

Recht zur Hinzuziehung von Sachverständigen in Abstimmung mit dem Arbeitgeber bleibt hiervon nach dem erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgenommenen Halbs. 2 zu § 111 S. 2 BetrVG unberührt. Die Ergänzung soll klarstellen, dass sich der Betriebsrat bei Betriebsänderungen in Unternehmen mit weniger als 300 Arbeitnehmern weiter der Unterstützung externen Sachverständiges bedienen kann²¹.

Der neu in das Gesetz aufgenommene Begriff des Beraters ist ungeklärt²². Die Gesetzesbegründung spricht lediglich von der Hinzuziehung „externen Sachverständigen“. In § 120 BetrVG differenziert er zwischen Arbeitgeber-/Gewerkschaftsvertretern, Sachverständigen, Beratern nach § 111 S. 2 BetrVG, Auskunftspersonen nach § 80 II 3 BetrVG sowie im Rahmen der §§ 107 f. BetrVG hinzugezogenen Arbeitnehmern. Der in § 111 S. 2 Halbs. 2 BetrVG enthaltene Verweis auf § 80 IV BetrVG legt allerdings nahe, dass es sich beim Berater um eine Auskunftsperson und nicht um eine den Betriebsrat vertretende Person handelt. Nähere Bestimmungen etwa über die Dauer der Hinzuziehung enthält das Gesetz nicht. Feststehen dürfte jedoch, dass die Grenze sich an dem für die Unterstützung Erforderlichen auszurichten hat. Wengleich der Gesetzeswortlaut die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Beraters nicht ausdrücklich erwähnt²³, kann jedenfalls aus dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit gefolgert werden, dass hier die Grundsätze der Erforderlichkeit ebenfalls gelten²⁴. Auch insofern gilt also, dass sich der Betriebsrat zunächst eines vorhandenen Sachverständigen zu bedienen hat²⁵.

Für die Hinzuziehung dürfte der Arbeitgeber wie auch sonst im Rahmen der betrieblichen Mitbestimmung die Kosten zu tragen haben²⁶. Diese sind nach dem der Beratung zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsvertrag²⁷ nach § 612 II BGB entsprechend dem Üblichen bzw., wo eine Üblichkeit nicht feststellbar ist, nach §§ 316, 315 BGB nach billigem Ermessen festzustellen. Würde eine Kostenregelung getroffen, unterliegt diese ebenfalls der Erforderlichkeitskontrolle. *Bauer*²⁸ geht dabei davon aus, dass für den Fall der Hinzuziehung eines anwaltlichen Beraters die von der Rechtsprechung entwickelten Vergütungsgrundsätze zu beachten seien. Danach kann jedenfalls eine nach Zeitstunden bemessene Honorarzusage, die zu einer höheren Vergütung führt, als sie nach § 10 BRAGO im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu leisten wäre, regelmäßig nicht für erforderlich gehalten werden²⁹. Der Berater unterliegt besonderen Sorgfaltspflichten, deren Verletzung einen Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung auslösen kann³⁰. Die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die im Rahmen der Beratertätigkeit gewonnen werden, kann überdies nach § 120 I Nr. 3 lit. a BetrVG bußgeldbewehrt geahndet werden kann.

V. Fazit

Das Beratungsgeschäft dürfte sich über die Neuregelung des § 111 S. 2 BetrVG gefreut haben. Berechtigte Zweifel, ob diese Freude nicht verfrüht ist, mögen aufkommen. Durch die Normierung des Grundsatzes, dass ein Betriebsrat sich stets zunächst der vorhandenen internen Informationsquellen bedienen muss, sind der Hinzuziehung externen

Sachverständigen Grenzen gesetzt. Dies wird in der Rechtsanwendung zu berücksichtigen sein.

25) Vgl. auch B-AG, NZA 1988, 208 = AP Nr. 30 zu § 80 BetrVG; B-AG, NZA 1993, 86 = AP Nr. 48 zu § 80 BetrVG; ferner: *Bauer*, NZA 2001, 376 f.

26) *Bauer*, NZA 2001, 376; *Hama*, RdA 2001, 72.

27) So *Löwisch*, Auswirkungen der geplanten Novelle zum BetrVG auf Mitbestimmung und Mitwirkung, Vortragskript zum Passauer Arbeitsrechtssymposium, 21./22. 6. 2001, S. 6.

28) *Bauer*, NZA 2001, 376.

29) B-AG (20. 1. 1999), NZA 2000, 556.

30) Vgl. insofern auch *Löwisch* (o. Fußn. 27).

Das neue Bundesdatenschutzgesetz und seine Auswirkungen im Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Trotz zahlreicher Versprechungen verschiedener Bundesregierungen ist auch in der laufenden Legislaturperiode nicht mehr mit einem Arbeitnehmer-Datenschutzgesetz zu rechnen. Deshalb soll im Folgenden ein Überblick über die wichtigsten Konsequenzen gegeben werden, die das neue BDSG im Arbeitsrecht mit sich bringt.

I. Einleitung

Am 23. 5. 2001 ist das „Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes (im Folgenden: BDSG) und anderer Gesetze“ in Kraft getreten¹. Damit wird mit etwa zweieinhalbjähriger Verspätung die EG-Datenschutzrichtlinie umgesetzt². Die Säumigkeit des deutschen Gesetzgebers mag damit erklärt werden, dass das System des Datenschutzes mittlerweile so komplex geworden ist, dass jede Änderung eines Mosaiksteinchens zahlreiche schwer überschaubare Folgen mit sich bringen und so das ganze Gebäude verändern kann. Überdies sind die unterschiedlichsten Interessen – von der Werbewirtschaft über die Medien bis hin zu den professionellen Datenschützern – betroffen. Das neu gefasste BDSG enthält zahlreiche wichtige Änderungen. Als Querschnittsgesetz erfasst es wie sein Vorgänger auch das Arbeitsverhältnis.

II. Aufbau und Begrifflichkeit des Gesetzes

Die EG-Datenschutzrichtlinie unterscheidet nicht zwischen dem öffentlichen und dem nicht öffentlichen Bereich. Da Richtlinien gem. Art. 249 EG nur in Bezug auf die zu erreichenden Regelungsziele verbindlich sind, ist der deutsche Gesetzgeber nicht gezwungen, von seiner bisherigen Systematik abzuweichen. Deren Bedeutung wird freilich entscheidend relativiert. Wie das alte enthält das neue BDSG einen Ersten Abschnitt mit „allgemeinen und gemeinsamen Bestimmungen“ (§§ 1 – 11), die man als „Allgemeinen Teil“ bezeichnen kann. Der Zweite Abschnitt behandelt die „Datenverarbeitung der öffentlichen

21) Beschluss des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Dr 14 6352, S. 59.

22) Offen lassend auch *Bauer*, NZA 2001, 376.

23) Hierauf verweist auch *Bauer*, NZA 2001, 376.

24) Vgl. insofern auch B-AG, NZA 1988, 208 = AP Nr. 30 zu § 80 BetrVG.

1) BGBl I, 904. Der Text ist auch abrufbar unter www.bfd.bund.de/information/bdsg_hinweis.html.

2) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABIEG, Nr. L 281, S. 31 ff.). Nach ihrem Art. 32 I war die Richtlinie bis 24. 10. 1998 umzusetzen.

Stellen“ (§§ 12 – 26), der Dritte Abschnitt die „Datenverarbeitung nicht öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen“ (§§ 27 – 38 a). Es folgt der Vierte Abschnitt mit „Sondervorschriften“, insbesondere über Berufs- und Amtsgeheimnisse sowie das so genannte Medienprivileg (§§ 39 – 42). Bußgeld- und Strafvorschriften finden sich im Fünften Abschnitt (§§ 43 – 44), während der neue Sechste Abschnitt die Übergangsvorschriften (§§ 45, 46) enthält. Die Richtlinie verwendet in Art. 2 lit. b einen sehr weiten Begriff von Datenverarbeitung, der die Erhebung wie die Nutzung mit umfasst. Der deutsche Gesetzgeber ist dieser Begrifflichkeit nicht gefolgt, sondern unterscheidet in den Absätzen 3 – 5 von § 3 weiterhin zwischen „Erheben“, „Verarbeiten“ und „Nutzen“ personenbezogener und personenbeziehbarer Daten. Allerdings führen die Vorgaben der Richtlinie dazu, dass für alle diese Vorgänge inhaltlich weithin identische Regeln gelten.

Im Arbeitsrecht ist neben den allgemeinen Vorschriften ausschließlich der Dritte Abschnitt von Interesse, da § 12 IV in Übereinstimmung mit dem bisherigen Recht für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes auf zentrale Bestimmungen des Dritten Abschnitts verweist. Der bisher verwandte Begriff der speichernden Stelle ist durchgehend durch den der „verantwortlichen Stelle“ ersetzt, ohne dass inhaltliche Änderungen ersichtlich wären.

III. Anwendungsbereich des BDSG

1. Ausländische Datenverarbeiter

§ 1 V BDSG n. F. enthält erstmalig eine kollisionsrechtliche Bestimmung. Danach ist zu unterscheiden:

- Befindet sich die „verantwortliche Stelle“ in einem anderen EU-Mitgliedstaat, so ist das dortige Recht anzuwenden, es sei denn, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erfolge durch eine inländische Niederlassung. Die EWR-Mitgliedstaaten (Norwegen, Island, Liechtenstein) sind gleichgestellt.
- Befindet sich die verantwortliche Stelle in einem Drittstaat, so findet das BDSG immer Anwendung, sofern Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung im Inland erfolgen.

Im Ergebnis läuft dies auf ein zu Gunsten der EU-Mitgliedstaaten modifiziertes Territorialitätsprinzip hinaus. Eine ganz andere Frage ist, inwieweit der grenzüberschreitende Datentransfer nach deutschem materiellem Recht erlaubt ist; sie bestimmt sich nach den neuen §§ 4b, 4c. Die Anwendung des BDSG hängt nicht davon ab, ob auch deutsches Arbeitsvertragsrecht eingreift. § 1 V greift deshalb beispielsweise auch dann ein, wenn eine amerikanische Fluggesellschaft Daten über einen bei ihr nach US-Recht beschäftigten Piloten in Deutschland erfasst und anschließend in die USA übermitteln will. Das BDSG dient (auch) Allgemeininteressen und würde deshalb sogar ohne seinen § 1 V gem. Art. 34 EGBGB in solchen Fällen anwendbar sein.

2. Subsidiarität

Nach seinem § 1 III 1 ist das BDSG gegenüber anderen Rechtsvorschriften des Bundes, durch die der Umgang mit personenbezogenen Daten geregelt wird, subsidiär. Das Recht des Arbeitnehmers auf Einsichtnahme in seine Personalakte bestimmt sich daher beispielsweise weiterhin nach § 83 BetrVG³.

3. Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen, nicht automatisierte Dateien

Nach § 1 II Nr. 3 BDSG n. F. findet das Gesetz auf die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten durch nicht öffentliche Stellen nur Anwendung, wenn

- entweder dabei „Datenverarbeitungsanlagen“ eingesetzt werden,
- oder die Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet, genutzt oder dafür erhoben werden.

Der Begriff der „Datei“ ist nur noch dann von Bedeutung, wenn es um die zweite Alternative geht⁴. Insoweit findet sich eine Definition in § 3 II 2 n. F., wonach es sich um eine Sammlung personenbezogener Daten handeln muss, „die gleichartig aufgebaut ist und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann.“ Bei Akten kommt es daher darauf an, ob sie in dieser Weise (z. B. durch Verwendung einheitlicher Formulare) strukturiert sind oder nicht⁵. Auf Grund dieses veränderten Anwendungsbereichs hat auch § 27 II BDSG eine neue Formulierung erhalten, was in der amtlichen Begründung ausdrücklich hervorgehoben wird.⁶ Sind Daten nicht Bestandteil einer nicht automatisierten Datei, unterfallen sie dem Gesetz nur dann, wenn sie „offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung entnommen worden sind“.

Das Gesetz findet keine Anwendung, wenn die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung ausschließlich für persönliche oder familiäre Tätigkeiten erfolgt (§ 1 II Nr. 3 a. E.). Der Einzelne kann sich also ein Verzeichnis der Adressen seiner Freunde und Bekannten anlegen, ohne sich über eine Rechtsgrundlage oder Datensicherungsmaßnahmen Gedanken machen zu müssen. Sobald eine solche Datei jedoch für berufliche Zwecke verwendet wird, muss man zu einem abweichenden Ergebnis kommen.

Eine Sonderregelung enthält § 12 IV BDSG für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Soweit es um ihre Daten geht, findet das Gesetz unabhängig von dem verwendeten Speichermedium immer Anwendung⁷. Überlegungen dazu, ob dies auch für andere Arbeitnehmer gelten und wie sich gegebenenfalls eine Sonderstellung des öffentlichen Dienstes rechtfertigen soll, sucht man in der Begründung zum RegE wie auch im Bericht des Innenausschusses⁸ vergeblich. Man wird also bis zum Erlass eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes von einer uneinheitlichen Rechtslage ausgehen müssen.

IV. Inhaltliche Neuerungen im Überblick

Die wichtigsten Änderungen finden sich im Allgemeinen Teil, gelten also auch für den hier interessierenden Bereich. Von arbeitsrechtlicher Relevanz sind insbesondere folgende Bestimmungen:

- § 3 IX BDSG n. F. definiert die so genannten sensiblen Daten, die nur unter sehr strengen Voraussetzungen erhoben, verarbeitet und genutzt werden dürfen. Damit soll Art. 8 der Richtlinie umgesetzt werden, die allerdings jede Form der Verarbeitung (und nicht nur die automatisierte oder aus Dateien erfolgende) zum Gegenstand hat⁹. Außerdem kollidiert diese Regelung mit dem traditionellen deutschen Verständnis von Datenschutz, wonach sich das „Gefährdungspotenzial“ eines Datums primär aus dem jeweiligen Kontext ergibt¹⁰. Dem Gesetzgeber blieb jedoch kein sehr großer Spielraum.

3) Einzelheiten bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Aufl. (1993), Rdnrn. 282 ff.

4) BT-Dr 14/4329, S. 32.

5) Ebenso die Begründung zum RegE unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 27 der Richtlinie (BT-Dr 14/4329, S. 32).

6) BT-Dr 14/4329, S. 42.

7) So ausdrücklich die amtliche Begr. zum RegE, BT-Dr 14/4329, S. 39.

8) BT-Dr 14/5793.

9) Ehmman/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, Kurzkomm., 1999, Art. 8 Rdnr. 13.

10) Einzelheiten bei Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, 1997, Art. 8 Erl. 3.

- § 3 a BDSG n. F. bekennt sich zum Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit. Bei der Gestaltung wie bei der Auswahl von Informationssystemen muss das Ziel verfolgt werden, möglichst wenig personenbezogene Daten zu erheben oder zu generieren. Kann beispielsweise eine verlässliche Zugangskontrolle auch auf die Weise sichergestellt werden, dass eine Magnetkarte gelesen, nicht aber dieser Vorgang gespeichert wird, so ist entsprechend zu verfahren. Eine vergleichbare Regelung findet sich bereits in § 3 IV TDDSG¹¹; die dort unternommenen Interpretationsversuche¹² sind auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung.
- Die Einwilligung des Betroffenen kann nach § 4 a BDSG n. F. nur dann rechtfertigende Wirkung entfalten, wenn sie „auf der freien Entscheidung“ des Betroffenen beruht und eine Reihe weiterer Voraussetzungen erfüllt.
 - Die Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland hat in Ausführung der Art. 25 ff. der Richtlinie in den §§ 4 b und 4 c BDSG n. F. eine eingehende Regelung erfahren. Auch auf sie wird zurückzukommen sein.
 - Verfahren automatisierter Verarbeitung unterliegen nach § 4 d I einer Meldepflicht, die jedoch bei Existenz eines Beauftragten für den Datenschutz sowie bei Kleinbetrieben entfällt. Ist die Verarbeitung mit besonderen Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen verbunden, findet nach § 4 d V eine so genannte Vorabkontrolle statt¹³.
 - Bestellung und Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz sind in den §§ 4 f und 4 g geregelt. Das „Vorziehen“ in den Allgemeinen Teil hängt damit zusammen, dass nunmehr auch für Behörden die Bestellung eines „betrieblichen“ Datenschutzbeauftragten obligatorisch ist.
 - Rechtlich relevante Entscheidungen oder solche, die den Betroffenen erheblich beeinträchtigen, dürfen nicht allein auf gespeicherte Bewertungen gestützt werden (§ 6 a).
 - Die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume ist nur unter spezifischen Voraussetzungen zulässig. Dadurch etwa gewonnene Daten dürfen nur in sehr engem Umfang verarbeitet werden (§ 6 b).
 - Chipkarten und andere „mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien“ müssen nach näherer Maßgabe des neuen § 6 c für den Betroffenen transparent sein.
 - § 9 a ermöglicht ein so genanntes Datenschutzaudit. Die Einzelheiten sind allerdings in einem besonderen Gesetz zu regeln.
 - Im Dritten Abschnitt haben sich Änderungen insbesondere durch die volle Einbeziehung der Datenerhebung in die Verarbeitungsvoraussetzungen und bei der Stellung der Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG ergeben. Darauf ist im konkreten Zusammenhang zurückzukommen.

V. Erheben, Speichern und Nutzen von Arbeitnehmerdaten

1. Bewerber

Das Erheben von Bewerberdaten ist nur unter den Voraussetzungen des § 28 I BDSG n. F. zulässig. Insoweit kann sich der Arbeitgeber auf ein „vertragsähnliches Vertrauensverhältnis mit dem Betroffenen“ stützen, das als rechtliche Basis ausdrücklich in § 28 I 1 Nr. 1 genannt ist. Neu ist die durch § 28 I 2 aufgestellte Anforderung, wonach bei der Erhebung die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, „konkret festzulegen“ sind. Dies macht in der Bewerbungssituation keine besonderen Schwierigkeiten, da es ersichtlich um die Eignung für eine in Aussicht genommene Stelle geht. Die „Zwecksetzung“ ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Das BDSG enthält keine Aussage darüber, welche Angaben im Rahmen des „Anbahnungsverhältnisses“ verlangt werden können. Insoweit gelten die Grundsätze über das Fragerecht des Arbeitgebers¹⁴ unverändert weiter. Dabei kann dahinstehen, ob auch richterrechtliche Grundsätze zu den „anderen Rechtsvorschriften“ i. S. des § 1 III 1 gehören, die dem BDSG vorgehen. Eine Änderung des rechtlichen Rahmens hat sich insofern ergeben, als der neue § 4 II 1 BDSG den

Vorrang der Direkterhebung beim Betroffenen auch auf den nicht öffentlichen Bereich, und damit auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen erstreckt. Bisher galt Entsprechendes nach § 13 BDSG a. F. lediglich für den öffentlichen Bereich.

Die Einschaltung Dritter ist nach § 4 II 2 Nr. 2 lit. a nur dann erlaubt, wenn der Geschäftszweck des Arbeitgebers eine solche Erhebung erforderlich macht und „keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden“. Eine solche Ausnahmesituation wäre etwa dann anzunehmen, wenn es Anhaltspunkte für unrichtige Angaben des Bewerbers gibt 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. Die Einschaltung der Ämter für Verfassungsschutz ist nur in so genannten sicherheitsempfindlichen Bereichen möglich, wo der Arbeitgeber in der Regel seinerseits verpflichtet ist, nur sicherheitsüberprüfte Personen zu beschäftigen, da er andernfalls weitere Staatsaufträge (etwa im Rüstungssektor) oder seine Betriebsgenehmigung (etwa im Bereich kerntechnischer Anlagen) aufs Spiel setzen würde. Einzelheiten sind im Sicherheitsüberprüfungsgesetz vom 20. 4. 1994¹⁵ geregelt.

2. Beschäftigte

a) *Generelle Zulässigkeit.* Nach § 28 I 1 Nr. 1 BDSG n. F. ist die Erhebung personenbezogener Daten von Beschäftigten zulässig, wenn es der „Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses“, d. h. des Arbeitsverhältnisses „dient“. Damit soll die Zweckbestimmung klarer als nach der bisherigen Formulierung zum Ausdruck gebracht werden, die davon sprach, dass die Datenverarbeitung „im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses“ zulässig war¹⁶. Daraus folgt, dass die bloße „Nützlichkeit“ für das Arbeitsverhältnis nicht genügt, die man beispielsweise bei der Frage nach Freizeitbeschäftigungen oder Ernährungsgewohnheiten durchaus bejahen könnte. Nur das für die Durchführung des Arbeitsvertrags Erforderliche wird von Nr. 1 gedeckt.

b) *Festlegung eines konkreten Zwecks.* Bei der Erhebung sind nach § 28 I 2 BDSG n. F. die vom Arbeitgeber verfolgten Zwecke „konkret festzulegen“. Dies bedeutet, dass nicht einfach auf das Arbeitsverhältnis Bezug genommen werden darf; vielmehr sind die Einzelzwecke namhaft zu machen, die mit einer Datenerhebung verbunden sind. Es geht also beispielsweise um „Zugangskontrolle“ oder um „Aufnahme in die Nachwuchsförderungsdatei“. Das Abstraktionsniveau der Zwecke muss – wie schon der Wortlaut der Bestimmungen deutlich macht – ein unterschiedliches sein. Da eine Verarbeitung für andere Zwecke nur ausnahmsweise zulässig ist¹⁷, läuft dies darauf hinaus, im Betrieb „informationelle Gewaltenteilung“ zu praktizieren. Was für Zwecke der Zugangskontrolle erhoben wurde, darf beispielsweise nicht zur Überprüfung der Anwesenheitszeiten verwendet werden. Für eine grundsätzliche „Separierung“ der Datenbestände spricht auch das Gebot der Datenvermeidung und Datensparsamkeit nach § 3 a

11) Art. 2 des IuK-Dienste-Gesetzes v. 22. 7. 1997, BGBl I, 1871.

12) Bizer, in: *Rofnagel*, Recht der Multimedia-Dienste, Loseblatt, Std.: November 2000, § 3 TDDSG Rdnrn. 96 ff., 131 ff.; Schmitz, in: *Hoeren/Sieber*, Hdb. MultimediaR, Loseblatt, Std.: Juli 2000, Abschn. 16.4 Rdnrn. 68 ff.

13) Dazu *Klug*, RDV 2001, 12.

14) *Däubler*, ArbeitsR 2, 11. Aufl. (1998), Rdnrn. 50 ff.

15) BGBl I, 867.

16) BT-Dr 14/4329, S. 42.

17) Dazu unten 3.

BDSG: Je konkreter die Zwecke bestimmt sind, um so weniger besteht die Möglichkeit, durch Verknüpfung neue Aussagen zu gewinnen¹⁸. Das BDSG enthält keine Vorgaben, wie konkret die im Einzelfall verfolgten „Unterzwecke“ bestimmt sein müssen. Man muss davon ausgehen, dass das geltende Recht gleichermaßen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers wie auch die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers schützen will. Dies bedeutet, dass auf der einen Seite 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. So ist es sicherlich möglich, Zugangskontrolle und Zeiterfassung zu integrieren, insoweit also eine „mittlere“ Abstraktionshöhe zu wählen. Wird auf der anderen Seite der Verzehr in der Betriebskantine EDV-mäßig erfasst und bei der Entgeltabrechnung berücksichtigt, so muss es dabei bleiben: Eine Auswertung im Hinblick auf Essgewohnheiten, die Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand zulassen könnten (auffallende Präferenz für Diätessen!), kommt nicht in Betracht.

c) *Erweiterung des Verarbeitungsrahmens durch Einwilligung.* Im Einzelfall kann ein Bedarf bestehen, Arbeitnehmerdaten für Zwecke zu erheben, die sich nicht oder jedenfalls nicht eindeutig aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. Will etwa der Arbeitgeber Namen, Qualifikation, Erreichbarkeit und Foto bestimmter Beschäftigter ins Internet stellen, um damit zu werben („dufte Truppe“), so wird § 28 I 1 Nr. 1 BDSG als Verarbeitungsgrundlage kaum ausreichen¹⁹. In solchen Fällen bedarf es der Einwilligung des Arbeitnehmers²⁰. Die in § 4 a neu geregelte Einwilligung muss drei Voraussetzungen erfüllen.

- Sie bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist (§ 4 a I 3). Geht es um die Erweiterung der Möglichkeit zur Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis, dürfte immer Schriftform erforderlich sein.
- Der Einwilligende muss über den Gegenstand seiner Erklärung ausreichend informiert sein. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen (§ 4 a I 2). Dies ist im Internet-Beispiel unproblematisch, kann aber in anderen Fällen Bedeutung gewinnen. Soweit es „nach den Umständen des Einzelfalles“ erforderlich ist, muss dem Arbeitnehmer mitgeteilt werden, welche Folgen ein „Nein“ hat. Auf Verlangen des Betroffenen muss dies immer geschehen (§ 4 a I 2). Droht beispielsweise bei einer Verweigerung des „Internetauftritts“ eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz, ist dies von vorneherein deutlich zu machen. Die Einwilligung soll nicht in einem Zustand der Ungewissheit abgegeben werden.
- Die Einwilligung muss schließlich auf der „freien Entscheidung“ des Betroffenen beruhen (§ 4 a I 1). Dies bedeutet mehr als das Fehlen von Willensmängeln i. S. der §§ 119 ff. BGB, da sich die Anwendbarkeit dieser Vorschriften bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergibt. Gemeint dürfte ein unzulässiges Unter-Druck-Setzen sein, wie es aus dem anglo-amerikanischen Bereich unter dem Stichwort des „undue influence“ bekannt ist²¹. Erfasst sind damit zum einen Fälle einer einseitig strukturierten Verhandlungssituation: Der Arbeitnehmer wird unter Zeitdruck gesetzt, er sieht sich mehreren Personen gegenüber, die das Ansinnen an ihn herantragen, er kann sich nicht mit einer Person seines Vertrauens besprechen²². Zum anderen kann die Freiwilligkeit aber auch dadurch beeinträchtigt sein, dass dem Arbeitnehmer für den Fall der Verweigerung vermeidbare Nachteile in Aussicht gestellt werden. Ist die vom Arbeitgeber gewünschte Datenverarbeitung für die künftige Tätigkeit dagegen unabdingbar, kann gegebenenfalls eine Änderungskündigung ausgesprochen werden. Ein Hinweis darauf beseitigt die Freiwilligkeit selbstredend nicht, zumal ja mit Hilfe einer Änderungsschutzklage eine gerichtliche Überprüfung möglich ist.

3. Verwendung für andere Zwecke

Die für bestimmte Zwecke i. S. des § 28 I 2 BDSG erhobenen Daten dürfen nach § 28 II BDSG für andere Zwecke nur dann genutzt (oder an Dritte übermittelt) werden, wenn die Voraussetzungen von § 28 I 1 Nr. 2 oder 3 vorliegen. Nr. 2 setzt voraus, dass die „Zweckentfremdung“ zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle (d. h. des Arbeitgebers) erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Sollen Zugangskontrolldaten überraschend auch für eine Pünktlichkeitskontrolle eingesetzt werden, würde man aller Voraussicht nach dem schutzwürdigen Interesse der Betroffenen den Vorrang einräumen. Nr. 3 betrifft allgemein zugängliche Daten, was im Arbeitsverhältnis von geringerer Bedeutung ist. § 28 III enthält weitere Fälle einer Nutzung oder Übermittlung für einen anderen Zweck. Die wenig übersichtlich formulierte Vorschrift, deren Satz 1 rund eine halbe Seite in Anspruch nimmt, schließt unter anderem in Satz 2 Nr. 3 die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten für Zwecke der Werbung und der Markt- und Meinungsforschung aus.

4. Sonderregeln für so genannte sensitive Daten

a) *Welche Daten sind erfasst?* Wie oben erwähnt²³, benennt § 3 IX BDSG n. F. bestimmte besonders „sensible“, meist als „sensitiv“ bezeichnete Daten, deren Erhebung und Verarbeitung nur unter ganz engen Voraussetzungen zugelassen ist. In Übernahme von Art. 8 der EG-Richtlinie geht es um folgende Merkmale:

- Angaben über die rassische und ethnische Herkunft. Dazu zählen insbesondere auch Informationen über die Hautfarbe²⁴.
- Politische Meinungen. Dies erfasst nicht nur Aussagen am Arbeitsplatz oder in einem Leserbrief, sondern auch eine Demonstrationsteilnahme oder die Mitgliedschaft in einer Partei oder einer sonstigen politischen Vereinigung.
- Religiöse oder philosophische Überzeugungen. Gemeint ist damit nicht nur die vorhandene, sondern auch die fehlende Kirchenzugehörigkeit²⁵, ebenso die Betätigung für eine Glaubensgemeinschaft.
- Gewerkschaftszugehörigkeit. Sie ist normalerweise mit Aktivitäten verbunden, so dass auch diese mit erfasst sind.
- Gesundheit. Dazu gehören nicht nur Aussagen über den aktuellen Gesundheitszustand, sondern beispielsweise auch eine genetisch bedingte Anfälligkeit für bestimmte Erkrankungen. Auch Drogen- und Alkoholabhängigkeit zählen zu diesem Bereich.
- Sexualeben. Dies betrifft insbesondere die sexuelle Orientierung, die sich z. B. daraus ergibt, dass jemand nicht in einer Ehe, sondern in einer so genannten Lebenspartnerschaft lebt.

b) *Möglichkeiten zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung.* Der neue § 28 VI verweist auf die Möglichkeit der Einwilligung nach § 4 a III BDSG und sieht im Übrigen vier

18) S. dazu auch Bizer, in: *Rofnagel* (o. Fußn. 12), § 3 TDDSG Rd-nrn. 131 ff.

19) Einzelheiten bei Däubler, *Internet und ArbeitsR*, 2001, Rd-nrn. 361 ff.; s. weiter Gola, *MMR* 1999, 323.

20) Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Betreffende dem Inhalt seines Arbeitsvertrags nach für Öffentlichkeitsarbeit eingesetzt werden soll.

21) Dazu Lorenz, *JZ* 1997, 281.

22) So die bei Lorenz, *JZ* 1997, 281 genannten Beispiele.

23) S. IV.

24) Ehmman/Helfrich (o. Fußn. 9), Art. 8 Rdnr. 8.

25) Dies. (o. Fußn. 9), Art. 8 Rdnr. 8.

Rechtfertigungsgründe vor. Anders als bei „normalen“ Daten reicht der mit einem bestimmten Vertragsverhältnis verfolgte Zweck nicht aus. Während § 28 VI Nr. 1 den Sonderfall betrifft, dass der Betroffene eine Einwilligung nicht erteilen kann, rechtfertigt Nr. 2 eine Erhebung usw. dann, wenn der Betroffene die Daten „offenkundig“ öffentlich gemacht hat. Wer für eine Partei oder den Kirchengemeinderat kandidiert, erfüllt diese Voraussetzung. Allerdings dürfte § 28 I 1 Nr. 3 BDSG entsprechend anwendbar sein, der die Verarbeitung allgemein zugänglicher Daten dann ausschließt, wenn das schutzwürdige Interesse des Betroffenen gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt: Diese für alle Daten geltende Voraussetzung muss selbstredend auch für die sensitiven Daten gelten. Praktische Bedeutung hat dies insbesondere dann, wenn die Speicherung nur zu einer unerlaubten Diskriminierung im Rahmen des § 75 I BetrVG führen kann.

Die wichtigste Ausnahme enthält Nr. 3, wonach die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der sensitiven Daten zulässig ist, wenn dies „zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist“. Weiter wird verlangt, dass kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Erhebung usw. überwiegt. Die EG-Richtlinie sieht in Art. 8 II lit. b eine ähnlich formulierte Ausnahme speziell für den Bereich des Arbeitsrechts vor²⁶, so dass die umfassender formulierte Nr. 3 auch diesen Lebensbereich einbezieht²⁷. Bei „diskriminierungsanfälligen“ Angaben wie Rasse, politische Überzeugung usw. greift Nr. 3 schon von seinen Tatbestandsvoraussetzungen her nicht ein. Die Begründung zum RegE verweist im Übrigen auf die bisherigen arbeitsrechtlichen Grundsätze²⁸, die es beispielsweise auch im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall grundsätzlich ausschließen, dass der Arbeitgeber Informationen über die Art der Erkrankung verlangen kann. Im Übrigen enthält § 28 VII Sonderregeln für den Gesundheitsbereich. Verfolgen Organisationen politische, philosophische, religiöse oder gewerkschaftliche Zwecke, so dürfen sie nach § 28 IX BDSG n. F. sensitive Daten erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit es für ihre Tätigkeit erforderlich ist. Nach Satz 2 dieser Bestimmung gilt das für alle Personen, die „regelmäßig Kontakte mit ihr unterhalten“, wozu ersichtlich auch die bei ihr tätigen Arbeitnehmer zählen. Die Erforderlichkeit ist allerdings in dem Sinne eng zu bestimmen, dass nur die jeweils für den spezifischen Zweck einschlägigen Informationen erhoben werden dürfen. Die Kirche darf deshalb zwar nach dem religiösen Bekenntnis, nicht aber nach politischen Anschauungen oder der Gewerkschaftszugehörigkeit fragen.

Soweit alle diese Verarbeitungsmöglichkeiten nicht eingreifen, kommt eine Einwilligung nach § 4 a BDSG n. F. in Betracht, die sich jedoch „ausdrücklich“ auf die sensitiven Daten beziehen muss. Eine konkludente, aus den Umständen rückschließbare Erklärung reicht nicht aus.

5. Sonderregeln für Videoüberwachung

Für „öffentlich zugängliche Räume“ wie Ladenpassagen, Kauthäuser, Gaststätten, Tankstellen und Bankfilialen enthält § 6 b BDSG n. F. eine Sonderregelung zur Videoüberwachung. Für andere Arbeitsräume gelten die bisherigen Grundsätze²⁹. Die Videoüberwachung besitzt nicht zuletzt wegen der Möglichkeit zur Speicherung digitalisierter Aufnahmen ein hohes Gefährdungspotenzial für den Bürger. Wegen dieser „besonderen Eingriffsqualität“ hat der BT-Innenausschuss die Möglichkeiten zum Einsatz dieser Technologie gegenüber dem RegE eingeschränkt³⁰.

Damit wurde der in der Öffentlichkeit geäußerten Kritik zumindest teilweise Rechnung getragen³¹. Eine vom Arbeitgeber initiierte Videoüberwachung ist danach nur zulässig, soweit sie (§ 6 b I Nr. 2) der Wahrnehmung des Hausrechts dient, also den Zutritt Unbefugter verhindern will, oder (§ 6 b I Nr. 3) zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist. Diese können beispielsweise in der Abwehr von Diebstählen liegen. Die Konkretetheit des Zwecks muss genauso wie im Rahmen des § 28 I 2 BDSG n. F. bestimmt werden, so dass die Erforderlichkeit überprüfbar wird³². Kommen auch andere Mittel wie das Auslösen akustischer Signale beim Verlassen ohne Bezahlung in Betracht, muss die Videoüberwachung unterbleiben³³. Auch müssen die berechtigten Interessen objektiv vorliegen³⁴; die bloße Befürchtung, es könne zu Diebstählen kommen, genügt nicht. § 6 b II verlangt, dass die Beobachtung und ihr Veranlasser durch geeignete Maßnahmen erkennbar gemacht werden.

Soweit Daten verarbeitet, also beispielsweise Bilder gespeichert werden, ist dies nur „zur Erreichung des verfolgten Zwecks“ zulässig. Eine „Zweckentfremdung“ ist allein dann erlaubt, wenn dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist. Die Videoaufnahmen über die in der Ladenpassage verübte Straftat dürfen daher auch an Dritte weitergegeben werden³⁵. Soweit die Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden, ist diese über die Verarbeitung oder Nutzung zu informieren (§ 6 b IV). Erhobene Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder wenn schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen (§ 6 b V).

Bei nicht öffentlich zugänglichen Räumen kann § 6 b zwar keine Anwendung finden, doch erlaubt er immerhin den Rückschluss, dass angesichts der von vorneherein gegebenen Überschaubarkeit des anwesenden Personenkreises die Zulässigkeitsvoraussetzungen restriktiver zu bestimmen sind. Dem tragen Rechtsprechung und Lehre im Arbeitsrecht Rechnung. So wird etwa die Beobachtung durch eine versteckte Kamera generell für unzulässig angesehen³⁶. Dasselbe gilt dann, wenn die Kameras ohne konkreten Anlass jederzeit eingeschaltet werden können³⁷. Eine ausschließlich zur Kontrolle der Arbeitnehmer eingesetzte Videotechnik wird mit Recht als Verstoß gegen die Menschenwürde und damit als unzulässig bezeichnet³⁸. Anders ist die Situation nur dann, wenn ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers für eine solche Überwachung spricht, weil sie beispielsweise die einzige Möglichkeit dar-

26) „Die Verarbeitung ist erforderlich, um den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies auf Grund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist“.

27) Die Begr. zum RegE, BT-Dr 14/4329, S. 43 verweist auf die Möglichkeit einer bereichsspezifischen Regelung, wohl durch ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz.

28) BT-Dr 14/4329, S. 43.

29) Christians, RIDV-Sonderheft (BDSG-Novellierung) 2000, 15.

30) BT-Dr 14/5793, S. 61.

31) Zu dieser Baumbler, RIDV 2001, 67.

32) BT-Dr 14/5793, S. 61.

33) Zu weiteren Alternativen s. Tammen, RIDV 2000, 16.

34) BT-Dr 14/5793, S. 61.

35) BT-Dr 14/5793, S. 62.

36) LAG Köln, BB 1997, 476; LAG Baden-Württemberg, BB 1999, 1439.

37) BAG (7. 10. 1987), NZA 1988, 92 = AP Nr. 15 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

38) ErfK/Hannau/Kania, 2. Aufl. (2001), § 75 BetrVG Rdnr. 9; Fitting/Kaiser/Heuther/Engels, BetrVG, 20. Aufl. (2000), § 75 Rdnr. 69.

stellt, um erhebliche Warenverluste aufzuklären³⁹. Unabhängig von der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit greift in allen Fällen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 I Nr. 6 BetrVG ein⁴⁰.

6. Automatisierte Einzelentscheidungen

§ 6 a BDSG dürfte im Arbeitsrecht keine sehr große Bedeutung gewinnen. Nach dieser Bestimmung sind Entscheidungen unzulässig, die ausschließlich auf einer automatisierten Auswertung von Daten beruhen, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen. Geht es etwa darum, den geeignetsten Beschäftigten für eine bestimmte Auslandstätigkeit ausfindig zu machen, und würde man hier allein auf gespeicherte Daten über Fremdsprachenkenntnisse, Alter, Familienstand usw. zurückgreifen und keinen menschlichen Entscheider mehr zwischenschalten, so wäre § 6 a erfüllt. Auf eine solche Weise trifft kein vernünftiger Arbeitgeber Entscheidungen. Eine bloße Vorauswahl (wer von den Beschäftigten hat Spanischkenntnisse und kommt von daher für den Madrid-Einsatz in Betracht?) ist zulässig⁴¹, auch Identifikationsverfahren etwa mit Hilfe von Fingerabdrücken fallen nicht darunter⁴². Denkbar wäre, bei der sozialen Auswahl nach § 1 III KSchG eine Punktetabelle aufzustellen und den Personen mit der geringsten Punktzahl automatisch zu kündigen. Im Anwendungsbereich des BDSG⁴³ würde dies an § 6 a scheitern; eine Einzelfallprüfung muss auf alle Fälle nachgeschaltet werden⁴⁴.

7. Verwendung von Chipkarten

Werden im Betrieb „mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien“, also insbesondere Chipkarten benutzt, so muss der Betroffene nach § 6 c I umfassend über die Funktionsweise dieses Mediums unterrichtet und nach § 6 c II in die Lage versetzt werden, durch Benutzung von Lesegeräten im Einzelnen nachzuvollziehen, was über ihn gespeichert ist und welche Datenverarbeitungsvorgänge stattgefunden haben⁴⁵. Die Lesegeräte müssen so aufgestellt sein, dass die Anzeigen von Dritten nicht eingesehen werden können⁴⁶. Besteht im Betrieb die Möglichkeit, sich mit Hilfe einer Karte bestimmte Waren aus Automaten zu holen, so entspricht es dem Grundsatz der Datensparsamkeit nach § 3 a BDSG, mit vorausbezahlten Karten zu arbeiten, um so die Anonymität sicherzustellen.

VI. Übermittlung von Arbeitnehmerdaten

1. Allgemeine Grundsätze

Vom Zweck des Arbeitsverhältnisses her sind Arbeitnehmerdaten grundsätzlich nicht für Dritte bestimmt. Daran hat sich auch durch das neue Recht nichts geändert. Eine Ausnahme gilt (wie schon bisher) 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 in zahlreichen Landesdatenschutzgesetzen von der Einwilligung des Arbeitnehmers abhängig gemacht⁴⁷. Der Bundesgesetzgeber hat dies leider nicht übernommen. Insofern muss man auf allgemeine Überlegungen zurückgreifen, wonach die Grundsätze über das Zeugnis nach § 630 BGB lediglich schriftliche oder mündliche Erläuterungen, jedoch keine abweichenden Auskünfte zulassen⁴⁸. Die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten an ein anderes Konzernunternehmen bedarf weiterhin einer besonderen Rechtsgrundlage. Das BAG

scheint dazu zu neigen, insoweit eine Konzernbetriebsvereinbarung genügen zu lassen⁴⁹. Dies ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn man gleichzeitig berücksichtigt, dass Betriebsvereinbarungen anders als Tarifverträge einer generellen gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen⁵⁰. Dies bedeutet, dass auch insoweit ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse verlangt werden muss.

2. Übermittlung ins Ausland

Die §§ 4 b und 4 c BDSG n.F. regeln erstmalig den grenzüberschreitenden Datenverkehr im nicht öffentlichen Bereich. In Anlehnung an die Art. 25 ff. der Richtlinie ergeben sich folgende Grundsätze:

Nach § 4 b I BDSG n.F. ist die Übermittlung in andere EU-Mitgliedstaaten unten denselben Voraussetzungen wie an eine verantwortliche Stelle im Inland möglich. Voraussetzung ist allerdings, dass sich die fragliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Anwendungsbereich des EG-Rechts bewegt; soweit es um den Transfer von Arbeitnehmerdaten geht, dürfte diese Voraussetzung praktisch immer erfüllt sein, da es sich um einen Annex zu grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung handelt⁵¹. Gleichgestellt sind die EWR-Staaten sowie die Organe der Gemeinschaft. Die Übermittlung in Drittstaaten folgt denselben Grundsätzen, wenn dort ein angemessenes Datenschutzniveau besteht. Ob dies der Fall ist, muss die verantwortliche Stelle nach näherer Maßgabe des § 4 b III selbst prüfen. Da diese Prüfung sehr aufwändig ist, kann die EG-Kommission nach Art. 25 VI der Richtlinie eine verbindliche Entscheidung treffen, ob ein Drittstaat ein angemessenes Datenschutzniveau besitzt oder nicht. Eine positive Entscheidung ist inzwischen für Ungarn sowie für die Schweiz ergangen⁵². Auch bei Staaten, die die Datenschutzkonvention des Europarats⁵³ ratifiziert haben, aber nicht EG-Mitglieder sind (z.B. Slowenien), lässt sich ein positives Votum begründen, sofern unabhängige Aufsichtsbehörden existieren und eine Weiterübermittlung in andere Staaten ohne angemessenes Niveau nicht in Betracht kommt⁵⁴.

Fehlt es an einem angemessenen Datenschutzniveau, ist die Datenübermittlung im Rahmen des Ausnahmekatalogs nach § 4 c BDSG n.F. zulässig. Dazu zählt etwa die Einwilligung des Betroffenen (§ 4 c I 1 Nr. 1)⁵⁵ sowie Vertrags-

39) BAG (7. 10. 1987), NZA 1988, 92 = AP Nr. 15 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

40) Dazu etwa Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe, 7. Aufl. (2000), Rdnrn. 123 ff.; Tammen, RDV 2000, 15.

41) BT-Dr 14/4329.

42) BT-Dr 14/4329.

43) Dazu o. III 3.

44) So auch nach Kündigungsschutzrecht Kittner/Däubler/Zwanziger, KSchR, 5. Aufl. (2001), § 1 KSchG Rdnr. 489.

45) Zu datenschutzrechtlichen Problemen bei der Verwendung von Chipkarten s. Ermer, CR 2000, 126.

46) So ausdr. BT-Dr 14/5793, S. 63.

47) § 29 I 3 Brandenburgisches DSG; § 28 IV Hamburgisches DSG; § 34 II 2 Hessisches DSG; § 31 III DSG Mecklenburg-Vorpommern; § 24 I 4 Niedersächsisches DSG.

48) Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 44), § 630 BGB Rdnrn. 99 ff.

49) BAG (20. 12. 1995), BAGE 82, 36 = NZA 1996, 945 = DB 1996, 1985.

50) BAG (30. 1. 1970), NJW 1970, 1620 = AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG (25. 3. 1971), BAGE 23, 257 = NJW 1971, 1629 = AP Nr. 5 zu § 57 BetrVG (1952), st. Rspr.; zum Stand der Diskussion in der Literatur s. Däubler, ArbeitsR, 15. Aufl. (1998), Rdnr. 936.

51) Außerhalb dieses Bereichs gilt § 4 b II, der einige wenige Einschränkungen enthält.

52) Christians, RDV-Sonderheft (BDSG-Novellierung) 2000, 11.

53) Abgedr. bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. (1994), Nr. 330.

54) Ehlmann/Helfrich (o. Fußn. 9), Anh. Art. 25 Rdnrn. 45 ff.

55) Zur Einwilligung s. o. V 2 c.

klauseln und verbindliche Unternehmensregelungen, aus denen sich ergibt, dass die im Ausland angesiedelte verantwortliche Stelle ausreichende Garantien hinsichtlich des Schutzes des Persönlichkeitsrechts und der Ausübung der damit verbundenen Rechte vorweist. Entsprechende private Regelwerke bedürfen jedoch nach § 4 c II der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Im Verhältnis zu den USA, die im Vergleich zur EU gerade auch im Arbeitsrecht kein angemessenes Datenschutzniveau aufweisen⁵⁶, ist eine Sonderregelung getroffen worden. Danach sind Unternehmen aus den USA dann taugliche Datenempfänger, wenn sie sich den Grundsätzen über den so genannten Sicheren Hafen (Safe Harbour Principles) angeschlossen haben, über deren Einhaltung die Federal Trade Commission wacht⁵⁷. Rechtsgrundlage ist eine Entscheidung der EG-Kommission vom 26. 7. 2000⁵⁸, die seit November 2000 praktiziert werden kann⁵⁹.

VII. Datentransparenz durch Individualrechte

Die §§ 33 bis 35 BDSG wollen eine ausreichende Information des Betroffenen in Bezug auf „seine“ Daten sicherstellen und ihm bestimmte Korrekturrechte einräumen. Der bisherige Rechtszustand⁶⁰ ist im Wesentlichen fortgeschrieben worden. In Einzelpunkten hat sich aus Sicht des Betroffenen eine Verbesserung ergeben. Muss er etwa erstmals informiert werden, weil eine Speicherung ohne seine Kenntnis erfolgt ist, so ist ihm über die Tatsache der Speicherung und die Art der Daten hinaus nunmehr auch die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und die Identität der verantwortlichen Stelle bekannt zu geben. Ohne Bedeutung ist anders als nach § 33 II Nr. 5 BDSG a.F. die Tatsache, dass die Datei von vornherein nur für eine bestimmte Zeit von höchstens drei Monaten vorgehalten wird: Auch wenn es beispielsweise um einen kurzfristigen Auswahlprozess geht, sind die Betroffenen nach allgemeinen Grundsätzen zu benachrichtigen. Weiter ist das Auskunftsrecht nach § 34 I BDSG dadurch erweitert worden, dass alle Empfänger, an die Daten weitergegeben werden, namhaft zu machen sind; bisher kam es auf die „regelmäßige“ Übermittlung an. Neu ist das Widerspruchsrecht nach § 35 V BDSG n.F.: Überwiegt das schutzwürdige Interesse des Betroffenen wegen seiner besonderen persönlichen Situation das Interesse der verantwortlichen Stelle an der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Daten, so muss diese unterbleiben. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Arbeitgeber auf Grund einer Rechtsvorschrift zu einem entsprechenden Vorgehen verpflichtet ist, wenn er beispielsweise im Rahmen der Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen bestimmte Daten verarbeiten muss.

VIII. Kontrollmechanismen

1. Meldepflicht und Vorabkontrolle

Nach § 4 d I sind automatisierte Verarbeitungen vor ihrer Inbetriebnahme der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden. Der Inhalt der Meldung bestimmt sich nach § 4 e BDSG n.F.⁶¹. Soweit automatisierte Verarbeitungen besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweisen, findet nach § 4 d V eine so genannte Vorabkontrolle statt. Sie ist insbesondere bei der Verarbeitung sensibler oder solcher Daten notwendig, die dazu bestimmt sind, die Persönlichkeit des Betroffenen zu bewerten. Die Vorabkontrolle hat die Vereinbarkeit mit dem Datenschutzrecht zum Gegenstand.

2. Der Beauftragte für den Datenschutz

Die nunmehr in § 4 f I geregelte Pflicht zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten entspricht dem bisher geltenden Recht, ist jedoch auf Behörden ausgedehnt worden. Finden Datenverarbeitungsvorgänge statt, die einer Vorabkontrolle unterliegen, ist ein Datenschutzbeauftragter auch dann zu bestellen, wenn nicht mehr als vier Arbeitnehmer mit der automatisierten Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigt sind (§ 4 f I 6). Soweit ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter existiert, entfällt die Meldepflicht (§ 4 d II). Der Datenschutzbeauftragte hat als neue Aufgabe die Durchführung der Vorabkontrolle erhalten und ist außerdem damit betraut worden, die Angaben, die ohne seine Bestellung nach § 4 e der Aufsichtsbehörde gemeldet werden müssten, in geeigneter Weise für jedermann verfügbar zu halten. Hat er Zweifel, ob im Betrieb datenschutzrechtliche Normen eingehalten wurden, kann er sich nach dem im Bundestags-Innenausschuss neu gefassten § 4 g I 2 an die Aufsichtsbehörde wenden. Das Verhältnis zum Betriebsrat hat keine Veränderungen erfahren. Ein ausdrückliches Mitbestimmungsrecht bei der Bestellung und/oder Abberufung ist auch im neuen BetrVG nicht vorgesehen. Dies bedeutet allerdings gleichzeitig, dass die Rechtsprechung des BAG aufrecht erhalten bleibt, wonach die Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber gefährdet wäre, könnte der Datenschutzbeauftragte die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat überwachen⁶².

3. Aufsichtsbehörde

Die Stellung der Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG wurde insoweit gestärkt, als diese jederzeit tätig werden kann, und nicht nur bei „hinreichenden Anhaltspunkten“ für eine Verletzung datenschutzrechtlicher Normen. Die so genannte Anlassaufsicht ist mit Rücksicht auf die Richtlinie abgeschafft⁶³. Zwei andere Vorgaben der Richtlinie wurden jedoch nicht umgesetzt. Zum einen verlangt diese in Art. 28 I 2, dass die Aufsichtsbehörde ihre Aufgabe „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnimmt. Insbesondere darf sie keinen ministeriellen Weisungen unterliegen⁶⁴. Das können allerdings die Länder nachholen, die nach § 38 VI BDSG n.F. die zuständigen Stellen bestimmen. Nach Art. 28 III muss die Behörde zum zweiten weitreichende Anordnungsbefugnisse haben. Dem ist nicht Rechnung getragen, da diese nur bei Fragen der Datensicherheit und in Bezug auf die Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten über entsprechende Befugnisse verfügt (§ 38 V). Das Strafantragsrecht nach § 44 II erscheint nicht unbedingt als ausreichendes Äquivalent, da es nicht bei allen Verstößen gegen Datenschutzrecht eingreift und in vielen Fällen ein zu grobes Geschütz darstellt.

4. Datenschutzaudit

Die Regelung des § 9 a BDSG n.F. greift den Gedanken auf, dass ein nach außen dokumentiertes und von unabhängigen Stellen zertifiziertes Datenschutzkonzept einen gewichtigen Wettbewerbsvorteil darstellen kann⁶⁵. Hierin

56) Däubler, CR 1999, 53; Welske, CR 1993, 297.

57) Einzelheiten bei Klug, RDV 2000, 212.

58) ABIEG v. 25. 8. 2000 Nr. L 215, S. 7 ff.

59) Mitgeteilt in RDV 2001, 31.

60) Dazu der Überblick bei Däubler, CR 1991, 475.

61) Zur (meist eingreifenden) Ausnahme s. sogleich unter 2.

62) BAG (11. 11. 1997), BAG 87, 64 = NZA 1998, 385 = NJW 1998, 2466 = DB 1998, 627.

63) BT-Dr 14/4329, S. 45.

64) Elmman/Helfrich (o. Fußn. 9), Art. 28 Rdnr. 6; ähnlich Dammann/Simitis (o. Fußn. 10), Art. 28 Erl. 6.

65) Dazu Gola, RDV 2000, 93.

liegt eine sinnvolle Ergänzung hoheitlicher Maßnahmen und der qualifizierten Eigenkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Bevor das in § 9 a angekündigte Ausführungsgesetz erlassen ist, sind entsprechende Maßnahmen nur auf freiwilliger Basis möglich. Soweit es um Arbeitnehmerdaten geht, kann die Zertifizierung zwar im Regelfall nicht direkt die Absatzchancen fördern, wohl aber das Betriebsklima und die Identifizierung mit den Arbeitsaufgaben verbessern.

IX. Übergangsvorschrift

Nach Art. 32 II der Richtlinie können die Mitgliedstaaten eine Frist von bis zu drei Jahren einräumen, um Verarbeitungen, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der nationalen Umsetzungsvorschriften „bereits begonnen wurden“, mit diesen Vorschriften in Einklang zu bringen. Die Frist verkürzt sich auch nicht dadurch, dass die Richtlinie erst verspätet umgesetzt wird⁶⁶. Der Gesetzgeber hat in Form des § 45 BDSG n. F. von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und für Erhebungen, Verarbeitungen oder Nutzungen personenbezogener Daten, die am Tag nach der Verkündung des Gesetzes „bereits begonnen haben“, eine Anpassung binnen dreier Jahre an das neue BDSG vorgesehen. Die Regelung will verhindern, dass z. B. Personalinformationssysteme oder grenzüberschreitender Datentransfer von heute auf morgen eingestellt werden müssen, weil den in nationales Recht umgesetzten Vorgaben der Richtlinie nicht entsprochen ist. Selbstverständliche Voraussetzung ist, dass die Datenverarbeitung nach bisherigem Recht zulässig war. Geschützt ist nach § 45 lediglich der Status quo der Datenverarbeitung; werden etwa zusätzliche Daten erfasst oder durch Verarbeitung generiert, ist das neue Recht anwendbar⁶⁷. Nur so kann verhindert werden, dass das BDSG n. F. zunächst nur für Neugründer oder solche Personen von Bedeutung ist, die als extreme Nachzügler plötzlich die EDV entdecken. Auch geht es in § 45 ausschließlich um die Voraussetzungen für Erhebungen, Verarbeitungen oder Nutzungen; soweit es um andere Fragen wie etwa den Wegfall der Anlassaufsicht geht, findet das Gesetz sofortige Anwendung.

X. Perspektiven des Arbeitnehmerdatenschutzes

Das neue Gesetz hat arbeitnehmerspezifische Fragen nur teilweise aufgegriffen. Nicht erwähnt sind etwa biometrische Verfahren, die Genomanalyse sowie die Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen am Arbeitsplatz. Auch sind die Grenzen der Informationserhebung gegenüber Bewerbern oder im Arbeitsverhältnis weiterhin nur durch Rückgriff auf richterrechtliche Grundsätze zu lösen, denen verständlicherweise nicht immer die gewünschte Präzision zukommt⁶⁸. Das neue BDSG selbst ist seinem Aufbau und seinen Formulierungen nach kein Muster an Bürgerfreundlichkeit – um es zurückhaltend auszudrücken. Ohne ungerecht zu sein, kann man ihm einen erheblichen Abschreckungswert gegenüber all jenen zusprechen, die sich vielleicht einmal als Bürger, Arbeitnehmer oder Studenten dem Datenschutzrecht zuwenden möchten. Die zweite Phase der Datenschutzreform soll hier Abhilfe schaffen⁶⁹. Wer seinen unbeirrbaren Optimismus behalten hat, wird trotz der Überlänge der „ersten Phase“ daran glauben.

66) *Eilmann/Helfrich* (o. Fußn. 9), Art. 32 Rdnr. 6.

67) *Dammann/Simitis* (o. Fußn. 10), Art. 32 Erl. 5.

68) Zu weiteren Desideraten an einen Arbeitnehmerdatenschutz s. *Däubler*, RDV 1999, 243.

69) Dazu *Tauss/Özdemir*, RDV 2000, 143.

Buchbesprechung

Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren.

Kommentierung der §§ 916–945 ZPO mit Antrags- und Klagemustern für die Arbeitsrechtspraxis. Von *Michael H. Korinth* (Berliner Praxiskommentare). – Freiburg, Haufe 1999. 476 S., geb. inkl. CD-ROM DM 128,-.

Der in der Reihe „Berliner Praxiskommentare“ des Haufe Verlags erschienene Band zum einstweiligen Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren ist ein systematischer selbstständiger Kommentar der §§ 916 bis 945 BGB mit Antrags- und Klagemustern für die Arbeitsrechtspraxis. Die Buchbänderle wirbt damit, das Werk sei „3 in einem“, nämlich Kommentar, Formularbuch und CD-ROM. Primär richtet sich das Buch wohl an den Praktiker, aber die zahlreichen Nachweise und Fundstellen zur Vertiefung der jeweiligen Ausführungen machen den Band auch für den weitergehend Interessierten nützlich.

Bereits beim Durchblättern der ersten Seiten findet der Praktiker erfreut ein nach ZPO-Vorschriften sortiertes Verzeichnis der insgesamt 88 Musterformulare. Ein schneller Zugriff auf den jeweils gesuchten Schriftsatz wird dadurch deutlich erleichtert. Sortiert sind die Muster nach Paragraphen und innerhalb derer nach fortlaufenden Nummern; allein bei den „Mammutparagraphen“ wie § 926 oder § 935 ZPO wünscht sich der alleinige Nutzer der Papierversion – solche soll es noch geben – als Fundstelle eine Seitenzahl oder Randnummer.

In einer Vorbemerkung werden die Grundlagen, das heißt Bedeutung und Verfahrensgrundsätze des einstweiligen Rechtsschutzes dargestellt – für den „Einsteiger“ sicher nützlich. Durch die sich anschließenden knappen und prägnanten Ausführungen zu Streitwert, Gerichts- und Anwaltsgebühren wird der Band seiner Bezeichnung als Praxiskommentar wiederum gerecht. Die folgenden umfangreichen Literaturhinweise wären im Grunde nicht erforderlich, da sich auch jeweils am Ende der Kommentierungen der einzelnen ZPO-Vorschriften ausführliche Verweise auf einschlägige Aufsatzliteratur befinden. Der weitergehend Interessierte wird dies aber zu schätzen wissen. Abgeschlossen werden die Vorbemerkungen durch zwei kurze und praxisnahe Checklisten zu Arrest einerseits und einstweiliger Verfügung andererseits; dass die dortigen Hinweise wie zum Beispiel das klare Aufgliedern der Antragschrift oder die Verwendung größtmöglicher Sorgfalt auf die Glaubhaftmachung auch des Vortrags zu den Prozessvoraussetzungen auf eigene Erfahrungen des Autors als Richter am Arbeitsgericht zurückzuführen sind, darf vermutet werden.

Die anschließende Kommentierung der §§ 916 bis 945 ZPO selbst enthält in jeder Vorschrift einen einleitenden Abschnitt unter der Überschrift „Grundsatz-Zweck“; am Ende finden sich Verweise auf die einschlägige Aufsatzliteratur sowie die Muster. Die klaren Kommentierungen sind durch Abschnittsuntergliederung und Fettdruck von Schlüsselwörtern übersichtlich und auch beim raschen Überfliegen gut verständlich. Durch Schemata (z. B. für die Vollziehungsfrist bei § 929 ZPO) erfährt der Praktiker schnell und kompakt, was es zu beachten gilt.

Der Anhang enthält eine kurze, nach Stichwörtern geordnete Streitwerttabelle sowie das Arbeitsgerichtsgesetz und Betriebsverfassungsgesetz im Wortlaut.

Insgesamt ist das Werk eine gelungene Arbeitshilfe vom Praktiker für den Praktiker, dem es gelingt, sich nicht auf Notwendiges zu beschränken, ohne dass die Übersichtlichkeit leidet. Für den Arbeitsrechtler ist dieser Praxiskommentar daher eine ausgesprochen sinnvolle Ergänzung zur allgemeinen zivilprozessualen Kommentarliteratur – die in jüngerer Zeit in Vielzahl erschienenen einschlägigen „Handbücher“ können zum Thema einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren ohnehin nicht dasselbe bieten.