

Wolfgang Däubler

---

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

### Vom Umgang eines traditionellen Rechtsgebiets mit neuen Herausforderungen

*Wissensmanagement, Telearbeit, Datenschutz und Überwachung am Arbeitsplatz – dies sind die wichtigsten Stichworte des „IT-Arbeitsrechts“. Hat dieses effektiv neue Strukturen gebracht? Oder geht es nur darum, überkommene Regeln auf neue Sachverhalte anzuwenden? Der nachfolgende Beitrag versucht eine Antwort auf diese Fragen zu geben.*

#### I. Einleitung

Wie wäre unser Arbeitsrecht heute beschaffen, hätten sich in den vergangenen 35 Jahren keine Informationstechnologien entwickelt? Was wäre anders, wenn wir

ausschließlich per Briefpost und Telefon kommunizieren würden und das Wissen von Personal- wie von Forschungsabteilungen in Leitz-Ordnern abgelegt wäre? Die Frage hat mehr oder weniger spekulativen Charakter, Antworten lassen sich nicht empirisch überprüfen, da sich ein solcher „Entwicklungspfad“ nicht nachträglich simulieren lässt. Unter diesen Umständen ist man von vorneherein auf die Erarbeitung von (mehr oder weniger plausiblen) Vermutungen beschränkt – Vermutungen darüber, welche Bestandteile des heutigen Arbeitsrechts primär auf das Arbeiten mit Informationstechniken zurückgehen.

Die Erwartungen des Lesers müssen auch aus einem zweiten Grund eher bescheiden bleiben. Das Arbeits-

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

recht war von Anbeginn an eine flexible Größe; seine Normen ändern sich nicht deshalb, weil plötzlich neue Techniken oder neue Arbeitsformen auftauchen. Schon vor 80 Jahren galt es gleichermaßen für die Verkäuferin im Kolonialwarenladen, für den Fließbandarbeiter in der Metallindustrie und für den kaufmännischen Angestellten bei einer Versicherung. Es machte (und macht) auch keinen prinzipiellen Unterschied, ob jemand wie ein Außendienstmitarbeiter über einen relativ hohen Dispositionsspielraum verfügt, oder ob die Arbeitsaufgabe nach präzisen Vorgaben innerhalb eines genau festgelegten Zeitraums bewältigt sein muss.<sup>1</sup> Von daher spricht eine Vermutung dafür, dass die Arbeit mit dem PC und die Recherche im Internet im Grunde nach traditionellen Regeln ablaufen. Neue Rechtsfiguren werden vermutlich eher die Ausnahme sein.

## II. Das Wissen des Arbeitnehmers

### 1. Die eine Seite: Das schon Bekannte

Der Einsatz von Informationstechnologien ist als „Industrialisierung der Kopfarbeit“ beschrieben worden.<sup>2</sup> Ähnlich wie die Maschine einen Teil der körperlichen Arbeit übernimmt, wird nunmehr ein Teil der geistigen Arbeit vom Computer erledigt. Als Beispiel mag die Bearbeitung von Überweisungsaufträgen im Banksektor stehen. Ein Teil menschlicher Arbeit wird auf diese Weise überflüssig, wobei in erster Linie relativ wenig anspruchsvolle, repetitive Tätigkeiten betroffen sind.

Informationssysteme haben daneben die Fähigkeit, vorhandenes Wissen der Beschäftigten zu speichern und es auf diese Weise anderen zugänglich zu machen. „Wissensmanagement“ und „Skilddatenbanken“ sind die wichtigsten Stichworte in diesem Zusammenhang. Aus „informellem“ wird so formelles Wissen gemacht. Was der Einzelne früher preisgeben, aber auch für sich behalten konnte, steht nunmehr innerbetrieblich allen zur Verfügung, die es benötigen. Der Sache nach stellt allerdings die Erfassung des Wissens ein Stück „Enteignung“ dar. Es mag unangemessen erscheinen, diesen Begriff hier zu verwenden, weil wir dabei eher an Betriebsgrundstücke oder Anteilsrechte denken. Doch das ist zu eng gesehen: Die wertvollsten Gegenstände in der heutigen Gesellschaft sind nicht unbedingt Sachgüter und GmbH-Anteile; das Wissen um technische und organisatorische Abläufe wird für den Arbeitsprozess und seinen Output immer bedeutsamer. Viele sprechen deshalb von einer „Wissensgesellschaft“. Rechtlich hat der Einzelne keinen Anspruch auf eine „angemessene Entschädigung“, wenn gleich es sinnvoll sein kann, seine Kooperationsbereitschaft durch materielle Anreize zu sichern. Aus der Sicht des Arbeitnehmers kommt überdies das Risiko hinzu, auf diese Weise die eigene Ersetzbarkeit aktiv zu fördern.

In der Praxis gibt es sogar Anfragen, ob eine arbeitsvertragliche Pflicht bestehe, den „Übernehmer“ des eigenen Arbeitsplatzes einzulernen: Die Arbeitgeberfirma hatte beschlossen, einen Teil ihrer IT-Produktion nach Singapur zu verlegen und von dort waren die „Nachfolger“ angereist. Hier ging es um den Transfer des Wissens, das nicht im Computer gespeichert war. Sehr viel pädagogische Hingabe wird man in einem solchen Fall als Arbeitgeber schwerlich erwarten können ...

### 2. Die andere Seite: Das neue Wissen

Wer in Bezug auf die Informationstechnik neue Ideen produziert, erfährt dafür in gewissem Umfang materielle und immaterielle Anerkennung.

### a) Urheberrechtlicher Schutz für Software<sup>3</sup>

Wird eine neue Software entwickelt, war ursprünglich das Individuum ohne spezifischen Schutz. Nur in Sonderfällen, in denen Konkurrenten die Arbeitsergebnisse ausspähten und sie dann selbst vermarkteten, griff das UWG ein.

Als erstes Oberstes Bundesgericht bejahte das BAG die grundsätzliche Urheberrechtsfähigkeit von Computersoftware.<sup>4</sup> Ein gutes Jahr später folgte der BGH.<sup>5</sup> Der Gesetzgeber zog alsbald nach und stellte „Programme für Datenverarbeitungsanlagen“ den Sprachwerken gleich.<sup>6</sup> Der dadurch bewirkte Schutz wurde allerdings entscheidend relativiert, da die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen an die „Neuartigkeit“ und Individualität des Werkes stellte. Nur ein kleinerer Teil der entwickelten Programme genoss daher in Wirklichkeit Urheberrechtsschutz.<sup>7</sup>

Die dritte Phase begann mit der Computerprogramm-Richtlinie der EG vom 14.5.1991.<sup>8</sup> Der deutsche Gesetzgeber fügte daraufhin die §§ 69a – 69g ins Urheberrechtsgesetz ein.<sup>9</sup> Nach § 69a Abs. 3 Satz 1 UrhG reicht es nunmehr aus, dass die (jetzt auch offiziell sog.) Computerprogramme Ergebnis „der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers“ sind. Dies wird in der Rechtsprechung<sup>10</sup> in der Weise gehandhabt, dass eine „einfache Individualität“ genügt, die nicht einmal notwendigerweise das Durchschnittskönnen eines Programmierers voraussetzt.<sup>11</sup>

### b) Konsequenzen für Arbeitnehmer

Was folgt daraus für den Arbeitnehmer? Schafft er ein normales urheberrechtlichfähiges Werk, so greift die Vorschrift des § 43 UrhG ein. Danach ist er zwar selbst Urheber, doch muss er die Verwertungsrechte ohne besonderes Entgelt dem Arbeitgeber überlassen, soweit diese für dessen Unternehmen erforderlich sind.<sup>12</sup> Dies bedeutet, dass beispielsweise Nutzungsarten, die bei der Übertragung noch gar nicht bekannt waren, entsprechend § 31 Abs. 4 UrhG nicht erfasst sind,<sup>13</sup> wozu beispielsweise bis 1995 die Online-Veröffentlichung zählte.<sup>14</sup>

Im Vergleich dazu genießt der Arbeitnehmer bei der Entwicklung von Computersoftware nach § 69b UrhG einen geringeren Schutz. Alle, auch die jetzt noch unbekannteren künftigen Nutzungsarten werden aus dem Urheberrecht des Arbeitnehmers abgespalten und dem Ar-

1 Zur so verstandenen Flexibilität des Arbeitsrechts s. näher Däubler in FS Dieterich, 1999, S. 63 ff.

2 Steimmüller, DVR 1982, 179 ff.

3 Ausführlich zur urheberrechtlichen Entwicklung Bartsch/Dreier, CR 2005, 690, in diesem Heft.

4 BAG v. 13.9.1983 – 3 AZR 371/81, MDR 1984, 521 = AuR 1985, 197 ff.; dazu Däubler, AuR 1985, 169 ff.

5 BGH v. 30.10.1984 – 3 AZR 236/82 – Inkassoprogramm, MDR 1985, 873 = DB 1985, 1747.

6 Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts v. 24.6.1985, BGBl. I, 1137.

7 Schwab, AuR 1993, 131.

8 Richtlinie des Rates vom 14.5.1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (91/250/EWG), ABl. EG Nr. L 122 v. 17.5.1991, 42; abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, Nr. 435.

9 Gesetz v. 9.6.1993, BGBl. I, 910.

10 BGH v. 6.7.1993 – VI ZR 306/92 – Buchhaltungsprogramm, BGHZ 123, 337 (338) = MDR 1994, 95.

11 So Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 69a Rz. 6.

12 Sack in MünchArbR, 2. Aufl. 2000, § 112 Rz. 16 m.w.N.

13 Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 9. Aufl. 1998, § 43 Rz. 3.

14 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1505.

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

beitgeber zugeordnet.<sup>15</sup> Eine abweichende Vereinbarung, die einzelne Verwertungsrechte beim Arbeitnehmer belässt, ist zulässig, in der Praxis jedoch nur selten anzutreffen. Die Verstärkung der Arbeitgeberposition ist auf den Einfluss der EG-Richtlinie<sup>16</sup> zurückzuführen, die ihrerseits wiederum auf einem Kompromiss mit dem angloamerikanischen Rechtsdenken beruhte, das den Arbeitgeber automatisch zum vollen Rechtsinhaber macht. Ähnliches gilt für § 2 Abs. 2 des Halbleiterschutzgesetzes vom 22.10.1987,<sup>17</sup> der bestimmt:

„Ist die Topographie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ... geschaffen worden, so steht das Recht auf Schutz der Topographie dem Arbeitgeber ... zu, soweit durch Vertrag nichts anderes bestimmt ist.“

Noch weiter von traditionellem deutschem Arbeitsrecht ist die Regelung des § 87a UrhG entfernt, wonach das Recht an Datenbanken demjenigen zusteht, der die entsprechende Investition getätigt hat.<sup>18</sup>

Soweit Computerprogramme in den Patentschutz einbezogen sind,<sup>19</sup> greift das Arbeitnehmererfindergesetz ein, das im Falle der Verwertung dem Arbeitnehmer eine „angemessene“ Vergütung sichert. Weiter gehen allerdings in der Regel betriebliche Ordnungen über Verbesserungsvorschläge, die in Betrieben mit Betriebsrat der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG unterliegen.

Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass die „neuen“ Schutzrechte im Vergleich zu den überkommenen den Interessen des einzelnen Arbeitnehmers einen etwas geringeren Stellenwert beimessen.

### III. Auslagerung von Arbeitsplätzen

Die Informationstechnik macht es möglich, auf das räumliche Zusammensein in einem Fabrikgebäude oder einem Bürohochhaus zu verzichten. Eine gewisse Verbreitung hat deshalb die Telearbeit gefunden, die sich nach herrschendem Begriffsverständnis durch drei Elemente charakterisiert:

15 Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl. 2001, Rz. 271.

16 Siehe oben Fn 8.

17 BGBl. I, 2294.

18 Zur Bestimmung der Begriffe „Datenbank“ und „Investition“ im Sinne der einschlägigen EG-Richtlinie s. EuGH v. 9.11.2004 – Rs. C-203/02, CR 2005, 10 m. Anm. Lehmann und EuGH v. 9.11.2004 – Rs. C-444/02, CR 2005, 412.

19 Grundlegend BGH v. 13.12.1999 – X ZB 11/98, CR 2000, 281 = CR 2000, 360 = NJW 2000, 1953; Grenzen in BGH v. 19.10.2004 – X ZB 33/03, CR 2005, 93.

20 Siehe etwa Boenke, BB 2000, 147; Wank, Telearbeit, 1997, Rz. 13; Wedde, Telearbeit. Arbeitsrecht – Sozialrecht – Datenschutz, 3. Aufl. 2002, Rz. 1.

21 Mitgeteilt bei Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse. Heim- und Telearbeit, 2. Aufl. 2000, Rz. 324; Wedde, NJW 1999, 534.

22 Ebenso Boenke, BB 2000, 147 und Wank, Telearbeit, 1997, Rz. 78.

23 Mitgeteilt bei Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse. Heim- und Telearbeit, 2. Aufl. 2000, Rz. 324.

24 Mitgeteilt bei Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse. Heim- und Telearbeit, 2. Aufl. 2000, Rz. 324.

25 Fenski, Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse. Heim- und Telearbeit, 2. Aufl. 2000, Rz. 324.

26 Schmechel, NZA 2004, 237 berichtete von einer Erhebung von Eurobarometer, wonach in der (alten) EU 5 % der abhängig beschäftigten Erwerbsbevölkerung Telearbeit leisten.

27 Ähnlich die Einschätzung bei Boenke, BB 2000, 148; Wedde, Telearbeit. Arbeitsrecht – Sozialrecht – Datenschutz, 3. Aufl. 2002, S. 58 ff.

28 Siehe auch Schlachter in Noack/Spindler (Hrsg.), Unternehmensrecht und Internet, München 2001, S. 205 ff.

29 Siehe etwa den Tarifvertrag zwischen der Telekom und der (damaligen) Deutschen Postgewerkschaft, im Wortlaut wiedergegeben in NZA 1996, 189.

30 Kommentiert in AiB 1992, 134 ff.

31 Überblick bei Wank, Telearbeit, 1997, Rz. 170 ff.

- ▷ Die Arbeit findet außerhalb der Betriebsstätte des Arbeitgebers statt;
- ▷ dies geschieht nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig;
- ▷ am dezentralen Arbeitsplatz werden informationstechnische Geräte wie (stationärer) PC, Laptop usw. benutzt, mit deren Hilfe die Arbeitsergebnisse an den Arbeitgeber übermittelt werden.<sup>20</sup>

#### 1. Formen von Telearbeit

Dabei haben sich verschiedene Formen etabliert, die durchaus erhebliche faktische Unterschiede aufweisen.

Am verbreitetsten ist die sog. *mobile Telearbeit*. Nach einer Untersuchung des *Fraunhofer Instituts für Arbeitswirtschaft und Organisation (IAO)* vom Herbst 1996 waren etwa 500.000 Beschäftigte in dieser Weise tätig.<sup>21</sup> Dabei handelt es sich in der Regel um den traditionellen Außendienst, der informationstechnisch „aufgerüstet“ wurde<sup>22</sup> und der dadurch effizienter und leichter kontrollierbar werden soll.

Zweitwichtigste Form ist die sog. *alternierende Telearbeit*, die darin besteht, dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb, ein anderer auf dem „Außenposten“, wie z.B. in der Wohnung, verbracht wird. Die Fraunhofer-Studie bezifferte die Zahl der auf diese Weise Tätigen mit ca. 350.000.<sup>23</sup> Auch hier liegt das Neue mehr im Gebrauch moderner Technik als in der Arbeitsform als solcher. Soweit Richter und Professoren ihre Texte zu Hause am PC schreiben und an ihren eigentlichen Arbeitsplatz übermitteln, müsste man auch sie hier zuordnen.

Im Vergleich zu diesen beiden Formen hat die (rein) „*häusliche Telearbeit*“ nur untergeordnete Bedeutung, obwohl sie ursprünglich als die Arbeitsform der Zukunft angesehen wurde. Insoweit ist von ca. 22.000 Arbeitsplätzen die Rede.<sup>24</sup> Noch geringer ist die praktische Bedeutung der Arbeit in Satelliten- und Nachbarschaftsbüros; insoweit soll es 3.500 Arbeitsplätze geben.<sup>25</sup> An diesen Relationen dürfte sich in der Zwischenzeit nichts Wesentliches geändert haben.<sup>26</sup>

#### 2. Gründe für den verhaltenen Trend

Aus der Telearbeit ist bislang entgegen den ursprünglichen Erwartungen keine „Teleheimarbeit“ geworden. Das Arbeitsverhältnis hat seine dominierende Position behalten.<sup>27</sup> Zwar wäre es sicherlich nicht ausgeschlossen, die Arbeitsorganisation so zu gestalten, dass der „Telearbeitende“ auch faktisch selbständig wäre,<sup>28</sup> doch wird ersichtlich davon so gut wie kein Gebrauch gemacht. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Akzeptanz von Telearbeit nur dann gesichert ist, wenn sie nicht als Mittel zur Risikoabwälzung und zur Senkung der Lohnkosten verwendet wird. Soweit Tarifverträge existieren<sup>29</sup> oder Betriebsvereinbarungen wie bei *IBM*<sup>30</sup> oder anderen Firmen<sup>31</sup> abgeschlossen wurden, gehen sie übereinstimmend davon aus, dass sämtliche arbeitsrechtlichen Normen auch für die außerhalb der Betriebsstätte geleistete Arbeit gelten. Ob sich dies in der Zukunft ändern wird, ist derzeit nicht abzusehen. Die räumliche Distanz führt dazu, dass in vielen Fällen Kontrolle durch Vertrauen ersetzt werden muss; dies würde wiederum erschwert, wenn sich der einzelne Beschäftigte als Opfer einer Sparstrategie sehen müsste. Das gilt jedenfalls dann, wenn betrieblich beschäftigte Arbeitnehmer mit einer Telearbeitsposition betraut werden.

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

Das Arbeitsrecht hat insoweit erneut seine Flexibilität unter Beweis gestellt. Im Einzelfall könnten sich „Friktionen“ ergeben, die allerdings in der (gerichtlichen) Praxis weithin ohne Bedeutung geblieben sind. Bei der zu Hause geleisteten Telearbeit ergibt sich z.B. die Frage, ob das Arbeitszimmer zu einem „Außenposten“ des Betriebs wird, was Zutrittsrechte des Arbeitgebers, des Betriebsrats und der Arbeitsschutzbehörden zur Folge hätte.<sup>32</sup> Eine weitere Schwierigkeit besteht dort, wo die gesamte Arbeit übers Internet abgewickelt wird: Muss dabei nicht auch ein gewisses Maß an Privatnutzung zulässig sein? Im traditionellen, räumlich gebundenen Betrieb ist die private Unterhaltung am Rande eine Selbstverständlichkeit, deren Verbot vermutlich die Arbeitsproduktivität drastisch reduzieren würde.<sup>33</sup> Kann hier anderes gelten oder sollte man besser an eine Kompensation für die „Entpersönlichung“ der Arbeit denken? Die Probleme stellen sich erst recht bei grenzüberschreitenden Internet-Arbeitsverhältnissen.<sup>34</sup>

#### IV. Gesteigerte Informationsmacht des Arbeitgebers

##### 1. Der Sachverhalt

Die Informatisierung des Arbeitsprozesses ermöglicht in technisch wenig aufwendiger Weise eine umfassende Abbildung des Arbeitsverhaltens. Dies gilt sogar in Bezug auf Mitarbeiter im Außendienst; ihr jeweiliger Aufenthaltsort kann technisch über GPS oder die Handy-Ortung erfasst werden. Weiter lassen sich Daten, die in einer traditionellen Personalakte enthalten sind, systematisch auswerten und dem Einzelnen ggf. entgegenhalten: Die über dem Durchschnitt liegenden Fehlzeiten oder die unter dem Durchschnitt liegenden Arbeitsergebnisse können Gegenstand eines Gesprächs werden, das auf der Grundlage traditioneller Aktenauswertung praktisch nicht möglich gewesen wäre.

Das Arbeitsrecht hat auf diese neue Situation reagiert. Datenschutzrecht und informationelles Selbstbestimmungsrecht, die sich in anderen Teilen der Rechtsordnung entwickelt hatten, wurden auf das Arbeitsverhältnis übertragen und in das eigene System integriert; außerdem erfuhren bestimmte Mitbestimmungstatbestände eine den neuen Gegebenheiten Rechnung tragende Auslegung. Im Folgenden kann nur eine grobe Skizze gegeben werden.

##### 2. Die Anwendung des BDSG im Arbeitsverhältnis

Datenschutz existierte schon zu einer Zeit, als es den Begriff selbst noch gar nicht gab. Die Schweigepflicht des Arztes und das Beichtgeheimnis in der Kirche sind vermutlich die ältesten Beispiele dafür, dass der Einzelne vor einer unkontrollierten Preisgabe seiner Daten geschützt wurde. Auch das Steuergeheimnis blickt auf eine lange Geschichte zurück. Dies alles waren freilich „Inseln“; in andern Bereichen gab es keine ausdifferenzierten Regeln zum Schutz personenbezogener Daten. Dies änderte sich erst (nach landesrechtlichen Vorläufern) mit dem BDSG 1977, das als „Querschnittsgesetz“ auch die private Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis erfasste, woran sich durch die Reformen 1990 und 2001 nichts geändert hat. Daneben stehen einige arbeitsrechtliche Sondervorschriften wie die Beschränkung des Fragerechts des Arbeitgebers bei der Einstellung oder das in § 83 Abs. 1 BetrVG gewährleistete Recht auf Einsichtnahme in die Personalakte.

##### a) Zweckbestimmung für den Umgang mit Daten

Die Zulässigkeit der Erhebung und Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten ist unbestritten, soweit es der Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses dient; insofern wird dieses wie jedes andere Vertragsverhältnis i.S.d. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG behandelt. Dasselbe gilt für das mit dem Bewerber bestehende „Anbahnungsverhältnis“, das als „vertragsähnliches Vertrauensverhältnis“ im Sinne der genannten Vorschrift qualifiziert wird.

##### b) Grenzen

Das eigentliche Problem liegt in der Bestimmung der Grenzen. Dies hängt nicht nur mit der Unbestimmtheit des Zweckbegriffs zusammen. Nicht ausreichend geklärt ist beispielsweise die Frage des Verhältnisses zu § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG, wonach bei der Erhebung die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, „konkret festzulegen“ sind. Bedeutet dies, dass Zugangskontrolldaten beispielsweise nicht für eine Überprüfung der Pünktlichkeit verwendet werden dürfen?<sup>35</sup> Gibt es darüber hinaus im Betrieb eine für den öffentlichen Bereich durchaus selbstverständliche „informationelle Gewaltenteilung“, die es ausschließt, dass alle über den Arbeitnehmer erhobenen Daten zu einem einheitlichen „Pool“ zusammengeführt werden? Bedarf die „Amtshilfe“ der Fachabteilung ggü. der Personalabteilung einer gesonderten Rechtfertigung? Rechtsprechung und Literatur haben bisher wenig Neigung gezeigt, sich dieser Problematik wirklich zu stellen. In der Regel beschränken sie sich darauf, innerbetriebliche Geheimnisträger wie den Werksarzt oder den betrieblichen Datenschutzbeauftragten als solche zu respektieren, unternehmen im Übrigen aber gegen den freien innerbetrieblichen Datenfluss kaum etwas.<sup>36</sup> Ähnlich ungeklärt ist weiter die Frage, ob und inwieweit die Einwilligung des Arbeitnehmers zusätzlich zu § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG eine Datenverarbeitung rechtfertigen kann. Schließt das arbeitnehmertypische Abhängigkeitsverhältnis die nach dem Gesetz notwendige „Freiwilligkeit“ i.S.d. § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG generell oder jedenfalls in bestimmten Konstellationen aus?<sup>37</sup>

Die Klärung derartiger Fragen wird dadurch erschwert, dass es im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes nur relativ wenige höchstrichterliche Entscheidungen gibt. Mehr Material findet sich in den Berichten der Aufsichtsbehörden, doch kommt ihnen bisher keine vergleichbare Orientierungsfunktion für die Praxis zu.

##### 3. Persönlichkeitsschutz, insbesondere informationelles Selbstbestimmungsrecht

Die Anwendung von Grundrechten im Arbeitsverhältnis ist ein Langzeitproblem, das noch immer nicht völlig gelöst ist. Nach Überwindung der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung wendet man heute Grundrechte

32 Dazu Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 400 ff.

33 Weitere Überlegungen bei Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2004, Rz. 411 ff.

34 Zu den mit ihnen verbundenen Rechtsproblemen insbesondere Manowski DB 1999, 1854 ff.

35 Dazu etwa Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl. 2002, Rz. 395.

36 Zur Problematik s. Däubler, Gläserne Belegschaften? a.a.O., Rz. 410 m.w.N.

37 Dazu unentschieden Timmefeld/Ehmann/Gerling, Einführung in das Datenschutzrecht, 4. Aufl. 2005, S. 319 ff.

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

dann an, wenn dies durch eine ausdrückliche gesetzliche Norm wie § 75 BetrVG angeordnet ist oder sich aus dem den Grundrechten inhärenten Schutzgebot ergibt. Die Rechtsprechung geht daher z.B. ohne nähere Begründung davon aus, die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG müsse auch im Betrieb Platz greifen.<sup>38</sup>

Ein anderer Argumentationsstrang greift unmittelbar auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurück, das man als eine Art zivilrechtliche Konkretisierung von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG qualifizieren kann. Darauf wurde etwa rekurriert, als es um die Begrenzung des Fragerechts des Arbeitgebers oder um das Problem ging, ob der Einzelne nach erfolgloser Bewerbung die Rückgabe oder Vernichtung seiner eingesandten Unterlagen verlangen kann.<sup>39</sup> Dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht, das in der Volkszählungsentscheidung vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wurde,<sup>40</sup> auch im Arbeitsverhältnis Beachtung verlangt, ist mittlerweile in der Rechtsprechung anerkannt.<sup>41</sup> Allerdings erfolgte die wohl weitestgehende Absicherung der Individualsphäre des Arbeitnehmers durch ein Urteil, das lediglich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht Bezug nahm: Gutachten und Vermerke über den Gesundheitszustand und die Persönlichkeitsstruktur eines Arbeitnehmers müssen ggf. separat von der Personalakte aufbewahrt werden, um eine Kenntnisnahme auf solche Sachbearbeiter zu beschränken, die bei ihren Entscheidungen gerade diese Unterlagen benötigen; ganz generell sei der Kreis der mit Personalakten befassten Personen möglichst eng zu halten.<sup>42</sup> Im Folgenden hat sich die Diskussion sehr stark auf spezifische Ausprägungen des Persönlichkeitsschutzes konzentriert.

#### a) Recht am gesprochenen bzw. geschriebenen Wort

Bei gestatteter privater Nutzung von Telefon und Internet ist unbestrittenermaßen das Telekommunikationsgeheimnis zu beachten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>43</sup> kann sich ein Arbeitnehmer bei Dienstgesprächen zwar nicht auf dieses, wohl aber auf sein „Recht am eigenen Wort“ berufen. Das Mithören durch Dritte stelle einen Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre dar, die mit einer heimlichen Tonbandaufnahme vergleichbar sei.<sup>44</sup> Der Einzelne muss aber selbst bestimmen können, wem seine Worte zugänglich sein sollen.<sup>45</sup> Der grund-

rechtliche Schutz geht auch nicht dadurch verloren, dass der Arbeitnehmer die abstrakte Möglichkeit des „Mithörens“ kennt. Die Rechtsprechung bezieht dabei insbesondere auch den Schutz des Gesprächspartners ein: Eine stillschweigende Einwilligung sei nur dann anzunehmen, wenn dieser zu Beginn des Gesprächs darauf hingewiesen wird, dass ein Dritter mithöre, und wenn dem nicht widersprochen werde.<sup>46</sup> Von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen, kommt nur dann in Betracht, wenn der Betroffene nicht rechtzeitig einwilligen konnte,<sup>47</sup> eine Voraussetzung, die im Rahmen eines Telefongesprächs niemals vorliegen wird. Allerdings kann es Fälle geben, in denen der Eingriff gerechtfertigt ist. Hierfür ist aber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers Voraussetzung, das etwa dann vorliegt, wenn es darum geht, die Art und Weise der Gesprächsführung durch einen Arbeitnehmer zu überprüfen, der nur auf Probe angestellt ist und dessen gesamte Tätigkeit sich, wie z.B. in einem Call-Center, über das Telefon vollzieht.<sup>48</sup>

#### b) Einsatz von Gentechnik

Ein anderer spezifischer Persönlichkeitsbereich ist berührt, wenn es um gentechnische Untersuchungen geht. Sie sind unzulässig, soweit nur die Identität eines Arbeitnehmers geklärt werden soll, der einer schweren Pflichtverletzung verdächtig ist.<sup>49</sup> Die Genomanalyse gegenüber Bewerbern<sup>50</sup> wird in der Literatur weitestgehend abgelehnt; eine Ausnahme wird nur für den Fall erwogen, dass auf diese Weise eine Anfälligkeit für Krankheiten geklärt werden kann, die plötzlich ausbrechen und dadurch zu einer erheblichen Gefährdung Dritter führen können.<sup>51</sup>

#### c) Recht am eigenen Bild

Das Recht am eigenen Bild ist durch Videoüberwachung betroffen, die nur für öffentlich zugängliche Räume durch § 6b BDSG 2001 geregelt ist. Dass sie lediglich unter sehr engen Voraussetzungen zulässig sein kann, die einer Art Notwehrsituation des Arbeitgebers bei drohenden Straftaten entsprechen, ist mittlerweile im Wesentlichen anerkannt.<sup>52</sup> Die bloße Kontrolle des Arbeitsverhaltens reicht hierfür jedenfalls nicht aus.

#### d) Aufenthaltsgeheimnis

In jüngster Zeit wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht angesichts aktueller Überwachungsmöglichkeiten über den Status quo hinaus ein spezifisches Recht anzuerkennen ist, dass Dritte nicht den Aufenthaltsort beliebig ermitteln und so ein Bewegungsprofil erstellen können. Das „Aufenthaltsgeheimnis“ ist in der Gegenwart nicht weniger schutzwürdig als das Recht am gesprochenen oder geschriebenen Wort; Bewegungsprofile stellen einen besonders weitreichenden Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen dar. Bemerkenswert ist, dass im Strafprozessrecht spezifische Rechtsgrundlagen für derartige Formen von Observation geschaffen wurden – dies spricht dafür, dass auch aus Sicht des Gesetzgebers hier ein besonderes Schutzbedürfnis besteht.<sup>53</sup>

### 4. Mitbestimmung der betrieblichen Interessenvertretung

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG kann der Betriebsrat bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mitbestimmen, „die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu über-

38 BAG v. 24.6.2004 – 2 AZR 63/03, CR 2005, 456 = NZA 2005, 158 (160).

39 BAG v. 14.9.1984 – 1 ABR 23/82, NZA 1985, 28 = AuR 1985, 261.

40 BVerfG v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83, BVerfGE 65, 1 ff.

41 Vgl. etwa BAG v. 4.4.1990 – 5 AZR 299/89, CR 1991, 33 = NJW 1990, 2272.

42 BAG v. 17.2.1987 – 3 AZR 197/85, NZA 1988, 55.

43 BVerfG v. 19.12.1991 – 1 BvR 382/85, CR 1992, 498 = DB 1992, 786 ff.; bestätigt durch BVerfG v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96 u. 1 BvR 805/98, RDV 2003, 27 = DuD 2003, 170.

44 Zu deren Unzulässigkeit s. BVerfG v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, BVerfGE 34, 238 (245) = NJW 1973, .

45 Ebenso nunmehr BGH v. 18.2.2003 – XI ZR 165/02, RDV 2003, 237.

46 BVerfG v. 2.4.2003 – 1 BvR 215/03, RDV 2003, 290 = NJW 2003, 2375.

47 BVerfG v. 14.12.2001 – 2 BvR 152/01, DuD 2002, 568 = NJW 2002, 2164.

48 BAG v. 30.8.1995 – 1 ABR 4/95, CR 1996, 155 = NZA 1996, 218.

49 VGH BW v. 28.11.2000 – PL 15 S 2838/99, AuR 2001, 469.

50 Dazu *Simitis*, NJW 1998, 2473.

51 *Wiese*, RdA 1988, 218.

52 BAG v. 29.6.2004 – 1 ABR 21/03, BAGReport 2005, 15 m. Anm. *Oetker* = MDR 2005, 152 = NZA 2004, 1278.

53 Näher dazu *Däubler*, CF Heft 7–8/2005, 42 ff.

## Arbeitsrecht und Informationstechnologien

wachen“. Eine entsprechende Regelung enthält § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG für die Personalvertretung auf Bundesebene.

#### a) Von der „Bestimmung“ zur „Eignung“ für Überwachung

Das BAG hat in ständiger Rechtsprechung aus der „Bestimmung zur Überwachung“ ein „Geeignetsein zur Überwachung“ gemacht: Wollte man allein auf die beweisbare Absicht des Arbeitgebers abstellen, würde die Vorschrift weitgehend leer laufen.<sup>54</sup> Auch wurde die Mitbestimmung des Betriebsrats mit Recht als verfahrensrechtliche Vorkehrung verstanden, die einer Verletzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts vorbeugen soll. Dem ist das BVerwG für den Bereich der Personalvertretung gefolgt.<sup>55</sup>

Eine Eignung zur Überwachung ist bereits dann gegeben, wenn das erhobene Datum (nicht für sich allein, sondern) im Zusammenhang mit sog. Zusatzwissen Aussagen zu Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern ermöglicht. Wird etwa nur die Personalnummer erfasst, bleibt § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG anwendbar, weil die betroffene Person jederzeit ermittelt werden kann. Lediglich für die Speicherung sog. Stammdaten wurde von der Rechtsprechung eine nicht näher begründete Ausnahme gemacht.<sup>56</sup>

#### b) Potentielle Stärkung des Betriebsrats

Das mit Rücksicht auf die Informationstechnik neu interpretierte Mitbestimmungsrecht könnte im Ergebnis dazu führen, dass letztlich ein großer Teil der apparativen Ausstattung eines Betriebs nur noch im Konsens mit dem Betriebsrat eingesetzt werden dürfte. Dies gilt um so mehr, als auch Veränderungen von Systemen wie z.B. der Einsatz einer neuen Software oder die Erweiterung der Zahl der an ein Netz angeschlossenen Geräte mitbestimmungspflichtig sind. In der Praxis werden diese Möglichkeiten gleichwohl nicht ausgeschöpft; der Betriebsrat würde als Störer der betrieblichen Entwicklung empfunden, wollte er seine Vorstellungen auch insoweit durchsetzen. Faktisch beschränkt er sich auf die „Über-

wachungsabwehr“ – was in den allermeisten Fällen im Konsens erfolgen kann, da die Arbeitgeberseite schon im Interesse der Arbeitsproduktivität (und auch aus anderen Erwägungen) keinen „betrieblichen Überwachungsstaat“ errichten möchte. Ausnahmefälle, in denen illegal spezifische Überwachungssoftware eingesetzt wird,<sup>57</sup> mögen als Bestätigung der Regel gelten.

### V. Gesamtwürdigung

Das Arbeiten mit Informationstechniken hat das Arbeitsrecht nicht grundlegend verändert. Es hat sich im Wesentlichen darauf beschränkt, die im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und des Schutzes der Persönlichkeitssphäre entwickelten Rechtsfiguren zu übernehmen. Die Telearbeit verlässt in aller Regel die traditionellen Arbeitsformen nicht; sie lässt sich unschwer unter den („flexiblen“) Arbeitnehmerbegriff subsumieren. Den übersteigerten Überwachungsmöglichkeiten, die die IT eröffnet, wurde über den Persönlichkeitsschutz und eine extensive Auslegung der Mitbestimmungsrechte Rechnung getragen. Auch weitere aktuelle Fragen wie die grenzüberschreitende Übermittlung von Arbeitnehmerdaten<sup>58</sup> und die Kündigung wegen missbräuchlicher Nutzung eines Internetzugangs<sup>59</sup> lassen sich mit den allgemeinen Regeln bewältigen. Die IT-Branche als solche hat nach einigen Experimenten der Anfangsphase weithin zur arbeitsrechtlichen Normalität gefunden; auch dort findet man heute schriftliche Arbeitsverträge, bisweilen Zielvereinbarungen und nicht selten sogar Betriebsräte.

54 BAG v. 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 10.7.1979 – 1 ABR 97/77, AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung, auch zum Folgenden.

55 So bereits BVerwG v. 16.12.1987 – 6 P 32.84, CR 1988, 498 (500), sowie BVerwG v. 27.11.1991 – 6 P 7.90, PersR 1992, 147, und BVerwG v. 29.8.2001 – 6 P 10.00, PersR 2001, 521.

56 BAG v. 22.10.1986 – 5 AZR 660/85, AP Nr. 2 zu § 23 BDSG (1977) = NZA 1987, 415.

57 Eingehend zur Technik und ihrer Feststellbarkeit für den Arbeitnehmer *Haverkamp*, CF 1/2003 S. 14 ff. Für Unzulässigkeit des Einsatzes auch *Beckschulze*, DB 2003, 2781.

58 Dazu zuletzt *G. Wisskirchen*, CR 2004, 862 ff.

59 Dazu zuletzt BAG v. 7.7.2005 – 2 AZR 581/04, Pressemitteilung Nr. 43/05, abrufbar unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>.