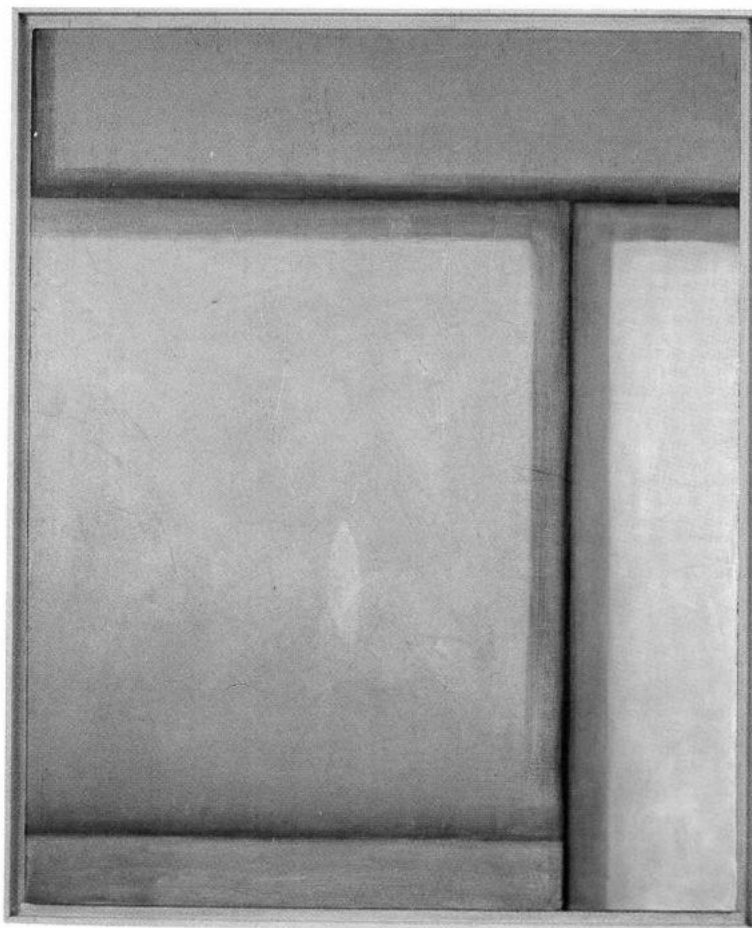


Marie-Theres Tinnefeld/Lothar Philipps/Susanne Heil (Hrsg.)

Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

11. Arbeitnehmerdatenschutz - ein Problem der EG?

Wolfgang Däubler

11.1 Das Interesse der Arbeitnehmer am Datenschutz

11.1.1 Die Ausgangssituation

Verbreiteter Einschätzung nach ist der einzelne nirgends so massierten Informationsansprüchen ausgesetzt wie im Arbeitsverhältnis.¹ Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit standen zunächst die Personalinformationssysteme, die aus EDV-gestützten Formen der Lohn- und Gehaltsabrechnung hervorgegangen sind. Die "computerisierte Personalakte" hat zwei Ursachen. Zum einen ist der Arbeitgeber nach geltendem Recht gezwungen, zahlreiche Angaben über seine Beschäftigten zu erheben und sie an staatliche Behörden weiterzuleiten.² Zum zweiten geht es darum, den Personaleinsatz als solchen zu rationalisieren, also dafür zu sorgen, daß Arbeitskräfte ihren Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechend eingesetzt werden. Dies setzt nicht nur präzise Informationen über die jeweiligen Arbeitsplätze und die mit ihnen verbundenen Anforderungen voraus, sondern verlangt auch umfassende Informationen über alle irgendwie arbeitsrelevanten Eigenschaften der in Frage stehenden Arbeitnehmer.³ Dazu können nicht nur Angaben über die vorhandene Qualifikation, sondern auch über die Gesundheit, über Fehlzeiten, über Auseinandersetzungen am Arbeitsplatz zählen.

Zu diesen "offenen" sind in den 80er Jahren verstärkt "verdeckte" Personalinformationssysteme hinzugekommen: Im Zusammenhang mit dem Arbeitsprozeß selbst fallen zahlreiche Daten an, die zumindest personenbeziehbar, wenn nicht unmittelbar personenbezogen sind.

Diese sog. Betriebsdatenerfassung beginnt etwa mit einer automatischen Zugangskontrolle: Das Werkstor oder die Türe zu einem bestimmten Arbeitsbereich öffnet sich nur, wenn ein codierter Ausweis mit der Personalnummer in einen Schlitz gesteckt wird.⁴ Ist der "Ausweisleser" mit dem zentralen Rechner verbunden, lassen sich sehr genau die "Kommens- und Gehenszeiten" erfassen. Ein weiterer Bereich betrifft das Telefonverhalten: Aufgezeichnet wird nicht nur der Apparat, von dem aus ein Gespräch geführt wird, sondern auch die angerufene Zielnummer, Beginn und Ende des Gesprächs sowie die angefallenen Gebühren – von weitergehenden Möglichkeiten einmal ganz abgesehen.⁵ Erstreckt man dieses auch auf (zugelassene) Privatgespräche, läßt sich

unschwer kontrollieren, in welchem Umfang beispielsweise Kundenkontakte gepflegt bzw. die Arbeit für private Zwecke unterbrochen wurde.

Während Zugangs- und Abgangskontrolle sowie Telefondatenerfassung nur einzelne Teile des Arbeitnehmerverhaltens betreffen, ist dies bei der Computerisierung von Produktionsvorgängen anders. Auftragsverfolgungssysteme sind in der Lage, den jeweiligen Bearbeitungsstand sekundengenau auszuweisen – was Rückschlüsse auf das Arbeitsverhalten der Beteiligten in puncto Schnelligkeit, Materialverbrauch usw. zuläßt. Bei der Textverarbeitung am PC könnte jede Betätigung der Korrekturtaste gespeichert und auf diese Weise festgehalten werden, wie oft sich die dort tätige Person vertippt hat. Bei einem Anschluß an einen zentralen Rechner wird üblicherweise die Nutzungszeit erfaßt und der jeweiligen Kostenstelle zugeordnet. Auch hier sind Rückfragen denkbar, weshalb sich ein oder mehrere Benutzer ungewöhnlich viel oder ungewöhnlich wenig in das Informationssystem einschaltet haben. Je intensiver der EDV-Einsatz um so präziser läßt sich das Arbeitnehmerverhalten erfassen. Dies gilt auch für die so viel diskutierte Telearbeit⁶, bei der ein großer Teil der arbeitsbezogenen Kommunikation über den Bildschirm läuft, die freilich auch Probleme schafft, weil die Netze nicht immer leistungsfähig genug sind, und weil überdies die Datensicherung oft nicht gewährleistet ist.

Die Informatisierung einzelner betrieblicher Funktionen hat aber nicht nur eine gewissermaßen quantitative Seite in dem Sinne, daß immer mehr Details über den Arbeitnehmer erfaßt werden (können). Entscheidender ist, daß schon innerhalb ein und desselben Unternehmens durch Verknüpfung von Einzelinformationen neue Aussagen möglich sind. Erst recht potenziert sich die Informationsmacht in vernetzten Systemen, die einer Vielzahl von Personen Zugriff auf einzelne Daten ermöglichen.

11.1.2 Transnationalisierung der Arbeitsprozesse

Das bisher Gesagte bezieht sich im Kern auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung mit ihrer bipolaren Struktur. Probleme des Datentransfers über die Grenze ergeben sich hier nur dann, wenn der Arbeitgeber oder die Konzernspitze ihren Sitz im Ausland haben und dort auch die Personalverwaltung geführt wird.

Die aktuelle Situation wird dadurch charakterisiert, daß häufig nicht mehr nur für einen Arbeitgeber in der quasi geschlossenen Einheit "Unternehmen" gearbeitet wird. Die Reduzierung der Fertigungstiefe führt nicht nur dazu, daß man bestimmte Komponenten nicht mehr selbst herstellt, sondern auf dem Markt kauft. Oft wird vielmehr der spezialisierte Auftragnehmer seine Leute auf das Betriebsgelände schicken, die hier Funktionen erfüllen, die bisher von eigenen Leuten erledigt wurden. Die "Verkettung" von Fremdleistung und eigener Produktion wird häufig stunden- ja sogar minutengenau sein; just-in-time-Produktion ist keine universelle, aber eine verbreitete Erscheinung.⁷ Immer häufiger stammt auch das eingesetzte Personal nicht zu 100 % aus dem eigenen Betrieb; man greift auf Leiharbeiter oder die Dienste von Firmen zurück, die im Grunde nichts anderes als Arbeitskraft zur Verfügung stellen.⁸

1 H. Ehmann, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 3; Griese, Zur Notwendigkeit und Effektivität eines verbesserten datenrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht, Berlin 1987, S. 35; Klebe-Roth AiB 1985, 131; Simitis NJW 1984, 401; Wettmann AiB 1989, 7.

2 Walz Mitb 1986, 294: Personalinformationssysteme als "gleichsam notwendiges Stück des modernen Sozialstaats".

3 Vgl. Simitis, Datenschutz: Voraussetzung oder Ende der Kommunikation? In: FS Coing, Frankfurt/Main 1982, S. 504.

4 Dazu Becker-Töpfer, Die Datenlieferanten. Beispiele für EDV-Kontrollsysteme, in: Klotz/Meyer-Deegenhardt (Hrsg.), Personalinformationssysteme. Auf dem Weg zum arbeitsplatzgerechten Menschen, Reinbek 1984, S. 33 ff. Vgl. auch Simitis RDV 1989, 53.

5 Zu neuen Leistungsmerkmalen in Telefonanlagen s. Roßnagel CR 1993, 507 ff.; Wulf-Pordesch DuD 1993, 438.

6 Dazu etwa Wedde, Telearbeit. Handbuch für Arbeitnehmer, Betriebsräte und Anwender, 2. Aufl., Köln 1994.

7 Zusammenfassend dazu Däubler, Mitbestimmung und logistische Kette, in: Staehle-Sydow (Hrsg.), Managementforschung Bd. 3, Berlin-New York 1993, S. 1 ff. Zum Outsourcing als einer Erscheinungsform der "schlanken Produktion" s. Hunold, Lean Production. Rechtsfragen bei der Einführung neuer Arbeitsformen und Techniken, München 1993, S. 48 ff.

8 Zum Rückgriff auf Leiharbeiter und andere Beschäftigte fremder Betriebe sowie zu ihren rechtlichen Grenzen s. Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995, S. 953 ff.

In allen diesen Fällen müssen notwendigerweise Daten von einem Unternehmen an ein anderes übermittelt werden. Diese Informationen betreffen auch Arbeitnehmer. So verlangen etwa Automobilfirmen, daß ihre Zulieferer die Qualitätskontrolle durch Personen durchführen lassen, die eine bestimmte Qualifikation besitzen. Wer im Auftrage seiner Firma auf dem Gelände einer anderen Firma arbeitet, wird mehr oder weniger automatisch in die dort bestehende Datenerhebung einbezogen; dem Zugangskontrollsystem kann man sich ebenso wenig entziehen wie einem Rauchverbot oder den dort geltenden arbeitsschutzrechtlichen Normen. Neben dem eigentlichen Arbeitgeber erlangt so auch ein anderes Unternehmen zahlreiche Informationen über den Betroffenen.

Die Intensivierung der zwischenbetrieblichen Arbeitsteilung macht nicht vor nationalen Grenzen halt. Portugiesische oder polnische Firmen, die mit ihren Mannschaften auf deutsche Baustellen erscheinen, sind keine Seltenheit mehr.⁹ Dienstleistungen aller Art lassen sich oft preiswerter aus dem Ausland beziehen. Auch Telearbeit kennt insoweit keine Grenzen, sofern die Sprachbarriere überwunden wird. Selbst die reine Datenverarbeitung kann aus Gründen der Kostensenkung einem ausländischen Unternehmen überlassen werden.¹⁰

Werden Daten in ein anderes Land übermittelt, ergibt sich nicht nur das Problem des anwendbaren Rechts.¹¹ Viel gravierender ist die Gefahr, daß der einzelne wie seine Interessenvertretung nicht mehr kontrollieren kann, wer zu welchen Zwecken auf die übermittelten Informationen zugreift.

Eine datenschutzrechtliche Antwort müßte an sich auf globaler Ebene erfolgen. Die UN-Richtlinien sind rechtlich nicht bindend¹² und können deshalb diese Funktion nicht erfüllen. Rechtlich unmittelbar relevante Handlungsmöglichkeiten ergeben sich nur auf der Ebene der EG – über ihre Ausstrahlungswirkung auf andere Staaten wird noch zu reden sein.

11.2 Arbeitnehmerdatenschutz als Gegenstand des politischen Diskurses

Das objektiv bestehende Interesse der Arbeitnehmer am Schutz ihrer Daten setzt sich nicht automatisch durch. Notwendig ist, daß es von gesellschaftlich relevanten Gruppierungen wahrgenommen und zum Gegenstand der eigenen Programmatik gemacht wird. Insoweit ergeben sich einige Besonderheiten.

11.2.1 Gewerkschaften als Akteure

Das heutige Arbeitsrecht ist – grob gesprochen – ohne Gewerkschaften nicht denkbar. Im Laufe einer über 100-jährigen Entwicklung haben sie sich als jene Kraft erwiesen, die Arbeitnehmerrechte erkämpft und durchgesetzt hat. Dies gilt für die Gesetzgebung und die Rechtsprechung wie erst recht für tarifpolitische Erfolge.¹³

Im Datenschutz ist eine vergleichbare Aussage schwer möglich. Sicherlich existieren Beschlüsse von Gewerkschaftstagen, die sich für mehr Datenschutz am Arbeitsplatz aussprechen, doch entspricht dies mehr einer Pflichtübung. Die Teilnahme von Gewerk-

9 Überblick bei Udo Mayer BB 1993, 1429; Däubler DB 1995, 726, jeweils mwN.

10 Taeger EWS 1995, 70.

11 Dazu etwa Korff RDV 1994, 209 ff.

12 Zu ihnen s. Ellger, Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr, Baden-Baden 1990, S. 570 ff.; ders. CR 1994, 559.

13 Dazu Däubler, Das Arbeitsrecht I, 14. Aufl., Reinbek 1995, Rn 26 ff., 51 ff.

schaftern an der wissenschaftlichen Diskussion ist ausschließlich das Werk einiger weniger Individuen – denen immerhin ihre Organisation den Freiraum läßt, um sich auch solchen, scheinbar exotischen Themen zuzuwenden.

Die Gründe für die gewerkschaftliche Abstinenz sind vielfältig und hier nur in Umrissen zu skizzieren. Wichtig ist sicherlich die überkommene Schwierigkeit des Umgangs mit Individualrechten. Historisch folgt die Stärke der Gewerkschaft aus der Herstellung eines Solidarzusammenhangs, aus der Bündelung von Einzelinteressen, aus dem gemeinsamen Handeln. Individuelle Vorstellungen, die nicht in die Organisation eingebracht wurden, erschienen so als Störfaktor – ganz abgesehen davon, daß der Schutz der Individualrechte des Außenseiters oft genug als rechtliche Waffe gegen die Gewerkschaft eingesetzt wurde.¹⁴ Eine zweite Schwierigkeit liegt in der Komplexität der Materie sowie den Konsequenzen, die ein allzu nachhaltiges Engagement hätte: Den Arbeitsprozeß selbst per Tarifvertrag umgestalten zu wollen, würde Konflikte heraufbeschwören, denen man nach eigener Einschätzung nicht gewachsen wäre. Schließlich sieht man sich seit Beginn der Massenarbeitslosigkeit im Jahre 1974 ungleich massiveren Problemen ausgesetzt; wo es nur noch um die Alternative zwischen reinem und "sozial verträglichem" Personalabbau geht, hat der Persönlichkeitsschutz der Weiterarbeitenden keinen besonders hohen Stellenwert mehr.

11.2.2 Betriebliche Interessenvertretungen als Akteure?

Sehr viel mehr Aktivitäten waren in der Vergangenheit bei Betriebsräten und Personalräten zu beobachten. Das von der Rechtsprechung recht großzügig gehandhabte Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bzw. nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG schuf Möglichkeiten, die Erhebung und Verarbeitung von Daten zu beeinflussen. Daß von diesen Möglichkeiten auch Gebrauch gemacht wurde, daß es sehr viele "Bildschirm-Betriebsvereinbarungen" oder "Telefon-Betriebsvereinbarungen" gibt, ist der Spezifik der Mitbestimmungsrechte geschuldet. Sie schaffen für den "Mitbestimmenden" nicht nur eine Chance, sondern auch einen mittelbaren Zwang zum Handeln: Die Belegschaft, die von technischen Veränderungen der Arbeitsprozesse betroffen ist, wendet sich an ihre Interessenvertretung und veranlaßt diese, Position zu beziehen. "Wegschieben" und "Verdrängen" scheiden aus, wenn in einer Betriebsversammlung konkrete Ängste zum Ausdruck gebracht werden und der Betriebsrat gleichzeitig keine Möglichkeit hat, auf fehlende eigene Kompetenz zu verweisen. Dies heißt nun allerdings nicht, daß Betriebsräte den Technikeinsatz total umgestalten könnten; sie erreichen oftmals nur Randkorrekturen, was gleichwohl auf ein ordentliches Niveau an Datenschutz hinausläuft, da auf der anderen Seite in aller Regel niemand sitzt, der sich als Großer Bruder aufspielen möchte.

11.2.3 Arbeitgeber als Akteure

Arbeitnehmerrechte werden von der Arbeitgeberseite häufig als Belastung empfunden; ihre Beachtung kostet Geld, Entscheidungsprozesse können langwieriger werden. Auch der Datenschutz gehört an sich in diese Kategorie. So mag es etwa für einen Arbeitgeber

14 S. nur das historische Beispiel des § 153 GewO, der denjenigen mit Gefängnis bis zu drei Monaten bedrohte, der einen anderen durch "Drohung" oder "Ehrverletzung" zur Teilnahme beispielsweise an einem Streik zu veranlassen suchte. Zur heutigen Diskussion um die negative Koalitionsfreiheit s. zuletzt Zachert DB 1995, 322 ff. mwN.

verführerisch sein, sich eines privaten Arbeitsvermittlers zu bedienen, um auf diese Weise nur Bewerber zu erhalten, die seinen Idealvorstellungen recht nahe kommen. Ob § 23c AFG Derartiges zuläßt, beispielsweise eine Begrenzung des Vermittlungsauftrags auf "nischschwangere Frau zwischen 20 und 35 Jahren" ermöglicht, soll hier nicht weiter vertieft werden.¹⁵ Gegenüber bereits beschäftigten Arbeitnehmern ist die Situation insofern eine andere, als das Gefühl des Überwachtwerdens die Arbeitsmotivation in Frage stellen kann. Wer weiß, daß sein Verhalten auf Schritt und Tritt kontrolliert wird, wird dem Arbeitgeber Mißtrauen unterstellen und überdies nur solche Dinge tun, bei der er sich auf der sicheren Seite weiß. Ein Zuviel an Überwachung tötet jeden innovatorischen Impuls ab.¹⁶ Viele Arbeitgeber haben dies erkannt und verzichten deshalb von vornherein darauf, auch nur einen Bruchteil der Überwachungsmöglichkeiten auszuschöpfen, die die vorhandene Technik eröffnet. Dies mag in anderen Ländern so nicht stimmen; in der Bundesrepublik sind jedenfalls betriebliche Datenskandale Mangelware. Erst recht verbietet sich ein rigides System der Überwachung, wenn man auf Effizienzgewinne durch Dezentralisierung und Verlagerung von Verantwortung auf untere Ebenen der Hierarchie setzt.¹⁷

11.2.4 Spezifische Rahmenbedingungen

Der sorgsame Umgang der meisten Arbeitgeber mit ihrem Überwachungspotential verweist nicht nur auf ein Eigeninteresse an einem gut funktionierenden Arbeitsprozeß. Dahinter verbirgt sich auch die (bewußte oder unbewußte) Überzeugung, daß es beim Datenschutz anders als bei Lohnerhöhungen und Arbeitszeitverkürzungen nicht um ein bloßes "Gruppeninteresse" geht. Aus einem Zugangskontrollsystem lassen sich die leitenden Angestellten nur schwer ausnehmen, und auch ein Vorstandsmitglied hat ggf. unfreundliche Gerüchte im Betrieb zu gewärtigen, wenn es für sich Privilegien in Anspruch nimmt. Auch die Arbeitgeberseite hat Erfahrung mit Behörden, Kreditgebern und Versicherungen, die nicht immer nur zu positiven Erinnerungen führen. Ein weiterer Faktor dürfte die Erfahrung während des Dritten Reiches sein, wo das Hören von "Feindsendern" ein todeswürdiges Verbrechen war. Der Schutz der Privatsphäre ist von daher anders als etwa in Großbritannien keine Selbstverständlichkeit – mit der überraschenden Folge, daß man ihn ernster nimmt als dies ohne das Trauma der Vergangenheit der Fall wäre. Schließlich scheint es in der deutschen Tradition eine besondere Wertschätzung der geistigen Persönlichkeit, des Dichters und Denkers zu geben – mit der weniger schönen Konsequenz, daß die Restriktionen, denen der "normale Mensch" innerhalb und außerhalb des Arbeitslebens ausgesetzt ist, eine vergleichsweise geringe Rolle spielen.

Alle diese Faktoren zusammen haben es möglich gemacht, daß sich 1983 sehr schnell und zur Überraschung der Herrschenden eine Volkszählungsbewegung entfaltete: Der Konsens, nicht überwacht werden zu wollen, verlagerte die Diskussion auf den Umfang des unbedingt Notwendigen. Für eine kurze Zeit bestand so eine Situation, die dem Dis-

15 Der Sinn des § 23c AFG dürfte gerade darin liegen, eine Umgehung der Grenzen des Arbeitgeberfragerechts zu verhindern.

16 Vgl. *Simitis* NJW 1985, 403: "Wer ständig damit rechnen muß, daß jede seiner Handlungen registriert und bewertet wird, ist letztlich nur noch darauf bedacht, sich reflexions- und diskussionslos dem jeweils vorgegebenen und auf seine Einhaltung kontrollierten Verhaltensschema zu fügen".

17 Zu diesem Konzept *Faust-Jauch-Brünnecke-Deutschmann*, Dezentralisierung von Unternehmen. Bürokratie- und Hierarchieabbau und die Rolle betrieblicher Arbeitspolitik, München und Mering 1994.

kursmodell von Jürgen Habermas¹⁸ nahekam – die sonst bestehende Vermachtung der Öffentlichkeit, die einigen sehr viel Einfluß und allen anderen die Konsumentenrolle zuweist, war vorübergehend suspendiert. Auch wenn dieser Vorgang über 10 Jahre zurückliegt – der Datenschutz hat in unserer politischen Kultur eine gute Chance. Dies gilt nicht nur für das Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern auch im Rahmen privater Machtbeziehungen, wie sie etwa zwischen einer Bank und einem Kreditkunden, einem Vermieter und einem Mieter¹⁹ und eben im Arbeitsverhältnis bestehen.

11.2.5 Besonderheiten in der EU?

Was für Deutschland gilt, kann selbstredend nicht unbefragt nach Europa übertragen werden. Die Distanz zum Diskursmodell ist dort noch größer, weil es keine europäische Öffentlichkeit gibt, sondern 15 verschiedene Öffentlichkeiten, die eine durchaus unterschiedliche Problemwahrnehmung besitzen. Dies gilt auch für den Datenschutz; anders wäre es nicht zu erklären, daß Schweden seit 1973 ein entsprechendes Gesetz besitzt, während Griechenland und Italien bis heute einen solchen Schritt nicht getan haben und deshalb nicht ganz zu Unrecht als "Datenasien" bezeichnet werden.²⁰ Dennoch gibt es zwei Gründe, die es erklärbar machen, weshalb auch die Gemeinschaft einen wichtigen Beitrag zum Datenschutz leisten kann und leisten wird.

Zum einen behindern allzu große Unterschiede im Datenschutz das gute Funktionieren des Binnenmarkts. Ein niedriger Standard stellt eine Versuchung dar, Datenverarbeitung gerade in einem solchen Land vorzunehmen, also Allokationsentscheidungen nach sachwidrigen Gesichtspunkten zu treffen. Umgekehrt werden Länder mit hohem Standard Versuche unternehmen, den grenzüberschreitenden Datenfluß in solche Länder zu beschränken, zumindest mit Unsicherheitsfaktoren zu versehen. Damit ist eine Vorentscheidung für Vereinheitlichung getroffen, freilich noch nichts über den Umfang des Datenschutzes ausgesagt.²¹

Zum zweiten – und hier liegt die eigentliche Chance – ist die EU gezwungen, sich Legitimität durch die Inhalte ihrer Politik zu verschaffen. Anders als der Nationalstaat kennt sie keine demokratisch-parlamentarische Struktur und keine transparenten Entscheidungsprozesse. Will sie Desinteresse, "Europamüdigkeit" oder schlichte Illoyalität verhindern, muß sie eine Politik betreiben, die Zustimmung und Folgebereitschaft durch die Inhalte ihrer Politik schafft.²² Hier läßt sich der Datenschutz angesichts seiner "Marktnützlichkeit" gut platzieren,²³ wobei über den konkreten Umfang wiederum keine Aussage getroffen ist. Wie dieser speziell im Hinblick auf Arbeitnehmer beschaffen sein könnte, soll im folgenden dargestellt werden.

18 Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/Main 1992, S. 272 ff., 349 ff., 468 ff.

19 Von Interesse BVerfG CR 1992, 368, das das Fragerecht des Vermieters gegenüber einem Mietinteressenten in ähnlicher Weise beschränkte wie dies die Arbeitsgerichte in bezug auf das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern tun.

20 Überblick über den Stand der Datenschutzgesetzgebung bei *Taege* EWS 1995, 70 ff.

21 S. den Beitrag von *Kilian* in diesem Band.

22 Eingehender *Däubler*, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, Gütersloh 1989, S. 70 ff.

23 Ebenso bereits die Einschätzung bei *Däubler*, Soziale Grundrechte in der EG? – Erste Schritte nach Straßburg, in: *Weidenfeld* (Hrsg.), Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Bonn 1992, S. 33 ff.

11.3 Wirksamer Arbeitnehmerdatenschutz – 10 Thesen

11.3.1 Der Ausgangspunkt: Das informationelle Selbstbestimmungsrecht

Das Recht, über sein eigenes Erscheinungsbild bei Dritten zu verfügen, gilt nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch im Arbeitsverhältnis. Das Bundesarbeitsgericht hat sich zu einem solchen Grundsatz bekannt und damit in der Literatur kaum Widerspruch gefunden. In der Entscheidung des Fünften Senats vom 6. Juni 1984²⁴ ging es um die Frage, ob ein abgewiesener Bewerber die Vernichtung des von ihm ausgefüllten Personalfragebogens verlangen konnte. Das BAG bejahte dies im Grundsatz und berief sich dabei auf das auch im privaten Rechtsverkehr von jedermann zu achtende allgemeine Persönlichkeitsrecht. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts wurde betont, das informationelle Selbstbestimmungsrecht werde beeinträchtigt, wenn ein Dritter – im konkreten Fall: der Arbeitgeber – die Daten des Bewerbers auf Dauer in seinem Einflußbereich belassen könne. Damit war eine prinzipielle Weichenstellung erfolgt, die die weitere Entwicklung maßgebend bestimmte.²⁵ Mit einer gewissen Verspätung hat das Bundesverwaltungsgericht dieselbe Konsequenz für das Beamtenverhältnis gezogen.²⁶ Bemerkenswert ist, daß das BAG seine Aussage nicht allein auf EDV-mäßige Datenverarbeitung beschränkte, sondern auch eine manuell geführte Akte einbezog.

11.3.2 Umsetzungsmechanismen

- *These 1:* Die Entstehung von Daten über den Arbeitnehmer muß von vornherein strikt auf dasjenige begrenzt werden, was der Arbeitgeber für seine Auswahlentscheidung bzw. für den konkreten Arbeitseinsatz benötigt.²⁷ Die bisherigen Grenzen des Fragerechts sind nicht nur beizubehalten, sondern daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie den eben genannten Kriterien entsprechen. Genomanalysen müssen Privatsache des Arbeitnehmers bleiben; ihre Veranlassung durch den Arbeitgeber ist wirksam zu verbieten.²⁸
- *These 2:* Auch die manuelle Datenverarbeitung muß einbezogen werden. Eine solche Vorstellung ist keineswegs neu; das traditionelle Arbeits- und Beamtenrecht kennt eine Reihe von (zugegeben: fragmentarischen) Regelungen, die man nach heutigem Verständnis dem Datenschutz zuordnen würde. Als Beispiel sei § 113 Abs. 3 der Gewerbeordnung von 1869 genannt, wonach es den Arbeitgebern untersagt ist, "die Zeugnisse mit Merkmalen zu versehen, welche den Zweck haben, den Arbeitnehmer in einer aus dem Wortlaut des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen." Auch das überkommene Personalaktenrecht der Beamten gehört hierher.²⁹ Dies

24 BAG NZA 1984, 321 = DB 1984, 2626.
25 S. etwa BAG NZA 1988, 55; BAG NJW 1990, 2272.
26 BVerwG PersR 1993, 31: § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG als "vorverlagerter Grundrechtsschutz"
27 Klebe, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., Köln 1995, § 94 Rn 12 ff.
28 Dazu Tinnefeld, Technische Entwicklung contra Persönlichkeitsschutz? in: Tinnefeld-Philipp-Weis (Hrsg.), Die dunkle Seite des Chips, München-Wien 1993, S. 57 ff.
29 Dazu Geulen, Die Personalakte in Recht und Praxis, Neuwied und Darmstadt 1984; die heutige Rechtslage bestimmt sich nach dem Neunten Gesetz zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 11.6.1992 (BGBl I, S. 1030), durch das die §§ 90a ff. BBG, 56a ff. BRRG neugeschaffen wurden.

- schließt nicht aus, daß man je nach der Verarbeitungsform differenziert und so dem unterschiedlichen Gefährdungspotential Rechnung trägt.
- *These 3:* Der Arbeitgeber hat den Erhebungs- und Verwendungszweck möglichst eng zu bestimmen. Würde man etwa die von ihm definierte "Nützlichkeit für das Arbeitsverhältnis" als Zweck genügen lassen, könnte nicht nur die Persönlichkeit des Arbeitnehmers ausgeforscht werden. Vielmehr hätte es der Arbeitgeber auch in der Hand, die gespeicherten Daten beliebig zu verknüpfen, solange nur der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nicht evident verfehlt wäre. In beidem läge ein unverhältnismäßiger Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Zwecke müssen daher so eng bestimmt werden, daß einerseits das überwiegende Arbeitgeberinteresse an der Funktionsfähigkeit des Unternehmens gewahrt bleibt, auf der anderen Seite nicht weitergehende Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre der Beschäftigten erfolgen. Auch im Betrieb muß informationelle Gewaltenteilung herrschen.³⁰
 - *These 4:* Der Verarbeitungszweck muß gegenüber den Interessen des Betroffenen überwiegen. Damit ist insbesondere eine Beschränkung auf diejenigen Dinge verbunden, die unmittelbar mit der Arbeit selbst zusammenhängen. Was der einzelne in seiner Freizeit macht, welchen Lebensstil er pflegt und wen er trifft, darf den Arbeitgeber nicht interessieren. Die Herausnahme des Privatlebens aus den arbeitsvertraglichen Pflichten ist eine Errungenschaft des modernen Arbeitsrechts, an dessen Anfang es noch Arbeitsordnungen gab, die den Besuch "übel beleumundeter Kneipen" verboten. Außerdem darf auch in bezug auf die Arbeit nur das erhoben werden, was für die Funktionsfähigkeit des Unternehmens erforderlich ist.
 - *These 5:* Die Übermittlung an einen Dritten darf nur unter den in These 4 genannten Voraussetzungen erfolgen. Die Zweckbindung darf sich nicht ändern; sie ist auch beim Empfänger zu beachten.
 - *These 6:* Der Grundsatz der Datentransparenz muß auch im Arbeitsverhältnis konsequent realisiert werden. Dies bedeutet die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Tatsache einer automatisierten Speicherung mitzuteilen sowie das Recht des Arbeitnehmers, jederzeit vollständige Informationen über alle Daten zu verlangen, die der Arbeitgeber gespeichert oder an Dritte übermittelt hat. Berichtigung und Löschung werfen keine arbeitnehmerspezifischen Probleme auf.
 - *These 7:* Die Übermittlung ins Ausland ist nur zulässig, wenn ein gleichwertiger Schutz gesichert ist. Dies gilt nicht nur für die materiellen Verarbeitungsvoraussetzungen, sondern auch für Kontrollmöglichkeiten. Dabei sollte es allerdings nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Äquivalenz des Schutzniveaus durch mehr oder weniger übereinstimmende Gesetze oder durch vertragliche Abmachungen zustande kommt.
 - *These 8:* Die Einwilligung des Arbeitnehmers kann den Verarbeitungsrahmen nur dann erweitern, wenn sie "aus freien Stücken" erteilt wurde. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Bewerber oder der Arbeitnehmer Grund zu der Annahme hat, daß ein "Nein" ihm Nachteile bringen würde. Beim Bewerber ist dies nachgerade selbstverständlich, beim bereits beschäftigten Arbeitnehmer ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden, wobei insbesondere darauf abzustellen ist, wer einen Vorteil von der erweiterten Datenverarbeitung hat. Wollte man die Einwilligung des Arbeitnehmers generell als "frei" und damit wirksam qualifizieren, könnten alle Dämme

30 Dazu BVerfGE 65, 1, 69 für den kommunalen Bereich, sowie für das Arbeitsverhältnis Däubler, Gläserne Belegschaften? 3. Aufl., Köln 1993, Rn 196 ff.

brechen: Der Betriebsarzt würde von der Schweigepflicht entbunden, das Privatleben dem Zugriff des Arbeitgebers eröffnet, kann es doch Rückschlüsse auf "seelische Robustheit" oder "Krisenanfälligkeit" auch im Bereich des Arbeitens ermöglichen.

- *These 9:* Die Kontrolle über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Normen darf nicht allein dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen bleiben. Notwendig ist vielmehr eine vom Arbeitgeber unabhängige Instanz, der die nötigen Befugnisse zustehen. Sie kann wie z.B. der Betriebsrat durchaus innerhalb des Unternehmens angesiedelt sein.
- *These 10:* Die datenschutzrechtlichen Regeln dürfen keine "Obergrenze" für den Persönlichkeitsschutz darstellen. Eine Verbesserung durch Individual- wie durch Kollektivvertrag muß möglich bleiben.

11.4 Europäische Rechtssetzung auf der Grundlage des Gemeinsamen Standpunkts – Ein Beitrag zu besserem Arbeitnehmerdatenschutz?

Der Gemeinsame Standpunkt des EG-Ministerrates vom 20. Februar 1995³¹ wird aller Voraussicht nach zum Erlaß einer (beinahe) gleichlautenden Richtlinie führen. Damit ist der Datenschutz "europäisiert". Nach Art. 32 Abs. 1³² muß das nationale Recht innerhalb von drei Jahren an die Vorgaben der Richtlinie angepaßt werden – wobei nicht nur grenzüberschreitende Vorgänge erfaßt sein dürften.³³ Aus einer "europäischen Dimension", die man bisher allenfalls als Annex zum nationalen Datenschutzrecht behandelt hat, wird so eine dominierende Rechtsquelle. Auch der Arbeitnehmerdatenschutz ist unmittelbar betroffen. Dies rechtfertigt es, den Gemeinsamen Standpunkt an den hier skizzierten Vorstellungen zu messen.

11.4.1 Das Problem der Datenentstehung

Nach Art. 2 lit. b umfaßt der Begriff der "Verarbeitung" auch die "Erhebung" von Daten, was jedoch lediglich eine terminologische Umstellung zur Folge hat.³⁴ Viel wichtiger sind zwei inhaltliche Akzentverschiebungen.

Zum einen verbietet Art. 8 Abs. 1 die Verarbeitung (und damit auch die Erhebung) bestimmter sensibler Daten. Dazu zählt die Bestimmung Angaben, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie Daten über Gesundheit und Sexualleben. Die Einführung einer solchen Kategorie erscheint uns

31 ABIEG vom 13.4.1995, Nr. C 93/1 ff., ohne Begründungserwägungen auch abgedruckt in RDV 1995, 83 ff.

32 Die im folgenden genannten Art. beziehen sich auf den Gemeinsamen Standpunkt.

33 Art. 3 Abs. 2 1. Spiegelstrich klammert die Ausübung von Tätigkeiten aus, die "nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, beispielsweise Tätigkeiten gem. den Titeln V und VI des Vertrags über die Europäische Union, und auf jeden Fall auf Verarbeitungen betreffend die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates (einschließlich seines wirtschaftlichen Wohls) und die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich". Ob dadurch ähnlich wie im Kartellrecht eine inhaltliche Beschränkung auf grenzüberschreitende Sachverhalte gewollt ist (dazu Schröter, in: von der Groeben-Thiesing-Ehlmann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, Vorbem. zu den Art. 85 - 89 Rn 128) oder ob die Richtlinie nur solche Materien erfassen will, die bereits eine Regelung durch das Gemeinschaftsrecht erfahren haben, erscheint zweifelhaft. Immerhin könnte man Bedenken haben, ob beispielsweise auch Auskünfte aus dem Familienregister der Richtlinie unterfallen, doch wird der nationale Gesetzgeber vermutlich einheitliche Regeln erlassen.

34 Weber CR 1995, 300.

zwar ein wenig befremdlich, da die "Sensitivität" von Daten durch den jeweiligen Verwendungszusammenhang bestimmt wird, so daß die Verarbeitung der genannten Daten vergleichsweise harmlos sein kann, während der Umgang mit anderen Daten ein hohes Gefährdungspotential aufweist.³⁵ Die Unterschiede nivellieren sich allerdings dadurch ein wenig, daß Art. 8 Abs. 1 eine Reihe von Ausnahmen kennt und daß es der Gemeinsame Standpunkt den Mitgliedstaaten nicht verbietet, unter bestimmten Voraussetzungen strengere Anforderungen an die Verarbeitung aufzustellen.³⁶ Die Ausnahmen betreffen insbesondere Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber der staatlichen Verwaltung (Art. 8 Abs. 2 lit. b) sowie "Gründe eines wichtigen öffentlichen Interesses", die "vorbehaltlich angemessener Schutzbestimmungen" eine Verarbeitung rechtfertigen können (Art. 8 Abs. 4). Danach bleibt die Erhebung von Gesundheitsdaten unzulässig, soweit diese nicht kraft staatlichen Rechts erhoben werden müssen.³⁷ Auch eine Genomanalyse kommt daher nicht in Betracht.

Zum zweiten knüpft Art. 7 die Verarbeitung aller personenbezogenen Daten an bestimmte Voraussetzungen, die enger als in den §§ 28 ff. BDSG formuliert sind. Nach lit. b ist die Verarbeitung zulässig, soweit sie "für die Erfüllung des Vertrags" (mit der betroffenen Person) erforderlich ist, was ein Abstellen auf die bloße Nützlichkeit für den Vertrag ausschließt. Auch im "Anbahnungsverhältnis" zwischen Bewerber und Arbeitgeber sind die Voraussetzungen enger beschrieben. Verlangt wird eine Erforderlichkeit "für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen". Daneben sieht Art. 7 lit. f als Rechtfertigung die "Verwirklichung des berechtigten Interesses" vor, das (in deutscher Terminologie) von der speichernden Stelle wahrgenommen wird, "sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen." Inwieweit darauf auch dann zurückgegriffen werden kann, wenn zwischen den Beteiligten eine vertragliche oder eine vertragsähnliche Beziehung besteht, ist genausowenig wie im deutschen Recht ausdrücklich geregelt.³⁸ Gleichwohl gewinnt man den Eindruck, daß die Richtlinie einen restriktiveren Kurs als das geltende BDSG fährt.

11.4.2 Der Dateibegriff

Das künftige Datenschutzrecht wird mit Rücksicht auf Art. 2 lit. c des Gemeinsamen Standpunkts einen größeren Anwendungsbereich als das heutige BDSG haben. Danach wird unter Datei "jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten (verstanden), die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, gleichgültig, ob diese Sammlung zentral, dezentralisiert oder nach funktionalen oder geographischen Gesichtspunkten aufgeteilt geführt wird." Ein alphabetisch geordneter Karteikasten mit einer Adressensammlung wird in Zukunft beispielsweise erfaßt.³⁹ Lediglich dann, wenn Akten unsystematisch, also nicht einmal nach zeitlicher Reihenfolge abgelegt sind, findet das künftige Recht keine Anwendung.⁴⁰ Dies könnte zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, wenn

35 Vgl. Weber CR 1995, 300 f.

36 Zur Überschreitung des von der Richtlinie definierten Schutzniveaus s. unten 11.4.10.

37 Zur Rechtfertigung durch Einwilligung des Betroffenen (Art. 8 Abs. 2 lit. a) s. unten 11.4.8.

38 Zum Diskussionsstand in der Bundesrepublik s. Gola-Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 2. Aufl., Köln 1994, S. 138 f.

39 Kopp DuD 1995, 207; s. auch Mütsch DuD 1994, 187.

40 Vgl. Kopp DuD 1995, 207: Jedes Ordnungsmerkmal, das den Zugriff erleichtern soll, wird entsprechend Erwägungsgrund 27 erfaßt. Dort heißt es im einzelnen: "Datenschutz muß sowohl für automatisierte als auch für nichtautomatisierte Verarbeitungen gelten. In der Tat darf der Schutz nicht von den

man an die Meldepflicht denkt. So hat eine Umfrage des Verbandes öffentlicher Banken (hochgerechnet) ergeben, daß allein in der Region Köln/Bonn mehr als 24.000 handwerkliche Betriebe verpflichtet wären, eine "Dateimeldung" zu erstatten⁴¹ – eine nur auf den ersten Blick recht ungewöhnliche Vorstellung, die – verglichen mit der monatlichen Abführung von Lohnsteuer und Beiträgen zur Sozialversicherung – nur von sehr eingeschränkter Bedeutung ist. Für den Arbeitnehmerdatenschutz ergibt sich jedenfalls auch insoweit eine deutliche Verbesserung.

11.4.3 Die Zweckbestimmung

Im Text des Gemeinsamen Standpunkts (wohl aber in den Erwägungsgründen) taucht der Begriff "Zweck" nicht auf. Gleichwohl ist er der Sache nach enthalten, wenn Art. 7 die Verarbeitung personenbezogener Daten u.a. von der Erforderlichkeit für die Erfüllung eines Vertrages, für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Datenverarbeiters oder für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person abhängig macht. Auch die Verwirklichung eines berechtigten Interesses (Art. 7 lit. f) kann nur im Rahmen des "Erforderlichen" die Verarbeitung legitimieren. Der Erwägungsgrund 28 verdeutlicht dies. Dort heißt es:

"Die Verarbeitung personenbezogener Daten muß gegenüber den betroffenen Personen nach Treu und Glauben erfolgen. Sie hat den angestrebten Zwecken zu entsprechen, dafür erheblich zu sein und nicht darüber hinauszugehen. Die Zwecke müssen eindeutig und rechtmäßig sein und bei der Datenerhebung festgelegt werden. Die Zweckbestimmungen der Weiterverarbeitung nach der Erhebung dürfen nicht mit den ursprünglich festgelegten Zwecken unvereinbar sein."

Das hier vertretene Minimalisierungsgebot⁴² ist damit nicht ausdrücklich aufgenommen, andererseits aber auch nicht für die nationale Rechtsentwicklung blockiert; die "eindeutige" Festlegung der Zwecke kann durchaus im Sinne möglichst enger Festlegung interpretiert werden.

11.4.4 Rechtfertigung durch vorrangige Zwecke?

Der Gemeinsame Standpunkt enthält keine ausdrückliche Aussage dazu, daß nur im überwiegenden Interesse des Verarbeiters Daten erhoben, gespeichert oder übermittelt werden dürfen. Art. 7 verweist insoweit nicht anders als das deutsche Recht auf den durch Vertrag definierten Verarbeitungsrahmen (lit. b); für das Arbeitsrecht bedeutet dies, daß sich das Problem auf die allgemeine gerichtliche Inhaltskontrolle verlagert.⁴³ Bemerkenswert ist, daß der Gemeinsame Standpunkt anders als § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG keinen Verarbeitungsgrund "Gewinnung aus allgemein zugänglichen Quellen"

verwendeten Techniken abhängen, da andernfalls ernsthafte Risiken der Umgehung entstehen würden. Bei manuellen Verarbeitungen erfaßt diese Richtlinie lediglich Dateien, nicht jedoch unstrukturierte Akten. Insbesondere muß der Inhalt einer Datei nach bestimmten personenbezogenen Kriterien strukturiert sein, die einen leichten Zugriff auf die Daten ermöglichen. Nach der Definition in Art. 2 Buchstabe c können die Mitgliedstaaten die Kriterien zur Bestimmung der Elemente einer strukturierten Sammlung personenbezogener Daten sowie die verschiedenen Kriterien zur Regelung des Zugriffs zu einer solchen Sammlung festlegen. Akten und Aktenansammlungen sowie ihre Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien strukturiert sind, fallen unter keinen Umständen in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie."

41 Mutsch DuD 1994, 187.

42 Oben 11.3.2, These 3.

43 Dazu zuletzt Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, Köln 1995.

kennt. Gleichzeitig besteht jedoch alles andere als ein Informationsverbot, da Art. 3 Abs. 2 2. Spiegelstrich Datenverarbeitungen aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, "die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird".

11.4.5 Übermittlung von Arbeitnehmerdaten

Dem umfassenden Begriffsverständnis von "Datenverarbeitung" entsprechend kennt der Gemeinsame Standpunkt keine spezifischen Regeln zur Übermittlung von Daten. Ob das, was im Rahmen eines Vertrages erhoben wurde (Art. 7 lit. b), mit Rücksicht auf das berechnete Interesse eines Datenempfängers (Art. 7 lit. f) an diesen übermittelt werden darf, ist eine Interpretationsfrage. Der oben im Wortlaut mitgeteilte Erwägungsgrund 28 legt zumindest eine enge Auslegung nahe, da die "Weiterverarbeitung" nicht mit den ursprünglich festgelegten Zwecken unvereinbar sein darf. Selbst eine nachträgliche Vertragsänderung dürfte deshalb nicht unproblematisch sein; der Arbeitnehmer müßte entweder aus freien Stücken seine Einwilligung geben⁴⁴ oder mit dem Datenempfänger einen separaten Vertrag schließen.

11.4.6 Datentransparenz

Der Gemeinsame Standpunkt enthält sehr eingehende Regelungen über die Datentransparenz in dem Sinne, daß der Betroffene von der Datenverarbeitung automatisch informiert wird und daß er einen weitreichenden Auskunftsanspruch hat.⁴⁵ Dies signalisiert Übereinstimmung mit dem geltenden deutschen Recht,⁴⁶ doch sind die Ausnahmen um einiges enger bestimmt. Sie greifen nur dann, wenn ein überragendes öffentliches Interesse (Landesverteidigung, öffentliche Sicherheit usw.) vorliegt oder wenn der nationale Gesetzgeber die Informationsrechte mit Rücksicht auf die Rechte und Freiheiten anderer beschränken will, was etwa zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfolgen könnte.⁴⁷ Dabei ist jedoch der nationale Gesetzgeber an seine eigene Verfassungsordnung gebunden, so daß die Diskussion um die Rechtmäßigkeit einzelner Bestimmungen aus dem Katalog des § 33 Abs. 2 BDSG (auf den § 34 Abs. 4 BDSG für das Auskunftsrecht verweist) sich keineswegs erledigt hat.⁴⁸

11.4.7 Grenzüberschreitende Vorgänge

Ein Kernstück des Gemeinsamen Standpunkts ist die Regelung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs; insoweit werden auch überzeugteste Anhänger des Subsidiaritätsprinzips keine Einwendungen gegen eine gemeinschaftsrechtliche Regelung erheben können. Dabei sind zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden.

Zum einen geht es um die grenzüberschreitende Datenverarbeitung innerhalb der EU. Sie ist in Art. 1 Abs. 2 im Sinne eines freien Datenflusses entschieden: Soweit den Vorgaben der Richtlinie und des sie umsetzenden nationalen Rechts Rechnung getragen ist, dürfen keine zusätzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen geschaffen werden. Ob Daten

44 Dazu unten 11.4.8.

45 Zusammenfassende Darstellung bei Kopp DuD 1995, 209. Wichtig auch die Erwägungsgründe 38 ff.

46 Dazu Däubler CR 1991, 475 ff. und Schierbaum AiB 1993, 517.

47 Kopp DuD 1995, 210.

48 Zum Diskussionstand s. Däubler, Gläserne Belegschaften?, a.a.O., Rn 264 ff. (Benachrichtigungspflicht), 280 (Auskunftsrecht).

innerhalb der Bundesrepublik oder ob sie nach Frankreich oder Irland übermittelt werden, spielt daher grundsätzlich keine Rolle mehr. Dies gilt allerdings nur im Verhältnis zwischen solchen Mitgliedstaaten, die die Richtlinie effektiv umgesetzt haben. Da die nationalen Datenschutzrechte sich in einer Reihe von Fragen auch in Zukunft unterscheiden werden, bedarf es einer kollisionsrechtlichen Regel. Diese findet sich in Art. 4, wonach primär das Recht des Mitgliedstaats angewandt wird, auf dessen Territorium der "Verantwortliche der Verarbeitung" eine Niederlassung besitzt. Fehlt es daran, kommt es auf die "Belegenheit automatisierter oder nichtautomatisierter Mittel an, auf die bei der Datenverarbeitung zurückgegriffen wird" (Art. 4 Abs. 1 lit. c). Damit ist für den Regelfall eine sinnvolle Bestimmung getroffen, doch kann man sich fragen, inwieweit datenschutzrechtliche Normen immer selbständig angeknüpft werden müssen. So ist es durchaus denkbar und sinnvoll, sie beispielsweise als Teil des Verbraucher-, Versicherungs- oder Arbeitsrechts zu begreifen und dem dafür jeweils maßgebenden Statut zu unterstellen.

Zweiter und wichtigerer Fall ist die Übermittlung in Drittstaaten. Voraussetzung hierfür ist, daß dort ein "angemessenes" Schutzniveau gewährleistet ist, was ersichtlich weniger als "Gleichwertigkeit" bedeutet. Art. 25 Abs. 2 nennt Umstände, nach denen sich die Angemessenheit bestimmt (wie z.B. Dauer der geplanten Verarbeitung, Herkunfts- und Endbestimmungsland usw.), die jedoch mehr als "Erinnerungsposten" formuliert sind, jedoch keine Wertungskriterien erkennen lassen.

Fehlt es an einem angemessenen Schutzniveau, so ist die Datenübermittlung grundsätzlich unzulässig. Die Kommission muß Verhandlungen führen, um ggf. Abhilfe zu schaffen (Art. 25 Abs. 5), was einen erheblichen Druck auf Drittstaaten ausüben kann, sich angesichts eines für sie wichtigen Handelsvolumens den EG-Standards anzunähern.⁴⁹ Solange die Verhandlungen nicht eingeleitet oder noch zu keinem vernünftigen Ergebnis geführt haben, ist gleichwohl eine Übermittlung unter den in Art. 26 genannten Voraussetzungen möglich. Inhaltlich geht es dabei insbesondere um die Abwicklung von Verträgen. Außerdem kann ein Mitgliedstaat die Übermittlung genehmigen, "wenn der Verantwortliche der Verarbeitung ausreichende Garantien hinsichtlich des Schutzes der Privatsphäre, der Grundrechte und Grundfreiheiten der Personen sowie hinsichtlich der Ausübung der damit verbundenen Rechte bietet; diese Garantien können sich insbesondere aus entsprechenden Vertragsklauseln ergeben." Damit ist eine typische Kompromißlösung geschaffen. Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten dürfte dann keine besonderen Probleme bereiten, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in einem Drittland hat. In allen anderen Fällen kommt lediglich die Ausnahmebestimmung des Art. 26 Abs. 2 zum Tragen, so daß es letztlich in der Hand der Mitgliedstaaten liegt, ob sie insoweit "großzügig" sein wollen oder nicht.

11.4.8 Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Nicht anders als das deutsche Recht sieht auch der Gemeinsame Standpunkt die Einwilligung des Betroffenen als mögliche Legitimationsgrundlage für einzelne Verarbeitungsvorgänge vor.

Art. 2 lit. h gibt eine Definition. Danach handelt es sich um "jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, daß personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden." Verlangt wird damit eine "informierte" Einwilligung, die nicht global

erfolgen darf, sondern sich auf konkrete Tatbestände beziehen muß.⁵⁰ Unklar ist lediglich, wann die Grenze des "Zwangs" erreicht ist. So muß man sich die Frage stellen, ob ein Bewerber den ihn untersuchenden Arzt von der Schweigepflicht entbinden kann, obwohl er weiß, daß eine Verweigerung automatisch seine Einstellungschancen zunichte machen würde.⁵¹

Nach Art. 7 lit. a ist eine Datenverarbeitung gerechtfertigt, wenn die betroffene Person "ohne jeden Zweifel" ihre Einwilligung gegeben hat. Für sensitive Daten bestimmt Art. 8 Abs. 2 lit. a, daß die betroffene Person "ausdrücklich" in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt haben muß, es sei denn, das nationale Recht sehe eine solche Öffnung in diesem Bereich überhaupt nicht vor. Kommentatoren werden sich mit der Frage auseinanderzusetzen haben, wann eine Einwilligung "ohne jeden Zweifel" vorliegt und wie die in ihrem Vorliegen zweifelhafte Einwilligung wohl zu behandeln ist. Gemeint ist vermutlich insbesondere eine schriftlich abgegebene Erklärung.

Die hier vertretene Auffassung, nur der "aus freien Stücken" handelnde Arbeitnehmer könne wirksam in die Verarbeitung seiner Daten einwilligen, läßt sich nicht unmittelbar auf die Richtlinie stützen, wird von ihr jedoch auch nicht ausgeschlossen. Den Mitgliedstaaten bleibt die Entscheidung darüber überlassen, wann sie eine "Zwangssituation" annehmen wollen, die eine wirksame Einwilligung ausschließt.

11.4.9 Kontrolle durch unabhängige Instanzen

Der Gemeinsame Standpunkt geht an sich auch für den privaten Bereich von einer etatistischen Kontrollkonzeption aus. Art. 18 sieht vor Beginn einer vollständig oder teilweise automatisierten Verarbeitung eine Meldung durch den Verantwortlichen der Verarbeitung an die Kontrollstelle nach Art. 28 vor, die grundsätzlich eine staatliche Behörde ist. Auf deutsches Drängen ist jedoch in Art. 18 Abs. 2 2. Spiegelstrich eine Ausnahme der Art vorgesehen, daß nach Maßgabe des nationalen Rechts die Kontrollfunktion betrieblichen Datenschutzbeauftragten überlassen werden kann, wobei die Überwachung der Einhaltung des geltenden Rechts eine "unabhängige" sein muß. Ob dies auch dann der Fall ist, wenn der Verantwortliche der Verarbeitung diesen Kontrolleur selbst einsetzt, wird zu diskutieren sein.⁵²

11.4.10 Weiterentwicklung des Datenschutzes

Die langfristig wichtigste Problematik betrifft die Frage, ob der durch den Gemeinsamen Standpunkt bzw. die Richtlinie definierte Schutzstandard abschließende Bedeutung hat oder ob er von den sozialen Gegenspielerinnen wie den Nationalstaaten weiterentwickelt werden kann. Der vorliegende Text gibt hier einige Rätsel auf.

Auf der einen Seite steht die Vorschrift des Art. 1 Abs. 2. Danach dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen ihnen nicht aus Gründen des in Art. 1 Abs. 1 vorgesehenen Persönlichkeitsschutzes beschränken oder untersagen. Im Interesse des reibungslosen Funktionierens von Unternehmen und Märkten soll sich der einzelne Verantwortliche der Verarbeitung nicht plötzlich schärferen nationalen Regelungen gegenübersehen. Für einen solchen Ausschluß jedes Günstig-

⁵⁰ Zur entsprechenden deutschen Rechtslage s. Simitis, in: Simitis-Dammann-Geiger-Mallmann-Walz, Kommentar zum BDSG, 4. Aufl., Baden-Baden 1992 ff. (Loseblatt, Stand Juli 1994) § 4 Rn 55 ff.

⁵¹ Die Grenzen des arbeitgeberseitigen Fragerechts sind deshalb nach allgemeiner Auffassung nicht dispositiv.

⁵² Zum Ganzen s. auch Kopp DuD 1995, 210; Weber CR 1995, 298.

keitsprinzips könnte auch die Tatsache sprechen, daß sich der Rat auf Art. 100 a EGV stützt, der – nicht anders als bei Sicherheitsanforderungen an Maschinen oder Spielzeug – die Schaffung verbindlicher Standards ermöglicht.

Auf der anderen Seite steht der Erwägungsgrund 9, der zunächst den Grundgedanken des Art. 1 Abs. 2 wiederholt und dann fortfährt:

"Die Mitgliedstaaten besitzen einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Betriebs- und Sozialpartnern genutzt werden kann. Sie können somit in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen. Hierbei streben sie eine Verbesserung des gegenwärtig durch ihre Rechtsvorschriften gewährten Schutzes an. Innerhalb dieses Spielraums können unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie auftreten, was Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben kann."

Orientiert man sich streng am Wortlaut, fühlt man sich ein wenig an das Orakel von Delphi erinnert. Formulierungen dieser Art verweisen auf schwierige Kompromisse, deren Auflösung nach der einen oder anderen Richtung der zukünftigen Entwicklung überlassen ist. Zwei Feststellungen scheinen außer Streit zu sein.

Zum einen ist es den Betriebspartnern wie den Tarifparteien selbstredend möglich, im Einzelfall höhere Anforderungen zu vereinbaren. Die Grundfreiheiten des Binnenmarkts sind nicht tangiert, wenn ein Unternehmen oder ein Arbeitgeberverband mit einem Betriebsrat bzw. einer Gewerkschaft vereinbart, bestimmte als unsicher eingestufte Maschinen nicht einzusetzen oder von an sich gegebenen Möglichkeiten der Datenverarbeitung keinen Gebrauch zu machen.

Zum zweiten enthält der Gemeinsame Standpunkt zahlreiche allgemeine Begriffe wie die "Erforderlichkeit" im Rahmen eines Vertrags oder der fehlende "Zwang" für die Einwilligung, die von den einzelnen Staaten nach ihren Vorstellungen ausgefüllt werden können. Es wird Aufgabe des EuGH sein, im Einzelfall zu bestimmen, wann der gezogene Rahmen überschritten ist.

Soweit man diese beiden Grundsätze verläßt, begibt man sich in eine Art juristisches Niemandsland, dessen Durchschreiten Phantasie erfordert, aber auch zur unendlichen Geschichte werden kann. Ist es überhaupt mit dem Subsidiaritätsgrundsatz nach Art. 3b EGV zu vereinbaren, die Weiterentwicklung von Persönlichkeitsrechten in den Mitgliedstaaten zu stoppen? Wenn man dies unter Hinweis auf die Erfordernisse des Gemeinsamen Marktes bejaht, taucht eine weitere Frage auf. Niemand bestreitet, daß die Gemeinschaftsorgane an Grundrechte gebunden sind, die sich insbesondere aus der Verfassungstradition der Mitgliedstaaten ergeben. Gehört zu ihnen nicht auch ein selten ausdrücklich ausgesprochener, da immer als selbstverständlich unterstellter Grundsatz, wonach der Menschenrechtsschutz jederzeit erweitert werden darf? Eine solche Kompetenz hätten die Mitgliedstaaten niemals an die Gemeinschaft abgetreten.

Bezogen auf die bescheideneren Ansprüche der Gegenwart verdient der Gemeinsame Standpunkt aus Sicht der Arbeitnehmer Anerkennung. Er stellt einen wichtigen Schritt zu einem umfassenderen Persönlichkeitsschutz dar. Nicht nur wir alle, sondern auch die Gemeinschaft selbst kann durch eine solche Entwicklung nur gewinnen.