

Einführung und Zielsetzung der Tagung

MARTIN FRANZEN

Die Diskussion um die eigenständige Regelung des Arbeitnehmerdatenschutzes währt bereits sehr lange.¹ Die vermeintlichen oder tatsächlichen Datenschutzskandale in deutschen Unternehmen² haben den Gesetzgeber gegen Ende der letzten 16. Legislaturperiode im Jahre 2009 veranlasst, mit § 32 BDSG erstmals eine eigenständige Vorschrift für den sogenannten „Beschäftigtendatenschutz“ zu schaffen, der neben Arbeitnehmer auch Stellenbewerber, ausgeschiedene Beschäftigte sowie Beamte, arbeitnehmerähnliche Personen und weitere Personengruppen einbezieht (§ 3 Abs. 11 BDSG). Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Einführung von § 32 BDSG „fachlich und politisch Handlungsbedarf beim Datenschutz im Arbeitsleben“ ausgemacht und angekündigt, den Handlungsbedarf weiter zu prüfen und die Arbeiten zu einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz fortzuführen.³ Darüber hinaus enthält der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode einen Handlungsauftrag, „praxisgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer zu schaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand zu geben“,

¹ Siehe dazu aus den 1980er Jahren *Simitis*, Schutz von Arbeitnehmerdaten, Regelungsdefizite, Lösungsvorschläge, Gutachten erstattet im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, 1981; *Zöllner*, Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 1983; aus den 2010er Jahren *Fleck*, BB 2003, 306; *Grobys*, BB 2003, 682; *Simitis*, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 43.

² Siehe dazu etwa *Bernd Schmidt*, DuD 2010, 207; *Oberwetter*, NZA 2008, 609; zu den Vorgängen bei der Deutschen Bahn siehe beispielsweise: ArbG Berlin 18.2.2010 – 38 Ca 12879/09; *Diller*, BB 2009, 438; *Steinkühler*, BB 2009, 1294; Bericht in DuD 2009, 703.

³ BT-Drucksache 16/13657, S. 20 rechte Spalte.

und zwar nicht in einem eigenen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz, sondern in einem eigenen Kapitel im BDSG.⁴ Am 25. August 2010 hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes beschlossen. Der Regierungsentwurf befindet sich jetzt im Gesetzgebungsverfahren.⁵ Der Zeitpunkt unserer Tagung ist also perfekt gewählt. Ich denke, daß von den hier gewonnenen Erkenntnissen wichtige Impulse für die Gesetzgebung ausgehen können. Ich möchte daher am Gesetzentwurf ansetzen, ohne allerdings bereits jetzt auf Details einzugehen, und möchte einige Fragen formulieren, die für unsere Diskussion wichtig sein können. Vier Punkte scheinen mir bemerkenswert: Anwendungsbereich der gesetzlichen Regelung, Regelungstechnik, Rechtsfolgen, insbesondere Durchsetzbarkeit und denkbare Alternativen.

I. Anwendungsbereich

Bereits die Neufassung des § 32 BDSG hat den Anwendungsbereich der datenschutzrechtlichen Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz erweitert. Diese Regelung des § 32 Abs. 2 BDSG soll beibehalten werden. Danach ist jeder Umgang mit personenbezogenen Daten des Betroffenen dem datenschutzrechtlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach dem BDSG unterworfen. Damit hat sich der Arbeitnehmerdatenschutz von den Gefahren der automatisierten oder wenigstens strukturierten Datenerhebung und -verarbeitung mittels nicht automatisierter Dateien vollständig gelöst. Erfasst sind nun auch beispielsweise handschriftliche Aufzeichnungen des Arbeitgebers und Datenerhebung durch rein tatsächliches Handeln, wie etwa Taschen- und Torkontrollen, Befragung des Arbeitnehmers oder eines früheren Arbeitgebers oder durch Beobachtungen des Wach- oder Sicherheitspersonals.⁶ Es wurde schon gespottet, daß nun auch Fra-

⁴ Siehe den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 106.

⁵ BT-Drucksache 17/4230.

⁶ Beispiele entnommen aus der Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Arbeitsrechtsausschuss in Abstimmung mit dem Informationsrechtsausschuss zum Arbeitnehmerdatenschutz vom Januar 2010, S. 5, abrufbar unter www.anwaltverein.de; s. a. *Maties*, RdA 2009, 261; *Wank*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Aufl. 2010, § 32 BDSG Rn. 2; *Deutsch/Diller*, DB 2009, 1462 f.

gen des Vorgesetzten an seine Arbeitnehmer unter das Gesetz fallen, wie etwa „Guten Morgen, hatten Sie einen schönen Urlaub?“ oder „Wie geht es Ihnen?“.

All dies muß nun strenggenommen durch das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gerechtfertigt werden; Persönlichkeitsrechtsschutz im Arbeitsverhältnis⁷ und Arbeitnehmerdatenschutz fallen zusammen. Dies kann man rechtspolitisch wollen. Der rechtssystematisch richtige Standort für eine derartige Regelung wäre aber das Recht des Arbeitsvertrages – und nicht das Polizeirecht. Solche Regelungen gehören also rechtssystematisch richtig in ein Arbeitsvertragsgesetz, das es in Deutschland bekanntlich bis heute nicht gibt – trotz Gesetzgebungsauftrag durch den Einigungsvertrag und zahlreicher rechtspolitischer Initiativen.⁸

Ferner sollte man sich auch Rechenschaft darüber ablegen, ob die Gefährdungen für das Persönlichkeitsrecht im Arbeitsverhältnis so viel stärker sind als bei allen anderen Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen. Dort bleibt es bei den Aufgreifkriterien des § 27 Abs. 1 BDSG: Danach knüpft das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt an einen Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder den Bezug der Datenverarbeitung zu einer (nicht notwendigerweise automatisierten) Datei an.

II. Regelungstechnik

Eine Grundstruktur des geltenden Datenschutzrechts stellt das bereits erwähnte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 4 Abs. 1 BDSG dar. Erlaubnistatbestände sind danach die Einwilligung des Betroffenen, jede Rechtsvorschrift, welche eine bestimmte Art des Datenumgangs erlaubt, und gesetzliche Erlaubnistatbestände des BDSG selbst. Diese Grundstruktur behält der Regierungsentwurf bei, modifiziert sie aber beträchtlich.

⁷ Dazu immer noch grundlegend *Wiese*, ZfA 1971, 273.

⁸ Zuletzt *Henssler/Preis*, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (ArbVG), Stand Oktober 2007, abrufbar unter www.arbvg.de, zuletzt abgerufen am 5.7.2010.

1. Einwilligung (§ 4a BDSG)

Die Einwilligung drängt der Regierungsentwurf erheblich zurück. Sie ist nur noch zulässig, wenn das Gesetz diese ausdrücklich vorsieht (§ 321 BDSGE), und das ist relativ selten. Als Grund nennt der Regierungsentwurf die Besonderheit des Beschäftigungsverhältnisses und die Situation der Beschäftigten. Aber auch hier gilt: Ist der Unterschied zu anderen privatrechtlichen Rechtsverhältnissen so erheblich, bei denen die Einwilligung nach wie vor große Bedeutung als Rechtfertigungstatbestand hat? Außerdem muß man folgendes bedenken: Die Möglichkeit einer Einwilligung kann dem Arbeitnehmer nützen. Beispielsweise erlauben Arbeitgeber in der Praxis vielfach die maßvolle private Nutzung elektronischer Medien am Arbeitsplatz, wenn der Arbeitnehmer im Gegenzug in gewisse, im einzelnen näher spezifizierte Kontrollbefugnisse einwilligt. Ohne das Instrument der Einwilligung wäre eine derartige Vereinbarung nicht mehr möglich, weil der gut beratene Arbeitgeber dann im Regelfall die Privatnutzung gänzlich untersagen würde. Ferner ist das Regelungsbedürfnis für einen solch weitgehenden Ausschluß der Einwilligung zu hinterfragen: Die vorformulierte Einwilligung unterliegt der AGB-Kontrolle durch die Rechtsprechung. Und deren Maßstäbe sind nicht sehr großzügig.

2. Andere Rechtsvorschriften als Erlaubnistatbestand nach § 4 Abs. 1 BDSG: Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag

Für das Arbeitsrecht bedeutsam sind im Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften vor allem kollektivrechtliche Regelungen wie Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge. Der Regierungsentwurf will die Möglichkeit, daß die Betriebs- und Tarifpartner zu abweichenden Lösungen kommen, zurückdrängen. Hier ist zu bedenken, ob dies überhaupt dem Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer dienen kann: Bei der Aufstellung betriebsautonomer Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Arbeitnehmerdatenverarbeitung müssen die Betriebspartner ohnehin die allgemeinen Schranken ihrer Regelungsbefugnisse beachten, unter anderem zwingendes staatliches Recht, wie etwa bestehende Informationserhebungsverbote sowie § 75 Abs. 1 und 2 BetrVG. Die Betriebspartner müssen demnach die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer schützen und in diesem Rahmen die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte, insbesondere des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung, beachten. Im Ergebnis

sind bereits nach geltendem Recht die Fälle selten, in denen eine Betriebsvereinbarung zwar zulässigerweise den datenschutzrechtlichen Standard des BDSG unterschreitet, aber dies gleichwohl nicht gegen § 75 Abs. 2 BetrVG verstößt.⁹ Wieso aber braucht man dann zusätzliche Regulierung?

3. Erlaubnistatbestände des BDSG

Für die Normierung gesetzlicher Erlaubnistatbestände gibt es grundsätzlich zwei denkbare Regelungstechniken¹⁰: Man verwendet allgemeine Generalklauseln, wie dies im Ansatz der Vorgehensweise im BDSG entspricht, oder man arbeitet mit bereichsspezifischen Detailregelungen, welche an die im jeweiligen Bereich eingesetzten Verarbeitungsinstrumente anknüpfen und diese einer Regulierung unterwerfen.

Beide Vorgehensweisen haben Nachteile: Gegen detaillierte bereichsspezifische Regelungen sprechen die Gefahr der Überregulierung und die kurze Halbwertszeit solcher Regulierungen vor dem Hintergrund fortschreitender technischer Entwicklungen. Wir wissen heute nicht oder können nur erahnen, welche Datenerhebungs- und -verarbeitungsinstrumente in fünf Jahren eingesetzt werden. Detailgenaue, instrumentenbezogene Regelungen laufen also Gefahr, schnell zu veralten und neue technische Entwicklungen nicht mehr hinreichend zu erfassen.¹¹ Gegen eine generalklauselartige Regulierung spricht, daß das Ergebnis der rechtlichen Prüfung stets Folge einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und Interessenabwägung ist, deren Ausgang nie sicher prognostiziert werden kann. Es leiden also die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit rechtlicher Anforderungen.

Der Gesetzentwurf beschreitet insofern einen Mittelweg, indem er zunächst an die verschiedenen Stadien der Vertragsdurchführung (Vertragsanbahnung, Begründung und Durchführung des Arbeitsverhältnisses) anknüpft. Die für die verschiedenen Stadien der Vertragsdurchführung bestehenden widerstreitenden Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden typisiert bewertet, ohne daß der Regierungsentwurf auf offene Rechtsbegriffe wie „Erforderlichkeit“

⁹ Ebenso *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10; *Wank*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Aufl. 2010, § 4 BDSG Rn. 3.

¹⁰ Siehe dazu *Benedikt Buchner*, Festschrift für Herbert Buchner, 2009, S. 153, 156.

¹¹ Ebenso *Simitis*, RdA 2003, Sonderbeilage zu Heft 5, S. 43, 44.

oder „Verhältnismäßigkeit“ verzichten könnte. Darüber hinaus regelt der Entwurf technische Vorgänge und Instrumente (Videoüberwachung, Ortungssysteme, biometrische Verfahren sowie die Nutzung von Telekommunikationsdiensten). Insoweit kommt der Regierungsentwurf ebenfalls nicht ohne den Rückgriff auf Generalklauseln und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus. Diese Herangehensweise birgt die Gefahr der Kumulation der Nachteile beider Regelungstechniken. Der Regierungsentwurf ist bei diesem Ansatz notwendigerweise abstrakt und generalklauselartig und gleichzeitig überregulierend. Es steht daher zu befürchten, daß die Praxis bei dieser Gesetzestechnik beides bekommen wird: Rechtsunsicherheit und Überregulierung.

III. Durchsetzbarkeit der Regelungen

Der Regierungsentwurf legt also sehr viel Wert auf die materiellrechtliche Regulierung. Das ist sicherlich ein lobenswertes Unterfangen. Wir müssen aber auch nach den Rechtsfolgen und der Durchsetzbarkeit fragen:

Verstöße der Arbeitgeber gegen datenschutzrechtliche Regelungen sind regelmäßig bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten. Zuständig sind die Aufsichtsbehörden. Der Persönlichkeitsrechtsschutz der Arbeitnehmer – eigentlich ein Individualrechtsgut – wird nun staatlichen Behörden anvertraut. Dies steht in einem gewissen Gegensatz zu jüngeren Entwicklungen in anderen Bereichen der Wirtschaftsregulierung. Hier setzt man eher auf Privatisierung der Aufsicht, indem man Private in die Pflicht nimmt. Weiter stellen sich Fragen der Kapazität der Aufsichtsbehörden. In der Frankfurter Allgemeinen Zeitung war am 24. September 2010 zu lesen, daß im statistischen Schnitt ein deutsches Unternehmen nur alle 39.400 Jahre mit einer Datenschutzüberprüfung rechnen müsse.¹² Das ist also ungefähr so wahrscheinlich wie ein Meteoriteneinschlag.

Für die Durchsetzung datenschutzrechtlicher Regelungen sind ferner die Gerichte zuständig. Arbeitsgerichtliche Auseinandersetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber über datenschutzrechtliche Fragen sind aber selten. Dies liegt an dem leicht erklärbaren Phänomen, daß man sich im bestehenden Rechtsverhältnis zwar

¹² Tomik, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24.9.2010, S. 3.

durchaus streitet, aber ungern gerichtlich auseinandersetzt. Das ist im Arbeitsverhältnis nicht anders als in der Ehe oder in einem anderen länger dauernden Rechtsverhältnis. Daher spielen diese Themen zu-
meist erst bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Rolle – und zwar in aller Regel im Rahmen von Kündigungsschutzklagen bei der Frage, ob der Arbeitgeber eine gegebenenfalls (datenschutz-) rechtswidrig erlangte Information im Prozeß verwerten darf.¹³ Hierzu findet man im Gesetzentwurf nichts. Das ist auch gesetzsystematisch richtig. Diese Frage stellt nur einen Ausschnitt aus der allgemeinen Problematik der Verwertungsverbote im Prozeßrecht dar, die nicht isoliert nur für das Arbeitnehmerdatenschutzrecht geregelt werden kann. Gleichwohl muß man sehen, daß es auf fein auszisierte Regeln möglicherweise gar nicht entscheidend ankommt, sondern auf die Frage, ob ein Verstoß gegen solche Regeln dennoch gerichtsverwertbare Erkenntnisse produzieren kann.

IV. Alternativen

Gibt es Alternativen? Man kann an eine Stärkung der Selbstregulierung und an eine Stärkung prozeduraler Lösungen denken. Immerhin setzt die Bundesregierung beim Streit um die Geodatendienste zunächst auf freiwillige Lösungen.¹⁴ Im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes haben wir immerhin zwei Akteure, welche in eine Selbstregulierung einbezogen werden könnten, den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und die Arbeitnehmervertretung, Betriebs- oder Personalrat. Die Rechtsstellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten wurde durch eine BDSG-Novelle im Jahr 2009 gestärkt. Er genießt nun Sonderkündigungsschutz, wie andere Betriebsbeauftragte auch. Der Betriebsrat ist in den Arbeitnehmerdatenschutz ohnehin aufgrund seiner allgemeinen Überwachungsaufgabe eingebunden (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).¹⁵ Dem Betriebsrat steht ferner nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen zu, mit deren Hilfe der Arbeitgeber Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer kontrollie-

¹³ Siehe dazu aus jüngerer Zeit *Lunk*, NZA 2009, 457.

¹⁴ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.9.2010, S. 14.

¹⁵ Siehe dazu nur *Weber*, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 9. Aufl. 2010, § 80 Rn. 14 m.w.N.

ren kann. Der Regierungsentwurf nimmt diese Akteure des Arbeitnehmerdatenschutzes aber nur ganz am Rande zur Kenntnis.

V. Ausblick auf das Programm

Ich möchte es bei diesen Betrachtungen bewenden lassen und nun noch kurz auf das Programm eingehen. Das Verfassungsrecht überlagert natürlich auch den Arbeitnehmerdatenschutz. Allerdings sind die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zumeist für das Verhältnis des Bürgers zum Staat ergangen. Ich freue mich daher, daß der ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Herr Professor Dr. *Hans-Jürgen Papier* von der Juristischen Fakultät der Universität München, uns die verfassungsrechtliche Überformung des Arbeitnehmerdatenschutzes näher bringen wird. Im Anschluß daran wird das wichtige Thema „Datenschutz und Compliance“ aus wissenschaftlicher Sicht von Herrn Professor Dr. *Michael Kort* von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-, Arbeitsrecht und Gewerblichen Rechtsschutz, erörtert. Ich hatte eingangs erwähnt, daß der Gesetzgeber den Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand geben möchte. Ob dies im Gesetzentwurf gelungen ist und welche Probleme hier noch bestehen, wird uns Professor *Kort* sagen. Den heutigen Tag mit dem Vortragsteil abschließen wird Frau Bundesministerin der Justiz *Leutheusser-Schnarrenberger*. Sie wird den Handlungsbedarf im Arbeitnehmerdatenschutz aus Sicht ihres Hauses und der Bundesregierung beleuchten. Am morgigen Vormittag wird Herr *Olaf Schneider*, Chief Compliance Officer bei MAN in München, über den Datenschutz in der Unternehmenspraxis sprechen und damit das wichtige Thema „Datenschutz und Compliance“ noch einmal aufgreifen. Im Anschluß daran wird uns Professor *Franz Josef Düwell*, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht (9. Senat), mit der Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes vertraut machen. Der Rechtsprechung war bisher in erster Linie der Arbeitnehmerdatenschutz anvertraut. Es ist also wichtig zu erkennen, in welchen Bereichen ein mögliches Gesetz die Rechtslage

ändern und wo es sie nur festschreiben wird. Im Anschluß daran und als Abschluß findet eine Podiumsdiskussion unter Leitung von Dr. *Reinhard Müller* von der FAZ statt, an der teilnehmen werden: *Bertram Brossardt*, Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft, *Markus Sackmann*, Staatssekretär im Bayerischen Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen, *Peter Schaar*, Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, *Olaf Scholz*, ehemaliger Bundesminister für Arbeit und Soziales, Stellvertretender Vorsitzender der SPD-Bundestagsfraktion und Erster Bürgermeister der Freien und Hansestadt Hamburg, sowie *Jerzy Montag*, Rechtspolitischer Sprecher der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen.

Ich denke, wir haben ein spannendes Programm für die nächsten beiden Tage vor uns. Ich wünsche uns allen interessante Vorträge, lebendige und kontroverse Diskussionen und Erkenntnisse, die den Gesetzgebungsprozeß befruchten können.