

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen*

Ein Gesetz über den Arbeitnehmerdatenschutz

I. Der Schutzbedarf des Arbeitnehmers

Verbreiteter Einschätzung nach ist der einzelne nirgends so massierten Informationsansprüchen ausgesetzt wie im Arbeitsverhältnis.¹ Dies hat im wesentlichen drei Ursachen.

Zum einen ist der Arbeitgeber nach geltendem Recht gezwungen, zahlreiche Angaben über seine Beschäftigten zu erheben und sie an die öffentliche Verwaltung weiterzuleiten. Wichtigste Beispiele sind die Abführung der Lohnsteuer und der Beiträge zur Sozialversicherung. Der Arbeitgeber ist insoweit nur „Durchgangsstation“ und wird verständlicherweise versuchen, die ihm auferlegte Tätigkeit möglichst kostengünstig zu erledigen.

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 dort vorhandenen Anforderungen voraus, sondern verlangt auch umfassende Informationen über alle irgendwie arbeitsrelevanten Eigenschaften der in Frage stehenden Arbeitnehmer. Der Gedanke liegt nahe, nicht nur ein Qualifikationsprofil, sondern auch ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen, das alle Stärken und Schwächen des einzelnen wiedergibt. Dazu können Gesundheitsdaten, Fehlzeiten, Abmahnungen, aber auch Angaben zu so unterschiedlichen Dingen wie Rentenversicherungsnummer, Parteizugehörigkeit sowie Beurteilungen über Belastbarkeit gehören.

Zum dritten werden Arbeitsvorgänge immer mehr informatisiert. Die Benutzung von Telefon und E-Mail sind hierfür nur wichtige Beispiele.

Eine spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers entsteht aber nicht nur im Hinblick auf die Zahl und Vielfältigkeit der über ihn ggf. verfügbaren Daten. Unrichtige Angaben und Mißverständnisse können vielmehr zu unkontrollierbaren Konsequenzen führen. Die Personalabteilung und der Inhaber eines Kleinbetriebs sind in ihren Entscheidungen nicht in gleicher Weise rechtlich gebunden wie die Polizei oder das Sozialamt. Ob Bewerber A oder Bewerber B eingestellt wird, ist in der Praxis von vielen „Imponderabilien“ abhängig, die sich rechtlicher Kontrolle entziehen.

Dasselbe gilt in vielen Fällen für die Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen, für Beförderungen und für Versetzungen. Im Regelfall gibt es kein Laufbahnprinzip und keinen Bewährungsaufstieg. Lediglich bei Kündigungen sind die rechtlichen Vorgaben fühlbarer.

Angesichts relativ großer Spielräume der Arbeitgeberseite muß besonders darauf geachtet werden, daß die Entscheidungsgrundlagen korrekt sind. Wenn jemand einer wenig angesehenen Sekte angehört, wird er zwar als Falschparker kein höheres Bußgeld bezahlen müssen. Im Betrieb ist jedoch denkbar, daß man ihm häufiges Zuspätkommen übelnimmt und mit Abmahnung bzw. Kündigung beantwortet, während dasselbe Fehlverhalten bei einem „normalen“ Arbeitskollegen hingenommen oder allenfalls mit einer dezenten Ermahnung beantwortet wird. Erst recht lassen sich „unerwünschte Merkmale“ bei Beförderungen oder der Zuweisung interessanter Aufgaben berücksichtigen.²

Eine spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ergibt sich weiter aus dem disparitätischen Charakter des Arbeitsverhältnisses. Im Regelfall besitzt der Arbeitgeber bei den Vertragsverhandlungen die stärkere Position und kann so seine Vorstellungen durchsetzen, soweit nicht Gesetze, Tarifverträge usw. Schranken ziehen. Auch das BVerfG hat dies nachdrücklich betont und den Gesetzgeber bzw. den an seiner Stelle handelnden Richter aufgefordert, Schutznormen zugunsten des schwächeren Teils, d. h. des Arbeitnehmers zu entwickeln. Im Zusammenhang mit der Beschränkung der Nachtarbeit hat es beispielsweise ausgeführt.³

„Aber ein besonderer gesetzlicher Schutz ist nicht deswegen entbehrlich, weil Nachtarbeit durchweg aufgrund freiwillig getroffener Vereinbarungen verrichtet wird. Das dem

* Der Autor ist Professor für Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

1 Siehe statt aller H. Ehmann, Beilage 1/1985 zu NZA, S. 3; Simitis, NJW 1984, 401; Wettmann, AiB 1989, 7.

2 Daß von diesen Möglichkeiten in aller Regel in der Praxis kein Gebrauch gemacht wird, steht auf einem anderen Blatt. Siehe auch unten IX.

3 BVerfG, DB 1992, 377, 378; siehe auch BVerfG, JZ 1994, 410 mit Anm. Wiedemann.

Vertragsrecht zugrundeliegende Prinzip der Privatautonomie kann hinreichenden Schutz nur gewährleisten, soweit die Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das ist bei Abschluß von Arbeitsverträgen typischerweise der Fall.⁴

Im hier interessierenden Zusammenhang kann sich die stärkere Position des Arbeitgebers insbesondere darin niederschlagen, daß der durch den Arbeitsvertrag definierte Verarbeitungszweck entsprechend weit zugeschnitten wird. Außerdem kann es dem Arbeitnehmer schwerfallen, die gewünschte Einwilligung in die Weitergabe seiner Daten zu verweigern, beispielsweise den Betriebsarzt nicht von der Schweigepflicht zu entbinden. Dies hängt im übrigen nicht nur damit zusammen, daß der Arbeitnehmer typischerweise auf den Arbeitsplatz angewiesen ist; vielmehr ist der Abschluß oder die Änderung eines Arbeitsvertrags für ihn eine außergewöhnliche Situation, während in mittleren und größeren Betrieben auf der anderen Seite des Tisches Personen sitzen, die in diesem Bereich über ein hohes Maß an Erfahrung verfügen und deshalb ihre Interessen mit mehr Geschick und Nachdruck verfolgen können. Dies wird zusätzlich noch dadurch akzentuiert, daß man auf der Grundlage vorhandener Daten neue Aussagen generieren, einen Beschäftigten beispielsweise damit konfrontieren kann, seine Fehlzeiten würden erheblich über dem betrieblichen Durchschnitt liegen.

II. Der Status quo

Das Fehlen eines Arbeitnehmer-Datenschutzgesetzes bedeutet nicht, daß es keine spezifischen Normen zum Arbeitnehmerdatenschutz geben würde. Wir verfügen über eine Gemengelage: Das BDSG wird durch spezifisch arbeitsrechtliche Grundsätze teilweise überlagert. Insoweit ähnelt die Situation der im gesamten Arbeitsvertragsrecht bestehenden: Soweit keine arbeitsrechtlichen Besonderheiten existieren, greift man weiter auf die allgemeinen Regeln (des BGB) zurück.⁴

Im Arbeitnehmerdatenschutz dominiert bis heute das Richterrecht. Dies wird etwa bei den Schranken besonders deutlich, die dem „Fragerrecht“ des Arbeitgebers gezogen sind.⁵ Freilich bleiben zahlreiche Probleme offen: Gibt es auch im nicht-öffentlichen Bereich einen grundsätzlichen Vorrang der Direkterhebung? Kann der Bewerber den ihn untersuchenden Betriebsarzt von der Schweigepflicht entbinden? Ist unter bestimmten Voraussetzungen eine Genomanalyse zulässig?

Was die Datenverarbeitung im bestehenden Arbeitsverhältnis betrifft, so fehlt es an einer vergleichbar reichhaltigen Judikatur. Dies mag damit zusammenhängen, daß ein Arbeitnehmer während bestehenden Arbeitsverhältnisses im Regelfall nicht klagt und daß beim (häufigen) Streit um die Rechtmäßigkeit einer Kündigung andere als datenschutzrechtliche Fragen im Vordergrund stehen. Die vergleichsweise größte Aufmerksamkeit hat die Benutzung des Telefons erfahren. Was die äußeren Gesprächsdaten betrifft, so gehen BAG⁶ und BVerwG⁷ davon aus, daß sie auch in automatisierter Form erfaßt werden dürfen. Auf der anderen Seite ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht befugt, ohne vorherige Information der Beteiligten ein Telefongespräch mitzuhören;⁸ ein entsprechendes Verhalten würde das allge-

meine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzen.⁹ Eine Ausnahme gilt dann, wenn sich der Arbeitgeber auf die Einwilligung des Arbeitnehmers oder auf ein überwiegendes Eigeninteresse stützen kann.¹⁰ Letzteres wurde vom BAG¹¹ dann bejaht, wenn ein neu eingestellter Arbeitnehmer ausschließlich telefonische Kundenkontakte hat und in der Einarbeitungszeit überprüft werden soll, ob er das Bild eines Unternehmens vermittelt, das um kompetenten Service bemüht ist.

Daneben haben insbesondere medizinische Daten eine Rolle gespielt. Nach § 8 Abs. 1 Satz 3 ASiG haben Betriebsärzte die Regeln der ärztlichen Schweigepflicht zu beachten, doch schließt dies eine Befreiung jedenfalls nicht unter allen denkbaren Umständen aus. Hervorhebung verdient ein BAG-Urteil vom 15. Juli 1987¹², das sich mit der Vertraulichkeit der Personalakte befaßt: Der Kreis der mit Personalakten befaßten Personen sei möglichst eng zu bestimmen, anderen Mitarbeitern sei keine Kenntnis zu geben. Ärztliche Gutachten seien ggf. separat von der sonstigen Personalakte aufzubewahren, damit nur dann auf sie zurückgegriffen wird, wenn hierfür ein zwingender Anlaß besteht.¹³

Schließlich hat das BAG¹⁴ betont, daß die Beobachtung mittels versteckter Kameras grundsätzlich unzulässig ist, es sei denn, dies lasse sich im Einzelfall durch überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers rechtfertigen.

Die Datentransparenz hat in Form des § 83 BetrVG eine besondere Absicherung erfahren, die freilich nur die Einsichtnahme in die Personalakte betrifft, Fragen der Berichterstattung und Löschung von Angaben jedoch nicht anspricht.

Spezifisch arbeitsrechtlichen Charakter hat die Mitbestimmung des Betriebsrats nach den §§ 87 Abs. 1 Nr. 6, 94 und 95 BetrVG. Durch Einschaltung einer vom Arbeitgeber unabhängigen Kontroll- und Mitentscheidungsinstanz soll so präventiv ein ausreichender Persönlichkeitsschutz sichergestellt werden.¹⁵ Daneben stehen die Überprüfungsbevollmächtigten des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, der allerdings den Betriebsrat selbst nicht kontrollieren kann.¹⁶

Der kurze Überblick zeigt, daß sich das geltende Recht nicht durch ein besonderes Maß an Transparenz auszeichnet. Die Dominanz des Richterrechts führt zwar in Materien wie dem Kündigungsschutz- und dem Arbeitskämpfrecht zur Herausbildung eines sehr differenzierten Systems von *de-facto*-Normen, doch ist dies im vorliegenden Zusammenhang mangels ausreichenden Entscheidungsmaterials nicht der Fall; es wurden lediglich (i. d. R. beifallswerte) Ansätze entwickelt, die weiterzudenken sind. Allein für die

4 Zur Frage, ob dies überhaupt noch angemessen und mit den Zielen des Arbeitsrechts vereinbar ist, siehe Däubler, NZA 1988, 857, 863.

5 Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Auflage 1998 Rn 50 ff.; Dieterich/Hanau/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1998, § 611 BGB Rn 359 ff.

6 NJW 1987, 674.

7 NVwZ 1990, 71; zustimmend VGH Baden-Württemberg RDV 1991, 145.

8 BAG, DB 1998, 371.

9 BVerfG, DB 1992, 786.

10 Dazu auch Linnenkohl, RDV 1992, 205 ff.

11 DB 1996, 333.

12 NZA 1988, 53.

13 BAG, a. a. O.

14 DB 1988, 403.

15 Einzelheiten bei Däubler, Gläserne Belegschaften? 3. Auflage 1993, Rn 362 ff.

16 BAG, DB 1998, 627.

Grundsätze über das Fragerecht des Arbeitgebers gilt Abweichendes. Insgesamt kann eine gesetzliche Regelung die Orientierung deutlich erleichtern.

Hinzu kommt als zweites, daß die rasche technische Entwicklung auch den Arbeitnehmerdatenschutz vor immer neue Herausforderungen stellt. Als Beispiel mag die grenzüberschreitende Datenübermittlung¹⁷ sowie die aktuelle Kontroverse stehen, inwieweit der Arbeitgeber an das TKG und das Teledienste-Datenschutzgesetz gebunden ist, wenn er seinen Arbeitnehmern die Benutzung des Telefons oder von E-Mail gestattet.¹⁸ Wie das Resultat in solchen Fällen aussehen wird, scheint durchaus ungewiß, was angesichts der hohen Relevanz der Fragen wenig erfreulich ist.

Schließlich ist unklar, ob sich die hier skizzierten Grundsätze ausschließlich auf Arbeitnehmer beschränken, oder ob auch arbeitnehmerähnliche Personen wie Heimarbeiter, freie Mitarbeiter und wirtschaftlich abhängige Selbständige einbezogen sind. Soweit keine ausdrückliche Gleichstellung dieses Personenkreises erfolgt, wendet die Rechtsprechung nur einzelne arbeitsrechtliche Bestimmungen analog an.¹⁹ Ob sie dies auch für die datenschutzrechtlichen Grundsätze tun würde, ist bislang ungewiß.²⁰ Auch hier wäre eine Klärung hilfreich.

Im folgenden sollen einige Vorschläge unterbreitet werden, die den Arbeitnehmerdatenschutz in dem beschriebenen Sinne abrunden und verbessern könnten.

III. Datenerhebung gegenüber Bewerbern

1. Befragung des Bewerbers

Im Ausgangspunkt ist man sich völlig einig darüber, daß der Arbeitgeber allein nach solchen Tatsachen fragen darf, die mit der in Aussicht genommenen Beschäftigung zusammenhängen: Nur dann hat er ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwertes Interesse“ daran, in die Individualsphäre des Bewerbers einzudringen.²¹ Übereinstimmung besteht auch insoweit, daß bei „arbeitsrelevanten“ Informationen grundsätzlich eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen des Bewerbers stattzufinden hat. Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche Folgen sich über den Einzelfall hinaus ergeben würden.²² Insoweit existiert ein sehr ausdifferenziertes Richterrecht, das es dem Bewerber beispielsweise grundsätzlich gestattet, eine „nicht einschlägige“ Vorstrafe oder auch eine Krankheit zu verschweigen, die für die in Aussicht genommene Tätigkeit ohne Bedeutung ist. Ähnlich hat das BVerfG im Fall eines Mietinteressenten entschieden, der (nach damaligem Recht) entmündigt war und der dies nicht mitteilen mußte, da die Vermögensinteressen des Vermieters nicht ernsthaft gefährdet wären und eine generelle Offenbarungspflicht den Interessenten praktisch vom Wohnungsmarkt ausschließen würde.²³

Angesichts gefestigter Grundsätze könnte sich der Gesetzgeber darauf beschränken, das Grundprinzip als solches festzuschreiben. Korrigieren sollte man allerdings die Rechtsprechung, wonach der Arbeitgeber immer nach der Anerkennung als Schwerbehinderter fragen darf.²⁴ Dies bringt nämlich die Gefahr mit sich, daß entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG eine Benachteiligung eintritt. Legitim ist vielmehr nur die Frage nach solchen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die sich am Arbeitsplatz negativ auswirken können.²⁵

2. Einschaltung Dritter

In der Bewerbungssituation wird der Arbeitgeber häufig versucht sein, beim früheren Arbeitgeber oder bei Dritten Erkundigungen einzuziehen. Dies wird ihm grundsätzlich gestattet, doch muß er sich dabei auf Dinge beschränken, an deren Kenntnis er ein „berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse“ besitzt.²⁶ Dabei besteht jedoch das Problem, daß der Betroffene in keiner Weise kontrollieren kann, ob diese Grenzen effektiv eingehalten wurden oder nicht. Im Regelfall werden unzutreffende Tatsachen und fragwürdige Bewertungen ihm nicht einmal zur Kenntnis kommen. Konsequenz ist es deshalb, in Anlehnung an § 13 BDSG 1990 einen Vorrang der Direkterhebung festzuschreiben. Eine Ausnahme sollte nur dann gemacht werden, wenn legitime Informationsinteressen des Arbeitgebers auf anderem Wege nicht befriedigt werden können – so etwa dann, wenn Anhaltspunkte für unrichtige Angaben des Bewerbers bestehen oder wenn Aussagen über die bisherige berufliche Tätigkeit (z. B. in Zeugnissen) so unspezifisch sind, daß der Arbeitgeber sich kein sicheres Bild von der Qualifikation des Bewerbers machen kann. Auch in diesen Fällen darf es allerdings nicht bei einem heimlichen Informationsaustausch bleiben. Vielmehr ist der Bewerber darüber zu informieren. Die ILO-Grundsätze über eine gute datenschutzrechtliche Praxis im Betrieb²⁷ wählen unter Ziffer 6.2 einen anderen Weg und lassen die Erkundigung bei Dritten nur mit vorheriger Zustimmung des Bewerbers zu. Auch dies kann sinnvoll sein, da der Betroffene in die Lage versetzt wird, den Arbeitgeber auf frühere Konflikte und damit gegebene Verfälschungsrisiken hinzuweisen.

Nach den dargelegten Grundsätzen ist der Arbeitgeber prinzipiell nicht befugt, sich bei Verfassungsschutzbehörden über das „Vorleben“ eines Bewerbers zu erkundigen, etwa seine Parteizugehörigkeit oder die Teilnahme an Demonstrationen auf diesem Wege zu erfahren.²⁸ Daneben würde die Herausgabe entsprechender Informationen durch die Sicherheitsbehörden auch deren gesetzlichen Auftrag überschreiten.²⁹

17 Dazu Klug, RDV 1999, 109 ff.; Däubler, RDV 1998, 96 ff.

18 Post-Ortmann, RDV 1999, 103 ff.; vgl. auch Tinnefeld, ZRP 1999, 197 ff.

19 Für entsprechende Anwendung der Regeln über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot BAG, DB 1997, 1979.

20 Überblick zur Rechtsstellung der arbeitnehmerähnlichen Personen bei Appel-Frantzoch, AuR 1998, 93 ff.; Pfarr, Festschrift Kehrman, 1997, S. 75 ff.

21 Grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; siehe weiter BAG, DB 1994, 939 und in der Literatur Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 6. Auflage 1998, § 94 Rn 12 ff. m. w. N.

22 Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 51.

23 BVerfG, CR 1992, 368; zur Beschränkung des Fragerechts im Arbeitsrecht siehe BVerfG, EuGRZ 1997, 279.

24 BAG, DB 1996, 580.

25 So auch LAG München, AiB 1983, 143; Düwell, ZTR 1995, 478; Grossmann, NZA 1989, 708; Schierbaum, AiB 1995, 592; J. Schmidt, AiB 1996, 743 gegen die h.M.

26 MünchArbR-Blomeyer, § 87 Rn 19; Gola, DuD 1986, 232; Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten, 1980, S. 102; Wohlgemuth, Beilage 21/1985 zu DB, S. 6.

27 International Labour Office, Protection of workers' personal data, Geneva 1997.

28 ArbG München, AiB 1988, 267 mit Anm. Degen.

29 Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz vom 29. 12. 1990, BGBl I, S. 2470.

Die Situation stellt sich anders dar, wenn es um eine Beschäftigung in einem sog. sicherheitsempfindlichen Bereich geht. Hier ist der Arbeitgeber in der Regel seinerseits verpflichtet, nur „sicherheitsüberprüfte“ Personen einzustellen, da er andernfalls weitere Staatsaufträge (etwa im Rüstungssektor) oder seine Betriebsgenehmigung (etwa im Bereich kerntechnischer Anlagen) aufs Spiel setzen würde. In solchen Fällen eine Sicherheitsüberprüfung durch die Ämter für Verfassungsschutz zu initiieren, ist schon deshalb gerechtfertigt, weil der Arbeitgeber selbst gar nicht über die Möglichkeiten verfügen würde, entsprechende Informationen zu bekommen.³⁰ Die bloße Behauptung, eine bestimmte Tätigkeit sei „sicherheitsempfindlich“, kann jedoch in keinem Fall ausreichen; selbst im öffentlichen Dienst muß für eine entsprechende Qualifizierung ein überwiegendes öffentliches Interesse bestehen.³¹

3. Andere Formen der Informationserhebung

Ärztliche Einstellungsuntersuchungen sind als solche unbestritten zulässig. Allerdings muß sich der Arzt darauf beschränken, dem Arbeitgeber die (vorhandene oder fehlende) Eignung für den in Aussicht genommenen Arbeitsplatz mitzuteilen; alles andere würde die ärztliche Schweigepflicht verletzen. Mit Zustimmung des Betroffenen auch die Weitergabe von Befunddaten zu ermöglichen, erscheint nicht angemessen: Ein Bewerber verfügt im Regelfall nicht über die notwendige rechtsgeschäftliche Autonomie, um über seinen Persönlichkeitsschutz zu disponieren. Mit Recht wird deshalb auch allgemein angenommen, daß die Grenzen des arbeitgeberseitigen Fragerechts nicht dadurch verschoben oder aufgehoben werden können, daß der Bewerber erklärt, „freiwillig“ auch über nicht einschlägige Vorstrafen oder über längst überwundene Krankheiten zu berichten. Auch bestimmen zahlreiche Landesdatenschutzgesetze, daß im Bereich des öffentlichen Dienstes die Einstellungsbehörde lediglich das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung in bezug auf die Eignung erfahren darf.³²

Psychologische Eignungstests können sehr tief in die Persönlichkeitssphäre eingreifen und sollten deshalb nur zulässig sein, wenn es um die Abklärung arbeitsplatzspezifischer Eigenschaften geht, wenn andere Informationsmöglichkeiten ausscheiden, wenn der Betroffene vorher über die Funktionsweise des Tests informiert und dieser von einem Psychologen mit Hochschulabschluß durchgeführt wird.

Genomanalysen sollten aus dem Arbeitsverhältnis verbannt bleiben. Der einzelne wird hier noch sehr viel stärker als bei psychologischen Tests zum Objekt eines Verfahrens. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, daß er ggf. mit Resultaten konfrontiert wird, die er aus höchstpersönlichen Gründen gar nicht kennen will.³³ Würde man – was derzeit noch nicht möglich ist – genbedingte Anfälligkeiten gegenüber bestimmten Krankheiten systematisch erkunden, hätte dies überdies die Entstehung einer neuen Problemgruppe auf dem Arbeitsmarkt zur Folge, wird doch kaum ein Arbeitgeber bereit sein, einen „Gen-Behinderten“ einzustellen.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sollte dann gelten, wenn es um die Ermittlung einzelner Risikofaktoren geht, die gerade an dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz von Bedeutung sind.³⁴ Den Interessen beider Seiten an der Vermeidung unnötiger Erkrankungen ist jedoch schon dadurch Rechnung getragen, daß der Bewerber auf mögliche Gefährdungen hingewiesen und zugleich darüber informiert wird, daß er seine mögliche Krankheitsdisposition auf eigene Initiative klären lassen kann.³⁵ Eine weitere Aus-

nahme wird dann erwogen, wenn es um Krankheiten geht, deren plötzlicher Ausbruch Dritte gefährden kann.³⁶ Bisher ist die Forschung aber noch weit davon entfernt, verlässliche Aussagen über den Zeitpunkt oder die nahe Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung machen zu können, so daß es bis auf weiteres bei der Unzulässigkeit der Genomanalyse im Arbeitsverhältnis bleiben sollte.

4. Die gescheiterte Bewerbung

Schlägt die Bewerbung fehl, kann der Bewerber nach der Rechtsprechung des BAG³⁷ die Rückgabe oder Vernichtung des von ihm ausgefüllten Fragebogens und anderer Unterlagen verlangen. Auch wenn im Einzelfall das BDSG nicht eingreife – so das BAG – folge aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Anspruch, daß keine Daten aus der Intimsphäre wie Unfallschäden, körperliche Behinderungen, abgeleiteter Wehrdienst usw. gespeichert werden dürften.³⁸ Eine Ausnahme soll nur bei einem „berechtigten Interesse“ des Arbeitgebers gelten, so wenn mit Rechtsstreitigkeiten zu rechnen sei oder wenn die Bewerbung in absehbarer Zeit wiederholt werden soll. Nicht ausreichend sei der Wunsch des Arbeitgebers, bei künftigen Bewerbungen einen Datenabgleich vorzunehmen oder bei freiwerdenden Stellen an den Abgewiesenen herantreten zu können. Einen Lösungsanspruch gewähren auch zahlreiche Landesdatenschutzgesetze.³⁹

IV. Erhebung von Arbeitnehmerdaten

1. Zweckbindung

Daß Daten nur für bestimmte Zwecke erhoben (und anschließend verarbeitet) werden dürfen, wird – soweit ersichtlich – auch im Arbeitsrecht von niemandem bestritten. Fraglich ist nur, wie eng der Zweck zu bestimmen ist.

Läßt man die „Nützlichkeit für das Arbeitsverhältnis“ als Zweck genügen, wären außerordentlich weitreichende Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers möglich. Nicht nur das Arbeitsverhalten könnte in allen Einzelheiten aufgezeichnet werden; auch Freizeitbeschäftigungen, ja die familiären Beziehungen wären nicht mehr tabu, da Informationen darüber für eine künftige Personaleinsatzplanung durchaus hilfreich sein könnten. Weiter hätte es der Arbeitgeber in der Hand, die gespeicherten Daten beliebig zu verknüpfen, solange nur der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis nicht evident verfehlt wäre.

30 Kroll, Datenschutz im Arbeitsverhältnis, 1981, S. 88. Zu dem eingehend die Praxis dokumentierenden Fall der Kernforschungsanlage Jülich siehe BAG, CR 1992, 101 ff.

31 Dazu Bösche-Grimberg, AiB 1988, 219, wo von einer Entscheidung des ArbG Frankfurt/Main berichtet wird, die eine Sicherheitsüberprüfung ablehnte, die mit dem Argument verlangt wurde, im Hotel der in Frage stehenden Arbeitnehmer würde die italienische Fußball-Nationalmannschaft übernachten.

32 Siehe etwa § 29 Abs. 2 Satz 2 Brandenburgisches DSG; § 22 Abs. 3 Satz 2 Bremisches DSG; § 28 Abs. 4 Satz 1 Hamburgisches DSG; § 31 Abs. 4 Satz 3 DSG von Mecklenburg-Vorpommern u. a.

33 Ein „Recht auf Nichtwissen“ bejahend Diekgräf, BB 1991, 1857; Tinnfeld-Böhm, DuD 1992, 63; Wellbrock, CR 1989, 209; Wiese, RdA 1988, 220.

34 MünchArbR-Buchner, § 38 Rn 215; Wiese, RdA 1988, 218.

35 Für diese Lösung auch Menzel, NJW 1989, 2043.

36 Wiese, RdA 1988, 218.

37 NZA 1984, 321 = DB 1984, 2626.

38 BAG, a. a. O.

39 § 29 Abs. 3 Satz 1 Brandenburgisches DSG; § 22 Abs. 5 Satz 1 Bremisches DSG; § 31 Abs. 5 Satz 1 DSG Mecklenburg-Vorpommern; § 24 Abs. 3 Niedersächsisches DSG.

Bestimmt man statt dessen den Zweck eng, unterscheidet man beispielsweise zwischen „Abrechnungs-“, „Gesundheits-“, „Disziplindaten“ usw., so wird es schon schwerfallen, alle jene Angaben einzuordnen, die bei einigermaßen großzügigen Maßstäben unter den Pauschalbegriff „Nutzen für das Arbeitsverhältnis“ zu subsumieren wären. Selbst wenn dies gelänge, würden jedenfalls die Verknüpfungsmöglichkeiten wegfallen. Der Verwendungszusammenhang wäre eindeutig bestimmt.

Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, sowohl das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers wie auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers zu schützen. Dies bedeutet, daß die Zwecke im Interesse des Arbeitnehmers möglichst eng zu bestimmen sind. Gleichzeitig darf dies aber nicht dazu führen, daß die Funktionsfähigkeit des Unternehmens in relevantem Umfang beeinträchtigt wird. Dies bedeutet beispielsweise, daß im Zusammenhang mit der Lohnabrechnung durchaus nach der Konfession gefragt werden darf, daß Angaben darüber aber in einer Nachwuchsförderungsdatei nichts zu suchen haben. Wird der Verzehr in der Betriebskantine EDV-mäßig erfaßt und bei der Entgeltabrechnung berücksichtigt, so muß es dabei bleiben. Eine Auswertung im Hinblick auf Ernährungsgewohnheiten, die Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand zulassen könnten (Auffallende Präferenz für Diätessen!), kommt nicht in Betracht. Läßt die Betriebsdatenerfassung erkennen, daß ein bestimmter Arbeitnehmer immer wieder vermeidbare Fehler macht, kann andererseits die Personalabteilung informiert und der Betroffene zu einem Gespräch geladen werden.

Für eine enge Zweckbestimmung und damit eine grundsätzliche „Separierung“ einzelner Datenbestände spricht auch das Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zur informationellen Gewaltenteilung.⁴⁰ Sie hat in Anlehnung an die klassische Gewaltenteilung den Sinn, die Entstehung einer übergroßen Informationsmacht zu verhindern, durch „Dezentralisierung“ die Machtbefugnisse der Hoheitsträger in Schranken zu halten.⁴¹ Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Grundsatz zwar nur für das Verhältnis Bürger – Staat ausgesprochen, doch kann angesichts der oben⁴² dargestellten Situation im Arbeitsverhältnis nichts anderes gelten.⁴³ In welchen Fällen gleichwohl eine Zweckentfremdung und damit eine Verknüpfung mit zu anderen Zwecken erhobenen Daten möglich ist, soll an späterer Stelle erörtert werden.⁴⁴ Das geltende Recht schließt dies allerdings in zwei Fällen ausdrücklich aus: Nach § 31 BDSG besteht ein absolutes Verknüpfungsverbot für Daten, die zu Zwecken der Datensicherung erhoben wurden, und § 39 BDSG bestimmt dasselbe für solche Daten, die einem Berufsgeheimnis (z. B. eines Arztes oder Psychologen) unterliegen.

2. Eingesetzte Mittel

Die Verwendung einer Videokamera stellt einen Eingriff in das Recht am eigenen Bild im Sinne des § 22 KUG sowie – was seltener hervorgehoben wird – in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar, zu dem auch die Möglichkeit gehört, ohne Dauerüberwachung mit anderen Menschen zu kommunizieren. Eingriffe sind nur im Interesse höherrangiger Rechtsgüter zulässig, müssen sich jedoch auf das unabdingbar Notwendige beschränken. So ist der Einsatz von Kameras in Warenhäusern zulässig, um bei Diebstählen Gegenmaßnahmen ergreifen zu können, doch müssen die Beschäftigten die Möglichkeit haben, sich in einen unbeob-

achteten Teil zurückzuziehen.⁴⁵ Auch in Schalterräumen von Banken können Videokameras angebracht werden, um bei Überfällen Beweismaterial zu haben; normale Aufnahmen müssen jedoch nach kürzester Zeit wieder gelöscht werden und dürfen genau wie im Kaufhaus nicht zur Überwachung des Arbeitsverhaltens eingesetzt werden. Eine „versteckte Kamera“ muß grundsätzlich unzulässig sein. Eine zeitlich eng begrenzte Ausnahme ist dann zu machen, wenn andernfalls der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung nicht aufgeklärt werden kann.⁴⁶

Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer ist auch dann berührt, wenn der Arbeitgeber Fingerabdrücke verlangt, die bei einer Sicherheitsüberprüfung Verwendung finden sollen.⁴⁷ Soweit eine Sicherheitsüberprüfung überhaupt zulässig und erforderlich ist,⁴⁸ könnte man ohne dieses Mittel auskommen. Auch gegen ein Zugangskontrollsystem auf der Grundlage von Fingerabdrücken bestehen Bedenken.

Bei Telefondaten ist der Stand der Rechtsprechung bereits referiert worden.⁴⁹ Ein Arbeitnehmer-Datenschutzgesetz könnte auch klären, ob und unter welchen Voraussetzungen die neuen Regeln des Telekommunikationsrechts im Arbeitsverhältnis Anwendung finden.

Angesichts schwer prognostizierbarer technischer Innovationen ist der Gesetzgeber gut beraten, wenn er künftige Entwicklungen mit einer Generalklausel aufzufangen versucht, die den Einsatz neuer Instrumente von ihrer „Persönlichkeitsrelevanz“ und ihrer Notwendigkeit aus Arbeitgebersicht abhängig macht. Für eine solche Regel könnte man sich auf ein Vorbild aus einem Bereich berufen, der technologisch fast immer eine Spitzenposition innehatte: dem militärischen Sektor. Nach geltendem Völkerrecht dürfen neue Waffensysteme, die von den in der Haager Landkriegsordnung aufgestellten Regeln nicht erfaßt sind, bei kriegerischen Auseinandersetzungen nicht etwa beliebig eingesetzt werden; die Präambel der Haager Landkriegsordnung enthält vielmehr die sog. Martens'sche Klausel, wonach auch in einem solchen Fall „die Bevölkerung und die Kriegführenden unter dem Schutze und der Herrschaft der Grundsätze des Völkerrechts bleiben, wie sie sich ergeben aus den unter gesitteten Völkern feststehenden Gebräuchen, aus den Gesetzen der Menschlichkeit und aus den Forderungen des öffentlichen Gewissens“.⁵⁰ Elementare Anforderungen lassen sich daher ersichtlich auch im Hinblick auf noch unbekannt künftige Entwicklungen formulieren.

40 BVerGE 65, 1, 69, bestätigt in BVerfG, NJW 1988, 961: „Aus der Einheit der Gemeindeverwaltung folgt keine informationelle Einheit; der Grundsatz der informationellen Gewaltenteilung gilt auch innerhalb der Gemeindeverwaltung.“ Dazu Heußner, RDV 1988, 9.

41 Vgl. Steinmüller, DuD 1984, 93.

42 Unter I.

43 Zu Einzelheiten und konkreten Konsequenzen siehe Däubler, Gläserne Belegschaften? (oben Fn. 15) Rn 171 ff., Rn 196 ff.

44 Unten V I.

45 Siehe etwa den Fall SozG München, RDV 1992, 85 f., das allerdings erstaunlicherweise kein „überwiegendes“ Arbeitgeberinteresse verlangte.

46 Vgl. BAG, RDV 1992, 178 und LAG Berlin, RDV 1989, 248 f.

47 Siehe den Fall LAG Rheinland-Pfalz, RDV 1992, 33.

48 Siehe oben III. 1.

49 Siehe oben II.

50 Näher zur Martens'schen Klausel, MünchZaöRV 36 (1976), 347 ff.; Fried, DuR 1985, 274 ff.

3. Erhebungsverbote und Verarbeitungsbeschränkungen

Das hessische Datenschutzgesetz untersagt in § 34 Abs. 6, daß dienst- und arbeitsrechtliche Beurteilungen sowie medizinische und psychologische Befunde der Beschäftigten automatisch verarbeitet werden. Andere Landesgesetze verlangen, daß personelle Entscheidungen oder Beurteilungen nicht ausschließlich auf EDV-mäßig gespeicherte Informationen gestützt werden.⁵¹ Beide Regelungen wollen einen Entscheidungsschematismus verhindern, den ein vernünftiger Geschäftsleiter sowieso nicht ins Auge fassen wird. Schon aus diesem Grund kommt durchaus eine Übertragung in ein Arbeitnehmer-Datenschutzgesetz in Betracht.

V. Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten

Dem bisherigen, in § 1 Abs. 4 und 5 BDSG 1990 niedergelegten Sprachgebrauch entsprechend werden unter „Verarbeitung“ alle Phasen verstanden, die auf die Erhebung folgen. Im hier interessierenden Bereich sollten insbesondere die folgenden Punkte Beachtung finden:

1. Veränderung durch Verknüpfung

Werden durch Verknüpfung vorhandener Daten neue Aussagen generiert, erhöht sich das Wissen und damit die „Informationsmacht“ dessen, der über das System verfügt.

Soweit sich die Verknüpfung innerhalb des Zwecks bewegt, der bei der Erhebung festgelegt wurde, werden in der Regel keine Bedenken bestehen. Die in der Personalabteilung gespeicherten Fehlzeiten können selbstredend zu einer Fehlzeitenstatistik verarbeitet werden. Diese kann wiederum bei der Erforschung der Ursachen und ihrer Bekämpfung Verwendung finden.

Werden Daten, die zu unterschiedlichen Zwecken erhoben wurden, miteinander verknüpft, ist eine eigenständige Rechtfertigung notwendig. Diese kann den Umständen nach nur in einem überwiegenden Arbeitgeberinteresse liegen, so daß es darauf ankommt, wie tief der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers ist und wie groß auf der anderen Seite die Nachteile wären, die dem Arbeitgeber oder Dritten bei einer Nicht-Zulassung entstehen würden. So wird man dem Arbeitgeber das Recht einräumen können, im Rahmen von Abrechnungssystemen auch „zweckfremde“ Auswertungen vorzunehmen, um auf diese Weise einen Betrugsverdacht erhärten oder ausschließen zu können. Hat etwa ein elektronischer „Schlüssel“ an sich nur die Funktion, Unbefugten den Zugang zu bestimmten Betriebsteilen zu verwehren, so ist damit ein Einsatz als Mittel der Pünktlichkeitskontrolle ausgeschlossen. Besteht jedoch im Einzelfall der Verdacht, daß ein Beschäftigter Zeiten als Arbeitszeit geltend macht, in denen er gar nicht im Betrieb war, so ist der Rückgriff auf die gespeicherten Zutrittsdaten erlaubt. Allerdings muß sich der Verdacht auf Tatsachen stützen lassen; Verdächtigungen und „ungute Gefühle“ würden nicht ausreichen. Auch statistische Auswertungen werden oft „zweckübergreifend“ sein, doch ist bei ihnen immer zu fragen, ob das eigentliche Ziel nicht über anonymisierte oder pseudonomisierte Daten erreichbar ist.

Auch im Wege der zulässigen Verknüpfung darf kein „Persönlichkeitsprofil“ erstellt werden, also ein mehr oder weniger vollständiges Abbild aller Stärken und Schwächen eines Menschen innerhalb eines Lebensbereichs. Schon in der Mikrozensus-Entscheidung vom 16. Juli 1969 hat das

BVerfG ausdrücklich von einem Verbot gesprochen, „den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren“⁵². Die Aussage bezieht sich auf das Bürger-Staat-Verhältnis, doch kann sie der Gesetzgeber selbstredend auch auf disparitätische Verhältnisse im Privatrecht erstrecken.

2. Übermittlung von Arbeitnehmerdaten an Dritte

Vom Zweck des Arbeitsverhältnisses her sind Arbeitnehmerdaten grundsätzlich nicht für Dritte bestimmt. Eine Ausnahme gilt im Rahmen des Erforderlichen dann, wenn ein Beschäftigter einem anderen Unternehmen vorübergehend oder auf Dauer zur Verfügung gestellt wird. Der dies ermöglichende Arbeitsvertrag ist prinzipiell eine ausreichende Basis dafür, daß die für den Einsatz notwendigen Informationen an den Inhaber des „Arbeitsbetriebs“ übermittelt werden.

Die Weitergabe von Daten an einen künftigen Arbeitgeber wird von zahlreichen Landesdatenschutzgesetzen von der Einwilligung des Arbeitnehmers abhängig gemacht.⁵³ Dies erscheint sinnvoll, obwohl man natürlich sehen muß, daß diese „Barriere“ nicht unbedingt einem freundschaftlichen Telefongespräch zwischen beiden Personalleitern entgegensteht. Dies wäre im Prinzip nur dann anders, wenn man die unbefugte Preisgabe bestimmter Arbeitnehmerdaten unter Strafe stellen würde, was etwa bei den sensiblen Daten im Sinne des Art. 8 Abs. 1 der EG-Richtlinie in Betracht käme.

Die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten an ein anderes Konzernunternehmen bedarf schon bisher der besonderen Rechtsgrundlage. Das BAG scheint dazu zu neigen, insoweit eine Konzernbetriebsvereinbarung genügen zu lassen.⁵⁴ Dies ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn man gleichzeitig berücksichtigt, daß Betriebsvereinbarungen anders als Tarifverträge einer generellen gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen.⁵⁵ Dies bedeutet, daß auch insoweit ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse verlangt werden muß.

3. Übermittlung ins Ausland

Sobald die EG-Richtlinie auch von der Bundesrepublik umgesetzt ist, sind alle anderen EU-Mitgliedstaaten, die ihre Pflichten gleichfalls erfüllt haben, datenschutzrechtlich wie Inland zu behandeln. Der Persönlichkeitsschutz des einzelnen wird zwar ebensowenig wie die Überwachungsinstanzen identisch sein, doch ist von einer generellen Gleichwertigkeit auszugehen.

Problematisch ist allein die Übermittlung in Drittstaaten, die kein angemessenes Schutzniveau aufweisen. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, entscheidet sich nach dem Ausmaß der potentiellen Gefährdung der Persönlichkeitssphäre.⁵⁶

51 Siehe etwa § 29 Abs. 6 Brandenburgisches DSG, § 31 Abs. 6 DSG Mecklenburg-Vorpommern.

52 BVerfGE 27, 1, 6.

53 § 29 Abs. 1 Satz 3 Brandenburgisches DSG; § 28 Abs. 4 Hamburgisches DSG; § 34 Abs. 2 Satz 2 Hessisches DSG; § 31 Abs. 3 DSG Mecklenburg-Vorpommern; § 24 Abs. 1 Satz 4 Niedersächsisches DSG.

54 BAG, DB 1996, 1985.

55 BAG, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG 1952, ständige Rechtsprechung; zum Stand der Diskussion in der Literatur siehe Däubler, Arbeitsrecht 1, 15. Auflage 1998, Rn 936.

56 Klug, RDV 1999, 110.

Dabei kann zwischen verschiedenen Bereichen differenziert werden; so ist es beispielsweise nicht ausgeschlossen, daß ein Drittstaat die Daten von Bankkunden gewissermaßen wie seinen Augapfel hütet, während die Sammlung von Verbraucher- oder Arbeitnehmerdaten eher einem Selbstbedienungsladen gleicht.

Für den Gesetzgeber ist es bedeutsam, daß er nach dem Eingangssatz von Art. 26 Abs. 1 der EG-Richtlinie „für bestimmte Fälle“ die Übermittlung personenbezogener Daten in ein Drittland ohne angemessenes Schutzniveau ausschließen kann.⁵⁷ Insoweit könnte man sich folgende Regelung vorstellen:

Soweit Arbeitnehmer in einem Drittstaat ohne angemessenes Schutzniveau eingesetzt werden, muß zwar der Datentransfer möglich bleiben. Voraussetzung ist jedoch, daß durch eine vertragliche Regelung sichergestellt ist, daß dabei der Schutz des deutschen Rechts nicht unterschritten wird. Dies impliziert das Vorhandensein vergleichbarer Kontrollmechanismen.⁵⁸ In allen anderen Fällen geht die grenzüberschreitende Übermittlung über den im Arbeitsvertrag festgelegten Verarbeitungsrahmen hinaus.⁵⁹ Insoweit bedarf es einer zusätzlichen Rechtsgrundlage.

Anders als im nationalen Bereich kennen wir bislang keine transnationalen Konzernbetriebsvereinbarungen. Immerhin wäre denkbar, in Konzernen mit europäischem Betriebsrat eine Abmachung mit diesem zu treffen, die ggf. auch normative Wirkung erlangen könnte,⁶⁰ die allerdings ähnlich wie eine Betriebsvereinbarung deutschen Rechts dahingehend zu überprüfen wäre, ob sie inhaltlich wirklich einem überwiegenden Arbeitgeberinteresse entspricht. Immerhin könnte dieser bislang kaum diskutierte Weg für viele Konzernspitzen auch die Einrichtung eines EBR unter Einschluß von Vertretern aus Drittstaaten attraktiver machen.

Sieht man von dieser Möglichkeit einmal ab, so sollte man die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten dann ermöglichen, wenn dafür ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse (z. B. an weltweit vereinheitlichten Vertriebsformen) spricht. Voraussetzung ist allerdings immer, daß auch in diesen Fällen im Zielland durch Vertrag ein äquivalenter Schutz sichergestellt ist. Auch dürfte eine staatliche Genehmigung im Einzelfall nach Art. 26 Abs. 2 der EG-Richtlinie erforderlich sein. Ausschließen sollte man demgegenüber, daß die Personalverwaltung insgesamt in einen Drittstaat ohne angemessenes Schutzniveau ausgelagert wird. Für eine solche Form von Outsourcing⁶¹ sprechen lediglich Kostengründe. Auf der anderen Seite sind die Risiken für die Persönlichkeitssphäre der Betroffenen so groß, daß eine vertragliche Lösung schwerlich ein volles Äquivalent darstellen kann.

4. Anonymisieren und löschen

Im Arbeitsrecht muß noch dringender als in vielen anderen Bereichen dafür gesorgt werden, daß Daten nicht länger als erforderlich mit Personenbezug gespeichert bleiben. Angaben, die der Arbeitgeber nicht mehr benötigt, sind deshalb zu löschen; reicht der Fortbestand als anonymisiertes oder pseudonomisiertes Datum aus, ist diese Möglichkeit zu wählen. Dem Arbeitnehmer ist von einer beabsichtigten Löschung Kenntnis zu geben; widerspricht er, hat sie zu unterbleiben.

Nach Ende des Arbeitsverhältnisses ist nur noch das Weiterzuspeichern, was ggf. auch noch in der Zukunft von Belang sein kann. Dies gilt etwa für das Zeugnis, da der ausgeschiedene Arbeitnehmer etwa bei Verlust auch noch Jahre

später ein neues Exemplar verlangen kann.⁶² Auch Belege über abgeführte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge sind grundsätzlich aufzubewahren.

VI. Erweiterung des Verarbeitungsrahmens durch Einwilligung?

Auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund für Datenverarbeitung kann schon deshalb nicht generell verzichtet werden, weil sie eine Anpassung an veränderte Umstände ermöglicht und überdies ein funktionelles Äquivalent zu einer Vertragsänderung darstellt, die man nicht generell mit einem Verbot belegen könnte.

Auf der anderen Seite besteht speziell im Arbeitsverhältnis die Gefahr, daß die Einwilligung nicht wirklich freiwillig, sondern nur deshalb erteilt wird, weil ihre Verweigerung seitens des Arbeitgebers als Illoyalität ausgelegt werden könnte. Die EG-Richtlinie verlangt in Art. 2 Buchstabe h, daß die Erklärung „ohne Zwang“ abgegeben wurde, was mehr als die Abwesenheit von widerrechtlicher Drohung und arglistiger Täuschung bedeutet.⁶³ Die amtliche Begründung erklärt die endgültige Formulierung mit der Erwägung, daß die Einwilligung (auch) „in den Fällen, in denen möglicherweise Druck auf die betroffene Person ausgeübt wird (Fall des Arbeitgebers gegenüber seinem Arbeitnehmer beispielsweise)“, ohne Zwang zu erfolgen hat. Da sich die subjektiven Vorstellungen (Einwilligung aus Rücksichtnahme auf Karrierechancen) in aller Regel nicht belegen lassen, sollte man auf die objektive Interessenlage abstellen: Hat der Arbeitnehmer ein Eigeninteresse an der beabsichtigten Datenverarbeitung, hat die Einwilligung rechtfertigenden Charakter, andernfalls nicht. Ist der Arbeitnehmer ausgeschieden oder will er aus eigener Initiative das Arbeitsverhältnis beenden, ist die Situation eine andere, so daß weitergehende Möglichkeiten einzuräumen sind.

VII. Datentransparenz

Daß im Arbeitsverhältnis Datentransparenz bestehen muß, wird von niemandem bezweifelt; auch die ILO-Grundsätze weisen ihr hohe Bedeutung zu.⁶⁴ Eine Reihe von Punkten wären über das geltende Recht hinaus zu beachten.

Die anfängliche Information des Arbeitnehmers, daß über ihn etwas gespeichert sei, muß nicht nur diese Tatsache und die Art der Daten erfassen (so jedoch § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Notwendig ist vielmehr auch die Mitteilung des Verwendungszwecks sowie einer evtl. beabsichtigten Weitergabe an Dritte. Nur dann kann der Betroffene einschätzen, ob nach der Lebenserfahrung eine Persönlichkeitsverletzung möglich ist und sich deshalb ein „Nachfassen“ lohnt. Die im heutigen § 33 Abs. 2 Ziffer 1 BDSG die Benachrichtigungspflicht ausschließende anderweitige

57 Dazu Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997, Art. 26, Anm. 4; Weber, CR 1996, 297, 303.

58 Näher dazu Däubler, CR 1999, 49 ff.

59 Klug, RDV 1999, 114; Däubler, RDV 1998, 97 f.

60 Erste Überlegungen dazu bei Däubler, FS Schaub 1998, S. 111.

61 Vgl. Klug, RDV 1999, 109.

62 LAG Hamm, LAGE § 630 BGB Nr. 5; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 4. Auflage 1999, § 630 BGB Rn 90.

63 Dammann/Simitis, a. a. O., Art. 2 Anm. 23; Klug, RDV 1999, 113.

64 ILO, Protection of Workers' Personal Data, a. a. O., Abschnitt 11.

Information muß sich dann auch auf den Verwendungszweck beziehen. Geheimhaltungsinteressen des Arbeitgebers oder der öffentlichen Hand kommen kaum je in Betracht.

Die Einsichtnahme in die (manuell geführte oder automatisierte) Personalakte ist heute schon durch § 83 BetrVG garantiert, der auch auf Betriebe ohne Betriebsrat zu erstrecken ist. Wichtig ist, daß sich der Arbeitnehmer ggf. der Hilfe einer sachkundigen Person bedienen, beispielsweise bei Einsichtnahme in arbeitsmedizinische Daten einen Arzt seines Vertrauens hinzuziehen kann.⁶⁵ Eine Verweigerung aus Gründen der Geheimhaltung wird in den ILO-Grundsätzen nur als vorübergehende und nur für den Zeitraum vorgeschlagen, während dessen eine „Security Investigation“ erfolgt.

Wird der Zweck der Speicherung nachträglich geändert, ist der Arbeitnehmer zu informieren.

Das Recht zur Korrektur unrichtiger oder mißverständlicher Angaben ist schon nach bestehender Rechtslage gesichert.⁶⁶ Unsicherheiten bestehen immer wieder, wie lange eine Abmahnung gespeichert werden kann.⁶⁷ Hier bietet sich eine gesetzgeberische Klärung etwa im Sinne einer Zwei-Jahres-Frist an.

Die Datentransparenz muß auch dann in vollem Umfang gewahrt bleiben, wenn sich der Arbeitgeber eines Auftragnehmers bedient. Im Vertrag mit diesem müssen die nötigen „Zugriffsrechte“ der Betroffenen festgeschrieben werden. Der Gesetzgeber könnte allerdings festlegen, daß die Individualrechte automatisch auch gegenüber dem Auftragnehmer bestehen.

VIII. Implementationsprobleme

Wirksamer Datenschutz hängt nicht nur von rechtlichen Vorgaben und dem Bewußtsein der Betroffenen, sondern auch davon ab, daß Rechtsverletzungen sanktioniert werden und besondere Korrektheit belohnt wird.

Arbeitsrechtliche Besonderheiten ergeben sich einmal insoweit, als die Unabhängigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten dadurch gestärkt werden sollte, daß seine Bestellung dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegt. Allerdings kann dies nur gelten, soweit er sich um den Schutz von Arbeitnehmerdaten zu kümmern hat; im Regelfall wird allerdings dieselbe Person auch zum Schutz von Kunden- und anderen Daten eingesetzt werden, doch ist dies nicht notwendigerweise der Fall. Hat der betriebliche Datenschutzbeauftragte eine Art doppelter Legitimation durch Arbeitgeber und Betriebsrat, kann er auch die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat kontrollieren; das BAG hat seine abweichende Auffassung ausdrücklich darauf gestützt, daß der Datenschutzbeauftragte vom Arbeitgeber eingesetzt wird und eine durch ihn ausgeübte Kontrolle deshalb die Unabhängigkeit der Amtsführung des Betriebsrats beeinträchtigen könnte.⁶⁸ Die Aufsichtsbehörde wird in Zukunft eine unabhängige Instanz sein (müssen), die nicht in die Verwaltungshierarchie eingegliedert ist. Dies gilt generell, nicht nur für das Arbeitsrecht.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das Datenschutz-Audit, das erstmals in § 11c des brandenburgischen DSG geregelt wurde.⁶⁹ Ein datenschutzrechtliches Gütesiegel kann zu einem gewichtigen Werbeargument werden.⁷⁰ Ein Unternehmer, der eine solche Qualitätsware kauft, kann von vorneherein damit rechnen, in einem Mitbestimmungsverfahren nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG keine oder jedenfalls

weniger Schwierigkeiten mit seinem Betriebsrat zu bekommen. Der Sache nach geht es um ein Stück Techniksteuerung durch Akzeptanz.⁷¹

IX. Realisierungsperspektiven

Die verschiedenen Bundesregierungen haben immer wieder den Erlaß eines Arbeitnehmer-Datenschutzgesetzes versprochen; eine Aufzählung aller einschlägigen Erklärungen soll hier unterbleiben.⁷² Wenn trotzdem ein gewisses Maß an Optimismus angesagt ist, so aus verschiedenen Gründen.

Zum einen haben alle Arbeitnehmer einschließlich der leitenden Angestellten ein durchaus gleichförmiges Interesse daran, nicht zum Opfer von Indiskretionen zu werden. Anders als bei traditionellen gewerkschaftlichen Forderungen nach mehr Lohn und kürzerer Arbeitszeit, die insbesondere bei Führungskräften eher Skepsis hervorrufen, besteht hier eine einheitliche Interessenlage.

Auf Arbeitgeberseite fällt ins Gewicht, daß die Dispositionsfreiheit nur wenig berührt ist und sich auch der Kostenaufwand in eher bescheidenem Umfang bewegen wird. Anders als wenn man beispielsweise die Kündigung dem niederländischen Vorbild entsprechend generell von staatlicher Genehmigung abhängig machen oder wenn man wie in Frankreich die 35-Stunden-Woche per Gesetz dekretieren würde, bleiben vorhandene Spielräume erhalten. Gleichzeitig ist ein sorgsamer Umgang mit den Daten der Beschäftigten ein Beitrag zu einem guten Betriebsklima, das die Arbeitsproduktivität fördert. Würden sich statt dessen viele Beschäftigte überwacht fühlen, wären Eigeninitiativen und kreativer Umgang mit Arbeitsaufgaben eher die Ausnahme.⁷³ Daß dies Geschäftsleitungen in über 99% aller Fälle schon heute so sehen, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß es schwerfällt, irgendwo Berichte über einen „betrieblichen Datenskanal“ zu finden. Eine gute Praxis rechtlich abzusichern, ist ein Reformvorhaben, dem sich auch ein höchst vorsichtig gewordenen Ministerium und eine mit weitreichenden Ansprüchen angetretene Parlamentsmehrheit nicht werden verschließen können.

65 So Ziffer 11.6 der ILO-Grundsätze.

66 Däubler, CR 1991, 480.

67 Dazu Gola, RDV 1999, 97 ff.

68 Siehe oben Fn. 16.

69 Dazu Dix, RDV 1999, 146.

70 Dix, RDV 1999, 146.

71 Dazu Däubler, in: Roßnagel (Hrsg.), Freiheit im Griff. Informationsgesellschaft und Grundgesetz, 1989, S. 165 ff.

72 Vermutlich existiert ein gut verschlüsselter Entwurf im Arbeitsministerium. Zu den verschiedenen Anläufen s. Simitis, FS Dieterich, 1999, S. 604 ff.

73 Richtig Simitis, NJW 1985, 403: „Wer ständig damit rechnen muß, daß jede seiner Handlungen registriert und bewertet wird, ist letztlich nur noch darauf bedacht, sich reflektions- und diskussionslos dem jeweils vorgegebenen und auf seine Einhaltung kontrollierten Verhaltensschema zu fügen.“; ähnlich Tinnefeld, ZRP 1999, 197.