Arbeits-, Sozial- und Personalrecht

WOLFGANG DÄUBLER

Erhebung von Arbeitnehmerdaten

Der Beitrag behandelt alle wesentlichen Fragen der Erhebung von Arbeitnehmerdaten. Unter Einbeziehung von – zum Teil durchaus anders gelagerten – Parallelerscheinungen, etwa bei Mietverträgen, stellt der Autor die Probleme in einen größeren dogmatischen Zusammenhang. Bei Regelungslücken erscheint es ihm als gangbarer Weg, auf entsprechende Vorschriften des öffentlichen Bereichs zurückzugreifen – dies umso mehr, als Arbeitgeber im Rahmen der Erhebung von Daten bei Dritten im Einzelfall durchaus auch Behörden einschalten. (Red.)

I. Gesetzliche Regelungen

1. BDSG 1977

Das BDSG 1977 hatte die Datenerhebung nicht geregelt. Seit der Volkszählungsentscheidung des *Bundesverfassungsgerichts*[1] war dies der Kritik ausgesetzt[2] – stellte nicht jede Erhebung von Daten einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar, der der Rechtfertigung durch ein bereichsspezifisches und präzises Gesetz bedurfte? Andere verwiesen darauf, die Informationsbedürfnisse des Arbeitgebers ließen sich nicht mit Hilfe einer ausdifferenzierten gesetzlichen Regelung antizipieren.[3] Die Diskussion konzentrierte sich sehr stark auf das Arbeitsrecht; ob beispielsweise beim Abschluß von Miet- oder Kreditverträgen analoge Fragen auftreten, blieb als Frage eher im Hintergrund.

2. BDSG 1990

Das BDSG 1990 hat insoweit eine Änderung gebracht, als es ausdrücklich auch die Datenerhebung einbezieht. Diese ist in § 3 Abs. 4 BDSG 1990 als das »Beschaffen von Daten über den Betroffenen« definiert, so daß »Zufallsfunde«, aber auch Mitteilungen seitens des Betroffenen oder von Dritten ausscheiden.[4]

Inhaltlich enthält § 13 BDSG 1990 für den öffentlichen Bereich eine vergleichsweise genaue rechtliche Regelung, die nach § 12 Abs. 4 BDSG 1990 auch für Arbeiter und Angestellte des öffentlichen Dienstes gilt.[5]

Für den privaten Bereich schreibt der erst im Vermittlungsausschuß eingefügte § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG 1990 vor, daß die Daten »nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise erhoben werden« müssen. Das ist eine Art Generalklausel mit allerdings recht deutlichen Grenzen: Auf der einen Seite stehen Einzelregelungen, die es schon bisher gab und die den Arbeitgeber zur Erhebung und Übermittlung bestimmter Daten verpflichten (Beispiel: Abführung der Lohnsteuer). Auf der anderen Seite reicht § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG 1990 nicht weiter als der Dritte Abschnitt des Gesetzes insgesamt. Dies bedeutet, daß die Bestimmung nur dann eingreift, wenn die erhobenen Daten in Dateien gespeichert werden; die Aufnahme in Akten genügt nach § 27 Abs. 2 BDSG 1990 nicht. Für solche Fälle bleibt die frühere Kontroverse über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung aktuell.

Im folgenden sollen zunächst die in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen für die Datenerhebung im einzelnen skizziert werden (II.). Es folgen Probleme der konkreten Anwendung auf die Daten von Bewerbern (III.) bzw. Arbeitnehmern (IV.). Schließlich soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit sich Grundsätze des Arbeitnehmerdatenschutzes auf andere Rechtsgebiete übertragen lassen (V.).

II. Rechtsgrundlagen der Datenerhebung

1. Gesetzliche Pflichten des Arbeitgebers

a) Vorhandene Regelungen

In einer beträchtlichen Zahl von Fällen ist der Arbeitgeber von Gesetzes wegen verpflichtet, Arbeitnehmerdaten zu erheben und diese an bestimmte staatliche Stellen weiterzugeben. Neben der Lohnsteuer ist bekanntestes Beispiel die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge, die nicht ohne ein Minimum an perso-

1) BVerfGE 65, 1 ff.
2) So insbesondere *Wohlgemuth*, AuR 1984, 21; ähnlich auch *Simitis*, NJW 1984, 401.
3) So *H. Ehmann*, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 6; ablehnend zum Gesetzesvorbehalt auch *Krause*, JuS 1984, 272.
4) Dazu zuletzt *Tinnefeld*, NJW 1993, 1117; ferner *Tinnefeld/Ehmann*, Einführung in das Datenschutzrecht, S. 90, 166/167.
5) § 12 Abs. 4 ersetzt bezüglich der Erhebung den Zweiten nicht durch den Dritten Abschnitt. Für Beamte gelten die durch das Neunte Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 11.6.1992 (BGBl I, 1030) neugeschaffenen Sondervorschriften der §§ 90 Abs. 4 BBG, 56 Abs. 4 BRRG.

Dr. Wolfgang Däubler ist Professor für Arbeitsrecht, Zivilrecht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen, z. Zt. Gastprofessor an der Law School der University of Texas at Austin.

nenbezogenen Daten auskommt. Daneben gibt es zahllose, weit weniger wahrgenommene Melde- und Auskunftspflichten des Arbeitgebers, die von der Anmeldung des Prokuristen zum Handelsregister bis zur Dokumentation der Beschäftigung jugendlicher Arbeitnehmer nach § 49 JArbSchG reichen.[6]

b) Lücken

Trotz der großen Zahl dieser Vorschriften, die insbesondere kleinere Unternehmer erheblich belasten, bleiben »Lücken«: So sind etwa Bewerberdaten nicht erfaßt, und auch bei bestehenden Arbeitsverhältnissen interessiert sich die öffentliche Hand keineswegs für die konkrete, an einem bestimmten Arbeitsplatz erbrachte Leistung oder für die Angaben, die bei der sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG eine Rolle spielen können.

2. Neue Regelung des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG

a) Herkunft und Bedeutung

Die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG, wonach Daten »nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise« erhoben werden müssen, ist aus der Europäischen Datenschutzkonvention vom 28. Januar 1981[7] übernommen. Da sie erst im Vermittlungsausschuß eingefügt wurde, fehlt die sonst übliche Gesetzesbegründung als mögliche Richtschnur für die Interpretation.[8] Auch Rechtsprechung ist bislang nicht ersichtlich.

b) Rechtmäßige Erhebung

Soweit § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG eine Erhebung »in rechtmäßiger Weise« verlangt, schreibt er die bisherige Rechtslage fest. Eine Veränderung ergibt sich nur dadurch, daß nunmehr die Aufsichtsbehörde ihre Kontrolltätigkeit auch auf die Phase der Datenerhebung erstrecken kann.[9]

c) Treu und Glauben

Anders verhält es sich mit der Schranke aus »Treu und Glauben«: Sie schafft Rücksichtspflichten gegenüber dem Betroffenen und will »unlautere« Vorgehensweisen ausschließen. Insoweit tritt neben die (im Grunde selbstverständliche) Beachtung der Gesetze das Gebot, sich nicht über soziale Grundanschauungen hinwegzusetzen. Der darin zum Ausdruck kommende normtechnische Dualismus findet sich in ähnlicher Weise in den §§ 134, 138 BGB, wo neben dem Verstoß gegen Gesetze der Verstoß gegen die guten Sitten verboten ist. Auch im Recht des unlauteren Wettbewerbs ist nicht nur rechtswidriges, sondern nach § 1 UWG auch »sittenwidriges« Verhalten ausgeschlossen.

Für eine entsprechende Handhabung des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG spricht der Gedanke, daß der Hinweis auf Treu und Glauben völlig überflüssig wäre, würde nur das sowieso Verbotene noch einmal illegalisiert. Außerdem enthalten die maßgeblichen englischen und französischen Fassungen des Art. 5 lit. a der Europäischen Datenschutzkonvention[10] eine entsprechende Formulierung: dort finden sich die Begriffe »fairly and lawfully« bzw. »loyalement et licitement«,[11] was gleichfalls für die Eigenständigkeit einer aus Treu und Glauben folgenden Grenze spricht.

Die bisherigen Interpretationsversuche bestätigen diese Sicht. So ist man sich im wesentlichen einig darüber, daß Gesetzesverstöße wie etwa eine Übergehung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 94 BetrVG die Erhebung als solche sowie alle weiteren Phasen der Datenverarbeitung unzulässig machen.[12] Auch der Regierungsentwurf, der noch keine spezielle Vorschrift zur Datenerhebung enthielt, legte dies als selbstverständlich zugrunde.[13] Zu beachten sind weiter die Grenzen des Frage- und Informationsrechts des Arbeitgebers, die die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte entwickelt hat.[14] Wo die Grenzen der arbeitgeberseitigen Befugnisse verlaufen, ist allerdings keineswegs klar: Muß der Betroffene über den Verwendungszweck informiert werden, darf der Arbeitgeber Dritte auch dann einschalten, wenn er den Bewerber bzw. Arbeitnehmer direkt befragen könnte? In dieser »Grauzone« kommt ein Rückgriff auf die Gebote in Betracht, die aus »Treu und Glauben« folgen.

Wann eine Datenerhebung gegen »Treu und Glauben« verstößt, ist noch nicht abschließend geklärt. In der Literatur wird als Beispiel unter anderem der Fall genannt, daß der Betroffene unter einem falschen Vorwand zur Hergabe von Informationen veranlaßt wird.[15] Gleichgestellt wird eine Erhebung zur Unzeit (z. B. bei Trunkenheit)[16] sowie Täuschung, Drohung und Zwang, soweit letzterer nicht »sozialadäquat«[17] ist. Weitere Anhaltspunkte ergeben sich aus § 13 BDSG: Er enthält zwar nur spezielle Regeln für die Datenerhebung im öffentlichen Bereich, doch findet er nach § 12 Abs. 4 BDSG auch auf Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes Anwendung.[18] Da kein Anlaß be-

6) Überblick bei *Kilian/Taeger*, Beilage 21/1984 zum BB, S. 2-12.
7) Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, BGBl 1985 II, S. 539 ff., abgedruckt auch bei *Däubler/Kittner/Lörcher* (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, unter Nr. 330.
8) *Wächter*, DuD 1992, 66.
9) *Dörr/Schmidt*, Neues Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar, 2. Aufl., Köln 1992, § 28 Rdnr. 37; *Wohlgemuth*, BB 1992, 281 mit FN 9, der im übrigen dem § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG aber kaum praktische Bedeutung zuschreiben will; ähnlich *Blomeyer*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München 1992, § 97 Rdnr. 19.
10) Siehe FN 7 sowie bezüglich der sprachlichen Fassungen Art. 27 der Konvention.
11) Der Wortlaut findet sich auch bei *Dörr/Schmidt* (FN 9), S. 534.
12) *BAG* AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anm. *Däubler; Ordemann/Schomerus/Gola*, Bundesdatenschutzgesetz, 5. Aufl., München 1992, § 28 Anm. 4.1.
13) Mitgeteilt bei *Auernhammer*, Bundesdatenschutzgesetz vom 20. Dezember 1990. Textausgabe mit Einführung, Erläuterungen und Materialien, Köln 1991, § 28 Rdnr. 5.
14) Siehe unten 3.
15) *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, Handkommentar, Loseblatt, Stuttgart (Stand: September 1992), § 28 Rdnr. 19; *Wohlgemuth*, Datenschutzrecht. Eine Einführung mit praktischen Fällen, 2. Aufl., Neuwied 1993, Rdnr. 268.
16) *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 15), § 28 Rdnr. 19.
17) *Dörr/Schmidt* (FN 9), § 28 Rdnr. 38.
18) *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 15), § 28 Rdnr. 16; *Gola/Wronka*, RDV 1991, 167; *Tinnefeld/Ehmann* (FN 4), S. 115.

steht, zwischen Beschäftigten der Privatwirtschaft und solchen des öffentlichen Dienstes in datenschutzrechtlicher Hinsicht wesentlich zu differenzieren, können jedenfalls die Grundgedanken des § 13 BDSG bei der Konkretisierung der aus »Treu und Glauben« folgenden Anforderungen herangezogen werden:[19] Mittel, die der öffentlichen Hand verwehrt sind, werden in der Regel bei Privaten mit ausgeprägter Durchsetzungsmacht wie bei einem Arbeitgeber gleichfalls unlauter sein.[20] Praktische Bedeutung hat dies insbesondere für die Angabe des Erhebungszwecks entsprechend § 13 Abs. 3 Satz 1 BDSG sowie für den grundsätzlichen Vorrang der Direkterhebung nach § 13 Abs. 2 BDSG.

Im Ergebnis verlangt daher § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG neben der Wahrung der allgemeinen rechtlichen Schranken ein »lauteres« Vorgehen bei der Datenerhebung, das dem Betroffenen die Freiheit läßt, sich in Kenntnis aller Umstände für oder gegen die Preisgabe seiner Daten zu entscheiden.

3. Allgemeine Grundsätze außerhalb des BDSG

a) Abgrenzung von Grundrechtssphären

Soweit das BDSG – wie etwa bei manuell geführten Personalakten – nicht eingreift, ist die Informationserhebung durch den Arbeitgeber keineswegs generell unzulässig. Vielmehr geht es hier – nicht anders als bei der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers oder des Mieters – um die Abgrenzung zweier kollidierender Grundrechtssphären: Auf der einen Seite steht das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Bewerbers bzw. Arbeitnehmers, auf der anderen Seite das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte berufliche Betätigungsrecht des Arbeitgebers. Soweit eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, ist es – wie in vielen anderen Bereichen – Sache der Rechtsprechung, adäquate Regeln zu entwickeln, die keines der kollidierenden Rechte unangemessen zurücksetzen.

Wie an anderer Stelle im einzelnen ausgeführt,[21] ist bei der Abwägung zu berücksichtigen, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht nicht nur den einzelnen schützt, sondern auch entscheidendes Funktionselement einer freiheitlichen Kommunikationsverfassung ist: Ein »Überwiegen« des Arbeitgeberinteresses kann daher nur dann angenommen werden, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit des Unternehmens gefährdet wäre.

b) Parallelen im Mietrecht

Die bisher bestehenden Prinzipien über die Begrenzung des »Fragerechts« des Arbeitgebers werden dem grundsätzlich gerecht. Das *Bundesverfassungsgericht* hat im Mietrecht den vergleichbaren Grundsatz entwickelt, wonach ein Mietinteressent bzw. ein Vermieter nur diejenigen Daten preisgeben muß, deren Kenntnis bei Abwägung der beiderseitigen Interessen für die jeweils andere Seite notwendig ist.[22] Insoweit ergeben sich dieselben Rechtmäßigkeitsgrenzen wie im Anwendungsbereich des BDSG.

Ohne daß eine konkrete normative Vorgabe bestehen würde, wird man auch das »Lauterkeitsgebot« hierher übertragen müssen; das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist auch dann verletzt, wenn zwar ein legitimes Informationsinteresse des die Daten Erhebenden vorliegt, wenn aber treuwidrige Mittel wie Täuschung, Ausnutzung eines Irrtums usw. angewandt werden.

III. Erhebung von Bewerberdaten

1. Direkterhebung beim Betroffenen

a) Grenzen des »Fragerechts« des Arbeitgebers

Besonderheiten des Arbeitsvertrags

Bei gewöhnlichen Vertragsverhandlungen ergeben sich normalerweise keine Rechtsprobleme in bezug auf die Informationsbeschaffung. Jeder potentielle Partner kann im Rahmen des Verkehrsüblichen zu den Dingen Auskunft verlangen, die ihn interessieren. Fühlt sich der andere »ausgeforscht«, kann dies gegebenenfalls zum Scheitern der Vertragsverhandlungen führen. Da dies beide Seiten wissen, wird derjenige, der ernsthaft an dem Vertragsabschluß interessiert ist, nur Fragen stellen, die unmittelbar mit dem Vertragsgegenstand zusammenhängen.

Bei Verhandlungen über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist die Situation in zweierlei Hinsicht eine andere. Zum einen ist »Vertragsgegenstand« eine Person, so daß sich das Informationsinteresse von vornherein auf andere, »persönlichere« Dinge richtet, als bei einem Kauf- oder Werkvertrag. Zum anderen ist der Arbeitnehmer – zumal in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit – häufig auf den Arbeitsplatz angewiesen, würde also durch Verweigerung von Auskünften seine Chancen zunichte machen. Objektiv besteht daher die Gefahr, daß er sich zur Antwort auch auf solche Fragen gezwungen sieht, die nach allgemeinen Maßstäben einen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstellen. Schließlich kommt hinzu, daß durch schrankenlose »Durchleuchtung« bestimmte »Defizite« wie z. B. Schwerbehinderteneigenschaft, Schwangerschaft usw. deutlich werden, was zur Folge hat, daß die Chancen auf Einstellung drastisch zurückgehen: Die Segmentation des Arbeitsmarktes in normale, gesunde, »olympiareife« Personen und solche mit »Einschränkungen« vertieft sich. Der Umfang des »Fragerechts« des Arbeitgebers hat von daher auch eine arbeitsmarktpolitische Dimension.

19) Dafür auch *Bergmann/Möhrle/Herb* (FN 15), § 28 Rdnr. 13; *Dammann*, NVwZ 1991, 642; *Dörr/Schmidt* (FN 9), § 28 Rdnr. 39; *Walz*, CR 1991, 366.

20) Vgl. auch *Tinnefeld/Ehmann* (FN 4), S. 115.

21) *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Aufl., Köln 1993, Rdnr. 113 ff.

22) *BVerfG* CR 1992, 368 (Mietinteressent); *BVerfG* NJW 1992, 1379 (Vermieter).

Rechtsprechung zum Fragerecht
Die Rechtsprechung des *BAG* hat dieser Ausgangssituation dadurch Rechnung zu tragen versucht, daß sie das Recht des Arbeitgebers zur Informationserhebung beschränkt hat. Er kann vom Bewerber nur solche Dinge abfragen, an deren Kenntnis er ein »berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse« im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis hat.[23] Dies schließt beispielsweise Umstände aus, die sich auf das Arbeitsverhältnis nicht auswirken, aber auch solche, deren Preisgabe einen übermäßigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstellen würde. Die hier skizzierten Abwägungsgesichtspunkte engen die Möglichkeiten des Arbeitgebers tendenziell ein: »Billigenswert« und »schutzwürdig« ist ein Arbeitgeberinteresse nur dann, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit des Unternehmens beeinträchtigt wäre.[24]

Das *Bundesverfassungsgericht* hat im Mietrecht ähnliche Grundsätze entwickelt: Ein wegen Geistesschwäche Entmündigter, der zusammen mit seinem gesetzlichen Vertreter für sich eine Wohnung mietet, muß seinen »Status« dem künftigen Vertragspartner nicht offenbaren, da ihn dies abstempeln würde und er kaum mehr eine Möglichkeit hätte, einen neuen Vermieter zu finden. Im Verhältnis dazu muß das Interesse des Vermieters an korrekter Vertragserfüllung und durchsetzbaren Schadensersatzansprüchen in gewissem Umfang zurückstehen.[25]

Die hier dargestellten Grenzen der Datenerhebung durch den Arbeitgeber sind unabhängig von allen »Verdatungsgefahren« entwickelt worden. Als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung gelten sie auch im Anwendungsbereich des § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG, d. h. bei nachfolgender dateimäßiger Speicherung.

Was die konkreten Konsequenzen betrifft, so muß auf anderwärts gemachte Ausführungen Bezug genommen werden.[26] Aus der neueren Rechtsentwicklung ist insbesondere hervorzuheben, daß die Frage nach der Schwangerschaft nunmehr grundsätzlich ausgeschlossen ist.[27] Ob nach Konfessions- und Parteizugehörigkeit, nach Freizeitbeschäftigung und bisherigem Gehalt sowie nach früheren Krankheiten gefragt werden darf, ist kaum mehr Gegenstand von Kontroversen.

Hinweis auf den Erhebungszweck
Weniger eindeutig läßt sich die Frage beantworten, ob der Bewerber auf den Erhebungszweck hingewiesen werden muß. Für den öffentlichen Bereich enthält § 13 Abs. 3 BDSG eine entsprechende Verpflichtung, die nach § 12 Abs. 4 BDSG auch in bezug auf öffentliche Bedienstete gilt. Auf Offenkundiges braucht der Bewerber allerdings nicht aufmerksam gemacht zu werden.[28] So liegt es auf der Hand, was der »Erhebungszweck« ist, wenn in einem Personalfragebogen nach den Ausbildungsabschlüssen gefragt wird. Anders verhält es sich nur, wenn es um etwas ausgefallenere Umstände geht, deren Zusammenhang mit dem in Aussicht genommenen Arbeitsverhältnis sich weniger aufdrängt: Einem Dr. phil., der sich um eine Stelle als Lehrer bewirbt, muß daher mitgeteilt werden, daß hinter der Frage nach sportlicher Betätigung ein möglicher Einsatz als Sportlehrer steht.

Im nicht-öffentlichen Bereich spricht alles für eine entsprechende Anwendung des § 13 Abs. 3 BDSG, der als Konkretisierung von Treu und Glauben zu qualifizieren ist. Nur wenn der Bewerber den Sinn einer Frage kennt, kann er adäquat reagieren und von seinem informationellen Selbstbestimungsrecht realen Gebrauch machen. Derselbe Gedanke liegt im übrigen dem § 4 Abs. 2 BDSG zugrunde.[29] Im Bereich psychologischer Tests wird seit langem so verfahren.[30]

Setzt sich der Arbeitgeber über die ihm gezogenen Grenzen hinweg, hat der Bewerber das »Recht zur Lüge«: Eine unrichtige Antwort berechtigt den Arbeitgeber auch dann nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrags nach § 123 BGB, wenn die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind.[31] Hierin liegt die einzige einigermaßen wirksame »Sanktion«, würde doch das bloße Recht zur Verweigerung der Auskunft in der konkreten Situation eines Bewerbers so gut wie gar nichts nützen.

b) Fragen und andere Formen der Informationsbeschaffung

Einstellungsuntersuchung und psychologischer Test
Verlangt der Arbeitgeber die Vornahme einer Einstellungsuntersuchung, kann er sein Recht zur Informationserhebung dadurch nicht erweitern. Der Arzt ist verpflichtet, dem Arbeitgeber lediglich seine Schlußfolgerungen mitzuteilen, wobei durchaus graduelle Unterscheidungen wie «mit Einschränkungen geeignet«, »geeignet« oder »hervorragend geeignet« gemacht werden können. Dabei ist ausschließlich auf den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz abzustellen. Die zugrundeliegenden Untersuchungsergebnisse wie etwa Röntgenaufnahmen, Ergebnisse der Blutsenkung, Feststellung von Reflexen usw. unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht und sind deshalb dem Arbeitgeber nicht zugänglich.[32] Der Bewerber kann den Arzt insoweit auch nicht von der Schweigepflicht entbinden, da die Grenzen des arbeitgeberseitigen Fragerechts nicht dispositiv sind.[33]

Ähnliche Grundsätze wie für die Einstellungsuntersuchung gelten auch für psychologische Tests. Sie müssen sich von vornherein auf solche Eigenschaften beschränken, die für die in Aussicht genommene Tätigkeit von Bedeutung sind. Allgemeine Intelligenztests

23) So zuletzt *BAG* NZA 1986, 739 und *BAG* DB 1987, 1049; in der Literatur *H.P. Moritz*, NZA 1987, 331 ff. m.w.N. – dort auch zur Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers.
24) Siehe oben II. 3.
25) *BVerfG* CR 1992, 368.
26) *Däubler* (FN 21), Rdnr. 150 ff.; Überblick über die Grenzen des »Fragerechts« des Arbeitgebers auch bei *Klebe*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Schneider, BetrVG, Kommentar für die Praxis, 4. Aufl., Köln 1993, § 94 Rdnr. 11 ff.; *H.-P. Moritz*, NZA 1987, 329 ff.; *Tinnefeld/Ehmann* (FN 4), S. 115 ff.; *Wedde*, CR 1992, 680.
27) *BAG* DB 1993, 435; dazu *Schatzschneider*, NJW 1993, 1115.
28) *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 12), § 13 Anm. 7.2.
29) Dazu *Däubler* (FN 21), Rdnr. 134.
30) Nachweise bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 7. Aufl., Reinbek 1992, S. 89 (2.2.2.3.).
31) *BAG* AP Nr. 2 zu § 123 BGB, st. Rspr.; vgl. auch *H.-P. Moritz*, NZA 1987, 336.
32) *Keller*, NZA 1988, 562.
33) Vgl. auch *Däubler*, BB 1989, 282 ff.; *Tinnefeld/Böhm*, DuD 1992, 64.

oder Persönlichkeitsprofile sind als übermäßiger Eingriff in die Persönlichkeitssphäre rechtswidrig.[34] Auch hier gilt, daß der die Untersuchung vornehmende Psychologe dem Arbeitgeber lediglich Ergebnisse in bezug auf die Eignung mitzuteilen hat, nicht aber irgendwelche Einzelresultate.[35] Generell unzulässig sind Streßinterviews.[36]

Genomanalyse

Bedenken erfährt erst recht die Genomanalyse. Bei ihr geht das Eindringen in die Persönlichkeitssphäre so weit, daß der Untersuchende sehr viel mehr über den Untersuchten weiß als dieser von sich selbst. Die Mitteilung, man sei ein »Risikotyp« und habe alle Aussicht, in den nächsten 10-15 Jahren an einer unheilbaren Krankheit zu sterben,[37] kann den Lebensmut und die Planung für die Zukunft nachhaltig beeinträchtigen. Das Festhalten bestimmter »Anfälligkeiten« und »Auffälligkeiten« schafft überdies eine Abstempelung auf dem Arbeitsmarkt; in Form der »Gen-Behinderten« kann eine neue Problemgruppe entstehen.[38] Auch ist bei der Konzipierung rechtlicher Regeln das außerordentlich hohe »Datenentstehungsrisiko« zu beachten; schon ein einzelnes abgeschnittenes Haar kann in Zukunft bei Bedarf weitreichende Einblicke in die Existenz des einzelnen vermitteln.[39]

Nach traditionellen Maßstäben ist die Genomanalyse gegenüber Bewerbern unzulässig. Zwar mag es ein Arbeitgeberinteresse geben, z. B. die Anfälligkeit oder Robustheit des Bewerbers in bezug auf bestimmte Umweltbelastungen zu kennen, doch ist dieses kein »berechtigtes« Interesse: Nach unserem Rechtsverständnis ist die Arbeitskraft keine total transparente Ware; die Intimsphäre des einzelnen – und dazu zählt auch die genetische »Vorprogrammierung« – muß gewahrt bleiben. Selbst wenn man dies anders sehen würde, wäre es jedenfalls nicht gerechtfertigt, wegen des relativ geringen Erkenntnisgewinns beim Arbeitgeber (es geht immer nur um größere oder kleinere Wahrscheinlichkeiten) den ganzen Menschen zu »durchleuchten«.[40]

Eine Ausnahme soll einmal dann gelten, wenn es um die Ermittlung einzelner Risikofaktoren geht, die gerade an dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz von Bedeutung sind.[41] Den Interessen beider Seiten an der Vermeidung unnötiger Erkrankungen ist jedoch schon dadurch Rechnung getragen, daß der Bewerber auf mögliche Gefährdungen hingewiesen und zugleich davon informiert wird, daß er seine mögliche Krankheitsdisposition auf eigene Initiative klären lassen kann.[42] In diesem Fall kann er selbst entscheiden, ob er sich einem besonders hohen Gesundheitsrisiko aussetzen will oder nicht. Nur bei einer solchen Handhabung bleibt auch das »Recht auf Nichtwissen« in dem Sinne gewahrt, daß der einzelne darüber befinden kann, ob er überhaupt von seinem »inneren Lebensfahrplan« Kenntnis nehmen oder ob er wie alle früheren Generationen mit der relativen Ungewißheit eines günstigen oder ungünstigen Schicksals leben will.[43] Eine weitere Ausnahme wird in bezug auf Krankheiten erwogen, deren plötzlicher Ausbruch Dritte gefährden könnte[44] – eine sehr viel plausiblere These, der beim aktuellen Stand der Wissenschaft jedoch noch keine praktische Bedeutung zukommt.

2. Datenerhebung bei Dritten

a) Entsprechende Anwendung der Grundsätze über das Fragerecht

Der Arbeitgeber wird häufig den Versuch unternehmen, durch Einschaltung Dritter eine vollständigere Beurteilung von Bewerbern zu erhalten: Er telefoniert etwa mit dem früheren Arbeitgeber, wendet sich wegen der Vermögensverhältnisse an eine Auskunftei oder nimmt das Angebot eines gegebenenfalls bestehenden Branchenauskunftsdienstes in Anspruch. Würde man hier die eben beschriebenen Grenzen des Fragerechts nicht anwenden, ließen sie sich ohne Schwierigkeiten umgehen. Mit Recht vertritt daher die ganz herrschende Meinung den Standpunkt, daß der Arbeitgeber auch insoweit auf Informationen beschränkt ist, an deren Kenntnis er ein »berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse« besitzt.[45] Gegenargumente sind nicht ersichtlich. Der Arbeitgeber darf daher die Vermögensverhältnisse nicht über eine Auskunftei und etwaige nicht einschlägige Vorstrafen nicht durch Befragung des früheren Arbeitgebers oder von Nachbarn ermitteln.

b) Vorrang der Direkterhebung

Es bedarf keiner großen Phantasie, um sich vorzustellen, wie die Grenzen der Datenerhebung in diesen Fällen relativ problemlos überschritten werden. So läßt sich der Inhalt eines Telefongesprächs mit der früheren

34) Einzelheiten bei *Däubler* (FN 30), S. 88 ff. (unter 2.2.2.3.) m.w.N.
35) *Küpferle/Wohlgemuth*, Personaldatenverarbeitende Systeme. Rechtsprobleme und Argumentationsmöglichkeiten aus der Sicht der Beschäftigten, Köln 1987, Rdnr. 32.
36) *Däubler* (FN 30), S. 90 (2.2.2.4.) m.w.N.
37) Siehe das Beispiel der Krankheit Chorea Huntington, bei uns bekannt unter dem Namen Veitstanz, die in der Regel erst ab dem 30. Lebensjahr auftritt. Die Anlage hierzu läßt sich an einem defekten Gen im menschlichen Chromosom Nr. 4 nachweisen, eine solche Feststellung ist ohne großen Aufwand möglich. Siehe *Schierbaum/Kiper*, AiB 1992, 624 f.
38) *Bahl/Raabe*, WSI-Mitt. 1989, 758; *Däubler* (FN 30), S. 91; *Diekgräf*, BB 1991, 1857; *Klees*, AiB 1986, 57; *Taeger*, Medizinische Genetik 1992, 45.
39) *Steinmüller*, DuD 1993, 8.
40) Für grundsätzliche Unzulässigkeit *Diekgräf*, BB 1991, 1858 (mit der Ausnahme einer proteinchemischen Untersuchung); *Taeger*, Medizinische Genetik 1992, 47; *Schierbaum/Kiper*, AiB 1992, 630; *Wiese*, RdA 1988, 218 (mit den gleich zu erörternden Ausnahmen).
41) *Wiese*, RdA 1988, 218.
42) Für diese Lösung auch *Menzel*, NJW 1989, 2043; siehe weiter *Tinnefeld*, NJW 1993, 1118.
43) Ein »Recht auf Nichtwissen« bejahend *Diekgräf*, BB 1991, 1857; *Menzel*, NJW 1989, 2042; *Tinnefeld/Böhm*, DuD 1992, 63; *Wellbrock*, CR 1989, 209; *Wiese*, RdA 1988, 220.
44) *Wiese*, RdA 1988, 218.
45) *Blomeyer*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 97 Rdnr. 19; *Gola*, DuD 1986, 232; *Küpferle*, Datenschutz für Arbeitnehmer, München 1986, S. 133; *Kuhla*, Datenschutz im Beamten- und Arbeitsverhältnis, Darmstadt 1983, S. 121; *Kroll*, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, Königstein/Ts. 1981, S. 87; *Simitis*, in: Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.), Schutz von Arbeitnehmerdaten. Regelungsdefizite – Lösungsvorschläge, Bonn 1980, S. 102; *Wohlgemuth*, Beilage 21/1985 zu DB, S. 6; a.A. *Zöllner*, Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Köln 1983, S. 45.

Firma ebensowenig kontrollieren wie die Einschaltung einer Auskunftei, deren Informationsbereitschaft weit über das gesetzlich zulässige Maß hinausreicht. Von daher kann im Einzelfall der Zustand eintreten, daß der einzelne (hier: der Bewerber) nicht mehr weiß, über welches Datenmaterial der Arbeitgeber verfügt und auf welche Quellen er sich dabei stützt. Ein solcher Zustand ist aber in der Volkszählungsentscheidung explizit für verfassungswidrig erklärt worden, und zwar generell, nicht nur auf das Verhältnis Bürger/Staat bezogen.[46] In der Literatur ist daraus zum Teil der Schluß gezogen worden, eine Informationsgewinnung durch Einschaltung von Dritten oder durch heimliche Observation sei generell unzulässig.[47]

Aus dem in § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG enthaltenen Gebot, Daten nach den Regeln von Treu und Glauben zu erheben, läßt sich bei isolierter Betrachtung weder eine Exklusivität noch auch nur ein Vorrang der Direkterhebung ableiten. Für einen Vorrang sprechen jedoch zwei andere Gesichtspunkte. Zum einen wird nur auf diesem Wege im Bereich der öffentlichen Bediensteten ein schwer lösbarer Wertungswiderspruch vermieden: Da § 12 Abs. 4 BDSG nicht nur den § 13 BDSG unberührt läßt, sondern auch auf § 28 BDSG in seiner Gesamtheit verweist, müßte man gleichzeitig zwei einander widersprechende Normen (§ 13: »Erhebung bei Dritten grundsätzlich verboten« – § 28 Abs. 1 Satz 2: »Erhebung bei Dritten grundsätzlich erlaubt«) anwenden. Dies kann nicht Sinn des Gesetzes sein, das bei aller Unvollkommenheit als systematische Einheit verstanden werden muß.[48] Zum zweiten liegt in der Einschaltung und Befragung Dritter der im Vergleich zur Direkterhebung weitergehende Eingriff in die Persönlichkeitssphäre – der Betroffene kann nicht steuern, welche (richtigen, halbrichtigen oder falschen) Informationen an den anderen gelangen, er hat insbesondere nicht die Möglichkeit, unrichtige Tatsachenangaben zu berichtigen und fragwürdigen Wertungen entgegenzutreten. Gerade in einem »asymmetrischen« Verhältnis wie dem zwischen Bewerber und Arbeitgeber muß grundsätzlich die weniger belastende Variante gewählt werden – dies bedeutet Direkterhebung statt Rückgriff auf die Auskünfte Dritter.

Nicht anders als im öffentlichen Bereich sind auch hier Ausnahmen denkbar, bei denen ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse für den belastenderen Weg spricht, weil sonst legitime Informationsinteressen nicht befriedigt werden könnten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Anhaltspunkte für unrichtige Angaben des Bewerbers bestehen oder wenn Aussagen über die bisherige berufliche Tätigkeit (z. B. in Zeugnissen) so unspezifisch sind, daß der Arbeitgeber sich kein sicheres Bild von den Qualifikationen des Bewerbers machen kann. Auch in diesen Fällen darf es allerdings nicht bei dem »heimlichen Informationsaustausch« bleiben. In entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 5 des Gesetzes zu Art. 10 GG ist der Betroffene vielmehr davon zu informieren, aus welchen Quellen der Arbeitgeber geschöpft hat.[49] Dies mag ungewöhnlich erscheinen, ist aber notwendige Voraussetzung für die vom *Bundesverfassungsgericht* gewollte Datentransparenz.

c) Einschaltung der Verfassungsschutzbehörden

Nach den dargelegten Grundsätzen ist der Arbeitgeber prinzipiell nicht befugt, sich bei Verfassungsschutzbehörden über das »Vorleben« eines Bewerbers zu erkundigen, etwa seine Parteizugehörigkeit oder die Teilnahme an Demonstrationen auf diesem Weg zu erfahren.[50] Daneben würde die Herausgabe entsprechender Informationen durch die Sicherheitsbehörden auch deren gesetzlichen Auftrag überschreiten.[51]

Die Situation stellt sich anders dar, wenn es um eine Beschäftigung in einem sogenannten sicherheitsempfindlichen Bereich geht. Hier ist der Arbeitgeber in der Regel seinerseits verpflichtet, nur »sicherheitsüberprüfte« Personen einzustellen, da er andernfalls weitere Staatsaufträge (etwa im Rüstungssektor) oder seine Betriebsgenehmigung (etwa im Bereich kerntechnischer Anlagen) aufs Spiel setzen würde. In solchen Fällen eine Sicherheitsprüfung durch die Ämter für Verfassungsschutz zu initiieren, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber selbst gar nicht über die Möglichkeiten verfügt, entsprechende Informationen zu sammeln.[52] Das Ergebnis der Überprüfung ist dem einzelnen mitzuteilen,[53] damit er sich gegen unrichtige Entscheidungen gegebenenfalls gerichtlich zur Wehr setzen kann.[54]

3. Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen?

Kaum erörtert ist bislang die Frage, inwieweit der Arbeitgeber Informationen verwerten darf, die außerhalb seines »Fragerechts« liegen, die er aber ohne besondere

46) BVerfGE 65, 1, 43 = NJW 1984, 419, 422: »Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.«

47) *Baumann*, DVBl. 1984, 615.

48) Die Schwierigkeiten dürften daher rühren, daß § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG erst im Vermittlungsausschuß eingefügt wurde und eine Harmonisierung mit den übrigen Bestimmungen unterblieb. Dies entbindet den Interpreten aber nicht von der Pflicht, eine möglichst widerspruchsfreie Lösung zu entwickeln. Für eine Heranziehung des § 13 im Rahmen der Konkretisierung des § 28 Abs. 1 Satz 2 auch *Dammann*, NVwZ 1991, 642; *Dörr/Schmidt* (FN 9), § 28 Rdnr. 19; *Walz*, CR 1991, 642. *Tinnefeld/Ehmann* (FN 4), S. 115 verweisen ergänzend darauf, die Unterschiede zwischen öffentlichen Bediensteten und sonstigen Arbeitnehmern dürften nicht zu kraß werden; s. auch schon oben bei FN 19.

49) Dafür auch *Bull*, Ziele und Mittel des Datenschutzes, Königstein/Ts. 1981, S. 29 für den Fall heimlicher Ermittlungen aufgrund von Sicherheitsinteressen. Vgl. weiter *BGH* AP Nr. 2 zu § 630 BGB, wonach der Arbeitnehmer »auf Verlangen« davon zu informieren ist, welche Tatsachen anderen Arbeitgebern mitgeteilt wurden.

50) Vgl. *Kroll* (FN 45), S. 86 ff., sowie *ArbG München* AiB 1988, 267 m. Anm. *Degen*.

51) Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz vom 29.12.1990, BGBl I, 2970, § 3.

52) *Kroll* (FN 45), S. 88. Vgl. auch *Griese*, Zur Notwendigkeit und Effektivität eines verbesserten datenrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht, Berlin 1987, S. 77, sowie den eingehend die Praxis dokumentierenden Fall der KFA Jülich: *BAG* CR 1992, 101 ff.

53) *Bull* (FN 49), S. 29.

54) Vgl. dazu *BVerwG* RDV 1988, 263 und *BVerwG* JZ 1991, 558 ff. mit krit. Anm. *Kröger*, das eine verfassungsunmittelbare Beschränkung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch die staatlichen Geheimhaltungsinteressen annimmt. Weniger restriktiv auf der Grundlage des § 19 BDSG 1990 (in einem allerdings den Bundesgrenzschutz und nicht die Geheimdienste betreffenden Fall) *BVerwG* JZ 1992, 360 ff.; dazu *Knemeyer*, JZ 1992, 348 ff.

Anstrengungen aus öffentlich zugänglichen Unterlagen erlangen kann. Darf etwa ein in der Lokalzeitung veröffentlichter Leserbrief, der dem Arbeitgeber mißfallen hat, eine Rolle spielen? Wie steht es mit Kandidaturen zum Kommunalparlament oder zum Landtag, die sich aus dem Stimmzettel ergeben? Darf die Teilnahme an einer Anti-AKW-Demonstration berücksichtigt werden?

Das *Bundesverfassungsgericht* hat diese Problematik in der Volkszählungsentscheidung nur gestreift.[55] Immerhin hat es als Beispiel für eine unzulässige Beschränkung der informationellen Selbstbestimmung den Fall genannt, daß die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative (und damit öffentliches Tun!) behördlich registriert wird und der einzelne deshalb (zumindest nach seiner Vorstellung) Risiken eingeht.[56] In der Tat kann es für den Betroffenen keinen Unterschied machen, wie der Arbeitgeber zu seinen Informationen kam; die Gefahr, daß Daten aus ihrem ursprünglichen Kontext herausgenommen und für die ganz anderen Zwecke der Bewerberauswahl verwendet werden, ist manifest. Das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach sich jedermann aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichten kann, enthält nicht die zusätzliche Befugnis, die so gewonnenen Informationen mit anderen zu verknüpfen und damit beispielsweise ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen.[57] Die Tatsache, daß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG nunmehr eine Speicherung in Dateien zuläßt,[58] ist ohne Bedeutung, da diese Bestimmung nur dann eingreift, wenn im konkreten Fall keine Sonderregeln aus einem »vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis« im Sinne von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG bestehen.[59] Dies bedeutet, daß der Arbeitgeber nur auf solche Fakten zurückgreifen darf, die sich innerhalb seines »Fragerechts« bewegen.

55) *Busch*, DVBl. 1984, 387.
56) BVerfGE 65, 1, 43 = NJW 1984, 422: »Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Artt. 8, 9 GG) verzichten«.
57) *Simitis*, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Kommentar zum BDSG, 3. Aufl., Baden-Baden 1981, § 23 Rdnr. 77.
58) Anders noch § 23 Satz 2 BDSG 1977, der nur eine Speicherung in nichtautomatisierten Verfahren zuließ.
59) Zum Vorrang des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 gegenüber Nr. 2 und 3 siehe *Däubler* (FN 21), Rdnr. 184 ff. m.w.N.
60) *Kroll* (FN 45), S. 95; *Linnenkohl/Rauschenberg*, BB 1986, 1716.
61) Vgl. *Kuhla* (FN 45), S. 162. Richtig *BAG* DB 1987, 1049: »Was der Arbeitgeber im Anbahnungsverhältnis über die Eignung des Bewerbers wissen muß, braucht sich nicht mit den Kenntnissen zu decken, die er später für den Arbeitseinsatz benötigt«.
62) Ebenso *Zöllner* (FN 45), S. 42.
63) *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG, Handkommentar, 17. Aufl., München 1992, § 94 Rdnr. 15. Weitergehend *BAG* DB 1987, 1050.
64) *LAG Berlin* DuD 1992, 548. Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn deutliche Anhaltspunkte für eine Gefährdung Dritter bestehen – so beim Kraftfahrer, der an Augenproblemen leidet.
65) Überblick bei *Schierbaum/Kiper*, AiB 1992, 631. Zur arbeitsvertraglichen Pflicht, sich den entsprechenden Untersuchungen zu unterziehen, siehe *Wiese*, RdA 1986, 125.
66) *Diekgräf*, BB 1991, 1858. Zur Genomanalyse siehe oben III. 1. b.

IV. Datenerhebung gegenüber Beschäftigten

1. Ausgangsbasis

Wird ein Bewerber eingestellt, so tritt keine grundsätzliche Änderung im Hinblick auf die abzuwägenden Interessen sowie das zu beachtende Verfahren (Direkterhebung!) ein.[60] Der Arbeitgeber kann auch jetzt nur solche Daten erheben, die er im Interesse der Funktionsfähigkeit des Unternehmens benötigt. Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer nunmehr in einen arbeitsteiligen Zusammenhang integriert ist, läßt diese Voraussetzung freilich häufiger als in der Bewerbungssituation eintreten, was nicht zuletzt die Betriebsdatenerfassung deutlich macht.[61] Im einzelnen gilt folgendes:

2. Privatsphäre und Konsumverhalten

Die privaten Lebensverhältnisse des einzelnen sind für den Arbeitgeber weiterhin grundsätzlich ohne Interesse. Dasselbe gilt für das Verhalten während der Pausen und in der Kantine.[62] Welches Essen der Arbeitnehmer wählt, welche Waren er kauft und wieviel Benzin er tankt, hat mit dem Arbeitsverhältnis auch dann nichts zu tun, wenn Vorzugspreise gewährt werden. Soweit der Arbeitgeber – ähnlich wie ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Kunden – zu Abrechnungszwecken Daten erfaßt, sind diese als »verbraucherbezogen« streng von den arbeitnehmerbezogenen zu trennen.

3. Daten zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses

a) Lohnabrechnung

Eine Reihe von persönlichen Merkmalen ist für das Arbeitsverhältnis von Interesse, die in der Einstellungssituation keine Rolle spielen dürfen. So erhält etwa der Arbeitgeber aufgrund der Lohnsteuerkarte automatisch Kenntnis von Familienstand, Kinderzahl und Konfession; entsprechende Fragen an einen Arbeitnehmer sind daher aus begründetem Anlaß (etwa bei abhanden gekommener Lohnsteuerkarte) zulässig.[63] Entscheidend kommt es darauf an, daß diese Daten nur zu Abrechnungszwecken verwendet werden.

b) Daten zu Gesundheit und Schwangerschaft

Allein aus dem »Zweck« des Arbeitsverhältnisses heraus ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, den einzelnen Arbeitnehmer zu einer ärztlichen Untersuchung zu veranlassen; auch eine entsprechende arbeitsvertragliche Nebenpflicht existiert nicht.[64] Anderes gilt in den recht zahlreichen Fällen, in denen das Arbeitsschutzrecht Vorsorgeuntersuchungen vorschreibt.[65] Von ihrem Gegenstand her sind sie auf »arbeitsbezogene« Faktoren beschränkt und dürfen sich deshalb – genau wie Einstellungsuntersuchungen – nicht auf alle denkbaren Aspekte des Gesundheitsschutzes beziehen. Unzulässig ist die Anwendung gentechnischer Verfahren.[66]

c) Daten zum Arbeitsverhalten

Häufigster Erhebungsgegenstand wird das Leistungsverhalten der Arbeitnehmer sein, das durch Menschen, aber auch durch technische Einrichtungen erfaßt werden kann. Im letzteren Fall besteht die Gefahr, daß das Verhalten des einzelnen bei der Arbeit sekundengenau erfaßt wird und er sich permanenter Kontrolle ausgesetzt sieht. Auch ist es denkbar, daß zusammen mit anderen Angaben eine Art »Persönlichkeitsprofil« entsteht, also ein mehr oder weniger vollständiges Abbild aller Stärken und Schwächen einer Person innerhalb eines Lebensbereichs. Eine Datenerhebung dieser Intensität läßt sich nicht rechtfertigen, da sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstellen würde.[67] Die Funktionsfähigkeit des Unternehmens verlangt solche Maßnahmen nicht. Sie ist auch dann ungefährdet, wenn lediglich Stichproben gemacht werden oder wenn – etwa bei der Betriebsdatenerfassung – der Personenbezug unverzüglich gelöscht wird. Entsprechende Aussagen finden sich bereits in der Mikrozensusentscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 16. Juli 1969, in der ausdrücklich von einem Verbot die Rede ist, »den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren«.[68] Schließlich ließe sich schwerlich behaupten, daß diese Art Informationserhebung mit den Geboten von Treu und Glauben nach § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG vereinbar wäre.

d) Insbesondere: Videokamera

Verwandte Probleme ergeben sich dann, wenn Videokameras zur Überwachung eingesetzt werden. Die Verwendung dieses Mittels stellt einen Eingriff in das Recht am eigenen Bild im Sinne des § 22 KUG[69] sowie – was seltener hervorgehoben wird – in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, zu dem auch die Möglichkeit gehört, ohne Kontrolle durch Dritte mit anderen Menschen zu kommunizieren. Eingriffe sind im Interesse höherrangiger Rechtsgüter zulässig, müssen sich jedoch auf das unabdingbar Notwendige beschränken. So ist der Einsatz von Kameras in Warenhäusern möglich, um bei Diebstählen Gegenmaßnahmen ergreifen zu können, doch müssen die Beschäftigten Gelegenheit haben, sich in einen unbeobachteten Teil zurückzuziehen.[70] Auch in Schalterräumen von Banken können Videokameras angebracht werden, um bei Überfällen Beweismaterial zu haben; die Aufnahmen müssen jedoch nach kürzester Zeit wieder gelöscht und dürfen nicht zur Überwachung des Arbeitsverhaltens eingesetzt werden. Eine »versteckte Kamera« ist generell unzulässig; eine zeitlich eng begrenzte Ausnahme gilt dann, wenn andernfalls der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung nicht aufgeklärt werden kann.[71]

e) Insbesondere: Telefondaten

Besondere Probleme wirft die Erhebung von Telefondaten auf. An sich unterscheidet das Post- und Fernmeldegeheimnis nicht zwischen den äußeren Daten wie Apparatnummer, Zeit und Dauer des Gesprächs usw. und dem Gesprächsinhalt,[72] doch werden beide in der Rechtsprechung durchaus unterschiedlich behandelt.

Was die äußeren Gesprächsdaten betrifft, so gehen *BAG*[73] und *BVerwG*[74] davon aus, daß sie auch in automatisierter Form erfaßt werden dürfen, um so dem Arbeitgeber eine Kostenkontrolle zu ermöglichen. Art. 10 GG sei nicht verletzt, da er den Benutzer eines Apparates nicht vor einer Kenntnisnahme durch den Anschlußinhaber schütze. Wenigstens unterliegt die Telefondatenerfassung der Mitbestimmung des Betriebs- bzw. Personalrats.[75]

Beim Gesprächsinhalt wird in der neuesten Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zwar (erstaunlicherweise) nicht auf Art. 10 GG zurückgegriffen, doch aufgrund des aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Rechts am eigenen Wort ein beträchtlicher Schutz erreicht:[76] Das Arbeitsverhältnis berechtigt den Arbeitgeber (oder seine Beauftragten) nicht zum Mithören von Gesprächen, es sei denn, er könne sich auf ein überwiegendes Interesse oder die Einwilligung des Beschäftigten stützen.[77] Auch der Charakter als »Dienstgespräch« spielt insoweit keine entscheidende Rolle.

4. Erweiterte Datenerhebung im Hinblick auf eine mögliche »soziale Auswahl«?

a) Problemstellung

Ein besonders umfassendes Informationsbedürfnis könnte der Arbeitgeber im Hinblick auf die Bestimmung des § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz KSchG entwikkeln. Danach hat er auf Verlangen des betroffenen Arbeitnehmers »die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben«. Nach der Rechtsprechung des *BAG* müssen dabei neben der Dauer der Betriebszugehörigkeit, dem Lebensalter und der Existenz unterhaltsberechtigter Angehöriger alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden.[78] Dazu können auch besonders gute oder besonders schlechte Vermögensverhältnisse oder Krankheiten von Familienangehörigen zählen.

b) Bisherige Lösungsansätze

Keine Lösung bringt die verbreitete und im Prinzip zutreffende Aussage, wonach der zitierte Passus des

67) Ähnlich *Bull* (FN 49), S. 43: Wirtschaftliche Interessen rechtfertigen kein Persönlichkeitsprofil; *Heilmann*, AiB 1988, 22; *Zöllner* (FN 45), S. 44 (bei Totalüberwachung durch Kamera).
68) BVerfGE 27, 1, 6. Die Aussage bezieht sich auf das Bürger-Staat-Verhältnis.
69) *Ahlf*, CR 1991, 425.
70) Siehe etwa den Fall *SG München* RDV 1992, 85 f., das allerdings erstaunlicherweise kein »überwiegendes« Arbeitgeberinteresse verlangte.
71) Vgl. *BAG* RDV 1992, 178 und *LAG Berlin* RDV 1989, 248 f.
72) *BVerfG* NJW 1992, 1875.
73) NJW 1987, 674.
74) NVwZ 1990, 71; zustimmend *VGH Baden-Württemberg* RDV 1991, 145.
75) Dazu *Däubler* (FN 21), Rdnr. 485 ff. und 569.
76) *BVerfG* CR 1992, 498 = DB 1992, 786.
77) Dazu auch die zutreffende Besprechung von *Linnenkohl*, RDV 1992, 205 ff.
78) *BAG* DB 1983, 1824.

KSchG als Spezialnorm dem BDSG vorgeht.[79] Geregelt ist dort ausschließlich die Übermittlung der Daten an das Gericht und die Gegenpartei einschließlich einer eventuellen Erörterung in mündlicher Verhandlung, nicht aber das Erhebungsrecht des Arbeitgebers. Dieses bestimmt sich vielmehr nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen. Wenig befriedigend ist es, den Arbeitgeber von eigenen Nachforschungen zu dispensieren und ihn auf die Verwertung derjenigen Informationen zu beschränken, die ihm freiwillig von den in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmern gemacht werden.[80] Dies führt im Ergebnis dazu, daß derjenige am ehesten begünstigt ist, der die weitesten Einblicke in seine Privatsphäre gestattet – ein wenig akzeptabler Zustand: Wer sich gegen eine Bekanntgabe von Daten entscheidet (weil er vielleicht den Arbeitgeber nicht wissen lassen möchte, daß ein Familienangehöriger drogenabhängig ist), hat gravierende Nachteile zu erwarten.

c) Einführung von Verwertungsverboten

Ein verfassungskonformer Zustand wäre einmal dadurch herstellbar, daß die privaten Lebensverhältnisse generell aus dem Kreis der Faktoren ausgeklammert würden, die bei der sozialen Auswahl zu berücksichtigen sind. Da die Rechtsprechung diesen Weg – wohl zutreffenderweise – nicht gegangen ist, bleibt als zweites nur die Möglichkeit, auch die Privatsphäre offenzulegen, den Arbeitnehmer aber gleichzeitig davor zu schützen, daß der Arbeitgeber damit alle sonstigen Grenzen des Fragerechts einreißt.

Anders als bei medizinischen Daten ist dies nicht durch eine Beschränkung seines Erhebungsrechts und durch Geheimhaltung seitens des Werksarztes möglich, da es keinen »Sozialauswahlbeauftragten« gibt. Vielmehr helfen nur zwingende Verwertungsverbote. Sie lassen sich am ehesten in der Weise absichern, daß die für die Zwecke des § 1 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz KSchG erhobenen Daten von den übrigen Arbeitnehmerdaten separiert werden und ein Zugriff nur für den Fall einer effektiv erfolgenden betriebsbedingten Kündigung möglich ist.

5. Rolle der Berufsgeheimnisse

Sonderregeln gelten in bezug auf solche Arbeitnehmer, die – etwa als Ärzte oder Psychologen – ihr dienstlich erworbenes Wissen gemäß § 203 StGB nicht an Dritte weitergeben dürfen. Ihnen gegenüber ist auch das Recht des Arbeitgebers zur Erhebung von Informationen beschränkt. So dürfen etwa die Daten der von einem angestellten Psychologen geführten Telefongespräche wie Uhrzeit, Zielnummer, Anzahl der vertelefonierten Einheiten usw. nicht festgehalten werden.[81] Das Berufsgeheimnis hat den Vorrang vor den Arbeitgeberinteressen.

6. Wissenschaftliche Betätigung

Die wissenschaftliche Betätigung hat durch das BDSG 1990 eine ausdrückliche Absicherung erfahren. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 2 Nr. 2 BDSG stellt die Forschung einen spezifischen Verarbeitungs- und Nutzungsgrund dar – ein Privileg, das durch das Gebot möglichst frühzeitiger Anonymisierung nach § 40 Abs. 3 Satz 1 BDSG für die Betroffenen erträglicher gemacht wird. § 40 Abs. 1 BDSG stellt ausdrücklich klar, daß nur eine Verarbeitung und Nutzung zu wissenschaftlichen Zwecken erfolgen darf. Dies bedeutet, daß nichtwissenschaftliche Stellen keinen Zugriff haben dürfen: Die Haushaltsabteilung einer Universität darf daher Telefondaten nicht erfassen, aus denen sich Interviewpartner rückschließen lassen. Die Speicherung von Forschungsergebnissen muß so erfolgen, daß eine Verknüpfung mit anderen Daten ausscheidet – insoweit besteht nicht anders als bei Geheimnisträgern eine Art »autonomer Insel« innerhalb des Betriebs oder der Dienststelle.[82]

7. Einschaltung Dritter

Auch im Verhältnis zu Beschäftigten kann das Problem auftauchen, daß sich der Arbeitgeber nicht an diese selbst, sondern an Dritte wenden will. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie gegenüber Bewerbern.[83] Eine Sicherheitsüberprüfung durch die Ämter für Verfassungsschutz kommt nur in sogenannten sicherheitsempfindlichen Bereichen in Betracht; auch dort setzt sie voraus, daß der Arbeitgeber andernfalls erhebliche Nachteile wie den Entzug von Aufträgen oder gar der Betriebsgenehmigung gewärtigen müßte.[84] Dem Vorrang der Direkterhebung entspricht es, daß die Einschaltung von Detektiven nur als letztes Mittel zulässig ist, wenn andernfalls der Verdacht schwerwiegender Straftaten nicht geklärt werden kann.[85]

V. Übertragbarkeit auf andere Rechtsgebiete

1. Unterschiedliche Ausgangssituation

Die sehr ins einzelne gehenden Regeln über die Datenerhebung durch den Arbeitgeber können nicht unbesehen auf andere Rechtsverhältnisse übertragen werden. Die Ausgangssituationen beider Seiten und die grundrechtlich geschützten Interessen beider Partner variieren je nach dem in Rede stehenden Vertragstypus.

79) So *BAG* NJW 1984, 79 re. Spalte; *Achenbach*, NZA 1984, 280; wohl auch *Gola*, DuD 1984, 33.
80) So aber *Kroll* (FN 45), S. 102 ff.
81) So ausdrücklich *BAG* DB 1987, 1153. Dies wird nunmehr durch § 39 BDSG bestätigt.
82) Zur informationellen Gewaltenteilung im Betrieb siehe *Däubler* (FN 21), Rdnr. 211 ff.
83) Siehe oben III. 2.
84) Die Frage, inwieweit der einzelne Arbeitnehmer den entsprechenden Fragebogen ausfüllen muß, blieb offen in *BAG* DB 1984, 139. Eindeutig ablehnend gegen eine Sicherheitsüberprüfung anläßlich der Beherbergung der italienischen Fußball-Nationalmannschaft *Bösche/Grimberg*, AiB 1988, 219 unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des *ArbG Frankfurt/Main*.
85) *LAG Düsseldorf* BB 1979, 1294.

Übereinstimmung besteht lediglich insoweit, als überall dort, wo der einzelne auf den Vertragsabschluß angewiesen ist, ein faktischer »Zwang« zur Preisgabe von Informationen nicht weiter gehen darf, als dies zum Schutz der Grundrechte der Gegenseite zwingend geboten ist. Am Beispiel des Miet- und des Darlehensvertrags sei dies ein wenig konkretisiert.

2. Mietverträge

Was zunächst die Stellung eines Mietinteressenten betrifft, so ist an die Entscheidung des *BVerfG* zu erinnern, wonach Angaben wie eine Entmündigung verschwiegen werden dürfen, die die Chancen des Betroffenen auf dem Wohnungsmarkt zunichte machen würden, wenn andererseits keine erhebliche Gefährdung künftiger Ansprüche des Vermieters zu gewärtigen ist.[86] Der Sache nach geht es um eine Abwägung zwischen dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des potentiellen Mieters und dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Recht des Eigentümers, in der Nutzung seines Objekts nicht unangemessen behindert zu werden. Dies bedeutet, daß die Frage nach den Einkommensverhältnissen legitim ist, nicht aber die nach der Zugehörigkeit zu einer Partei oder Organisation. Auch Vorstrafen dürfen den Vermieter nicht interessieren. Die Frage, ob ein Paar verheiratet ist, spielt auch dann keine Rolle mehr, wenn nur an einen der beiden vermietet wird: Nachdem der *BGH* im Rahmen des Eintrittsrechts nach § 569 a BGB nunmehr die Ehe und die eheähnliche Gemeinschaft gleichstellt,[87] ist kein Interesse ersichtlich, weshalb hier eine Klärung erfolgen sollte. Die Frage nach einer bestehenden Schwangerschaft und – weitergehend – nach der Familienplanung greift sehr tief in den Persönlichkeitsbereich ein; dies läßt sich nicht rechtfertigen, da Kinder die Nutzung der Wohnung nicht wesentlich verändern. Die »Störung« (wenn man dieses Wort gebrauchen will) ist für den Vermieter jedenfalls erheblich geringer als für einen Arbeitgeber, der im Falle einer Schwangerschaft auf die betreffende Arbeitskraft während nicht ganz unerheblicher Zeit verzichten und überdies zusätzliche finanzielle Belastungen in Kauf nehmen muß. Im übrigen spielt auch die sexuelle Orientierung eines Mieters keine Rolle.

Insbesondere bei gewerblichen Mietern kann der Fall eintreten, daß die wirtschaftliche Situation des Vermieters in den Verhandlungen angesprochen wird. Das Fragerecht des Mieters reicht hier so weit wie sein Einsichtsrecht ins Grundbuch;[88] dieses ersteckt sich auch auf Belastungen, soweit dadurch das Risiko einer vorzeitigen Beendigung des Mietvertrags bei einer Zwangsversteigerung (§ 57 a ZVG) besser eingeschätzt werden kann. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Vermieters steht weiter dann auf dem Spiel, wenn es um die Spezifizierung des Eigenbedarfs bei einer Kündigung geht. Hier hat das *BVerfG* entschieden, daß Daten aus dem persönlichen Lebensbereich nicht mitgeteilt werden müssen, die für die Reaktion des Mieters nicht von Bedeutung sein können. Daß der (Eigenbedarf geltend machende) Vermieter in 75 km Entfernung ein eigenes Haus besaß, soll allerdings noch zum Kreis der relevanten Tatsachen zählen.[89]

Unrichtige Antworten berechtigen die andere Seite nur dann zur Anfechtung nach § 123 BGB, wenn die Grenzen des Fragerechts gewahrt blieben. Insoweit gelten die arbeitsrechtlichen Grundsätze entsprechend.[90] Ist der Vermieter nicht bereit, seine Karten in vollem Umfang auf den Tisch zu legen, riskiert er, daß die Kündigung nach § 564 a Abs. 3 BGB unwirksam ist.

3. Darlehensverträge

Bei Darlehensverträgen besteht insofern Übereinstimmung mit dem Mietrecht, als die Bank legitimerweise nur wirtschaftliche Interessen verfolgen, also nicht rein persönliche Verhältnisse abfragen darf. Eine Besonderheit besteht allerdings insoweit, als die Auszahlung eines Darlehens die Gefahr eines definitiven Rechtsverlustes mit sich bringt; wird die Bonität des Kunden falsch eingeschätzt, hilft in vielen Fällen – anders als beim Arbeitnehmer und beim Mieter – auch die Anfechtung nicht mehr. Dies rechtfertigt es, den Kreis der abzufragenden Daten relativ weit zu bestimmen. Dabei wird allerdings nach der Existenz und dem Umfang von Sicherungsrechten zu differenzieren sein; besteht für die Bank kein nennenswertes wirtschaftliches Risiko, kann sie auch keine umfassende Aufdeckung aller Einkommens- und Vermögensverhältnisse verlangen. Einzelheiten können im vorliegenden Zusammenhang nicht dargestellt werden.

86) *BVerfG* CR 1992, 368.
87) *BGH* NJW 1993, 999.
88) *BayObLG* NJW 1993, 1142.
89) *BVerfG* NJW 1992, 1379.
90) Dazu oben III. 1. a) a.E.