

(Nr. 2) BDSG § 23, §§ 27, 3, § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 3 Nr. 1; BGB § 611 Persönlichkeitsrecht; GG Art. 2 Abs. 1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung; BetrVG 1972 § 94 Abs. 1, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BAG*

1. Das Bundesdatenschutzgesetz regelt nicht die Erhebung personenbezogener Daten. Jedoch ist die Speicherung unzulässig erhobener Daten verboten.

2. Das Speichern in zulässiger Weise erhobener Daten ist im Rahmen der Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses – mit den Einschränkungen durch das informationelle Selbstbestimmungsrecht – erlaubt (§§ 3, 23 BDSG).

a) Maßgebend für die im Rahmen der Zweckbestimmung vorzunehmende Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

b) Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange dürfen aus einem Personalfragebogen folgende Arbeitnehmerdaten gespeichert werden:

Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluß, Sprachkenntnisse.

c) Die weitere Kenntnis dieser Daten kann auch im Verlauf des Arbeitsverhältnisses im Rahmen seiner Zweckbestimmung erforderlich sein (§ 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG).

3. Die Speicherung der genannten Daten verletzt nicht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei einer Leistungs- und Verhaltenskontrolle (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG), weil diese Daten nichts über Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers aussagen.

Bundesarbeitsgericht, 5. Senat

Urteil vom 22. 10. 1986 – 5 AZR 660/85

2. Instanz: Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg

Die Parteien streiten darüber, ob der Kl. von der Bekl. die Löschung bestimmter personenbezogener Daten verlangen kann. Diese sind nicht von der Bekl., sondern von ihrer Konzernobergesellschaft BBC AG gespeichert worden. Die Bekl. ist eine Tochtergesellschaft der BBC AG.

Der Kl. hat die Löschung folgender auf ihn bezogener Daten von der Bekl. begehrt:

- 008 (Geschlecht),
- 012 (Konfession),
- 013 (Familienstand),
- 017 (Datum, Beginn Wehrdienst),
- 018 (Datum, Ende Wehrdienst),
- 019 (Grundwehrdienst abgeleistet),
- 023 (Schule),
- 024 (Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen),
- 030 (Fachschulausbildung),
- 031 (Fachschulausbildung/Fachrichtung 310),
- 032 (Fachschulausbildung/Abschluß),
- 040 (Sprachkenntnisse).

Die Daten stammen aus einem Personalfragebogen, den der Kl. am 26. 12. 1972 anläßl. seiner Bewerbung ausgefüllt hat. Er ist von der Bekl. am 1. 4. 1973 eingestellt worden. Die Bekl. hatte einen Fragebogen mit gleicher Fragestellung bereits verwandt, bevor der BetrR hierüber nach der

* Für die Amtl. Samml. bestimmt.

(Nr. 2²) § 23 BDSG

Neufassung des BetrVG im Jahre 1972 mitbestimmen konnte. Danach hat der BetrR der Bekl. von seinen Mitbestimmungsrechten zunächst keinen Gebrauch gemacht. Die Bekl. hat den Fragebogen in der alten Fassung weiterverwendet. Erst am 14. 2. 1975 hat die BBC AG mit dem KonzernbetrR der BBC Konzerngruppe Deutschland eine Vereinbarung über die Verwendung eines neuen geringfügig geänderten Personalfragebogens abgeschlossen. Am 22. 10. 1975 hat der BetrR Mannheim der Bekl. diese in einer Besprechung darauf hingewiesen, daß Personalfragebögen der Zustimmung des BetrR bedürften. Die Geschäftsleitung der Bekl. hat darauf erklärt, daß nach der Vereinbarung mit dem KonzernbetrR eine Zustimmung des BetrR nicht mehr erforderlich sei.

Der Kl. ist der Auffassung, die über ihn gespeicherten personenbezogenen Daten seien in unzulässiger Weise erhoben worden, weil die Bekl. den Fragebogen ohne Zustimmung des BetrR nicht habe verwenden dürfen. Außerdem habe die Bekl. mit der Speicherung der Daten das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kl. verletzt, denn die Bekl. habe nicht dargelegt, warum die Daten elektronisch gespeichert werden müßten. Die Speicherung sei nicht durch § 23 BDSG gedeckt. Darüber hinaus bestünden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser gesetzl. Regelung. Der Kl. hat beantragt, die Bekl. zu verurteilen, die oben näher bezeichneten gespeicherten personenbezogenen Daten des Kl. zu löschen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen, und hat hierzu vorgetragen, die Verwendung des Fragebogens aus der Zeit vor der Neufassung des BetrVG im Jahre 1972 sei rechtmäßig, denn der BetrR habe danach von seinem Mitbestimmungsrecht keinen Gebrauch gemacht. Im übrigen sei die Verwendung des Personalfragebogens durch die Konzernbetriebsvereinbarung vom 14. 2. 1975 gedeckt. Die von der Konzernobergesellschaft BBC AG gespeicherten Daten seien für die zentrale Gehaltsabrechnung und für die Entscheidung über den Arbeitseinsatz des Kl. notwendig und durch das BDSG gerechtfertigt.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat die Bekl. verurteilt, die Daten in den Positionen 012 (Konfession), 017 (Datum, Beginn Wehrdienst), 018 (Datum, Ende Wehrdienst) und 019 (Grundwehrdienst abgeleistet) zu löschen. Im übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Die hiergegen nur vom Kl. eingelegte Rev. blieb erfolglos.

Aus den Gründen: A. Die Bekl. ist für den verfolgten Anspruch passiv legitimiert. Nach den für das RevGer. bindenden Feststellungen sind die personenbezogenen Daten des Kl. im Auftrag der Bekl. bei ihrer Konzernobergesellschaft verarbeitet worden. Deshalb kann die Bekl. nicht, wie es der Klageantrag will, die Daten selbst löschen. Es ist aber mangels gegenteiligen Vortrags der Parteien davon auszugehen, daß die Bekl. weiterhin als speichernde Stelle i. S. von § 2 Abs. 3 Nr. 1 BDSG anzusehen ist (vgl. zur Datenverarbeitung im Konzern im übrigen *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, BDSG, 3. Aufl., § 22 Rz. 18, 46; *Ordemann/Schomerus*, BDSG, 3. Aufl., § 22 Anm. 2.1; *Linnenkohl*, NJW 1981, 203). Der Senat hat deshalb den Klageantrag dahin ausgelegt, daß die Bekl. verpflichtet werden soll, die beanstandeten Daten bei der Konzernobergesellschaft löschen zu lassen.

B. Als Anspruchsgrundlage für das Begehren des Kl. kommt nur § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG in Betracht. Das Rechtsverhältnis unterliegt dem sachl. Geltungsbereich des BDSG, weil die beanstandeten Daten

in einer Datei gespeichert sind (§ 1 Abs. 2 BDSG). Dabei handelt es sich um personenbezogene Daten, denn es geht um Einzelangaben über persönl. und sachl. Verhältnisse einer bestimmten Person (§ 2 Abs. 1 BDSG). Nach § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig war. Außerdem sind sie auf Verlangen des Betroffenen zu löschen, wenn ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zweckes der Speicherung nicht mehr erforderl. ist. Keine der beiden vorgenannten Voraussetzungen ist vorl. erfüllt.

1. Nach § 3 BDSG ist die Verarbeitung personenbezogener Daten nur zulässig, wenn der Betroffene schriftl. eingewilligt hat, was unstreitig nicht geschehen ist, oder wenn das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift sie erlaubt.

1. Die Bekl. hat die gespeicherten Personaldaten aus einem Personalfragebogen entnommen. Das BDSG regelt nicht die Erhebung personenbezogener Daten. Auch wo es von Erfassen spricht, wie in § 2 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, geht es nur um die Erfassung durch Speicherung, nicht aber um die vorausgehenden Maßnahmen, durch die die zu speichernden Informationen ermittelt werden (*Zöllner*, Daten- und Informationsschutz im ArbVerh., 1982, S. 32; *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, BDSG, 3. Aufl., § 1 Rz. 18b; *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG, 14. Aufl., § 94 Rz. 1a; *Wohlgemuth*, Datenschutz für ArbN, 1983, S. 22 m. w. N.). Demgegenüber sieht *Kroll* (Datenschutz im ArbVerh. 1981, S. 71) schon das Ausfüllen eines Personalfragebogens als Speichern von Personaldaten an, wenn sie später dateimäßig erfaßt werden sollen. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen, weil das Ausfüllen eines Fragebogens im Bereich der Datenerhebung liegt und nicht als Unterfall der Speicherung angesehen werden kann.

Wenn hiernach das BDSG selbst die Erhebung von personenbezogenen Daten nicht einschränkt, so ist doch die Speicherung der gewonnenen Daten nur zulässig, wenn diese rechtl. wirksam erlangt wurden. Zu Recht wird die Auffassung vertreten, daß unzulässig erfragte Daten nicht gespeichert werden dürfen (*Zöllner*, aaO, S. 46, m. w. N.; *Kuhla*, Datenschutz im Beamten- und ArbVerh., 1981, S. 175). Im vorl. Fall war die Erhebung nicht unzulässig, denn sie verstieß nicht gegen das BetrVG und verletzte auch nicht das Persönlichkeitsrecht des Kl.

a) Die Speicherung ist nicht aus betriebsverfassungsrechtl. Gründen unzulässig. Dies hat das BerGer. im Ergebnis zutreffend erkannt.

Nach § 94 Abs. 1 BetrVG bedürfen Personalfragebogen der Zustimmung des BetrR. Fehlt die Zustimmung und ist sie auch nicht durch Einigungsstellenspruch ersetzt, so ist die Datenerhebung durch Personalfragebogen unzulässig. Daten, die unter Verstoß gegen diese Vorschrift erhoben worden sind, dürfen nicht gespeichert werden. Sollten sie dennoch gespeichert worden sein, kann der ArbN ihre Löschung verlangen (*Dietz/Richardi*, BetrVG, 6. Aufl., § 94 Rz. 33, 34; *Wohlgemuth*, Datenschutz für ArbN, S. 141).

b) Die Bekl. hat die Personaldaten einem Einstellungsfragebogen entnommen, den der Kl. am 26. 12. 1972 ausgefüllt hat. Zu dieser Zeit hatte der BetrR nach § 94 Abs. 1 BetrVG bereits ein Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltung des Fragebogens; denn das BetrVG ist am 19. 1. 1972 in seiner Neufassung in Kraft getreten (§ 132 BetrVG

1972). Die Bekl. hatte diesen Fragebogen schon vor Einführung des Mitbestimmungsrechts des BetrR verwendet. Nachdem § 94 Abs. 1 BetrVG eingeführt war, hat der BetrR zunächst sein Mitbestimmungsrecht nicht ausgeübt, obgleich ihm bekannt war, daß die Bekl. den von ihr eingeführten Einstellungsfragebogen weiterverwendete. Erst am 14. 2. 1975 ist es auf Konzernebene zu einer Betriebsvereinbarung über die Weiterverwendung eines Personalfragebogens gekommen.

Das Ges. enthält keine Aussage zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eingeführte Fragebögen weiterverwendet werden dürfen. Deshalb ist grundsätzl. davon auszugehen, daß die Verwendung solcher „Altfragebögen“ mitbestimmungspflichtig war (*Dietz/Richardi*, aaO, § 94 Rz. 21; *GK-Kraft*, BetrVG, 3. Bearb. § 94 Rz. 3; *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG, 12. Aufl., § 94 Rz. 1; *Hanau*, Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BB 1972, 451, 453). Im gleichen Sinn hat der Senat zu § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG für die Weiterverwendung von Beurteilungsgrundsätzen aus der Zeit vor Inkrafttreten des BPersVG entschieden (Urt. vom 28. 3. 1979 – 5 AZR 80/77 – AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG). Die Gegenauffassung, nach der die Verwendung solcher „Altfragebögen“ mitbestimmungsfrei sei (vgl. *Kammann/Hess/Schlöchauer*, BetrVG, 3. Aufl., § 94 Rz. 16, m. w. N.), findet weder im Gesetzeswortlaut noch in Systematik oder Sinn und Zweck der Vorschrift eine Stütze.

Gleichwohl muß vorl. davon ausgegangen werden, daß der BetrR sich so behandeln lassen muß, als habe er der Weiterverwendung des Fragebogens zugestimmt. Der BetrR hat hier unstreitig nach Inkrafttreten des BetrVG 1972 der Weiterbenutzung der mitbestimmungsfrei eingeführten Fragebögen nicht widersprochen, obwohl ihm bekannt war, daß sie unverändert den Bewerbern vorgelegt wurden. Er hat diese Frage mit der Bekl. zunächst nicht einmal erörtert. Das ist erst im Jahr 1975 geschehen. Unter diesen Umständen konnte die Bekl. nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG 1972) erwarten, daß der BetrR eine Erklärung darüber abgab, ob er das neu geschaffene Mitbestimmungsrecht des § 94 BetrVG 1972 in Anspruch nehmen wolle oder nicht. Solange der BetrR sich dazu nicht äußerte, durfte die Bekl. davon ausgehen, daß gegen die Weiterverwendung der Personalfragebögen keine Bedenken bestünden. Deshalb durfte sie die mitbestimmungsfrei eingeführten Fragebögen in einer Übergangszeit zunächst weiterverwenden (ebenso zur Weiterverwendung der ebenfalls durch § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG erstmals dem Mitbestimmungsrecht unterworfenen allgemeinen Beurteilungsgrundsätze: BAG, Urt. vom 28. 3. 1979 – 5 AZR 80/77 – AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG). Es bedarf keiner Entscheidung darüber, wie lange äußerstenfalls diese Übergangszeit auszudehnen ist, denn der Fragebogen wurde vom Kl. noch im Jahre des Inkrafttretens des BetrVG ausgefüllt. Auf die weitere Frage, ob der KonzernbetrR zum Abschluß einer Konzernbetriebsvereinbarung über Personalfragebögen zustän-

dig war und ob diese BV die Weiterverwendung der Fragebögen in der Zeit davor sanktioniert, kommt es demgemäß nicht an.

c) Wenn hiernach zwar der Fragebogen in einer Übergangszeit ohne Mitwirkung des BetrR zunächst weiterverwendet werden durfte, so sind die hiermit abgefragten Daten deswegen allein noch nicht rechtmäßig erhoben. Neben dem Mitbestimmungsrecht des BetrR nach § 94 BetrVG 1972 ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des ArbN zu berücksichtigen. Dieses hat die Bekl. aber nicht verletzt. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des ArbN läßt nur solche Fragen des ArbGeb. zu, an denen der ArbGeb. zur Beurteilung der Eignung und Befähigung des ArbN ein objektiv gerechtfertigtes Interesse hat (vgl. u. a. BAG, Urt. vom 7. 6. 1984 – 2 AZR 270/83 – AP Nr. 26 zu § 123 BGB [unter II 4a der Gründe]). Insoweit hat der erk. Senat im Urt. vom 6. 6. 1984 – 5 AZR 286/81 – AP Nr. 7 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht [zu III 4a der Gründe] – zwischen Fragen nach dem persönl. und berufl. Werdegang des ArbN einerseits und Fragen mit einem direkten Bezug zur Intimsphäre (Unfallschäden, Körperbehinderungen, Ableistung von Wehrdienst usw.) unterschieden. Im letzteren Fall ist ein besonderer Schutz geboten. Die Bekl. war hiernach aber berechtigt, Fragen über den berufl. Werdegang des Kl., über seine Schulausbildung und seinen Studiengang sowie zu Prüfungen und Sprachkenntnissen zu stellen, um die Eignung des Kl. für die angebotene Tätigkeit festzustellen. Die Bekl. hat somit die gespeicherten Daten ohne Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Kl. erhoben. Das gilt auch für die Frage nach dem Hochschulort, denn die Ausbildungsschwerpunkte und die Prüfungsanforderungen der Fachhochschulen sind unterschiedl. Gegen die Frage nach dem Familienstand sind schon im Anbahnungsverhältnis ebenfalls keine Einwendungen zu erheben, denn hiervon kann die Versetzungsmöglichkeit oder die Auswahl des Beschäftigungsortes mit den Folgeproblemen (Wohnraumbedarf, Schulprobleme usw.) abhängen.

2. Danach war die Erhebung der Daten nicht unzulässig, aber auch die Speicherung dieser in zulässiger Weise erhobenen Daten ist nach § 3 BDSG erlaubt.

a) Das Recht der Bekl. zur Speicherung dieser Daten ergibt sich aus § 23 BDSG: Danach ist das Speichern personenbezogener Daten u. a. zulässig im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverh. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt.

Nach h. M. liegt die Speicherung geschützter Daten dann im Rahmen der Zweckbestimmung, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der beabsichtigten Speicherung und dem konkreten Verwendungszweck besteht, die Daten also zur Erfüllung des konkreten Vertragszwecks erforderlich sind (*Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, aaO, § 23 Rz. 25, 29; *Ordemann/Schomerus*, aaO, § 23 Anm. 1.1; ähnlich *Auernhammer*, BDSG, § 23 Rz. 6).

Dieser Maßstab der Erforderlichkeit hält sich im Rahmen des vom BVerfG entwickelten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfaßt danach die Befugnis des Einzelnen, grundsätzl. selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönl. Lebenssachverhalte offenbart werden (BVerfG,

Entsch. vom 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 – DB 1984, 46 [zu II 1 a der Gründe]). Das BVerfG hat bisher nur über die Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei Eingriffen des Staates entschieden. Dagegen besteht bei der „Drittwirkung“ der Grundrechte auf dem Gebiet des Privatrechts das Problem, daß im Verhältnis Privater untereinander alle Beteiligten am Schutz der Grundrechte teilhaben, während das im Verhältnis des Bürgers zum Staat nicht der Fall ist (*Heußner*, AuR 1985, 309, 314). Hiernach bleibt es in erster Linie Aufgabe des GesGeb., die privatrechtl. Beziehungen für alle Beteiligten grundrechtsmäßig ausgewogen zu gestalten (*Heußner*, aaO). Allerdings haben die Gerichte bei der Auslegung privatrechtl. Vorschriften dem objektiven Gehalt der Grundrechtsordnung Rechnung zu tragen (*Heußner*, aaO). Dem entspricht es, wenn in die Privatsphäre des ArbN nicht tiefer eingedrungen werden darf, als es der Zweck des ArbVerh. unbedingt erfordert (vgl. *Ehmann*, Datenverarbeitung und Persönlichkeitsschutz im ArbVerh., NZA, Beil. Nr. 1 zu H. 13/1985, S. 3). Maßgebend für die bei Datenspeicherungen im Rahmen der Zweckbestimmung des ArbVerh. vorzunehmende Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (*Ehmann*, aaO, Beil. Nr. 1, S. 6).

Insoweit kann aber nicht ungeprüft auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die in der Rechtspr. zur Einschränkung des Rechts des ArbGeb. entwickelt worden sind (dafür aber: *Linnenkohl/Rauschenberg*, BB 1986, 1715, 1716); denn was der ArbGeb. im Anbahnungsverhältnis über die Eignung des Bewerbers wissen muß, braucht sich nicht mit den Kenntnissen zu decken, die er später für den Arbeitseinsatz benötigt.

Wenn das LAG darüber hinausgehend verlangt, daß die Daten für den ArbGeb. unverzichtbar sein müssen, so kann dem nicht gefolgt werden, weil damit berechnete Informationsinteressen des ArbGeb. zu wenig berücksichtigt würden. Im übrigen ist der Begriff unklar (ebenso *Linnenkohl/Rauschenberg*, BB 1986, 1715, 1716). Das LAG will die Zulässigkeit der Speicherung ferner von der Erfüllung von über § 26 Abs. 1 BDSG hinausgehenden Benachrichtigungspflichten abhängig machen. Darin kann der Vorinstanz aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Wenn der ArbN den ArbGeb. auf Löschung bestimmter Daten verklagt, ist die Tatsache der Speicherung in aller Regel unstreitig. Der ArbN ist dann zuvor von dem ArbGeb. oder von Dritten darüber informiert worden. Allein aus dem Umstand, daß dies nicht bereits vor der Speicherung geschehen ist, kann aber ein Lösungsanspruch nicht abgeleitet werden, weil die zunächst fehlende Benachrichtigung einer erneuten Speicherung derselben Daten nach erfolgter Unterrichtung hiervon nicht mehr entgegenstände.

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorl. Fall führt zu dem Ergebnis, daß die Speicherung der Daten in den Positionen 008 (Geschlecht), 013 (Familienstand) und sämtl. Ausbildungsdaten einschließl. der Postleitzahl des Studienortes datenschutzrechtl. zulässig war. Ihre Kenntnis ist aber auch weiterhin für die Erfüllung des Zweck-

kes der Speicherung erforderlich (§ 27 Abs. 3 Satz 2 i. V. mit § 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG).

Die Auffassung des Kl., daß letztl. nur Lohnabrechnungsdaten gespeichert werden dürfen, trifft nicht zu. Die Zulässigkeit der Speicherung ist nicht von vornherein auf bestimmte Zwecke beschränkt. Dies hat bereits der 1. Senat in seinem Beschluß vom 11. 3. 1986 – 1 ABR 12/84 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = NZA 1986, 526, 528 [zu B III 1 a der Gründe] ausgeführt.

Die Speicherung der Position 008 (Geschlecht) ist gerechtfertigt. Die ArbGeb. haben unter anderem die Pflicht, in bestimmten Abständen die Zahl der männl. und weibl. ArbN zu melden. Es handelt sich dabei auch um ein für die allgemeine Personalplanung wichtiges Datum. Es ist nicht zu beanstanden, daß sich der ArbGeb. bei dieser ständig wiederkehrenden Aufgabe zur Verwaltungsvereinfachung der EDV bedient (vgl. BAG, Beschluß vom 11. 3. 1986 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung), zumal der ArbN dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Der unter Position 012 gespeicherte Familienstand kann für Sozialleistungen, die soziale Auswahl bei Künd. und für Entscheidungen über Versetzungen und auswärtigen Arbeitseinsatz wichtig werden. Wenngleich es zutrifft, daß Künd. nicht zu jedem Zeitpunkt bevorzugen, so kann nicht von einer unzulässigen Vorratsspeicherung gesprochen werden. Die durch die elektronische Verarbeitung der Personaldaten erstrebte Verwaltungsvereinfachung kann auf andere Weise nicht erreicht werden; die Beeinträchtigung des Kl. ist gering. Gerade in Zeiten, in denen betriebsbedingte Künd. erforderl. werden können, braucht sich der ArbGeb. nicht darauf verweisen zu lassen, sich den Familienstand der ArbN, deren Arbeitsplatz gefährdet ist, aus den Personalakten herauszusuchen. Es entspricht einem berechtigten Interesse des ArbGeb., sich diese Kenntnisse in wirtschaftl. sinnvoller Weise schnell und kostengünstig zu verschaffen (BAG AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung). Es kommt hinzu, daß er im Rahmen einer sozialen Auswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) eine Vielzahl persönl. Daten über die Familienverhältnisse der betroffenen ArbN vergleichen muß. Das gilt im Rahmen kurzer Anhörungsfristen (§ 102 Abs. 2 BetrVG 1972) ebenso für den BetrR.

Die gespeicherten Daten über die Schul- und Berufsausbildung sowie die Sprachkenntnisse sind unter Einschluß der in Position 030 mitgespeicherten Postleitzahlen des Studienortes nicht nur im Anbahnungsverhältnis, sondern auch während der Durchführung des ArbVerh. von Bedeutung, nämlich für die Einsatzmöglichkeiten des Kl. Zu Recht hat das LAG darauf hingewiesen, daß die Bekl. von ihrem Unternehmensgegenstand her hohe Anforderungen gerade an die techn. Qualifikation ihrer Beschäftigten stellt. Jedenfalls ist es nicht zu beanstanden, daß die Bekl. die genannten Bildungsdaten ihrer Ingenieure einschließl. des Hochschulortes speichert und Entscheidungen über den Einsatz dadurch vorbereitet, daß sie sich diese Daten ausdrucken läßt. Auch hier ist nicht ersichtl., daß wesentliche Belange des Kl. beeinträchtigt werden.

Das LAG hat die Zulässigkeit der Speicherung des Hochschulortes mit den uneinheitl. Bildungsabschlüssen in der BR Deutschland be-

gründet. Das ist revisionrechtl. nicht zu beanstanden. Es trifft zu, daß die Qualität von Fachhochschul- und Universitätsabschlüssen derselben Fachrichtung je nach Hochschulort sehr unterschiedl. sein kann. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die in der Ausbildung gesetzten fachl. Schwerpunkte wie auch das Niveau der Lehrveranstaltungen und Prüfungen. Es kommt hinzu, daß die Bundesländer die Titelführung unterschiedl. geregelt haben (vgl. BAG 45, 111, 115f. = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht [zu I 3a der Gründe]).

c) Die Speicherung der personenbezogenen Daten, deren Löschung der Kl. hier verlangt, verstößt ebenfalls nicht gegen Mitbestimmungsrechte des BetrR. Wenn man davon ausgeht, daß sie in einem Personalinformationssystem gespeichert sind, so ist dies nicht allein deswegen unzulässig, weil der BetrR hieran nicht mitgewirkt hat. Ein Personalabrechnungs- und Informationssystem ist eine techn. Einrichtung der Datenverarbeitung. Hierfür kommt ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht (BAG, Beschluß vom 11. 3. 1985 – 1 ABR 12/84 – AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = NZA 1986, 526 [zu B II 3a der Gründe]). Ein solches Mitbestimmungsrecht besteht aber nur, wenn Leistungs- oder Verhaltensdaten programmgemäß zu Aussagen über Verhalten oder Leistung einzelner ArbN verarbeitet werden. Die hier vom Kl. beanstandeten Daten sagen aber nichts über seine Arbeitsleistung oder sein Verhalten aus, sondern beschränken sich auf seinen Familienstand, seine Ausbildung, seinen berufl. Werdegang vor Eintritt bei der Bekl. und seine Sprachkenntnisse.

II. Der Kl. kann keine weitergehenden Ansprüche auf Löschung der von ihm beanstandeten Personaldaten aus der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts herleiten. Zwar kann auch nach Inkrafttreten des BDSG außerhalb des Anwendungsbereiches dieses Ges. bei der Speicherung und Weitergabe von Daten eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht kommen (BAG 46, 98 = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht [unter II 2d der Gründe], m. w. N.). Hierbei handelt es sich aber um einen Auffangtatbestand, der gegenüber einer Spezialregelung des Persönlichkeitsrechts durch das BDSG zurücktritt (ebenso BGHZ 80, 311, 319). Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben sich hier keine weiterreichenden Rechtsfolgen zugunsten des Kl., weil die Speicherung der durch den Fragebogen erhobenen Daten bereits abschließend durch § 23 BDSG geregelt und gerechtfertigt ist. Solche Ansprüche kämen nur dann in Betracht, wenn das BDSG von vornherein keine Anwendung fände, was hier jedoch nicht der Fall ist.

Anmerkung: I. Bedeutung der Entscheidung.

Die Einführung von Informationstechnologien im Betrieb ist in der Rechtspr. bislang fast ausschließl. als Problem des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG behandelt worden. Dies ist den Gerichten – allen voran dem BAG – keineswegs vorzuwerfen, können sie doch nur über den Streitstoff entscheiden, der ihnen unterbreitet wird. Gleichwohl ist nicht zu

übersehen, daß sich auf diese Weise ein asymmetrischer Diskussionsstand herausgebildet hat. Man weiß sehr viel über das Eingreifen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei Personalinformationssystemen und Betriebsdatenerfassung, man besitzt auch einige Anhaltspunkte über den Regelungsspielraum der Betriebsparteien, aber man ist praktisch ganz auf die Lit. verwiesen, wenn es um den substantiellen Persönlichkeitsschutz geht: Welche Daten dürfen über den einzelnen ArbN erhoben und gespeichert werden? Wann ist die Grenze zu einem unzulässigen Persönlichkeitsprofil überschritten? Welche Kontrollrechte besitzt der Einzelne, um sicherzustellen, daß nur Erlaubtes in seine „elektronische Personalakte“ kommt? Wie steht es mit der Weitergabe von ArbNDaten an Dritte, etwa einen neuen ArbGeb. oder die Konzernmutter? Darf der ArbGeb. die erlaubtermaßen gespeicherten Daten beliebig verknüpfen und sich dabei beispielsweise auch einer Abfragesprache bedienen?

Die vorl. Entsch. behandelt erstmals einen beträchtl. Teil dieser Fragen. Der Sache nach geht es im Kern darum, ob der ArbGeb. bestimmte „Stammdaten“ wie „Geschlecht“, „Familienstand“ und „Ausbildungsabschluß“ einschließl. des Hochschulorts speichern darf. Als Vorinstanz hatte das LAG Baden-Württemberg (DB 1985, 2567) in einer vielbeachteten Entsch. dies bejaht, allerdings Angaben über die Ableistung des Wehrdienstes und die Konfession als unzulässig eingestuft. Da nur der betroffene ArbN Rev. eingelegt hatte, ist dieser zweite Teil der Entscheidung in Rechtskraft erwachsen. Für das BAG schien sich das Problem zu stellen, ob in Zukunft Personalinformationssysteme überhaupt noch als wirksames Mittel nicht nur der Verwaltung, sondern auch der Planung des Personaleinsatzes anzuerkennen seien. Ohne Daten über (beispielsweise) Ausbildung, Familienstand und Sprachkenntnisse läßt sich – so möchte man meinen – ersichtl. nicht beurteilen, ob ein ArbN beispielsweise für die Leitung einer ausländischen Filiale in Betracht kommt. Sieht man die Dinge so, ist das Ergebnis im Grunde vorprogrammiert: Daß das BAG 10 bis 15 Jahre Unternehmenspraxis nicht für illegal erklären würde, war nachgerade an den 5 Fingern einer Hand abzuzählen. Allerdings wird zu überlegen sein, ob die Dinge wirklich so einfach liegen, ob es nur die Schwarz-Weiß-Alternative zwischen Verbot und genereller Zulässigkeit der Speicherung gibt.

Der erk. Senat hatte zunächst 2 Vorfragen zu klären, die ihrer beträchtl. Bedeutung wegen hier nicht ausgeklammert bleiben sollen. Wer ist bei einer Klage auf Löschung passivlegitimiert, wenn die Daten konzernerneinheitt. gespeichert werden? (unten II). Welche Bedeutung hat das Mitbestimmungsrecht des § 94 BetrVG für die Speicherung von ArbNDaten insbes. dann, wenn „Alt-Fragebögen“ aus der Zeit vor dem BetrVG 1972 als Erhebungsmittel verwendet werden? (unten III). Die Hauptfrage, welche persönlichkeitsrechtl. Schranken der ArbGeb. zu beachten hat, ist vom BAG getrennt für die Erhebung und die Speicherung behandelt worden (unter B I 1 c bzw. B I 2 der Gründe). Ob in beiden Fällen unterschiedl. Kriterien gelten und wie eine der Volkszählungsentscheidung des BVerfG voll Rechnung tragende Lösung aussehen könnte, wird uns unter IV beschäftigen.

Schließl. hat der Senat noch dazu Stellung genommen, ob § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei einem Einspeichern der Daten in ein Personalinformationssystem eingreift; seine negative Antwort ist im Hinblick auf die Rechtspr. des 1. Senats zur selben Vorschrift zu überprüfen (unten V).

II. Datenschutz im Konzern.

Nach den bindenden Feststellungen des BerGer. wurden die Daten des Kl. nicht bei der ArbGebGesellschaft selbst, sondern in ihrem Auftrag bei der Konzernobergesellschaft gespeichert. Mit Recht geht der erk. Senat unter A der Gründe davon aus, daß der ArbGeb. dessen ungeachtet als „speichernde Stelle“ i. S. des § 2 Abs. 3 Nr. 1 BDSG anzusehen war; das Lösungsverlangen hatte sich daher gegen ihn zu richten. Er blieb – wie auch der 1. Senat in einer Entsch. vom 17. 3. 1987 – 1 ABR 59/85 – AP Nr. 29 zu § 80 BetrVG 1972 [unter B II 5 der Gründe] – betonte – „Herr“ der personenbezogenen Daten seiner ArbN. Dies ist als Grundsatz schwerlich zu kritisieren, zumal § 22 Abs. 2 Satz 1 BDSG ausdrückl. eine entsprechende Festlegung enthält.

Dennoch muß man sich fragen, ob bei konzernerneinheitt. Datenspeicherung nicht gewichtige Ausnahmen gelten müssen. In der Lit. wurde darauf verwiesen, die Zusammenführung aller ArbNDaten bei der Konzernmutter, in einem einheitt. Rechenzentrum usw. könne unschwer zu einem Datenabgleich über die Grenzen des einzelnen Unternehmens hinweg führen; damit aber würde die (unbestrittene) Entscheidung des GesGeb. unterlaufen, nur das Unternehmen, nicht aber den Konzern als informationelle Einheit zu behandeln (*Wohlgemuth*, AuR 1985, 244 und AuR 1987, 266). In der Tat gibt der erk. Senat durch den Hinweis auf den fehlenden gegenteiligen Vortrag selbst zu erkennen, daß Fälle denkbar sind, in denen das ArbGebUnternehmen nicht mehr als „speichernde Stelle“ anzusehen ist. Dies ist beim Konzernverbund etwa dann anzunehmen, wenn nicht nur die Datenspeicherung, sondern auch die Personalpolitik zentralisiert wird. In einem solchen Falle fehlt dem ArbGebUnternehmen in bezug auf den Umgang mit den ArbNDaten die im Gesetz vorausgesetzte Eigenständigkeit; es kann nicht mehr sicher bestimmen, was mit ihnen geschieht. Auch könnte von einer wirksamen Abschottung gegenüber anderen Konzernunternehmen keine Rede mehr sein. Selbst wenn eine so weitgehende „Vergemeinschaftung“ fehlt, bleibt doch ein starkes potentielles Interesse der Konzernobergesellschaft, sich zumindest im Einzelfall der in ihrem Einflußbereich gespeicherten Daten zu bedienen. Auch von der techn. Seite her muß ein Datenabgleich daher mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen sein. Dies kann beispielsweise durch Verwendung nicht kompatibler Systeme oder durch vollständige Protokollierung aller Datenläufe geschehen. Fehlt es daran, so liegt in Wahrheit ein der Übermittlung vergleichbarer Tatbestand vor, dessen Zulässigkeit sich nach § 24 Abs. 1 BDSG bestimmt. Dasselbe gilt, wenn sich das Rechenzentrum im Ausland befindet, da § 2 Abs. 3 Nr. 2 BDSG eine „Auftragsdatenverarbeitung über die Grenze“ aus-

schließt (näher dazu Schapper, Grenzüberschreitender Datentransfer und Datenschutz, in: Klebe/Roith, Informationen ohne Grenzen. Computernetze und internationale Arbeitsteilung, Hamburg 1987, S. 191 ff.).

Die Tatsache, daß im Einzelfall die Übermittlungsvorschriften einzugreifen, bedeutet nicht, daß damit kein konzerninterner Informationsfluß von ArbNDaten mehr möglich wäre. Zwar kann der ArbGeb. nicht etwa auf die 3. Alternative des § 24 Abs. 1 Satz 1 BDSG zurückgreifen und ein „berechtigtes Interesse“ an der Weitergabe für sich reklamieren, da dies den Konzern entgegen der ausdrückl. Entsch. des GesGeb. eben doch zu einer Informationseinheit machen würde (ebenso die ganz h. M., s. Freise/Wohlgemuth DVR 1982, 288; Kröll, Datenschutz im ArbVerh., 1981, S. 115 ff.; Simitis, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Komm. zum BDSG, 3. Aufl., 1981, § 22 Rn. 39; a. A. Zöllner, Daten- und Informationsschutz im ArbVerh., 1982, S. 49, der die konzerninterne Datenverarbeitung gerade als Beispiel für die Notwendigkeit von § 24 Abs. 1 Satz 1 3. Alt. nennt). Möglich ist jedoch eine Berufung auf den „Zweck des ArbVerh.“, d. h. auf die 1. Alternative von § 24 Abs. 1 Satz 1 BDSG in allen den Fällen, in denen der ArbN „für den Konzern“ eingestellt oder beschäftigt wird (vgl. auch Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 1986, G X 2 a. E.): Ist ein unternehmensübergreifender Personaleinsatz vorgesehen, muß auch der dafür notwendige Informationsfluß herstellbar sein. Für den ArbGeb. ergibt sich daraus allerdings die Konsequenz, entsprechend den vom BAG entwickelten Grundsätzen auch den Kündigungsschutz auf den Gesamtkonzern zu beziehen (BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Konzern [mit Anm. von Wiedemann] = DB 1986, 2635 [2637 re. Sp.]), die Zeiten der bei unterschiedl. Konzernunternehmen verbrachten Betriebszugehörigkeiten zu addieren und andere Besonderheiten eines konzerndimensionalen ArbVerh. zu beachten (dazu die Nachw. bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 4. Aufl., 1986, S. 562 ff.) – ein Ergebnis, das schon deshalb in Ordnung geht, weil das Abstellen auf die wirtschaftl. Einheit „Konzern“ nicht nach dem Rosinenprinzip erfolgen, d. h. nur dem ArbGeb. mehr Möglichkeiten zur Datenverarbeitung eröffnen darf.

III. Datenerhebung und § 94 BetrVG, insbes. die Verwendung von „Alt-Fragebögen“

1. Der Grundsatz. Das BAG geht zutreffend davon aus, daß nur solche Daten gespeichert werden dürfen, die zulässig erhoben sind. Welche Informationen sich der ArbGeb. verschaffen darf, bestimmt sich nicht nach dem BDSG, das erst bei der Phase der Speicherung einsetzt. Statt dessen sind die allgemeinen Grenzen des Erhebungsrechts zu beachten, die inhaltl. in den Normen über den Persönlichkeitsschutz, verfahrensmäßig in dem Mitbestimmungsrecht des BetrR nach § 94 BetrVG liegen. Zu § 94 BetrVG trifft das BAG in Übereinstimmung mit der Lit. eine wichtige Feststellung: Werden Daten unter Verwendung eines Personalfragebogens erhoben, dem der BetrR nicht zugestimmt hat, so ist ihre Speicherung unzulässig. Der Betroffene kann nach § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG Löschung verlangen. Dies ist nicht zuletzt deshalb zu begrüßen, weil eine solche „Sanktion“ wesentl. zur

effektiven Beachtung des § 94 BetrVG beitragen wird. Auch wer als ArbGeb. glaubt, wegen der Rechtspr. des BAG zum Unterlassungsanspruch bei einseitigen Maßnahmen keine einstw. VfG. befürchten zu müssen, wird sich eine Überlegung des BetrR doppelt überlegen: Selbst wenn nur wenige ArbN auf Entfernung ihrer Daten klagen würden, könnte dies das gesamte Personalinformationssystem entscheidend entwerten, liegt seine Bedeutung doch gerade in der Vollständigkeit der Angaben; die Bestimmung von Durchschnittsgrößen und die Planung des Personaleinsatzes vermögen dies hinreichend zu illustrieren. Zu beachten ist weiter, daß nach inzwischen durchgedrungener Auffassung so gut wie jedes standardisierte Erhebungsmittel unter den Begriff des „Personalfragebogens“ fällt; erfaßt sind etwa „Checklisten“ bei Einstellungsgesprächen, aber auch „Bildschirmmasken“, die die einzugebenden Daten vorschreiben (s. zuletzt Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 15. Aufl., 1987, § 94 Rn. 11; Kuppferle/Wohlgemuth, Personaldatenverarbeitende Systeme, 1987, Rn. 211, jeweils m. w. N.).

2. „Alt-Fragebögen“ – ein Problem des intertemporalen Betriebsverfassungsrechts. Der vorl. Fall wies insoweit eine Besonderheit auf, als der ArbGeb. unstreitig Fragebögen verwandte, mit denen er bereits vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 gearbeitet hatte. Mußte § 94 BetrVG auch in einem solchen Fall eingreifen mit der unabweisbaren Folge, daß dann der Klage stattzugeben und die Verpflichtung des ArbGeb. zur Löschung der Daten auszusprechen war?

a) Praktische Relevanz. Das Problem ist von größerer Bedeutung, als man dies im ersten Moment annehmen möchte. Die betriebl. Rechtssetzung (wie auch eine sonstige betriebl. Praxis) ist – wenn nicht alle Anzeichen trügen – von beträchtl. Langlebigkeit. Man denke etwa an die Entsch. des 1. Senats vom 23. 4. 1985 (AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung – „TÜV-Prüfbelege“), bei der es um Formulare ging, die gleichfalls schon vor 1972 praktiziert wurden. Oder man erinnere sich an das Beispiel der Arbeitsordnungen, die oft 10, 15 oder 20 Jahre alt sein und die überdies auf länger zurückliegenden Normierungen aufbauen sollen (s. etwa die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung von 54 Arbeitsordnungen bei Kaiser/Metzger – Pregizer, Betriebsjustiz, Untersuchungen über die soziale Kontrolle abweichenden Verhaltens in Industriebetrieben, 1976, S. 400). Weiter ist zwischen dem Inkrafttreten des BetrVG als solchem und seinem Wirksamwerden in einzelnen Betrieben zu unterscheiden. Wird etwa erstmalig ein BetrR gewählt, ergibt sich für alle Beteiligten eine ähnl. Situation wie bei der Ausweitung der BetrRBefugnisse im Jahre 1972.

b) Das prinzipielle Eingreifen der Mitbestimmungsrechte. Das BAG stellt zu Recht fest, daß das BetrVG insoweit keine Aussagen enthält. Die einzige Übergangsvorschrift findet sich in § 128, der die Weitergeltung von TVen über die Errichtung einer anderen ArbNvertretung anordnet – im Grunde eine Selbstverständlichkeit, da § 20 Abs. 3 BetrVG 1952 als frühere Ermächtigungsgrundlage sich voll mit dem nunmehr geltenden § 3 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG 1972 deckt. Schlußfolge-

rungen für den hier interessierenden Tatbestand lassen sich daraus nicht gewinnen.

In Übereinstimmung mit seiner Rechtspr. zu § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG gelangt der erk. Senat zu der zutreffenden Feststellung, daß sich das Mitbestimmungsrecht auch auf solche überkommenen, ohne Einschaltung des BetrR getroffenen Maßnahmen erstreckt. Genauso wird – worauf der Senat zusätzl. hätte hinweisen können – im Bereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG verfahren (BAG AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [unter B II 6 der Gründe]; LAG Berlin, DB 1984, 2098). Anders zu entscheiden würde bedeuten, weite Bereiche aus der Mitbestimmung auszunehmen und die durch das BetrVG 1972 gebrachten Änderungen nur halbherzig zu vollziehen. Auch ergäbe sich für manchen ArbGeb. der wenig sachgerechte Anreiz, nur ja nichts am Bestehenden zu ändern, um so der Mitbestimmung des BetrR auch weiterhin zu entgehen. Schließl. spricht für die vom erk. Senat eingenommene Position die Natur des Mitbestimmungsrechts. Dieses beschränkt sich nicht auf eine Art Genehmigungsvorbehalt für den Erlaß einer Maßnahme, sondern gibt eine Mitregelungskompetenz, die auch ein Initiativrecht zur Veränderung des bestehenden Zustands umfaßt.

c) *Das Problem der Übergangsregelung.* Das Eingreifen der Mitbestimmungstatbestände sagt noch nichts über die konkreten Rechtsfolgen für die in Rede stehende ArbGebMaßnahme aus.

Denkbar ist einmal, daß die Verwendung der Fragebögen mit dem Inkrafttreten des BetrVG unzulässig wurde. Dies wäre die konsequenteste Form der Anwendung des Ges., freilich mit einigen Unzuträglichkeiten verbunden. Es liegt nahe, daß sich der BetrR nicht buchstäbl. von heute auf morgen ein umfassendes Bild von allen anstehenden Fragen machen und dazu eine inhaltl. fundierte Meinung bilden kann. Ist dies aber so, dann würden faktisch auch solche Maßnahmen und Verhaltensweisen des ArbGeb. unwirksam, gegen die der BetrR bei Lichte besehen gar nichts einzuwenden hat. Dies in Kauf zu nehmen wäre nicht nur wenig sinnvoll, sondern auch verfassungsrechtl. bedenklich, da ein übermäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit des ArbGeb. nach Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen dürfte. Soweit ersichtl., wird ein solches tabula-rasa-Modell daher auch von niemandem vertreten.

Eine zweite Lösung könnte darin liegen, den vom ArbGeb. bestimmten Status quo solange bestehen zu lassen, bis auf der Grundlage des Mitbestimmungsrechts eine Betriebsvereinbarung zustande kommt oder durch einen Einigungsstellenspruch ersetzt wird (so LAG Berlin, DB 1984, 2098 für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unter unzutreffender Bezugnahme auf BAG AP Nr. 2 zu § 9 TVAL II, wo auf Bl. 3 R die Frage dahingestellt bleibt, und auf BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Urlaubsrecht, wo es nur um die Rechte des ArbGeb. in Betrieben ohne BetrR geht). Gegen eine solche Minimallösung hatte sich der erk. Senat bereits in seiner Entsch. zu § 75 Abs. 3 Nr. 9 BPersVG gewandt und darauf hingewiesen, dies relativiere zu sehr den vom Gesetz intendierten Persönlichkeitsschutz (BAG AP Nr. 3 zu § 75 BPersVG). Auch die vorl. Entsch. stellt ausschließl. darauf ab, daß der BetrR sich nicht „gerührt“ habe, eine überflüssige Feststellung, wenn

die Verwendung der Fragebögen bis zu einer Neuregelung zulässig geblieben wäre. In der Tat geht es nicht an, eine vorgesezt. Praxis der Sache nach wie eine BV mit Nachwirkung zu behandeln – dies schon deshalb nicht, weil § 77 Abs. 6 BetrVG die Nachwirkung auf die Fälle obligatorischer Mitbestimmung beschränkt, es aber kaum einleuchtet, einer gerade noch tolerierten Praxis einen höheren Bestandsschutz als einer freiwilligen BV zuzuerkennen.

Die dritte, vom BAG gewählte Lösung bewegt sich auf einer mittleren Linie: Die Fragebögen dürfen für eine „Übergangszeit“ weiterverwendet werden, sofern der BetrR dem nicht widerspricht. Wie lange diese Übergangsfrist dauern kann, blieb – da im vorl. Fall nicht entscheidungserhebl. – dahingestellt. Der BetrR habe gegen die Weiterbenutzung der Fragebögen nichts einzuwenden gehabt, ja dieses Problem mit dem bekl. ArbGeb. nicht einmal erörtert. Nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit habe dieser erwarten können, daß der BetrR sich zur Ausübung seines Mitbestimmungsrechts äußere; solange dies nicht geschah, habe er davon ausgehen dürfen, daß gegen die bisherige Praxis keine Bedenken bestünden.

Im Ergebnis wird man dem BAG eindeutig zustimmen. Es vermeidet die Nachteile der anderen Lösungen, nimmt also weder „gewaltsame“ Eingriffe in betriebl. Strukturen noch eine Entwertung des Mitbestimmungsrechts in Kauf. Die Begründung vermag gleichwohl nicht recht zu befriedigen. Der Rückgriff auf das „Davon-Ausgehen“ oder „Sich-Darauf-Verlassen-Können“, kurz: auf den Vertrauensschutz ist überall dort etwas mißlich, wo durch eine kurze Anfrage zu klären wäre, wie denn die Haltung des Gegenübers beschaffen ist. Dies gilt erst recht in einem Bereich wie dem des § 94 BetrVG, der die Initiative zur Einführung der Fragebögen von vornherein dem ArbGeb. zuweist; hätte dieser nicht auch bei Alt-Fällen den ersten Schritt tun müssen? Der Sache nach handelt es sich bei dem Dictum des BAG um eine richterrechtl. Ergänzung des BetrVG durch eine zeitl. Kollisionsregel, deren Entwicklung unabdingbar war und die man deshalb ruhig hätte beim Namen nennen können. Daß jede andere Alternative zu sehr viel größeren Nachteilen geführt hätte, ist hier kurz dargelegt worden. Als Begründung hätte dies m.E. auch dann ausgereicht, wenn man den das Ges. ergänzenden Richter für verpflichtet ansieht, alle diejenigen Gesichtspunkte abzuwägen, die auch ein parlamentarischer GesGeb. berücksichtigen würde.

d) *Konsequenzen.* Auf der Basis der vorl. Entsch. kann der BetrR die Weiterbenutzung von Alt-Fragebögen dadurch verhindern, daß er sich auf sein Recht aus § 94 BetrVG beruft und ihre Abschaffung oder inhaltl. Umgestaltung verlangt. Unabhängig davon werden die Verwendung und die darauf aufbauende Speicherung auf alle Fälle unzulässig, wenn die „Übergangszeit“ abgelaufen ist. Wie diese genau zu bestimmen ist, kann auch hier offenbleiben; im Jahre 1987 gehört sie jedenfalls längst der Vergangenheit an. Das bedeutet, daß heute von der Fortgeltung mitbestimmungsfrei eingeführter Fragebögen nur noch in Fällen wie dem vorl. die Rede sein kann.

Dieselben Grundsätze gelten auch dann, wenn in einem Betrieb erstmals ein BetrR gewählt wurde. Die „Übergangszeit“ beginnt dabei mit der Verkündung des Wahlergebnisses, darf jedoch ein Jahr nicht übersteigen. Für eine Bestandsaufnahme durch den BetrR reicht dieser Zeitraum aus; dem GesGeb. kann schwerlich unterstellt werden, er hätte für die Realisierung der im BetrVG vorgesehenen Befugnisse eine halbe oder gar eine ganze Wahlperiode von 3 Jahren vorgesehen.

Im übrigen sind keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtl., daß das für § 94 BetrVG Gesagte nicht auch für andere Mitbestimmungsrechte gelten soll – vor 1972 installierte Kontrolleinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, aber auch alte Lohnberechnungsmethoden nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG und Personalrichtlinien nach § 95 BetrVG dürfen daher selbst in den Fällen nicht weiterverwendet werden, in denen der BetrR sich völlig passiv verhielt. Erst recht läßt sich die Entscheidung des LAG Berlin (DB 1984, 2098) unter diesen Umständen nicht mehr aufrechterhalten.

3. *Erneute Mitbestimmung bei Einspeisen in ein Personalinformationssystem?* Der vorl. Sachverhalt gibt keinen Aufschluß darüber, ob die Daten gleich nach der Einstellung des Kl. im Jahre 1972 elektronisch gespeichert wurden oder ob dies erst später erfolgte. War letzteres der Fall, wäre möglicherweise erneut ein Mitbestimmungsrecht entstanden, da § 94 BetrVG nach weit verbreiteter Auffassung den BetrR nicht nur bei der Datenerhebung einschalten, sondern ihn auch über das weitere Schicksal der Daten mitbestimmen lassen will (*Klebe/Schumann*, AuR 1983, 42; *Küpferle/Wohlgemuth*, Rn. 234, 238ff.). Die einmal erklärte (hier: fingierte) Zustimmung bezieht sich aber nur auf die ursprüngl., nicht auf die später entstehenden, durch EDV völlig veränderten Bedingungen (*Franz*, Personalinformationssysteme und Betriebsverfassung, 1983, S. 160). Das BAG wirft diese Frage jedoch nicht auf und erörtert unter B I 2c der Gründe die Beteiligung des BetrR an der Speicherung nur im Hinblick auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Jedenfalls dann, wenn man wie der erk. Senat diese Vorschrift für unanwendbar hält, wäre ein Rückgriff auf § 94 BetrVG zwingend geboten gewesen.

IV. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des ArbN als Grenze für Datenerhebung und Datenspeicherung.

1. *Unterschiedliche Probleme bei Erhebung und Speicherung?* Im Anschluß an seine Ausführungen zu § 94 BetrVG wendet sich der erk. Senat [unter B I 1c der Gründe] der Frage zu, ob die Datenerhebung gegen das Persönlichkeitsrecht des kl. ArbN verstieß, was die Speicherung gleichfalls unzulässig gemacht hätte. Unter Bezugnahme auf seine eigene bisherige Rechtspr. und die anderer Senate stellt er fest, daß der Schutz des Persönlichkeitsrechts nur solche Fragen zulasse, „an denen der ArbGeb. zur Beurteilung der Eignung und Befähigung des ArbN ein objektiv gerechtfertigtes Interesse hat.“ Ein solches wurde für die im Streit befindl. Angaben ausnahmslos bejaht, was den bisher praktizierten Grundsätzen zum Fragerecht des ArbGeb. entspricht (dazu zuletzt H. P. Moritz, NZA 1987, 329ff. mit eingehenden Nachw.). Eine Bezugnahme auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht er-

folgte nicht; als Grenze für die Datenerhebung wurde allein das „Persönlichkeitsrecht“ genannt.

Unter B I 2a der Gründe behandelt das Gericht dann die Zulässigkeit der Speicherung, die es richtigerweise nach § 23 1. Alt. BDSG bestimmt („Zweck eines Vertragsverhältnisses“). Die Daten müßten „zur Erfüllung des konkreten Vertragszwecks erforderl.“ sein. Dieser Maßstab halte sich im Rahmen des vom BVerfG entwickelten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasse danach die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönl. Lebenssachverhalte offenbart werden. Wie dieses Recht im Verhältnis Privater untereinander wirke, sei vom BVerfG nicht entschieden; es bleibe in erster Linie Sache des GesGeb. die privatrechtl. Beziehungen für alle Beteiligten „grundrechtsmäßig ausgewogen“ zu gestalten. Mit Rücksicht auf den objektiven Gehalt der Grundrechtsordnung dürfe in die Privatsphäre des ArbN nicht tiefer eingedrungen werden, als es der Zweck des ArbVerh. „unbedingt erforderl.“

Das BAG gibt keine überzeugende Erklärung, warum in der Bewerbungssituation nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht, im ArbVerh. selbst dagegen die spezifische Ausprägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts zur Geltung kommen soll. Ginge es nur um das äußere Etikett, wäre dies als Problem der „Rechtsästhetik“ einzustufen. So liegen die Dinge aber nicht. Während gegenüber einem Bewerber schon ein „objektiv gerechtfertigtes Interesse“ eine Frage (und ggfs. die Speicherung der Antwort) zulässig macht, muß sie gegenüber einem ArbN „unbedingt erforderl.“ sein. Das Gericht sieht diesen Unterschied, erklärt ihn aber unter Hinweis auf differierende Informationsbedürfnisse des ArbGeb. für irrelevant.

Niemand wird bestreiten wollen, daß der ArbGeb. im Anbahnungsverhältnis legitim Dinge wissen will, die er später vielleicht gar nicht mehr benötigt und die er dann auch nicht mehr speichern darf. Ebenso sicher ist, daß im Verlaufe des ArbVerh. neue Situationen auftreten können, die ein zusätzl. Informationsbedürfnis schaffen, das im Augenblick der Einstellung nicht voraussehbar war. Dies alles besagt jedoch nicht, daß das zu schützende Rechtsgut des ArbN ein anderes wäre: In beiden Situationen geht es um das informationelle Selbstbestimmungsrecht, geht es um die Preisgabe personenbezogener Daten. In einer früheren Entsch. hatte gerade der erk. Senat dies völlig richtig gesehen und die Speicherung von Daten abgelehnter Bewerber u. a. mit dem Argument für unzulässig erklärt, sie verstoße gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Personen (BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht [unter III 3a der Gründe]). Warum dies nicht wiederaufgenommen wird, ist unklar, bestehen doch die Unterschiede allein in den „Gegeninteressen“ des ArbGeb.

2. *Zur „Drittwirkung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.* Legt man in der Bewerber- wie in der ArbNSituation in gleicher Weise das informationelle Selbstbestimmungsrecht zugrunde, stellt sich die

„Jahrhundertfrage“ der Drittwirkung. Sie umfassend aufzurollen oder gar um ein paar eigene Akzente zu bereichern, ist hier offensichtl. nicht der Ort. Deshalb nur soviel: Dem BAG ist bei seiner allgemeinen These durchaus zuzustimmen, es sei Sache des GesGeb., eine ausgewogene grundrechtl. Gestaltung zwischen ArbGeb. und ArbN herbeizuführen. Dies kann jedoch nicht heißen, das informationelle Selbstbestimmungsrecht unter den Vorbehalt eines „objektiv gerechtfertigten Interesses“ des ArbGeb. zu stellen oder diesem Eingriffe zu gestatten, wenn die Informationen für ihn „unbedingt erforderl.“ sind, ohne deshalb „unverzichtbar“ zu sein (so in Abweichung von der Vorinstanz der erk. Senat unter B I 2a der Gründe). Notwendig ist vielmehr, nach den *grundrechtlichen* Positionen des ArbGeb. zu fragen, die eine Informationsgewinnung zu Lasten des ArbN rechtfertigen. Hierauf wird zurückzukommen sein. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die bisherige Rechtspr. des BAG den Grundrechtsschutz des Bewerbers bzw. des ArbN gegenüber dem ArbGeb. deutlich betonte und so jedenfalls im Ergebnis dem typischerweise bestehenden Machtgefälle Rechnung trug. Zwar ist die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung (grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 13 KSchG) spätestens mit dem Beschluß des Großen Senats zur Weiterbeschäftigung nach Kündigung (BAG AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) stillschweigend aufgegeben worden, doch führt die „mittelbare“ Geltung der Grundrechte über die Generalklauseln des Privatrechts gerade im hier interessierenden Bereich zu keinen abweichenden Ergebnissen (eingehender dazu *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 1987, § 4 II 2). Dies bedeutet, daß der Grundrechtsschutz der ArbN ernstgenommen und dem ArbGeb. deshalb z. B. die Möglichkeit versagt wurde, unter Berufung auf sein Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG eine mißbilligende Äußerung in der Personalakte zu belassen; der Persönlichkeitsschutz des ArbN habe den Vorrang (BAG, Urt. vom 27. 11. 1985 – 5 AZR 101/84 – AP Nr. 93 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht [mit Anm. von *Echterhölter*] = AuR 1986, 222, 224 [unter I 3b der Gründe]). Läßt sich aus dieser Sicht eine Relativierung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Pauschalvorbehalte rechtfertigen? Eine direkte Antwort muß hier nicht versucht werden, da das BVerfG in der Volkszählungsentscheidung wichtige Leitlinien für potentielle Schranken des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegeben hat, die auch im Verhältnis zwischen Privaten von Bedeutung sind.

3. *Die sehr partielle Rezeption der Volkszählungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.* Verbreiteter Übung entsprechend hat der erk. Senat ledigl. eine (zugegeben: wesentl.) Aussage des BVerfG herausgegriffen, nämlich die Bejahung eines informationellen Selbstbestimmungsrechts, das sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 GG ableitet (BVerfGE 65, 1 [41 f.]). Die Suggestivkraft dieses Begriffs und sein Eingehen in den Sprachgebrauch der Juristen wie der Informatiker führt leicht dazu, alle anderen, nicht minder wichtigen Aussagen des BVerfG gar nicht oder nur am Rande zur Kenntnis zu nehmen. Dies gilt insbes. für das sehr weit ausdifferenzierte System der „Eingriffsschranken“, also jener (engen) Voraussetzungen, die erfüllt sein müs-

sen, damit überhaupt Daten ohne Einwilligung des Betroffenen erhoben werden dürfen. Drei Aussagen bedürfen dabei besonderer Hervorhebung.

- Der Einzelne muß Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur im „überwiegenden“ Allgemeininteresse hinnehmen (BVerfGE 65, 1 [44] bestätigt in BVerfGE 67, 100, 143). Dies ist eine entscheidend höhere Schranke, als sie etwa bei Eingriffen in die Berufsausübungsfreiheit besteht, wo schon „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ ausreichen (BVerfGE 7, 377 = AP Nr. 13 zu Art. 12 GG [LS 6a]).
- Der GesGeb. muß den Verwendungszweck der Daten „bereichsspezifisch und präzise“ bestimmen. Eine „Zweckentfremdung“ ist grundsätzl. unzulässig; das Gebot der Amtshilfe nach Art. 35 GG muß insoweit zurückstehen (BVerfGE 65, 1 [44 f.]).
- Das informationelle Selbstbestimmungsrecht muß durch „organisatorische und verfahrensrechtl. Vorkehrungen“ gegen Verletzungen geschützt werden. Neben der Einrichtung unabhängiger Datenschutzbeauftragter zählen dazu Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten (BVerfGE 65, 1 [44]).

Alle drei „Eingriffsschranken“ haben – so die hier vertretene Auffassung – auch für das Verhältnis ArbGeb./ArbN Bedeutung. Sie schließen die vom BAG angenommenen Pauschalvorbehalte zugunsten „berechtigter Interessen“ oder vergleichbarer Größen aus. Auch muß man sich fragen, ob der Zweck „ArbVerh.“ als genügend „präzise“ im Sinne der Rechtspr. des BVerfG zu qualifizieren ist. Schließl. bedürfen die Informationspflichten des ArbGeb. näherer Betrachtung.

4. *Die Übertragung der Grundsätze des Volkszählungsurteils und ihre Konsequenzen.*

a) *Die materiale Eingriffsvoraussetzung: Überwiegendes Allgemein- oder überwiegendes Arbeitgeberinteresse?* Keine spezifischen Probleme ergeben sich, wenn der ArbGeb. aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur Erfassung und Speicherung von ArbN-Daten (sowie im Normalfall zu ihrer Weitergabe an eine Behörde) verpflichtet ist. Bei der Abführung von Lohnsteuern wie von Sozialabgaben ist er eine Art Verwaltungshelfer, der insoweit denselben Grundsätzen wie die staatl. Verwaltung unterliegt. Ob wirklich alles, was dem ArbGeb. insoweit abverlangt wird (Überblick bei *Kilian/Taeger*, BB 1984, Beil. 21), einem „überwiegenden Allgemeininteresse“ geschuldet ist, wird man bezweifeln müssen, doch ist das im vorl. Fall nicht das Problem. Ledigl. beim Merkmal „Geschlecht“ beruft sich das BAG auf eine nicht näher spezifizierte Pflicht des ArbGeb., in bestimmten Abständen die Zahl der männl. und weibl. ArbN zu melden (unter B I 2b der Gründe). Bei dem „brisanteren“ Merkmal „Ausbildungsgang“ und „Hochschulort“ sowie bei den „Sprachkenntnissen“ sind von vornherein keine staatl. Frageinteressen erkennbar.

Wollte man das Recht des ArbGeb. zur Erhebung und Speicherung von Informationen auf die Fälle eines „überwiegenden Allgemeininteresses“ beschränken, würde man übersehen, daß auch er Grundrechtsträger ist, daß seine Interessen nicht undifferenziert hinter dem informationellen Selbstbestim-

muningsrecht des einzelnen ArbN zurückstehen dürfen. Nicht einschlägig ist allerdings das in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG garantierte Recht, sich aus allgemein zugängl. Quellen zu informieren. Zu ihnen zählen weder behördl. Akten (BVerfG, RDV 1986, 80) noch personenbezogene Daten, die der Betroffene nicht von sich aus öffentl. gemacht hat (ähnlich Simitis, NJW 1984, 400; anders Ehmann, Beil. 1/1985 zu NZA S. 2). Anwendbar ist jedoch Art. 12 Abs. 1 GG, da die unternehmerische Betätigungsfreiheit durch die „Vorenthaltung“ von ArbN-Daten beeinträchtigt sein kann. Im Regelfall ist allerdings nur die Berufsausübungsfreiheit tangiert, die einen sehr viel geringeren Schutz als das informationelle Selbstbestimmungsrecht genießt, kann doch im Verhältnis Bürger-Staat schon aus jeder „vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls“ in sie eingegriffen werden. Von einem „Überwiegen“ des ArbGeb-Interesses kann offensichtl. nicht die Rede sein, wenn Verarbeitungsschranken ledigl. bestimmte Modalitäten der Unternehmensführung einschränken oder ausschließen. Anders ist die Situation erst dann, wenn die Berufswahlfreiheit des ArbGeb. berührt wäre: Würden Verarbeitungsschranken soweit gehen, daß dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre, hätte der GesGeb. seine Schutzfunktion nicht mehr erfüllt, läge ein Verstoß gegen das „Untermaßverbot“ (Canaris, AcP 184, (1984) 228) vor. Im Zusammenhang mit dem insoweit vergleichbaren Problem der Mitbestimmung im Aufsichtsrat spricht das BVerfG von der „Funktionsfähigkeit“ des Unternehmens, die durch eine gesetzgeberische Ausgestaltung der Binnenstruktur nicht in Frage gestellt werden darf (BVerfGE 50, 290, 352 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG [mit Anm. von Wiedemann]). Diese Voraussetzung ist nicht nur dann gegeben, wenn keinerlei ArbN-Daten gespeichert werden dürfen. Die Grenze des Zulässigen ist vielmehr auch dann überschritten, wenn Fehlzeiten nicht einmal zu Abrechnungszwecken festgehalten werden dürften oder wenn dem ArbGeb. jede Möglichkeit abgeschnitten wäre, die korrekte Vertragserfüllung durch die ArbN zu kontrollieren. Daß die „Schwelle“ für eine Begrenzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts vergleichsweise hoch anzusetzen ist, rechtfertigt sich damit, daß dieses nicht nur Individualinteressen schützt, sondern vom BVerfG als Funktionsbedingung einer freiheitl. Gesellschaftsordnung schlechthin angesehen wurde (BVerfGE 65, 1 [42f]).

Die Eingriffsvoraussetzung „Funktionsfähigkeit des Unternehmens“ ist keine absolut starre Größe. Die in diesem Begriff notwendigerweise angelegte „Bandbreite“ führt dazu, daß im Einzelfall differenziert werden kann: Je weiter der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre reicht, je umfassender beispielsweise die Kontrollmaßnahmen sind, um so größer ist die Gefahr, daß das Unternehmen ohne diese Maßnahmen seine Aufgaben nicht mehr erfüllen könnte. Anders formuliert: Kann der Verwendungszusammenhang eines Datums zu keinem wesentl. Eindringen in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen führen, kann schon das Risiko vergleichsweise geringerer Funktionseinbußen den Eingriff rechtfertigen. Immer ist aber der Ausgangspunkt zu wahren: Ohne die Erhebung bzw. Verwendung der Daten muß die Erreichung der Unternehmensziele nachweisbar gefährdet sein.

Was folgt daraus für die hier zu besprechende Entscheidung? Ein

definitives „Ja“ oder „Nein“ zur Erhebung und Speicherung bestimmter Daten ist (noch) nicht möglich, da zunächst geklärt werden muß, welche Zwecke der ArbGeb. konkret verfolgt. Wie dringend war er auf die Daten angewiesen, was wären die Konsequenzen gewesen, wenn das Gericht der Klage stattgegeben hätte? Reicht es aus, daß bestimmte Angaben für die Personalplanung oder die soziale Auswahl bei Kündigungen „wichtig“ sind?

b) Die Begrenzung des Eingriffs durch die Zweckbindung der Daten. Bei der Bestimmung zulässiger Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht muß weiter der besonderen Natur personenbezogener Daten Rechnung getragen werden. Dies schließt es aus, eine quasinaturwissenschaftl., quantitative Betrachtung zugrunde zu legen und das erhobene und gespeicherte Datum als isolierte Größe, als gewissermaßen aus dem Datenvorrat des Einzelnen herausgenommenes Stückchen zu sehen, dessen Harmlosigkeit dann – von Angaben über die Intimsphäre einmal abgesehen – in aller Regel auf der Hand läge. Informationen sind vielmehr ein spezifisches Gut, dessen Bedeutung für den Betroffenen wie für den „Nutzer“ erst im Rahmen eines konkreten Verwendungszusammenhangs deutlich wird. Mit den Worten des BVerfG: „Wie weit Informationen sensibel sind, kann ... nicht allein davon abhängen, ob sie intime Vorgänge betreffen. Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtl. Bedeutung eines Datums seines Verwendungszusammenhangs: Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, läßt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten.“ (BVerfGE 65, 1 [45]). Insofern gibt es kein „harmloses“ Datum mehr; die Einbindung in einen bestimmten Zweck ist elementare Voraussetzung jeder rechtl. Ordnung des Datenverkehrs. Dabei ist zu beachten, daß sich Weite des Zwecks und Persönlichkeitsgefährdung entsprechen: Je umfassender der Zweck bestimmt wird, um so zahlreicher sind nicht nur die dadurch erfaßten Daten, sondern auch deren Verknüpfungsmöglichkeiten, um so größer ist beispielsweise die Gefahr, daß Persönlichkeitsprofile erstellt werden. Würde man beispielsweise im Verhältnis Bürger-Staat das „öffentl. Interesse“ als solches für Datenerhebung und Datenspeicherung genügen lassen, könnte der Staat ohne rechtl. Schwierigkeiten die Datenbestände der Finanzbehörden, der Grundbuchämter, der Sozialverwaltung und der Polizei zusammenführen und einen „Informationspool“ schaffen, im Vergleich zu dem die durch die Volkszählung gewonnenen Informationen eine lächerl. Lapalie wären. Daß hier informationelle Gewaltenteilung praktiziert werden muß, war im Grundsatz schon vor der Karlsruher Entsch. anerkannt. Die vom BVerfG geforderte „präzise“ Zweckbestimmung meint genau diesen Zusammenhang: Es entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, daß der Zweck nicht weiter bestimmt werden darf, als dies zur Wahrung des spezifischen öffentl. oder privaten Interesses unabdingbar ist.

Was folgt daraus für die hier in Streit befindl. Datenspeicherung? Mit Recht hat sich das BAG nicht darauf eingelassen, ob der ArbGeb. bestimmte Angaben „überhaupt“ speichern darf oder nicht. Eine Stellungnahme dazu wäre genauso sinnlos wie etwa eine Antwort auf die Frage, ob der Staat einen Bürger in Gewahrsam nehmen darf: Alles hängt von den Umständen, hier etwa davon ab, ob der Einzelne der Begehung eines Verbrechens dringend verdächtig ist oder nicht. Das BAG hat allerdings die „unbedingte Erforderlichkeit“ für das ArbVerh. genügen lassen, die es in Abweichung von der Vorinstanz nicht erst bei „Unverzichtbarkeit“ als gegeben ansieht. Weiter hat es die Auffassung des Kl. zurückgewiesen, es dürften nur Abrechnungsdaten gespeichert werden; unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 1. Senats vom 11. 3. 1986 (AP Nr. 13 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) wird vielmehr betont, die Zulässigkeit der Speicherung sei „nicht von vornherein auf bestimmte Zwecke beschränkt“ – was dem Argumentationszusammenhang nach besagen will, daß unterschiedlichste Verwendungszwecke im Rahmen des ArbVerh. zulässig sind. Dem kann nicht zugestimmt werden.

Die „unbedingte Erforderlichkeit“ für das ArbVerh. ist als Eingriffskriterium so unbestimmt, daß sich im Einzelfall nicht klären läßt, ob hinter ihm ein überwiegendes ArbGebInteresse steht. Weiter ist dem Grundsatz möglichst enger Zweckbestimmung nicht Rechnung getragen, da die Funktionsfähigkeit des Unternehmens auch dann gesichert ist, wenn Daten nur zu präzise umschriebener Verwendung wie Abrechnung, soziale Auswahl bei Kündigungen usw. gespeichert werden. Dabei kann durchaus der Fall eintreten, daß ein Datum berechtigterweise in mehreren Zusammenhängen Verwendung findet. Der 1. Senat hat dies für Angaben über Fehlzeiten bejaht, die nicht nur zu dem Zweck „Abrechnung“, sondern auch zu dem Zweck „Feststellung der Störung des Austauschverhältnisses“ festgehalten werden dürfen. Daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, sie könnten innerhalb des groben Rahmens „Arbeitsverhältnis“ gewissermaßen zweckfrei, zur beliebigen Verwendung gespeichert werden. Etwas Derartiges hat der 1. Senat in der genannten Entsch. nicht gesagt; es wäre dies auch ein übermäßiger, dem ArbGeb. mehr Informationskapazität als erforderl. verschaffender Eingriff in die Rechtsstellung des ArbN.

Für die Entscheidung des konkreten Falles kam es also darauf an, zunächst einmal zu klären, in welchem Zusammenhang die streitigen Daten verwendet werden sollten. Die zutreffende Feststellung, das Geschlecht sei ein für die Personalplanung wichtiges Datum, reicht als Rechtfertigung einer Speicherung nicht aus, wenn nicht einmal eindeutig geklärt ist, ob der bekl. ArbGeb. überhaupt eine Personalplanung betreibt und welchen Stellenwert darin das Geschlecht der ArbN besitzt. Das Ergebnis würde sicherl. positiv ausfallen, wenn es um Frauenförderungspläne oder um die Berechnung einer Personalreserve für Mutterschutzfälle geht, während Bedenken bestehen könnten, wenn auf das Mann-Frau-Kriterium nie ausdrückl. zurückgegriffen wird. Ebenso abstrakt sind die Ausführungen des erk. Senats zum Merkmal „Familienstand“. Auch hier darf es nicht darauf ankommen,

was in irgendeinem Unternehmen irgendwann passieren kann, sondern allein darauf, ob im Unternehmen des Bekl. beispielsweise vom Familienstand abhängige Sozialleistungen gewährt werden. Die Ausbildungsdaten werden sicherl. in vielen Fällen für den Personaleinsatz von großer Bedeutung sein, ob im Unternehmen des Bekl., bleibt offen. Auch wäre dabei zu prüfen gewesen, wie lange diese Daten gespeichert und ob sie durch Angaben über den weiteren berufl. Werdegang ergänzt werden: Würde etwa nur der Studienabschluß im Schwerpunkt X festgehalten, wäre der ArbN aber seit 20 Jahren im Schwerpunkt Y erfolgreich tätig, so müßte die im System gespeicherte Information als einseitig und deshalb im Ergebnis unrichtig gelöscht werden. Natürl. wird ein solcher Fall in der Praxis kaum je eintreten, doch soll das Beispiel verdeutlichen, daß sich ohne Rückgriff auf den konkreten Verwendungszusammenhang keine sinnvollen Aussagen über die Zulässigkeit der Datenspeicherung treffen lassen. Das BAG hätte also den Fall an die Vorinstanz zurückverweisen müssen, um feststellen zu lassen, welchen Gebrauch der ArbGeb. von den Daten machen wollte. Daß sich aller Voraussicht nach dabei die Zulässigkeit der Speicherung herausgestellt hätte, soll nicht bestritten werden.

c) *Verfahrensmäßige Sicherungen.* Die Vorinstanz hatte die Speicherung zusätzl. davon abhängig gemacht, daß der ArbN über das durch § 26 Abs. 1 BDSG vorgesehene (bescheidene) Maß hinaus vorher informiert wurde. Das BAG tritt dem (unter B I 2a a. E. der Gründe) mit der Erwägung entgegen, die zunächst fehlende Benachrichtigung könne nachgeholt und dann eine erneute Speicherung vorgenommen werden. Dies ist ebenso einleuchtend wie unbefriedigend. In der Tat ist nämlich die vom BVerfG geforderte Datentransparenz (BVerfGE 65, 1 [43]) nicht gewährleistet, wenn der Betroffene der bisherigen Fassung des § 26 Abs. 1 BDSG entsprechend nur erfährt, daß überhaupt etwas über ihn gespeichert ist und auch eine Nachfrage nicht notwendigerweise die Informationsquelle und alle Fälle der Weitergabe an Dritte aufdeckt (eingehend dazu *Däubler*, Gläserne Belegschaften? aaO, § 10 II). Mehr Informationspflichten des „Bearbeiters“ und mehr Auskunftsrechte des Betroffenen sind freilich wenig wert, wenn die Nichtbeachtung ohne Sanktion bleibt. Wäre es nicht denkbar, die Speicherung generell auszuschließen, wenn der ArbN nicht vorher informiert wurde, also keine Nachholung zuzulassen? Der Schritt scheint in der Tat etwas groß zu sein, doch ist dann jedenfalls der GesGeb. aufgerufen, nicht nur die Individualrechte zu erweitern, sondern auch ihre Durchsetzung sicherzustellen.

V. Keine Mitbestimmung bei der Datenspeicherung?

Unter B I 2c der Gründe geht der erk. Senat noch kurz auf die Frage ein, ob die Eingabe der streitigen Daten in ein Personalinformationssystem der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegen würde. Sie wird mit dem Satz verneint, ein solches Mitbestimmungsrecht bestehe nur, „wenn Leistungs- oder Verhaltensdaten programmgemäß zu Aussagen über Verhalten oder Leistung einzelner

ArbN verarbeitet werden.“ Familienstand, Ausbildung, berufl. Werdegang (der hier erstmals als erfaßtes Datum auftaucht) und Sprachkenntnisse würden aber nichts über Arbeitsleistung oder Verhalten aussagen. Damit setzt sich der erk. Senat in drei Punkten zur Rechtspr. des 1. Senats in Widerspruch, ohne dies irgendwie kenntl. zu machen oder gar zu begründen.

- In seiner TÜV-Prüfbelege-Entsch. vom 23. 4. 1985 (AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) hatte der 1. Senat [unter B II 3 der Gründe] ausgeführt, ein Mitbestimmungsrecht sei „jedenfalls“ dann anzunehmen, wenn die Verhaltens- und Leistungsdaten programmgemäß zu Aussagen über Verhalten und Leistung verarbeitet würden. Damit war eine Ausdehnung auf andere Fälle grundsätzl. für möglich erklärt, während der erk. Senat dies durch das Wörtchen „nur“ ausgeschlossen hat.
- Der 1. Senat stellt nicht mehr auf „Verhaltens- und Leistungsdaten“ ab. In der Entsch. vom 11. 3. 1986 (AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) wird [unter B II 3d der Gründe] ausdrückl. betont, es komme bei der Datenverarbeitung (zu der auch die Speicherung gehört) nicht auf die Qualität der einzelnen Daten an. Entscheidend sei allein die Erarbeitung von Aussagen über Verhalten und Leistung, „gleichgültig, welche Daten dafür benutzt werden.“
- Die technische Einrichtung muß die Aussagen über Verhalten und Leistung nicht in vollem Umfang selbst erarbeiten. Es reicht aus, daß ihr „output“ zusammen mit *Zusatzwissen* des ArbGeb. entsprechende Aussagen ermöglicht. Schon in der sog. Bildschirmentsch. vom 6. 12. 1983 (AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung) hatte der 1. Senat ausgesprochen, daß es auf die „Beurteilungsrelevanz“ der Daten nicht ankomme, daß sie nicht schon für sich allein eine sinnvolle Aussage ermöglichen müßten; die TÜV-Prüfbelege-Entsch. hat dies erneut bestätigt (AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung [unter B II 5 der Gründe]).

Legt man diese Aussagen zugrunde, ändert sich die Sicht der Dinge. Die so „harmlos“ erscheinenden Angaben über Geschlecht, Familienstand, Ausbildung und Sprachkenntnisse mögen zwar keine „Verhaltens- und Leistungsdaten“, können jedoch ein Element für die Erarbeitung entsprechender Aussagen sein – so wenn etwa festgestellt wird, die betriebl. Laufbahn sei, bezogen auf den Ausbildungsabschluß, überdurchschnittl. gut, oder Kommunikationsprobleme mit ausländ. Geschäftspartnern seien ersichtl. nicht auf sprachl. Unvermögen zurückzuführen. Es liegt in der Logik dieser Rechtspr., daß die Speicherung grundsätzl. aller arbeitnehmerbezogener Daten mitbestimmungspflichtig ist (so die berechnete Einschätzung bei *Erdmann/Mager*, DB 1987, 48) – jedenfalls war es angesichts der vom 1. Senat gesetzten „Rahmenbedingungen“ nicht mehr möglich, den Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mit wenigen Worten abzulehnen.

Man kann sich die Frage stellen, ob wegen dieser Divergenz in Kürze eine Anrufung des Großen Senats ins Haus steht. Sie wäre unvermeidl., hätte der erk. Senat wirklich den bisherigen Kurs korrigieren und neue Akzente setzen wollen. Angesichts der Kürze der Begründung erscheint dies wenig wahrscheinl. Näherliegend. ist die

Annahme eines schlichten Irrtums, einer unvollständigen Rezeption der vorhandenen Judikatur. Daraus Vorwürfe abzuleiten ist angesichts der Reichhaltigkeit der Rechtspr. modern gesprochen: der von den einzelnen Senaten produzierten „Datenmassen“ unangemessen. Warum sollte der erk. Senat nicht bei nächster Gelegenheit seine Ausführungen ergänzen und im Ergebnis korrigieren? Der Wille, dem Persönlichkeitsschutz des ArbN gerecht zu werden, kann ihm schon im Hinblick auf seine bisherige Rechtspr. nicht abgesprochen werden.

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen.