeitgeber zur Bestellung des Datenschutzbeauftragten verpflichtet war (wann dies der Fall ist, bestimmt sich insoweit nach § 4f Abs. 1 BDSG) und nunmehr auch ein Recht auf Fort- und Weiterbildung (§ 4f Abs. 3 S. 7 BDSG).⁵⁹ Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs kam es dem Gesetzgeber bei der Novellierung vor allem auf eine "Festschreibung" des bestehenden Beschäftigtendatenschutzes an, ohne dabei Veränderungen der gegenwärtigen rechtlichen Ausgangslage vornehmen zu wollen. Die Regelung sollte vielmehr einen Gewinn an Transparenz bewirken.⁶⁰

I. § 32 Abs. 1 BDSG n.F.

Die Tatbestände des ersten Absatzes stellen der bisherigen datenschutzrechtlichen Systematik entsprechend sog. Erlaubnistatbestände dar, die das präventive Verbot des § 4 Abs. 1 BDSG durchbrechen. Begrifflichkeiten wie etwa "Verarbeiten" oder "Empfänger" werden in § 3 BDSG durch Legaldefinitionen konkretisiert.⁶¹

1. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F.

Nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines solchen Verhältnisses oder nach Begründung eines solchen für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Anknüpfungspunkt ist damit stets ein Beschäftigungsverhältnis. Dieses ist in § 3 Abs. 11 BDSG legaldefiniert

56 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages, 18.10.2005 bis 27.10.2009.

57 So explizit bspw. *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter A.

58 Zu alledem siehe im Einzelnen *Erfurth* NJOZ 09, 2915f.

59 Siehe hierzu bspw. *Gola/Klug* RDV 09, 4.

60 BT-Drs. 16/13657, 35.

61 *Erfurth* NJOZ 09, 2916.

und umfasst neben ArbeitnehmerInnen (§ 3 Abs. 11 Nr. 1 BDSG) beispielsweise auch BewerberInnen für ein Beschäftigtenverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis bereits beendet ist (Nr. 7). Anzumerken ist, dass der datenschutzrechtliche Begriff des Beschäftigtenverhältnisses damit weiter als der des Arbeitnehmers und auch nicht deckungsgleich mit dem im Sozialversicherungsrecht Verwendeten ist.⁶² Bei Literatur des Tatbestandes erkennt man, dass es sich mit "Begründung", "Durchführung" und "Beendigung" genau genommen um drei verschiedene (Erlaubnis-)Tatbestände handelt.

a) Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

Nach der Gesetzesbegründung sind Anwendungsfälle der Regelung zunächst Fragen zu fachlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen.⁶³ Daneben sind zudem Datenerhebungen besonderer Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) denkbar, wie beispielsweise die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit oder dem Sexualleben. Maßstab der Rechtfertigung ist hier jedoch nicht § 32 BDSG, sondern vielmehr nach wie vor § 28 Abs. 6,7 BDSG, sowie die Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers, die nunmehr über § 32 Abs. 2 BDSG n.F. Eingang in das Datenschutzrecht finden.⁶⁴

b) Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses

Hiernach darf sich der Arbeitgeber während des Beschäftigungsverhältnisses über Umstände informieren oder Daten verwenden, um seine vertraglichen Pflichten gegenüber den Beschäftigten erfüllen zu können. Hierzu gehört etwa auch die Lohn- und Gehaltsabrechnung oder die Verhaltenskontrolle.⁶⁵ Nach Thüsing ist die Formulierung so klar allerdings nicht.⁶⁶ Nach der alten Regelung war zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung iRd § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung jede legitime Zwecksetzung innerhalb des Beschäftigungsverhältnisses. Nach neuer Regelung sei erstmal unklar was noch zur "Durchführung" gehört und was nicht. Zu denken sei hier etwa an die Datenverarbeitung zur

⁶² Siehe BT-Drs. 16/13657, 27; aber auch *Erfurth* NJOZ 09, 2916f; *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. II.

⁶³ BT-Drs. 16/13657, 36.

⁶⁴ *Thüsing* NZA 09, 867; *Erfurth* NJOZ 09, 2917.

⁶⁵ BT-Drs. 16/13657, 36; *Erfurth* NJOZ 09, 2917.

⁶⁶ Kommt aber zu dem Schluss, dass sie am Ende dasselbe meint: *Thüsing* NZA 09, 867.

Kontrolle und Überwachung der Arbeitsleistung, denn diese sei zur bloßen Erfüllung der Arbeitspflicht nicht erforderlich.

c) Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses

Dieser Begriff ist eher großzügig zu verstehen und umfasst auch die Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses.⁶⁷ Hierzu gehören insoweit auch Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Abmahnung oder Kündigung, sowie Maßnahmen gegenüber ehemaligen Mitarbeitern (etwa für die Berechnung der Betriebsrente).⁶⁸

d) Erforderlichkeit

Alle drei Tatbestände knüpfen an den Begriff "Erforderlichkeit" an. Dieses unterscheidet sich zunächst von dem Maßstab, der ursprünglich für Datenverarbeitungen in § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG vorgegeben war (und jetzt ja auch noch für "andere" Vertragsverhältnisse als Beschäftigungsverhältnisse gilt). Hier reicht es nach dem Wortlaut bereits aus, dass die Datenverarbeitung der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses "dient".⁶⁹ Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre war allerdings auch hier bereits Erforderlichkeit nötig⁷⁰; bloße Nützlichkeit sollte insoweit nicht ausreichen.⁷¹ Fraglich bleibt dabei jedoch, wie das Merkmal der Erforderlichkeit bestimmt werden soll. Möglich wäre einerseits, Erforderlichkeit als Unverzichtbarkeit zu begreifen. Dies würde zur Folgefrage führen, inwieweit diese entweder im objektiven Sinne verstanden werden oder aber die subjektive Sicht des Arbeitgebers entscheidend sein soll. Beide Varianten würden bei genauerer Betrachtung am Ende jedoch zu keinen befriedigenden Ergebnissen führen.⁷² Möglich wäre jedoch auch, Erforderlichkeit dann anzunehmen, wenn und soweit es kein gleich geeignetes, milderes Mittel gibt um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.⁷³ Da "gleiche Eignung" allerdings nicht ohne Berücksichtigung der Unternehmerfreiheit bestimmt werden kann, ist insoweit einer mittelbaren Drittwirkung betroffener Grundrechte die Tür geöffnet. Im Ergebnis läuft dies auf eine Interessenabwägung

67 BT-Drs. 16/13657, 36.

68 *Erfurth* NJOZ 09, 2917f.

69 *Thüsing* NZA 09, 866.

70 BAG, Urt. v. 22.10.1986 - 5 AZR 660/85, NJW 87, 2459ff.; *Gola/Wronka* Hdb. z. Arbeitnehmerdatenschutz, Rn 357; dies bestreitend jedoch *Thüsing* NZA 09, 867.

71 *Däubler* NZA 01, 876.

72 Zu dieser Frage ausführlich: *Deutsch/Diller* DB 09, 1462; *Erfurth* NJOZ 09, 2918.

73 Siehe nur: *Erfurth* NJOZ 09, 2918f.

zwischen den Grundrechten zum Schutz der Persönlichkeit auf Arbeitnehmerseite (insbesondere Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG) und vor allem den Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG auf Arbeitgeberseite hinaus.⁷⁴ Eine Datennutzung ist demnach erforderlich, wenn die berechtigten Interessen des Unternehmens auf andere Weise nicht oder nicht angemessen gewahrt werden können.⁷⁵ Diese Erforderlichkeit bezieht sich ausweislich des Normtextes auf o.g. Erlaubnistatbestände. Da diese jedoch schon Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses sind, ist das Verhältnis zu den im ersten Halbsatz Geforderten Zwecken jedoch unklar. *Erfurth*⁷⁶ will die Bezugspunkte der Erforderlichkeit daher als "Oberkategorien von Zwecken eines Beschäftigungsverhältnisses" verstehen. Insoweit sei auch nicht ein *konkreter* Zweck Bezugspunkt, da ein Solcher im Ergebnis jede Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zulässig werden ließe.⁷⁷

2. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F.

a) Anwendungsbereich

Nach dieser Sondervorschrift dürfen Arbeitnehmerdaten zur Aufdeckung von Straftaten ausnahmsweise erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Dies gilt jedoch nur, soweit tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, der Beschäftigte habe eine solche Straftat im Beschäftigtenverhältnis begangen, das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten nicht überwiegt, sowie insbesondere Art und Ausmaß der Maßnahme im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind. Die Vorschrift regelt damit die Zulässigkeit datenschutzrelevanter Handlungen, die zur Aufdeckung eben dieser Straftaten vorgenommen werden sollen und verlangt nach einer eher restriktiven Handhabung.⁷⁸ Die Formulierung der Vorschrift orientiert sich am Wortlaut des § 100 Abs. 3 S. 1 TKG und deckt sich inhaltlich mit den Kriterien der Rechtsprechung zur verdeckten (Video-)Überwachung von Beschäftigten.⁷⁹ Nicht in den Regelungsbereich

74 Zu alledem: *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. II. Nr. 2; *Kramer* DSB 7+8/09, 12; *Wybitul* BB 09, 1583; *Erfurth* NJOZ 09, 2919.

75 *Steinkühler* BB 09, 1294; *Wybitul* BB 09, 1583; *Diller* BB 09, 439.

76 *Erfurth* NJOZ 09, 2918.

77 Anders dagegen *Deutsch/Diller* DB 09, 1463.

78 *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. III. Nr. 1.

79 So etwa BAG, Urt. v. 27.3.2003 - 2 AZR 51/02, E 105, 356; BT-Drs. 16/13657, 36; *Erfurth* NJOZ 09, 2920.

der Vorschrift fallen dagegen präventive Maßnahmen⁸⁰, die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten und Vertragsverletzungen. Diese richten sich vielmehr nach Abs. 1 S. 1.⁸¹

b) Verdacht

Zunächst bedarf es für die Anwendbarkeit der Vorschrift jedoch eines Straftatverdachts, welcher durch tatsächliche Anhaltspunkte begründet sein und auch durch den Arbeitgeber dokumentiert werden muss. Nach § 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BDSG hat der Arbeitgeber entsprechende Daten wieder zu löschen, sollte sich der Verdacht nicht erhärten.⁸² Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ab wann ein solcher Verdachtsfall vorliegt. Nach *Albrecht*⁸³ beispielsweise sollen unsubstantiierte Beschuldigungen in der Teeküche oder etwa mittels einer sog. "Whistleblower"-Hotline diesem Erfordernis noch nicht genügen. Allgemeine Maßnahmen zur Straftatenaufdeckung wie verdachtsunabhängige Massenscreenings sind insoweit auch nach wie vor rechtswidrig.⁸⁴

c) Abwägung

Dem Umstand geschuldet, dass Maßnahmen zur Aufdeckung von Straftaten in der Regel besonders intensiv in die persönlichen Rechte des Beschäftigten eingreifen, findet sich in der Formulierung zudem eine Abwägungsklausel, die im Verhältnis zu Abs. 1 S. 1 bereits konkrete Abwägungsmaßstäbe beinhaltet. Hiernach dürfen Art und Ausmaß der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht unverhältnismäßig sein. Auch muss bei dieser Prüfung der Anlass mit einfließen, sodass sowohl Art und Schwere der Straftat, als auch die Intensität des Verdachts Berücksichtigung finden.⁸⁵ *Thüsing*⁸⁶ schlägt diesbezüglich eine gewisse Orientierung an der Rechtsprechung des BVerfG vor, welches jüngst -allerdings im öffentlich-rechtlichen Bereich- einige Regeln zur Gewichtung der gegenläufigen Interessen aufgestellt hat. Auch wenn man diese Rechtsprechung aufgrund der

80 Zu diesem eigenen Problemfeld, vor allem im Hinblick auf den "Compliance"-Bereich siehe u.a. *Thüsing* NZA 09, 868; krit. *Erfurth* NJOZ 09, 920f.

81 BT-Drs. 16/13657, 36.; m. w. N. *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. III. Nr. 1; dagegen jedoch *Grentzenberg/Schreibauer/Schuppert* K&R 09, 539.

82 *Erfurth* NJOZ 09, 2920.

83 *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. III. Nr. 2; a.A. *Hanloser* MMR 09, 597.

84 *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. III. Nr. 2; *Steinkühler* BB 09, 1295; zum Ganzen auch *Wybitul* BB 09, 1582ff.

85 BT-Drs. 16/13657, 36f.

86 *Thüsing* NZA 09, 868.

Besonderheiten des Arbeitsrechts freilich nicht unbesehen übertragen kann⁸⁷, so gibt sie doch wichtige Anhaltspunkte an die Hand. Danach hängt das Gewicht eines Eingriffs unter anderem davon ab, welche Inhalte von dem Eingriff erfasst werden, insbesondere welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Daten je für sich und in ihrer Verknüpfung mit anderen aufweisen und auf welchem Wege die Inhalte erlangt werden.⁸⁸ Eine Heimlichkeit der Maßnahme führt insoweit auch zur Erhöhung ihrer Intensität⁸⁹ und "das Gewicht informationsbezogener Grundrechtseingriffe richtet sich auch danach, welche Nachteile dem Betroffenen aufgrund der Eingriffe drohen oder von ihm nicht ohne Grund befürchtet werden"⁹⁰.

II. § 32 Abs. 2 BDSG n.F.

§ 32 Abs. 2 BDSG n.F. hat eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf nicht automatisierte Erhebung, Verarbeitung und Nutzung -auch aus einer nicht automatisierten Datei- von personenbezogenen Daten zum Inhalt. Insoweit unterfallen den Bestimmungen des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG damit nunmehr alle Sammlungen personenbezogener Informationen, sowohl im Bewerbungsverfahren, als auch im Beschäftigungsverhältnis. Hierzu gehören etwa Anrufe beim früheren Arbeitgeber, jede Befragung und Beobachtung des Beschäftigten durch den Vorgesetzten, Notizen über das Leistungsverhalten, Beschäftigtendaten in Personalakten oder auch handschriftliche Notizen mit Personenbezug.⁹¹

III. § 32 Abs. 3 BDSG n.F.

Der neue Abs. 3 der Vorschrift stellt lediglich klar, dass etwaige Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten (wie etwa § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG oder § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG) weiterhin bestehen bleiben⁹² und bildet damit die wohl unkomplizierteste Neuerung.

87 Dazu *Thüsing* a.a.O.

88 U.a. BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 - 1 BvR 518/02 , E 115, 320ff. ; hierzu u.a. *Hillgruber* JZ 07, 209.

89 BVerfG, a.a.O., unter Rückgriff auf BVerfG, Ur. v. 12.3.2003 - 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99 , E 107, 321; BVerfG, Ur. v. 2.3.2006 - 2 BvR 2099/04 , E 115, 166ff.

90 BVerfG, a.a.O., unter Rückgriff auf BVerfG, Ur. v. 14.7.1999 - 1 BvR 2226/94, 1 BvR 2420, 2437/95, E 100, 376; BVerfG, Ur. v. 12.3.2003 - 1 BvR 330/96, 1 BvR 348/99 , E 107, 320.

91 *Maties* RdA 09, 261; *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter C. IV.

92 BT-Drs. 16/13657, 37; *Thüsing* NZA 09, 870.

IV. Verhältnis zu § 28 BDSG

Darüber, dass die neue Regelung des § 32 BDSG die alte des § 28 BDSG weitgehend ablösen sollte besteht im Grunde Einigkeit. Fraglich ist jedoch, wie weit diese Ablösung reichen soll. Zunächst könnte man auf den Gedanken kommen, dass § 32 Abs. 1 BDSG n.F. iRd Beschäftigungsverhältnis den kompletten ersten Absatz des § 28 BDSG verdrängt. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dies jedoch lediglich für § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG gelten.⁹³ Den Rest betreffend scheint dagegen eher eine etwas genauere Betrachtungsweise angezeigt.

1. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 BDSG

Nach bisheriger Rechtslage ist die Anwendbarkeit der Nr. 2 im Arbeitsverhältnis nicht geklärt. Während eine Auffassung dies strikt abgelehnt hat⁹⁴, wollten andere⁹⁵ die Norm zumindest eingeschränkt anwenden. Entsprechende Judikatur hierzu fehlt bislang. Nach einem frühen Urteil des BAG jedoch zufolge, darf wegen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in die Privatsphäre des Arbeitnehmers nicht tiefer eingedrungen werden, als es der Zweck des Arbeitsverhältnis unbedingt erfordert.⁹⁶ Dies spricht insoweit eher für eine eingeschränkte Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Der Gesetzgeber folgt dieser Auffassung: für *Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses* wird zunächst der komplette Abs. 1 des § 28 BDSG verdrängt. Für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung *anderer Zwecke* soll eine verbleibende Anwendbarkeit jedoch möglich sein.⁹⁷ Für dieses Ergebnis kann insoweit auch ein systematisches Argument ins Feld geführt werden: § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG erfasst *jedlichen Umgang mit personenbezogenen Daten zu eigenen Geschäftszwecken*; lediglich Abs. 1 Nr. 1 spricht von "Vertragsverhältnis". § 32 Abs. 1 BDSG n.F. dagegen knüpft ausweislich des Wortlautes lediglich an *Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses* an und hat damit einen engeren Anwendungsbereich.⁹⁸

Selbiges gilt insoweit für § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3. Dieser gilt ebenfalls für andere als Beschäftigungszwecke im Arbeitsverhältnis weiter.

93 BT-Drs. 16/13657, 35.

94 Thüsing NZA 09, 869.

95 So etwa Gola/Schomerus § 28 Rn 9; Simitis § 28 Rn 134.

96 BAG Urf. v. 22.10.86 - 5 AZR 660/85, E 53, 227.

97 BT-Drs. 16/13657, 34f.

98 Siehe hierzu Erfurth NJOZ 09, 2922.

2. § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG

Problematischer scheint dagegen die Restanwendbarkeit des Abs. 1 S. 2. Nach der Gesetzesbegründung wird die Vorschrift ebenfalls durch § 32 BDSG n.F. verdrängt. Begründet wird dies damit, da in § 32 BDSG n.F. bereits geregelt wird, zu welchen Zwecken oder welchen Voraussetzungen personenbezogene Daten vor, im und nach dem Beschäftigungsverhältnis erhoben, verarbeitet und benutzt werden dürfen. Einer weiteren Konkretisierung wie sie etwa in § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG verlangt wird, bedarf es daher nicht mehr.⁹⁹ *Thüsing*¹⁰⁰ sieht darin jedoch einen Bruch mit allem bisher Geglaubtem, da die Zwecke des § 32 BDSG n.F. nicht hinreichend konkret seien. Vielmehr würde hiernach ein abstraktes Bewusstsein genügen, "dass die Daten irgendwann einmal unter irgendeinem Gesichtspunkt in irgendeiner Weise zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein können". Dies kann jedoch nicht ausreichen; nach der Formulierung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung würde dies zu einem Rückschritt im Arbeitnehmerdatenschutz führen. *Thüsing* deklariert dies insoweit als "gesetzgeberischen Motivirrtum" und will § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG dennoch neben § 32 BDSG n.F. anwenden.¹⁰¹ *Erfurth*¹⁰² dagegen sieht in der Neuregelung eine "systematisch stimmige Lösung". Danach verdrängt § 32 BDSG n.F. für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zunächst -wie oben gesehen- komplett § 28 Abs. 1 BDSG. Für andere Zwecke, also den noch anwendbaren Resttatbestand (s.o.), gilt § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG hingegen noch. Dass die Zwecksetzung fortan zu unkonkret sein soll, vermag *Erfurth* hier entgegen den Bedenken *Thüsings* nicht auszumachen: auch unter der Geltung des § 32 BDSG n.F. gilt der verfassungsrechtliche Zweckbindungsgrundsatz und außerdem ist eine Festlegung des Zwecks durch den Arbeitgeber auch insofern nötig, als dass er den Beschäftigten ohnehin nach § 4 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BDSG hierüber informieren muss.¹⁰³ Beide kommen damit -zwar auf unterschiedlichen Wegen- zum selben Ergebnis.

3. § 28 Abs. 6-8 BDSG

Ebenso problematisch scheint die Neuregelung im Hinblick auf den

99 BT-Drs. 16/13657, 34f.

100 *Thüsing* NZA 09, 869.

101 *Thüsing* a.a.O.

102 *Erfurth* NJOZ, 2923.

103 *Erfurth* a.a.O.

Umgang mit besonderen Arten personenbezogener Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) nach § 28 Abs. 6-8 BDSG zu sein. § 32 BDSG n.F. lässt jegliche Regelungen hierzu vermissen, sodass man konsequent eigentlich von einer ersatzlosen Verdrängung der Erlaubnistatbestände des § 28 Abs. 6-8 BDSG für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ausgehen müsste. Dies Resultat wird insoweit noch durch den Umstand gestützt, dass es im neuen § 30a Abs. 5 BDSG n.F. einen Verweis auf § 28 Abs. 4 und 6-9 BDSG gibt. In der Gesetzesbegründung geht der Gesetzgeber jedoch abweichend vom eben gewonnenen logischen Schluss davon aus, dass § 28 Abs. 6-8 BDSG trotzdem wie bisher zu berücksichtigen sei.¹⁰⁴ Dies macht insoweit auch Sinn, da erklärter Zweck der BDSG-Novelle sicher nicht eine Verschlechterung der Rechtslage gewesen ist. Dogmatisch kommt man dagegen zum gewünschten Ergebnis im Wege richtlinienkonformer Auslegung des Art. 8 Abs. 2 EG-Datenschutzrichtlinie^{105, 106}.

V. Fazit

Wenn der Gesetzgeber mit Einführung der neuen Regelungen lediglich klarstellend die bisherige Rechtsprechung kodifizieren wollte, ist ihm das nur bedingt gelungen. Teilweise sind Änderungen der Rechtslage enthalten und teilweise gehen die neuen Regelungen über die bisherige Rechtslage hinaus.¹⁰⁷ Einigkeit dürfte jedoch jedoch weitgehend dahin bestehen, dass mit der Novellierung nicht unbedingt eine Klärung wichtiger Rechtsfragen einhergeht, sondern eher neue Unklarheiten auftauchen. So dürfte die Abgrenzung zwischen § 28 und 32 BDSG n.F. im Einzelnen wie gesehen nicht immer so leicht gelingen. *Thüsing*¹⁰⁸ beispielsweise kritisiert zudem, dass immer noch unklar ist, inwieweit etwa Datentransfers in Konzernen möglich sind oder wie das Verhältnis des Datenschutzbeauftragten gegenüber dem Betriebsrat ausgestaltet ist. Er spricht daher gar von "anlassbezogener, symbolischer Gesetzgebung, die allzu hastig reagiert und damit mehr einer politischen als einer

104 BT-Drs. 16/13657, 35.

105 Richtlinie 1995/46/EG "zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr" v. 24.10.1995.

106 Zu alledem siehe *Erfurth* NJOZ 09, 2923.

107 Siehe hierzu u.a. *Erfurth* NJOZ 09, 2927.

108 *Thüsing* NZA 09, 866.

sachlichen Logik folgt".¹⁰⁹ *Wybitul*¹¹⁰ dagegen bemängelt etwa, dass wichtige Überlegungen zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität kaum Eingang in die neue Regelung gefunden, geschweige denn vorab überhaupt eine Rolle gespielt haben. Aufgrund dieser doch etlichen Unklarheiten wird es wohl künftig erforderlich sein, sich stärker als bisher zur Beurteilung der neuen Rechtslage mit den zuständigen Institutionen wie etwa Arbeitnehmervertretung oder dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten abzustimmen.¹¹¹ Aber auch wenn das Gesetz insoweit viele Fragen offen lässt, kann man auf dem Weg zu einem eigenen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz hierin durchaus einen ersten Schritt in die richtige Richtung sehen.¹¹²

F. Die aktuelle Rechtslage am Beispiel der Kontrolle von Internetnutzungsdaten und E-Mails¹¹³

Besonders gut lassen sich Darstellungen und Veränderungen der Rechtslage immer an konkreten Fallgruppen zeigen. Besondere Relevanz -auch ohne den neuen § 32 BDSG- besitzt insoweit die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Kontrolle von Internet und E-Mails durch den Arbeitgeber. Dieser hat in seiner Funktion regelmäßig ein berechtigtes Interesse an der Erfassung des Internet- und E-Mailnutzungsverhaltens seiner Arbeitnehmer. Gründe dafür gibt es genügend: die Gefahr der Beeinträchtigung der betrieblichen EDV durch Viren o.ä., Verschwendung der Arbeitszeit, Kostenverursachung, Zugriffserfordernis auf E-Mails bei Abwesenheit eines Mitarbeiters, usw. Denkbar ist eine solche Kontrolle etwa durch Speicherung der Verbindungsdaten, (wie Downloads, Dauer der Internetsitzung, Protokoll der aufgerufenen Website, etc.) oder mittels einer Firewall, die bestimmte Internetseiten oder E-Mails nicht zulässt.¹¹⁴ Für eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen empfiehlt sich jedoch eine Differenzierung danach, ob der Arbeitgeber entsprechende Nutzungen erlaubt hat oder nicht.

I. Erlaubte Privatnutzung von Internet und E-Mail

An der Stelle ist zunächst festzuhalten, dass der Arbeitnehmer

¹⁰⁹ *Thüsing* NZA 09, 870.

¹¹⁰ *Wybitul* BB 09, 1584.

¹¹¹ *Albrecht* jurisPR-ITR 20/09, Anm. 2, unter D.

¹¹² So auch *Erfurth* NJOZ 09, 2927.

¹¹³ Zu dieser Frage siehe im Überblick bspw. *Wellhöner/Byers* BB 09, 2310ff.; *Dann/Gastell* NJW 08, 2949.

¹¹⁴ Siehe hierzu bspw. *Wellhöner/Byers* BB 09, 2310.

keinerlei Anspruch auf Einräumung der Privatnutzung hat; die Entscheidung hierüber obliegt einzig dem Arbeitgeber.¹¹⁵ Möchte dieser dem Arbeitnehmer eine solche Privatnutzung ermöglichen, so muss er das ausdrücklich, wenigstens jedoch konkludent tun.¹¹⁶ Nach dem BAG¹¹⁷ soll nämlich selbst eine "sozialadäquate Nutzung" ohne Erlaubnis des Arbeitgebers nicht bereits zulässig sein. Hat der Arbeitgeber die Nutzung von Internet und E-Mail jedoch einmal gestattet, sind fortan die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG) einschlägig. Mit dem Bereitstellen von Internet ist er Telekommunikationsanbieter und hat als solcher auch das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG zu wahren. Nach diesem ist die Inhaltskontrolle privater E-Mails regelmäßig unzulässig. Will der Arbeitgeber daher zulässig geschäftliche E-Mails öffnen, muss er betriebliche und private Korrespondenz durch technische Vorkehrungen (etwa zwei E-Mail-Accounts) oder ausdrückliche Anordnungen (etwa zur sofortigen Löschung privater E-Mails) trennen. Unklarheiten bezüglich der Zuordnungen gehen zulasten des Arbeitgebers. In diesem Fall ist auch der Zugriff auf geschäftliche E-Mails verwehrt.¹¹⁸ Lediglich in Ausnahmefällen, für die allerdings ein strenger Maßstab gilt, kann ein Zugriff dennoch rechtmäßig erfolgen.¹¹⁹ Im Falle eines Straftatverdachts sind jedoch zusätzlich die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F. zu beachten. In Bezug auf die Speicherung und Auswertung von Verbindungsdaten gilt dagegen folgendes: eine Datenverwertung darf hier höchstens zu Zwecken der Abrechnung, Störungsbeseitigung oder Sicherstellung eines geregelten Kommunikationsablaufs erfolgen.¹²⁰ Eine sonstige Verwertung der Verbindungsdaten -etwa zur Überprüfung des Internetverhaltens- ist auch hier nur in seltenen Ausnahmefällen zulässig.¹²¹

II. Ausschließlich dienstliche Nutzung von Internet und E-Mail

Gestattet der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern keine private Internetnutzung, so finden die Bestimmungen des TKG keine Anwen-

115 *Däubler/Kittner/Klebe* § 87, Rn 53; *Dann/Gastell* NJW 08, 2949.

116 *Steinau-Steinrück/Glanz* NJW-Spezial 08, 402.

117 Allerdings mit Einschränkungen: BAG, Urt. v. 7.7.2005 - 2 AZR 581/04, E 115, 195; dagegen LAG Rheinland-Pfalz Urt. v. 12.7.2004 - 7 Sa 1243/03, NZA-RR 05, 303.

118 So *Koch* NZA 08, 913; *Weißnicht* MMR 03, 449.

119 *Wolf/Mulert* BB 08, 446.

120 *Wolf/Mulert* BB 08, 445f.

121 *Koch* NZA 08, 913; *Weißnicht* MMR 03, 449; zum Ganzen auch *Wellhöner/Byers* BB 09, 2310f.

dung. Vielmehr sind in dieser Konstellation die Vorschriften des BDSG einschlägig, wonach dem Arbeitgeber hier etwas mehr Überwachungsspielraum gewährt wird.¹²² Nach dem präventiven gesetzlichen Verbot des 4 Abs. 1 BDSG (s.o.) ist eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit dies gesetzlich vorgesehen oder eine entsprechende Einwilligung des Betroffenen vorliegt (§ 4a BDSG). Nach der jüngsten BDSG-Novelle richtet sich die Zulässigkeit nunmehr nach § 32 BDSG n.F. Nach oben Festgestelltem kann jedoch bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Sachverhalten im Wesentlichen auf die entwickelten Grundsätze zu § 28 BDSG abgestellt werden.¹²³ Auch macht vorliegend Sinn, danach zu differenzieren, ob der Arbeitgeber lediglich die *Verbindungsdaten* von Internet und E-Mail oder aber auch E-Mails *inhaltlich* kontrolliert.

1. Verbindungsdaten

Eine Kontrolle der Verbindungsdaten von Internet und E-Mails ist grundsätzlich möglich, muss jedoch iSd § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. *erforderlich* sein. Dies wird schon immer dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber beispielsweise überprüfen will, ob der Arbeitnehmer das Internet weisungsgemäß nur dienstlich nutzt.¹²⁴ Allerdings wird auch hier eine Abwägung der widerstreitenden Interessen regelmäßig nicht entbehrlich sein.

2. Inhaltskontrolle

Anders beurteilt sich dagegen die Rechtmäßigkeit der Inhaltskontrolle von E-Mails. Hier ist zunächst umstritten, ob an dieser Stelle die Rechtsprechung zur Telefonüberwachung¹²⁵, wonach eine inhaltliche Überwachung generell unzulässig wäre, oder die für die Überwachung des dienstlichen Schriftverkehrs entwickelten Maßstäbe Anwendung finden sollen. E-Mails werden schriftlich abgefasst und erfüllen insoweit auch die Textform des § 126 BGB. Dazu kommt, dass E-Mail-Nachrichten für alle Beteiligten erkennbar später auch durch Dritte abgerufen werden können und als Handelsbrief iSd § 257 HGB anerkannt sind. Nach alledem sprechen die überzeugenden

¹²² *Weißnicht* MMR 03, 450f.

¹²³ So auch *Wellhöner/Byers* BB 09, 2311.

¹²⁴ *Wellhöner/Byers* BB 09, 2311 in Anlehnung an BAG, ... v. 27.5. 1986 - 1 ABR 48/84, BB 86, 1087; *Wybitul* BB 09, 1583.

¹²⁵ So u.a. *Weißgerber* NZA 03, 1006; *Ernst* NZA 02, 590 nach BAG Ur. v. 29.10.97 - 5 AZR 508/96, E 87, 31 (Telefonüberwachung).

deren Argumente insoweit für die letztgenannte Lösung.¹²⁶ Hiernach wäre es möglich anzuordnen, dass jede ein- und ausgehende E-Mail dem Arbeitgeber vorzulegen ist. Der Arbeitgeber könnte den E-Mail-Verkehr und die Internetnutzung sogar stichprobenartig kontrollieren. Nicht möglich ist dagegen die systematische lückenlose Kontrolle über einen längeren Zeitraum, da eine Solche unzulässig in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG greifen würde. Hier gilt oben Gesagtes: ein derartiger Eingriff kann ausnahmsweise nur bei konkretem Missbrauchsverdacht o.ä. zulässig sein.¹²⁷ Liegt ein Straftatverdacht vor, müssen zusätzlich die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F. erfüllt sein (s.o.). Ansonsten gilt: trotz Verbots der privaten Internetnutzung ist auch eine Kontrolle hinsichtlich ausdrücklich oder konkludent gekennzeichnete Privatmails rechtswidrig.¹²⁸ Neben der eventuellen strafrechtlichen Relevanz derartiger Verstöße¹²⁹ durch den Arbeitgeber kommt hier im Rahmen des BDSG zusätzlich ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gemäß § 43 BDSG in Betracht.¹³⁰

3. Mitbestimmung des Betriebsrates?

Anzumerken ist, dass die Entscheidung des Arbeitgebers, über das "Ob" privater Internetnutzung, mitbestimmungsfrei ist.¹³¹ Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates entstehen dagegen erst, wenn eine private Nutzung gestattet wird und der Arbeitgeber hier Regeln über das "Wie" aufstellen will.¹³²

4. Fazit

Das Fallbeispiel zeigt: Kleinigkeiten oder "Spezialprobleme" (wie oben gesehen) vermag § 32 BDSG nicht lösen. Für die Beurteilung vorliegender Konstellationen bleibt es jedoch bei den wesentlichen bereits entwickelten Grundsätzen. In den meisten Fällen wird lediglich eine dem § 32 BDSG n.F. angepasste Argumentation der Rechtfertigung notwendig sein.

G. Ausblick

Eine Hauptidee, die die vorliegende Arbeit vermitteln kann, ist

¹²⁶ So auch *Wolf/Mulert* BB 08, 443; *Dann/Gastell* NJW 08, 2947; *Wellhöner/Byers* BB 09, 2311.

¹²⁷ *Schmidl* MMR 05, 345; *Weißnicht* MMR 03, 451.

¹²⁸ *Wolf/Mulert* BB 08, 443f.

¹²⁹ In Betracht kommt hier etwa eine Strafbarkeit nach §§ 202a, 206 StGB.

¹³⁰ *Schmidl* MMR 05, 346; *Dann/Gastell* NJW 08, 2946.

¹³¹ *Dann/Gastell* NJW 08, 2949; *Wellhöner/Byers* BB 09, 2312.

¹³² Siehe hierzu im Einzelnen *Wellhöner/Byers* BB 09, 2312.

sicher die dringende Notwendigkeit eines eigenständigen Regelungs-
werkes zum Arbeitnehmerdatenschutz. Dies ist allerdings wenig
überraschend, da sich diesbezüglich ohnehin fast alle Beteiligten
einig sind. Die Gretchen-Frage ist jedoch die nach dem "Wie?". Hier
spielen dann beispielsweise unterschiedliche politische Auffassungen
und der Umstand eine Rolle, dass die Materie aufgrund ihrer Kom-
plexität nicht eben leicht zu handhaben ist. Vor diesem Hintergrund
wird diese Frage -wie jetzt im Wahlkampf instrumentalisierend-
immer mal wieder aufgeworfen und heftig diskutiert. Zurück bleibt
dann allerdings meist nur Ernüchterung und wenig Konkretes. Be-
trachtet man das Vorhaben auf ein eigenständiges Arbeit-
nehmerdatenschutzgesetz jedoch noch nicht als abgeschlossen,
dann könnten der Diskussionsentwurf des Ministers für Arbeit und
Soziales Olaf Scholz (SPD) a.D. und die Koalitionsaussage der
neuen Regierung hierfür ein Anfang sein.

I. "Scholz-Entwurf"

Der seinerzeitige Bundesminister für Arbeit und Soziales Olaf Scholz
(SPD) hat am 4. September 2009 einen Diskussionsentwurf für ein
eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetzes¹³³ (BdatG-E)
vorgelegt, aus dem bis auf hitzige Debatten bis dato nichts geworden
ist. Zunächst möchte man hier vielleicht einwenden, dass ein solcher
Entwurf ja ohnehin spätestens mit den durch die aktuelle Bundes-
tagswahl verbundenen geänderten Machtverhältnissen obsolet
geworden ist. Dazu kommt, dass der Entwurf nahezu aus allen Rich-
tungen sofort heftig kritisiert wurde.¹³⁴ Trotz alledem stellt dieser
Entwurf jedoch eine relativ konkrete Initiative dar, die eine erste Dis-
kussionsgrundlage bilden kann. Als eine solche soll sie in der Folge
auch Eingang in die vorliegende Arbeit finden.

1. Inhalt

Zunächst einmal soll der Entwurf nach eigener Aussage Scholz' "die
bestehenden Vorschriften und Gerichtsurteile zum Beschäftigten-
datenschutz vereinheitlichen und bestehende Lücken schließen".¹³⁵
In einigen Punkten geht der Entwurf dann allerdings doch neue

¹³³ Abrufbar unter: www.bmas.de/portal/37290/2009__09__04__diskussionsentwurf__datenschutz.html (15.11.2009).

¹³⁴ Siehe hierzu nur: www.heise.de/newsticker/meldung/Gegenwind-fuer-Vorstoss-zu-mehr-Arbeitnehmerdatenschutz-754873.html (15.11.2009).

¹³⁵ Siehe www.bmas.de/portal/37286/2009__09__04__datenschutzgesetz.html (15.11.2009).

Wege. Die wichtigsten Regelungen sind:¹³⁶

- x eine klare Regelung, welche Daten eines Bewerbers im Einstellungsverfahren erhoben und verwendet werden dürfen, sowie erstmals eine Definition der Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers. Bei Dritten darf der Arbeitgeber Auskünfte über einen Bewerber nur mit dessen Einwilligung einholen;
- x klare Regelungen in engen Grenzen, bezüglich der Datenerhebungen und -verwendungen bei Beschäftigten durch den Arbeitgeber im laufenden Beschäftigungsverhältnis;
- x eindeutige Regelung der Videoüberwachung am Arbeitsplatz, sowie der Einsatz von Ortungssystemen und die Verwendung biometrischer Daten im Beschäftigungsverhältnis; diese werden an konkrete Voraussetzungen geknüpft. So soll eine gezielte Videoüberwachung von Beschäftigten zulässig sein, wenn Anhaltspunkte den Verdacht einer Straftat im Beschäftigungsverhältnis begründen;
- x und schließlich die Schaffung eines eigenen Beschäftigtendatenschutzbeauftragten.

2. Kritik

Neben Kritik an der Art und Weise des Vorgehens des damaligen Bundesministers gab es auch kritische Anmerkungen den eigentlichen Inhalt des Entwurfs betreffend.¹³⁷ So wurde zunächst allgemein moniert, der Entwurf trage nicht eben zu mehr Übersichtlichkeit und Rechtsklarheit bei und enthalte zudem kaum Neues. Die meisten Regelungen lassen sich ohnehin bereits dem jüngst novelierten BDSG (s.o.) entnehmen. Äußerst problematisch sei die verpflichtende Bestellung eines eigenen Beauftragten für den Arbeitnehmerdatenschutz. Hier ist in der Tat völlig unklar, wie der Aufgabenbereich und das Verhältnis zum bisherigen betrieblichen Datenschutzbeauftragten konkret ausgestaltet werden sollen. Vermisst wird zudem eine Regelung zur Datenschutzkontrolle bei der Mitarbeitervertretung.

II. Koalitionsvertrag

Der Koalitionsvertrag mit dem Arbeitstitel "Wachstum. Bildung.

¹³⁶ Siehe auch die Übersicht unter: www.bmas.de/portal/37286/2009__09__04__datenschutzgesetz.html (15.11.2009).

¹³⁷ Siehe bspw.: www.heise.de/newsticker/meldung/gegenwind-fuer-vorstoss-zu-mehr-arbeitnehmerdatenschutz-754873.html (15.11.2009).

Zusammenhalt." vom 26. Oktober 2009¹³⁸ der Bundestagsfraktionen von CDU, CSU und FDP zur aktuellen Legislatur widmet dem wichtigen Thema "Datenschutz" immerhin ein eigenes Kapitel.¹³⁹ Sogar der Arbeitnehmerdatenschutz findet gesondert Erwähnung. Nach der Grundaussage des Koalitionsvertrages soll das BDSG allgemein zunächst einmal "unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsentwicklung lesbarer und verständlicher, sowie zukunftsfest und technikneutral" ausgestaltet werden. Diese Formulierung ist unstrittig zu begrüßen, sagt aber noch nicht viel aus. Doch es wird an einigen Stellen auch konkreter. So soll etwa die Einwilligung als wesentliche Säule des informationellen Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen gestärkt werden und der Freiwilligkeit dieser Einwilligung eine größere Bedeutung zukommen. Nach *Wybitul*¹⁴⁰ könnte allerdings gerade in dieser Betonung der Freiwilligkeit das Gegenteil passieren und die Einwilligung im Arbeitsverhältnis weiter an Bedeutung verlieren, die zum Teil ja ohnehin schon einen schweren Stand hat.¹⁴¹ Im Weiteren soll beispielsweise eine sog. "Stiftung Datenschutz" ins Leben gerufen werden, die u.a. den Selbstdatenschutz durch Aufklärung verbessern und einen Datenschutzaudit entwickeln soll. Auch soll "Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand gegeben werden". Eine solche fehlt bislang; auch mit Einführung des neuen § 32 BDSG besteht bei Unternehmen große Unsicherheit über das Dürfen und Nicht-dürfen beim Arbeitnehmerdatenschutz in Verbindung mit einem Straftatverdacht. Hervorzuheben ist außerdem, dass dem Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG ein eigenständiges Kapitel gewidmet werden soll. Große Überraschungen lässt die Koalitionsvereinbarung der neuen Regierung im Weiteren allerdings missen. Unterm Strich kann man daher festhalten, dass die Vereinbarung zwar viel Gutes und Altbekanntes, dafür aber auch wenig Konkretes enthält.

138 Abrufbar u.a. unter: www.heute.de/zdfheute/download/0,6741,7012935,00.pdf (15.11.2009).

139 Siehe S. 105ff. Koalitionsvertrag "Wachstum.Bildung.Zusammenhalt" der 17. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages.

140 *Wybitul* BB 09, 2478.

141 Zu dieser Problematik bspw.: *Gola/Schomerus/Klug* § 4a Rn 8; *Wybitul* BB 09, 2478.

III. Fazit

Die bestehenden Regelungen -auch der neue § 32 BDSG- sind nicht zufriedenstellend und stellen Anwender regelmäßig vor schwierige Entscheidungen. Sie werden den unterschiedlichen Anforderungen an ein modernes Gesetz mitnichten gerecht. Eine Analyse zur aktuellen Lage des Arbeitnehmerdatenschutzes führt insoweit zu folgenden Ergebnissen: dringend nötig ist nahezu einhellig die Schaffung eines eigenen Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes; ob dieses dann einen eigenen Einband erhält oder einen Teil des BDSG darstellt spielt eher eine untergeordnete Rolle. Wichtig in diesem Zusammenhang ist jedoch, dass die Normen ein hohes Maß an Praxistauglichkeit aufweisen, d.h. sie müssen klar und verständlich, auch für juristische Laien, verfasst sein. Ebenso wichtig erscheint die Forderung, dass das Gesetz konkrete Angaben darüber macht, was unter dem Begriff der Erforderlichkeit zu verstehen sein soll. Auch wenn hierzu teilweise Rechtsprechung existiert, so stellt dies Praktiker nach wie vor erhebliche Probleme im Umgang mit den betreffenden Normen. Des Weiteren müssen auch unbedingt problematische Fallgruppen positiv geregelt werden, um so in Zukunft große Unklarheiten zu beseitigen. Hierzu gehören neben der Korruptionsbekämpfung beispielsweise auch die Problemfelder des Datentransfers in Konzernen, der Weitergabe von Daten an den Betriebsrat, und die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten ins Ausland.¹⁴² Es muss unter Beachtung vorstehender Aspekte also gelingen, klare und praxisnahe Regelungen für alle Beteiligten zu schaffen, die europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben standhalten und sich in die bisherige Rechtsprechung mit einfügen. Dies zu bewerkstelligen wird keine leichte Aufgabe sein. Das Anliegen nach einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz wurde unterdessen seitens der neuen Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP) in einem Radiointerview¹⁴³ jüngst wiederholt. Ganz wichtig seien in diesem Zusammenhang klare Regelungen zum Fragerecht des Arbeitgebers. Seien wir also zuversichtlich.

¹⁴² Siehe nur *Wybitul* BB 09, 2479.

¹⁴³ Deutschlandradio Kultur, Interview v. 16.11.09; siehe auch: www.handelsblatt.com/politik/deutschland/bewerbungs-gespraech-regierung-will-unzulaessige-fragen-verbieten;2484647 (16.11.2009).