

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard), Universität Bonn

## **Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes BT-Drucks. 17/4230 et. alt.**

### **I. Ein wichtiger Schritt nach vorne**

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes gab es bereits erste kritische Stimmen. Insbesondere der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme umfangreiche Änderungen eingefordert.<sup>1</sup> Doch bei aller Kritik im Detail ist der Entwurf ein wesentlicher Schritt nach vorne hin zu einem besseren Beschäftigtendatenschutz. Beschäftigtendatenschutz ist Persönlichkeitsschutz; Persönlichkeitsschutz ist ernst zu nehmen. Die Bundesregierung kommt nun einer Forderung nach, die seit mehr als 30 Jahren erhoben wird; detaillierte gesetzliche Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz. Die Regierungskoalition hat sich in ihren Koalitionsvereinbarungen darauf geeinigt „praxisgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer [zu] schaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand [zu] geben.“<sup>2</sup> Gemessen an dieser Messlatte – Rechtssicherheit und Praxistauglichkeit – kann der vorliegende Entwurf wesentliche Impulse für einen besseren und bewussteren Umgang mit Daten in der betrieblichen Wirklichkeit geben. All dies vorweg soll daher nicht hervorgehoben werden, wo der Entwurf uneingeschränkt zu begrüßen ist, sondern nur auf die Stellen hingewiesen werden, wo Verbesserungen möglich sind.

### **II. Anwendungsbereich**

Missverständlich ist zunächst die Regelung des Anwendungsbereichs. Der neue § 27 Abs. 3 BDSG-E macht deutlich, dass es sich um Datenverarbeitung von Beschäftigtendaten „für Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses“ handeln soll.

---

<sup>1</sup> BT-Drucksache 535/10 v. 05.11.10.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP S. 106, abrufbar unter [www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf](http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf)

Dem § 27 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses gelten die Vorschriften des zweiten, dritten und vierten Unterabschnitts. Satz 1 gilt auch, wenn Beschäftigtendaten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“

Entsprechend lautet dann auch die Abschnittsüberschrift vor den §§ 32 ff. BDSG-E. Mit dieser Begrenzung passen aber zahlreiche Rechtfertigungsvorschriften der §§ 32 ff BDSG-E nicht, die hier Rechtfertigungstatbestände anführen, die sich gerade nicht auf Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses beziehen, nicht, s. etwa § 32f Abs. 1 Nr. 1,2,3,5,6,7 BDSG-E:

§ 32f  
Beobachtung nicht öffentlich  
zugänglicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen  
Einrichtungen

(1) Die Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsgelände, Betriebsgebäude oder Betriebsräume (Betriebsstätten) mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung), die auch zur Erhebung von Beschäftigtendaten geeignet ist, ist nur zulässig

1. zur Zutrittskontrolle,
2. zur Wahrnehmung des Hausrechts,
3. zum Schutz des Eigentums,
4. zur Sicherheit des Beschäftigten,
5. zur Sicherung von Anlagen,
6. zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebes,
7. zur Qualitätskontrolle,

soweit sie zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich ist und wenn nach Art und Ausmaß der Videoüberwachung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegen. Der Arbeitgeber hat den Umstand der Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. § 6b Absatz 3 und 4 gilt entsprechend. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn von einer Einrichtung lediglich der Anschein einer Videoüberwachung ausgeht.

Andere Beispiele sind § 32i Abs. 1 Nr. 1 und 2 BDSG-E. Das kann nicht stimmen, denn für andere Zwecke als Zwecke des Beschäftigtenverhältnis sollen diese Normen ja gar nicht anwendbar sein, können also auch keine Rechtfertigung für diese Fälle aussprechen

### III. Einstellung

§ 32 Abs. 1 BDSG-E enthält eine Regelung zur Datenerhebung, die systematisch einerseits wohl zu

weit, andererseits zu eng ist: „Der Arbeitgeber darf den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die Adresse der elektronischen Post eines Beschäftigten iSd § 3 Abs. 11 Nr. 7 1 Alt. vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erheben. Weitere personenbezogene Daten darf er erheben, soweit die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzulegen. Er darf zu diesem Zweck insbesondere Daten über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrung sowie über die Ausbildung und über den bisherigen beruflichen Werdegang des Beschäftigten erheben“. Name, Anschrift, Telefonnummer und Adresse der Bewerber werden damit zu gänzlich ungeschützten Daten. Solch vogelfreie Daten kannte das BDSG bislang nicht. Das überrascht, warum sollte der Arbeitgeber diese Speicherung etwa vornehmen, wenn er gar nicht beabsichtigt, einen Bewerber einzustellen? Soweit er im Übrigen Daten erheben kann, allein, um die Eignung des Bewerbers zu beurteilen, greift dies zu kurz. § 32 BDSG in der aktuellen Fassung spricht richtig nicht von der Erforderlichkeit zur Prüfung der Eignung, sondern von der Erforderlichkeit für die Entscheidung über die Einstellung. Das ist ein anderer Bezug. Darf etwa zukünftig nicht mehr nach den Gehaltsvorstellungen im Vorfeld der Vertragsanbahnung gefragt werden? Auch dies ist eine Datenerhebung und über die Eignung des Bewerbers sagt sie nichts, viel mehr über seine Bereitschaft, seinerseits ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Eine kluge Rechtsprechung mag zukünftig entscheiden, dass auch die Bereitschaft, für ein bestimmtes Entgelt zu arbeiten, Bestandteil der Eignung des Mitarbeiters ist. Dies würde zum richtigen Ergebnis führen – denn alles andere wäre sinnwidrig –, würde dem Wortlaut des Gesetzes aber widersprechen. Der Gesetzgeber sollte sagen, was er meint, und es beim bisherigen Bezugspunkt des § 32 BDSG belassen.

Dasselbe gilt für § 32a Abs. 2 BDSG. Danach darf der Arbeitgeber Eignungstests durchführen. Der ist denkbar weit gefasst: „Der Arbeitgeber darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung abhängig machen, wenn die Untersuchung oder Prüfung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung erforderlich ist, um festzustellen, ob der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist (Eignungstest). Der Beschäftigte muss in den Eignungstest nach Aufklärung über dessen Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Ergebnisses des Eignungstests an den Arbeitgeber eingewilligt haben. Der Eignungstest ist nach wissenschaftlich anerkannten Methoden durchzuführen, sofern solche bestehen. Dem Beschäftigten ist das Ergebnis des Eignungstests mitzuteilen. Sind Eignungstests ganz oder teilweise durch Personen durchzuführen, die einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen, darf dem Arbeitgeber insoweit nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Ergebnis des Eignungstests für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist“. Dieser Test ist entsprechend § 32 Abs. 2 S. 3 BDSG-E „nach wissenschaftlich anerkannten Methoden durchzuführen,

sofern solche bestehen“. Wie ist es zukünftig mit der Arbeitsprobe eines Mitarbeiters? Soll die nur zulässig sein, wenn sie wissenschaftlichen Kriterien folgt oder der Arbeitgeber nachweisen kann, dass es für diese Art von Prüfung keine wissenschaftlichen Kriterien gibt? Die Formulierung des Gesetzes öffnet Spielraum für zahlreiche Klagen. Ein Bewerber, der abgewiesen wurde, mag Schadensersatz wegen Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einklagen, weil ein Eignungstest, dem er unterzogen wurde, zwar vom Arbeitgeber als solide angesehen wurde, aber nicht wissenschaftlich untermauert wurde. Wieso soll einem Arbeitgeber, der selbst nicht wissenschaftlich arbeitet, die Verpflichtung auferlegt werden, Eignungstests nur nach wissenschaftlichen Methoden durchzuführen?

Schließlich erstaunt § 32 Abs. 2 BDSG-E. Danach darf nur nach Vorstrafen gefragt werden, wenn der Maßstab des § 8 AGG erfüllt wäre. Der aber ist ganz und gar eng. Entscheidend ist, ob die Tätigkeit mit diesem Merkmal überhaupt ausgeübt werden kann. *Testfrage* ist: Wäre die Stelle dauerhaft unbesetzt geblieben, wenn sich nur Arbeitnehmer ohne das geforderte Differenzierungsmerkmal beworben hätten? Nur dort, wo das männliche oder weibliche Geschlecht, das Alter oder die Religion nicht bloß erwünschte Nebeneigenschaft ist, sondern der Arbeitnehmer gerade dafür bezahlt wird, es Bestandteil seiner entgohlenen Leistung ist, ist das Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung.<sup>3</sup> Danach dürfte die Frage nach Vorstrafen durchgängig ausgeschlossen sein, erst recht nach laufenden Ermittlungsverfahren. Denn ein Mensch kann sich ändern, und ihm zu unterstellen „Wer einmal klaut, klaut immer“ ist sicherlich unzulässig. Deshalb wird vorgeschlagen, diese beiden Merkmale aus § 32 Abs. 2 BDSG-E zu streichen. Das aktuelle Recht ist hier sehr viel vernünftiger.<sup>4</sup>

#### **IV. Verdeckte Videoüberwachung**

Die verdeckte Videoüberwachung soll nach § 32f Abs. 1 S. 2 BDSG-E generell unzulässig sein. Dies ist ein Novum des Arbeitnehmerdatenschutzes, dass nicht die Erhebung bestimmter Daten unzulässig sein soll, sondern allein bestimmte Mittel der Erhebung unabhängig von ihrer Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Das Ergebnis kann kurios sein. Gerade weil die Videoüberwachung unzulässig wäre, wäre der Arbeitgeber ggf. berechtigt, weitergehende Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung seiner Mitarbeiter zu tätigen. Gilt bereits jetzt, dass eine verdeckte Videoüberwachung nur zulässig ist, soweit es kein milderes Mittel zur Aufklärung gibt, wären zukünftig andere Mittel zulässig, die den Arbeitnehmer vielleicht stärker betreffen, aber ohne technische

---

<sup>3</sup> Ausführlich MünchKomm-*Thüsing*, § 8 AGG Rn. 10 m.w.N.

<sup>4</sup> LAG Hamm v. 10.3.2011 – 11 Sa 2266/10; HWK-*Thüsing*, 4. Aufl. 2010, § 123 BGB Rn. 13.

Hilfsmittel auskommen. Der Arbeitgeber dürfte daher unter Umständen einen Detektiv einstellen, der eine Observierung oder Nachfragen bei den Kollegen vornimmt, die den einen oder anderen Arbeitnehmer in ein schlechtes Licht rücken könnten. Dogmatisch richtig wäre es, nicht generell unzulässige Mittel zu schaffen, sondern allgemein den Maßstab der Verhältnismäßigkeit ernst zu nehmen und – wie in Vorentwürfen des neueren Rechts – die Verhältnismäßigkeit klar durch Vorgaben des Gesetzgebers zu strukturieren. Die Alternative wäre, die Polizei zu bitten, eine Videoüberwachung anzuordnen, was oftmals schon deswegen nicht erfolgreich sein wird, weil diese aus Opportunitätsgründen von einer Überwachung absehen kann. Im Übrigen ist es fraglich, ob der Arbeitgeber sich den Betriebsfrieden dadurch zerstören will, dass er die Polizei, unter Umständen sogar regelmäßig, in den Betrieb zur Aufklärung möglicher Straftaten einbezieht. Noch einmal: Was hier geschaffen wurde, ist rechtssystematisch falsch und rechtspolitisch kontraproduktiv: *es führt zu stärkeren Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, nicht schwächeren. Das bisherige Recht sollte daher beibehalten werden.*<sup>5</sup>

## **V. Betriebsvereinbarung als Rechtfertigung**

Größerer Handlungsbedarf noch besteht bei der Betriebsvereinbarung als Instrument der Rechtfertigung einer Datenverarbeitung. Diese ist bislang in der Rechtsprechung des BAG als andere Rechtsvorschrift iSd § 4 Abs. 1 BDSG anerkannt.<sup>6</sup> Sie ist damit eigenständige Rechtfertigungsgrundlage und ist nicht am BDSG zu überprüfen (*sic!*). Grenzenlose Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Beschäftigten sind damit dennoch nicht verbunden, haben doch die Betriebsparteien die Verantwortung, die Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu wahren, § 75 Abs. 2 BetrVG. Dieser Prüfungsmaßstab ist zwar durchaus ernst zu nehmen, führt aber nicht zu einer Übertragung der Regelung des BDSG eins zu eins. Insbesondere ist es den Betriebsparteien damit möglich, die materiellen Schutzkriterien des BDSG („Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“) durch prozentuale Kriterien zu ersetzen: Ist eine Betriebsvereinbarung etwa dahin ausgelegt, dass bestimmte Datenverarbeitungen nur zulässig sind nach vorheriger Information, Konsultation, und Zustimmung des Betriebsrates, so führt dies im Regelfall zu einem angemessenen Umgang mit Arbeitnehmerdaten. Und der Arbeitgeber hat dann Rechtssicherheit, dass sein Verhalten zulässig ist und damit einen Anreiz zu einer solchen Betriebsvereinbarung zu kommen. Dies führt zu einem bewussten, überlegten und angemessenen Umgang mit Daten – und das ist gut so.

---

<sup>5</sup> Ausführlich BAG 26.8.2008 - 1 ABR 16/07 sowie LAG Köln v. 8.11.2010 - 6 Sa 817/10.

<sup>6</sup> BAG v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, BAGE 52, 88; v. 30.8.1995 – 1 ABR 4/95, BAGE 80, 366; v. 20.12.1995 – 7 ABR 8/95, BAGE 82, 36; ; hierzu *Thüsing, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance*, 2010, Rn. 102.

Dieser Anreiz könnte zukünftig nicht mehr bestehen. Allerdings ist eine Änderung des § 4 Abs. 1 BDSG geplant, die die bisherige Rechtsprechung zum BDSG scheinbar vollumfänglich bestätigt. Dem § 4 Abs. 1 soll angefügt werden: „Andere Rechtsvorschriften im Sinne des Gesetzes sind Betriebs- und Dienstvereinbarung“. In der Begründung heißt es dann in der Tat, dass die bisherige Rechtsprechung des BAG bestätigt werden soll. Dem widerspricht jedoch diametral die Begründung zum § 32 I Abs. 4 BDSG-E. Danach darf von den Vorschriften dieses Abschnitts nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden. Die Begründung hierzu verweist recht geschwätzig darauf, dass dies auch für Betriebs- und Dienstvereinbarungen gelten soll. Das eine ist mit dem anderen unvereinbar. Wenn Betriebsvereinbarungen eigenständige Rechtsvorschriften sind, wie es § 4 Abs. 1 BDSG ausdrücklich sagt, dann kann sie nicht am BDSG gemessen werden - ebenso wie andere (staatliche) Gesetze, die eine Spezialnorm gegenüber dem BDSG darstellen, nicht am Maßstab des BDSG ihrerseits überprüft werden. Würde man die Erläuterung zu § 32 I Abs. 4 BDSG-E ernst nehmen, so wäre die Anerkennung in § 4 Abs. 1 BDSG schlichtweg sinnlos. Es sollte daher im weiteren Gesetzgebungsverfahren deutlich gemacht werden, dass der Gesetzgeber die Betriebsparteien nicht entmündigen will und ihnen zutraut, einen angemessenen betriebsspezifischen Arbeitnehmerdatenschutz zu formulieren. Es entspricht guter arbeitsrechtlicher Übung, Gesetze zur Abdingbarkeit durch Betriebsvereinbarungen zu öffnen (siehe z.B. § 7 Arbeitszeitgesetz) und dem Grundsatz der Subsidiarität, die praxisgerechte Lösungen erlaubt.

Will man nicht ganz so weit gehen, so empfiehlt sich eine Negativliste, bei der eine Abweichung durch Betriebsvereinbarung nicht möglich sein soll, etwa bei § 32 – 32a BDSG-E, weil hier das Arbeitsverhältnis noch nicht begründet wurde, und der Arbeitnehmer die Betriebsvereinbarung dadurch noch nicht personell legitimiert hat – oder aber § 32f BDSG-E, weil es sich hier um einen besonders sensiblen Sachverhalt handelt. Vorgeschlagen wird daher folgende Regelung in § 32 I Abs. 5 BDSG-E:

„Von § 32 bis § 32b, § 32e und § 32f darf in Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen nicht zuungunsten des Beschäftigten abgewichen werden. Soweit hierdurch von anderen Regelungen dieses Unterabschnitts zu Ungunsten des Beschäftigten abgewichen wird, haben diese Vereinbarungen die sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts und Persönlichkeitsschutzes ergebenden Beschränkungen zu beachten.“

## **VI. Einwilligung als Rechtfertigung**

Gleiches lässt sich dann für die Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtfertigung sagen. Diese soll zukünftig als eigenständiges Rechtfertigungsinstrument gänzlich wegfallen und nach § 32 I Abs. 1 BDSG-E, nur dort, wo die § 32 ff. BDSG-E die Einwilligung ausdrücklich anerkennen – das ist jeweils

nur als zusätzliches Kriterium zur Erforderlichkeit nicht aber zur eigenständigen Rechtfertigung – soll sie eine Bedeutung haben. Das Ganze ist deswegen kaum überzeugend, weil die Fälle, in denen §§ 32 ff. BDSG-E die Einwilligung nennen, gerade typischerweise Fälle fehlender Freiwilligkeit sind. Soll etwa der Arbeitnehmer im Vorfeld der Bewerbung einwilligen, dass der Arbeitgeber auch Dritte über die Qualifikationen des Bewerbers befragen kann (vorgesehen in § 32 Abs. 6 BDSG-E), so ist dies typischerweise eine Situation, in der eine Freiwilligkeit gerade nicht gegeben ist. Welchen Sinn hier die Anwendung haben soll, ist unklar, insbesondere aber kann es sich hier nicht um eine Einwilligung handeln, die den Erfordernissen des § 4a BDSG entspricht.

Der generelle Ausschluss des § 4a BDSG sollte überdacht werden. Danach sind Einigungen ohnehin nur wirksam, dort wo sie auf der freien Entscheidung des Arbeitnehmers beruhen, der seinerseits auf den Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen ist. Das Schriftlichkeitserfordernis dient dem Schutz vor übereilter Zustimmung; die jederzeitige Widerruflichkeit ermöglicht es, noch einmal über die gegebene Zustimmung nachzudenken. Wenn all diese Kriterien gegeben sind, spricht nichts dagegen, die Einwilligung als Rechtfertigung zuzulassen. Hierfür streiten schon europarechtliche und verfassungsrechtliche Überlegungen:

- Der Arbeitnehmerdatenschutz schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>7</sup> Über das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann der Berechtigte – wie über jedes andere Grundrecht – aber verfügen. Es gelten die Grundsätze der Grundrechtsausübung durch Grundrechtsverzicht: Soweit ich über ein Grundrecht freiwillig und informiert verfüge ohne den Kernbereich des Menschenwürdegehalts anzutasten, ist dieser Wille gerade als eine Möglichkeit der Wahrnehmung des Grundrechts zu akzeptieren.<sup>8</sup> Es gibt keinen Grund dafür, den Datenschutz gegen den zu schützen, der durch den Datenschutz geschützt ist. Es wäre vielmehr eine Beschränkung der Grundrechte des Arbeitnehmers, die der Rechtfertigung bedarf – und die fehlt, wo der Entschluss des Arbeitnehmers tatsächlich freiwillig, informiert und jederzeit widerruflich erfolgt.

- In gleiche Richtungen deuten europarechtliche Überlegungen. Die Einwilligung ist nach Art. 7 lit. a der Richtlinie 95/46/EG ausdrücklich als Rechtfertigung der Datenverarbeitung vorgesehen. Im Bereich des Arbeitsverhältnisses hierdrauf gänzlich zu verzichten, wird die Rechtfertigungsmöglichkeiten der Richtlinie also nicht ausschöpfen. Dies wäre nur dann zulässig, wenn eine Übererfüllung der

---

<sup>7</sup> Grundlegend BVerfG vom 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419.

<sup>8</sup> Siehe hierzu allgemein Sachs/Sachs, GG vor Art. 1 Rn. 57.

Schutzvorgaben der Richtlinien unproblematisch möglich wäre. Da aber die Richtlinie nicht allein den Schutz der betroffenen Dateninhaber beabsichtigt, sondern darüber hinaus – ausweislich etwa der Erwägungsgründe 8 und 9 der Richtlinie – den freien und ungehinderten Datenfluss in Europa fördern soll, wäre der Ausschluss des § 4a BDSG eine Friktion mit der Folge der Erschwernis dieser Ziele, für die auch europarechtlich eine Rechtfertigung erforderlich wäre. Diese ist wiederum nicht ersichtlich, wo die Einwilligung tatsächlich freiwillig informiert und jederzeit widerruflich erfolgt.

- Im Übrigen wäre sonst zu fragen, warum bei Beamten weiterhin aufgrund spezialrechtlicher Vorgabe mit Einwilligungen gearbeitet werden soll (etwa bei der Beihilfebearbeitung), und damit eine Rechtfertigung möglich sein soll, die beim Arbeitnehmer nicht wirksam wäre.

Der Gesetzgeber tut daher gut daran, die Einwilligung nicht gänzlich zu verbieten, sondern vielmehr darauf zu beschränken, wo tatsächlich von einer Freiwilligkeit ausgegangen werden kann. Dies ist im Arbeitsverhältnis vielleicht nicht allzu oft gegeben, deshalb aber anzunehmen, sie sei nie gegeben,<sup>9</sup> ist falsch. Dies mag schon das folgende Beispiel illustrieren: Will der Arbeitgeber etwa seinen Mitarbeitern eine betriebliche Altersversorgung ermöglichen, wird dies oftmals durch einen externen Versorgungsträger durchgeführt. Der wiederum benötigt persönliche Daten für seine Arbeit. Allgemeine Praxis ist bislang, dass hierfür eine Einwilligungserklärung des Arbeitgebers eingeholt wird, auf deren Grundlage der Versorgungsträger arbeitet. Dies wird zukünftig unzulässig sein. Würde der Arbeitnehmer aber sich selber unmittelbar an den Versicherer wenden, wäre die Einwilligungserklärung wirksam. Wieso? Die Ungleichbehandlung beider Vertragsbeziehungen ist sachwidrig und führt in dem spezifischen Bereich der betrieblichen Altersversorgung zu einem administrativen Aufwand, den man bei anderen Versicherungsverträgen nicht als erforderlich angesehen hat.

Will der Gesetzgeber sich die Mühe machen und die Einwilligung als Rechtfertigung im Arbeitsrecht nicht ausschließen, sondern sachgerecht und fallgerecht konkretisieren, würde sich etwa folgender neuer § 4a Abs. 2 BDSG anbieten:

- „(2) Bei der Einwilligung eines Beschäftigten ist von einer freien Entscheidung nur auszugehen, wenn das strukturelle Ungleichgewicht des Beschäftigungsverhältnisses keinen Einfluss auf die Erklärung hat. Hiervon ist regelmäßig nur auszugehen, wenn -
- die Einwilligung erst erteilt wurde, nachdem sich die verantwortliche Stelle bereits verbindlich für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses bereit erklärt hat;
  - dem Beschäftigten ausreichend Zeit zur Entscheidung gegeben wird, mindestens aber drei Tage;

---

<sup>9</sup> So in der Tat z.B. *Schaar*, MMR 2001, S. 644.

- der Beschäftigte die Möglichkeit hat, Rücksprache mit Dritten zu halten;
- der Beschäftigte auf die Möglichkeit der Rücksprache mit Dritten hingewiesen wurde.“

Eine andere – zweitbeste Lösung – wäre es ebenso wie bei der Betriebsvereinbarung hier eine Negativliste zu formulieren im Hinblick auf die Normen, die auch durch Einwilligung nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers abbedungen werden können. Denkbar ist auch eine Positivliste, die sich auf § 32c, d und i BDSG-E bezieht.

## VII. Konzernsachverhalte

Die Begründung des Gesetzesvorschlags weist ausdrücklich darauf hin, dass das „immer wieder angesprochene Thema der Einräumung von vereinfachten Übermittlungsmöglichkeiten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen... in diesem Gesetzesentwurf keiner abschließenden Lösung zugeführt werden“ konnte. Das ist recht wohlwollend gesprochen: Denn es wurde überhaupt keiner Lösung zugeführt. Der Bundesrat sieht das Problem und fordert die Bundesregierung auf, die Fragen des Konzerndatenschutzes bei auf EU-Ebene anstehenden Verhandlungen zu einer Reform der EG-Datenschutzrichtlinie einzubringen und in absehbarer Zeit einen Gesetzesentwurf zur konzerninternen Datenübermittlung vorzulegen.<sup>10</sup> Die Augen richten sich hier auf Europa, da die Datenschutzrichtlinie kein Konzernprivileg kennt und es in vergangenen Diskussionen um ihre Novellierung sich entsprechende Vorschläge nicht durchsetzen konnten.<sup>11</sup>

Wo rechtspolitischer Wille ist, wäre aber bereits jetzt ein Handeln möglich. Wie hoch die europarechtliche Hürde ist, ist schwierig zu ermessen: Generell ist festzustellen, dass die Konzerndimensionalität einer Regelung in vielen europäischen Richtlinien nicht beachtet wird und oftmals überlegt wird, ob die Vorgaben, die Brüsseler Regelungen für Unternehmen in Unternehmensverbänden umzusetzen sind.<sup>12</sup> Es empfiehlt sich für das weitere Procedere eine genaue Analyse der Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung verantwortliche Stelle“ und „Auftragsverarbeiter“ der Art. 29-Arbeitsgruppe zu versuchen und daraus eine konzernspezifische Definition der verantwortlichen Stelle entwickeln.<sup>13</sup> Die Arbeitsgruppe weist zu Recht daraufhin, dass es mehrere verantwortliche Stellen für die Verarbeitung von Daten geben kann und lotet zahlreiche

<sup>10</sup> BR-Drucksache 535/10 v. 05.11.10 S. 2, 4.

<sup>11</sup> Hierzu Mitteilung der Europäischen Kommission vom 4. November 2010: Gesamtkonzept für den Datenschutz in der Europäischen Union, S. 18, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:DE:PDF>.

<sup>12</sup> S. hierzu nur im Bereich des Arbeitsrechts die vorsichtigen Anträge des GA *Bot* im Verfahren *Albron Catering v. 3.6.2010 - C-242/09*..

<sup>13</sup> Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_de.pdf)..

Grenzbereiche dieser letztlich deutungsoffenen Begriffe aus. Selbst wer aber eine Ergänzung des § 3 Abs. 7 BDSG nicht das Wort reden will und eine konzernspezifische Definition der verantwortlichen Stelle nicht versuchen will, der kann dennoch vereinfachte Übermittlungen im Konzern zur Verfügung stellen. So sind etwa die Erfordernisse der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG nicht sämtlich europarechtlich vorgegeben. Hier könnte so etwas wie eine „Auftragsdatenverarbeitung light“ für den spezifischen Bereich der Konzerne und ihrer Beschäftigtendaten formuliert werden. Eben dies müsste insbesondere etwa für gemeinsame Betriebe mehrerer Unternehmen iS. des § 1 Abs. 2 BetrVG gelten, könnte aber auch auf Konzernsachverhalte insgesamt ausgedehnt werden. Sollte der Gesetzgeber sich hierzu nicht durchringen können, eine wie auch immer genannte Konzernklausel aufzunehmen, sollte er wenigstens in § 28 BDSG ausdrücklich festlegen, dass bei einer Abwägung der beiderseitigen Interessen auch Konzernbelange berücksichtigt werden können.<sup>14</sup> Wer es sich zur Aufgabe gestellt hat, den Arbeitnehmerdatenschutz einer praxisgerechten und rechtssicheren Lösung zuzuführen, darf diesen wichtigen Bereich nicht aussparen. Dies gilt umso mehr, wenn Konzernbetriebsvereinbarungen und gleichlautende Einwilligungserklärungen der Arbeitnehmer zukünftig keine rechtfertigende Wirkung mehr haben sollen. Dies macht die Regelungen der Konzerndimensionalität des Datenschutzes umso dringlicher. Der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen, ist daher als Ausgangspunkt einer Regelung zu begrüßen: 8BT-Drucks. 17/4853, S. 8):

(2) Die Übermittlung von Beschäftigtendaten zwischen rechtlich selbständigen Unternehmen innerhalb von Konzernverbänden ist nur zulässig, soweit sie zur Wahrung eines betrieblichen Interesses, das in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis steht, erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden. Vor oder bei der Übermittlung muss das übermittelnde Unternehmen den Betroffenen Zweck und Ausmaß mitteilen. Zweck, Ausmaß und andere Modalitäten der Übermittlung können auf Grundlage dieses Gesetzes auch durch Betriebsvereinbarung geregelt werden, soweit dadurch das Schutzniveau dieses Gesetzes nicht unterschritten wird.

Geeigneter scheint mir noch folgende Formel:

§ 32d Abs. 6 BDSG-E

„Die Übermittlung von Beschäftigtendaten innerhalb eines Konzerns im Sinne des § 18 Aktiengesetzes ist zur Durchführung des Beschäftigtenverhältnisses zulässig, soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden und ein angemessenes Schutzniveau in den betreffenden konzernangehörigen Unternehmen besteht. Einzelheiten können durch

<sup>14</sup> S. hierzu auch *Thüsing*, RDV 2010, S. 149.

Betriebsvereinbarung geregelt werden.“

Die Normierung der Konzerndimensionalität kann damit als Ausgestaltung der Datenverarbeitung auf Grundlage einer Interessenabwägung erfolgen, die Art. 7 f) der EG-Datenschutzrichtlinie (RL95/46/EG) als generellen Erlaubnistatbestand vorsieht.

### VIII. Überwachung Telekommunikation

Überdenkenswert ist weiterhin auch die Regelung in § 32i BDSG-E, in der die Überwachung der Telekommunikation normiert wird. Dies ist momentan ein besonders konfliktreiches Feld, in der Rechtsicherheit nicht immer gegeben ist.<sup>15</sup>

Die Grenzen der Überprüfbarkeit sind hier gänzlich unklar. Das gilt insbesondere für den Regelungsgehalt des § 32i Abs. 4 BDSG-E: „Nach Abschluss einer Telekommunikation gelten für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten und Inhalte die §§ 32c und 32d [d.h. die allgemeinen Regelungen zur Datenerhebung und Datenverarbeitung und Nutzung im Beschäftigungsverhältnis]. Der Arbeitgeber darf private Inhalte nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Dienst- und Geschäftsbetrieb unerlässlich ist und die Beschäftigten hierauf schriftlich hingewiesen hat.“ Hier bleibt nicht nur offen, wie dieser schriftliche Hinweis zu erfolgen hat (generell am Anfang des Beschäftigtenverhältnisses? Im Hinblick auf jede Erhebung und Verarbeitung gesondert?). Vielmehr greift die Regelung ins Leere. Gespeichert, und damit erhoben werden die Daten schon während der laufenden Kommunikation, dort kann also nie Abs. 4 greifen. Die übrigen Absätze dieser Vorschrift gelten nicht für erlaubte Privatkommunikation. Für erlaubte Privatnutzung fehlt jede Regelung. Sollte hier das TKG eingreifen, so wird diese Sichtung aufgrund des strengen Maßstabs fast unmöglich. So läuft er leer. Bislang ist es so, dass in der Praxis oftmals geraten wird, die private Nutzung zu verbieten und konsequent dieses Verbot zu überwachen, damit die Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers nicht eingeschränkt werden. *Dies ist für alle Beteiligten misslich.* Datenschutz wird zum Nachteil des Arbeitnehmers. Klargestellt werden sollte die Nicht-Anwendbarkeit des TKG auch bei erlaubter Privatnutzung verbunden mit einer Anpassung des Absatz 4. Dies wäre unproblematisch möglich, entspricht dies doch bereits durchaus einigen Judikaten und beachtlicher Stimmen in der Literatur *de lege lata*.<sup>16</sup> Ob dies dann durch Festlegung im TKG erfolgt oder aber im BDSG, ist dann

<sup>15</sup> Ausführlich *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, Rn. 198 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa VGH Kassel, Beschl. v. 16.5.2009 - 6 A 2672/08.Z, NJW 2009, 2470, 2471 f.; OLG Karlsruhe v. 10.1.2005 – 1 Ws 152/04, MMR 2005, 178, 179 f.; ausdrücklich offen gelassen wurde der Streit in: VG Frankfurt/Main v. 6.11.2008 – 1 K 628/08.F (3), CR 2009, 125 f.; VGH Hessen v. 19.05.2009 – 6 A 2672/08.Z, NJW 2009, 2470, 2471; *Barton*, CR 2004, 305, 310; *Gramlich*, RDV 2001, 123, 124; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 260; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290 ff.

Frage der gesetzgeberischen Ästhetik.<sup>17</sup> Vorgeschlagen wird folgende Regelung in § 32i Abs.5 BDSG-E:

„Allein durch die kostenlose Gewährung der privaten Nutzung von Email und Internet wird der Arbeitgeber nicht Diensteanbieter im Sinne der § 3 Nr. 6 Telekommunikationsgesetz. Bei erlaubter Privatnutzung darf der Arbeitgeber dienstliche Inhalte nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit der Arbeitnehmer hierin eingewilligt hat oder dies zur Durchführung eines ordnungsgemäßen Dienst- und Geschäftsbetrieb erforderlich ist und die Beschäftigten zuvor hierauf schriftlich hingewiesen hat. Private Inhalte dürfen nur erhoben werden, soweit dies erforderlich ist um festzustellen, dass es sich nicht um dienstliche Inhalte handelt. Eine Verarbeitung oder Nutzung privater Inhalte ist unzulässig“

---

<sup>17</sup> S. hierzu auch *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance Rn. 220 ff. mit umfassenden Nachweisen.