

Ausführliche Kommentierung
des Regierungsentwurfs zum
Beschäftigtendatenschutz vom 25.8.2010

Auszug aus

Tim Wybitul

Handbuch Datenschutz im Unternehmen



Verlag Recht und Wirtschaft
Frankfurt am Main

Komplexes Recht – leicht gemacht!

Neu!



Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder direkt beim Verlag

MEINE BESTELLUNG

Ja, bitte senden Sie mir/uns

___ Expl. „Handbuch Datenschutz im Unternehmen“

2011, Schriften des Betriebs-Beraters, XX, 543 Seiten, Kt.,
ISBN 978-3-8005-1524-0

€ 59,-

Name | Firma | Kanzlei

Straße | Postfach

PLZ | Ort

Datum | Unterschrift

(Wyb)

INHALT

- Darstellung der Strukturen und Regelungen des BDSG, Kommentierung der praxisrelevanten Vorschriften und des Regierungsentwurfs zum Beschäftigtendatenschutz.
- Schwerpunkte: Praxistipps, geltender und geplanter Beschäftigtendatenschutz, Compliance.
- Themen: Aufgaben des Datenschutzbeauftragten, Erlaubnisnormen, Haftung u. v. m.
- **Beispielfälle, Tipps, Schaubilder, Checklisten, englische Übersetzung des BDSG und Glossar.**

AUTOR

- RA **Tim Wybitul** ist Partner im Frankfurter Büro von Mayer Brown. Er berät Unternehmen bei Datenschutz, Beschäftigtendatenschutz, Compliance und internen Ermittlungen. Er ist Lehrbeauftragter für Datenschutz der Deutschen Universität für Weiterbildung, Berlin, und Autor zahlreicher Veröffentlichungen.

ZIELGRUPPEN

- Datenschutzbeauftragte, Rechtsanwälte, Richter, Mitarbeiter der Bereiche Recht, Personal, Compliance und Revision, Manager, Rechtsreferendare und Studenten.



**Verlag Recht und Wirtschaft
Frankfurt am Main**

Mainzer Landstr. 251 | 60326 Frankfurt am Main
Tel 069/ 7595-2722 | Fax 069/ 7595-2780
E-Mail buchverlag@ruw.de

www.ruw.de

3. Regierungsentwurf zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes

Einleitung

Am 3. September 2010 legte die Bundesregierung dem Bundesrat den „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ zur Stellungnahme vor.¹ Ein neuer Unterabschnitt des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) soll künftig den erlaubten Umgang mit personenbezogenen Daten von Beschäftigten umfassend regeln. Mit den geplanten neuen Bestimmungen des BDSG möchte die Bundesregierung Beschäftigte vor Bespitzelungen schützen und Arbeitgebern Korruptionsbekämpfung und die Erfüllung von Compliance-Anforderungen ermöglichen.² Der nachstehende Überblick stellt die geplanten Änderungen vor und zeigt die umfangreichen Folgen der geplanten Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes für die betriebliche und die behördliche Praxis auf.

I. Hintergrund der Neuregelung

Nur wenige Stellen verfügen über so viele Informationen über Personen wie deren Arbeitgeber.³ Dementsprechend ist der Schutz personenbezogener Daten von Beschäftigten einer der Kernpunkte des modernen Datenschutzes.⁴ Seit mehreren Jahren gibt es regelmäßig Presseberichte über missbräuchlichen Umgang mit personenbezogenen Daten von Beschäftigten durch deutsche Unternehmen.⁵ Dies hat die Bundesregierung nun zum Anlass genommen, den Beschäftigtendatenschutz umfassend in einem Entwurf für einen eigenen Unterabschnitt des BDSG zu regeln. Der vorliegende Überblick beschreibt die einzelnen geplanten Bestimmungen

1 BR-Drs. 535/10.

2 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751.

3 Sofern in diesem Überblick von „Arbeitgebern“ die Rede ist, bezieht sich dies ausschließlich auf den datenschutzrechtlichen Begriff des Arbeitgebers gemäß § 3 Abs. 13 BDSG-E und nicht auf den engeren Begriff des Arbeitgebers im arbeitsrechtlichen Sinn.

4 Vgl. *Wybitul*, BB 2010, 1085 ff.

5 Vgl. hierzu etwa *Timmer/Schreier*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 4; *Lützel/Bissels*, AuA Sonderausgabe 2010, 16.

des Gesetzesentwurfs und deren Folgen für den Umgang mit Beschäftigten.

1. Die Regelung des Beschäftigtendatenschutzes in § 32 BDSG in der Fassung vom 1.9.2009

Sogenannte Datenschutzaffären in deutschen Großunternehmen führten dazu, dass sich der Gesetzgeber bereits 2009 intensiver mit dem Schutz der Persönlichkeitsrechte Beschäftigter befasste. Der Beschäftigtendatenschutz wurde bereits am 1.9.2009 in § 32 BDSG geregelt, der die bisherige Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz zusammenfassen sollte.⁶ Hierbei war § 32 BDSG von vornherein als Übergangslösung und nicht als endgültige Regelung gedacht.⁷

2. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vom 25.8.2010

Am 31.3.2010 hatte das Bundesinnenministerium ein Eckpunktepapier vorgelegt, in dem es zeitnah weitere Änderungen des BDSG im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes ankündigte.⁸ Kurz darauf kursierte bereits ein Referentenentwurf zu einem neuen Beschäftigtendatenschutzgesetz,⁹ dessen einzelne Regelungen teilweise kontrovers diskutiert wurden.¹⁰

6 BT-Drs. 16/13657, S. 34. Einen kritischen Überblick über den am 1.9.2009 in Kraft getretenen § 32 BDSG gibt *Thüsing*, NZA 2009, 865 ff.

7 BT-Drs. 16/13657, S. 34.

8 Eckpunktepapier des Bundesministeriums des Inneren zum Beschäftigtendatenschutz vom 31.3.2010, abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/cae/servlet/contentblob/941830/publication.F.ile/60618/eckpunkte_an_datenschutz.pdf, abgerufen am 18.4.2010.

9 Abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwerfe/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publication.F.ile, als Erläuterung hierzu hat die Bundesregierung auch ein Hintergrundpapier veröffentlicht, welches unter http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Kurzmeldungen/pressepapier_beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publication.F.ile abrufbar ist; abgerufen am 15.9.2010.

10 Vgl. zu der geplanten Neuregelung *Niclas/von Blumenthal*, ITRB 2010, 149. Eine kritische Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Inneren vom 28.6.2010 gibt *Thüsing*, RDV 2010, 147 ff. Einen knappen Überblick über den Kabinettsentwurf vom 28.5.2010 gibt *Wybitul*, BB 2010, 2235; ausführlicher *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044; *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2375; *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751. *Wybitul*, ZRFC 2010, 246 ff.; *Thüsing*, NZA 2011, 16 ff. Vgl. zur europarechtlichen Unzulässigkeit der Einschränkung der Möglichkeit zur Einwilligung nach § 4a BDSG im Beschäftigungsverhältnis: *Forst*, RDV 2010, 150 ff.

Knapp ein Jahr nach Inkrafttreten des derzeit geltenden § 32 BDSG verständigte sich das Bundeskabinett am 25.8.2010 auf einen „*Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes*“.¹¹ Diesen Entwurf legte die Bundesregierung dem Bundesrat am 3.9.2010 zur Stellungnahme vor.

3. Stellungnahme des Bundesrats vom 5.11.2010

Am 24.9.2010 beschloss der Bundesrat in seiner 874. Sitzung, dass er eine verlängerte Frist zur Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf brauche.¹² Am 5.11.2010 nahm der Bundesrat dann zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung umfassend Stellung.¹³ Der Bundesrat begrüßte die detaillierte Regelung des Beschäftigtendatenschutzes prinzipiell;¹⁴ er beseitigte eine Vielzahl von Unsicherheiten im Umgang mit Beschäftigtendaten und verringerte auf solchen Unsicherheiten beruhende Unstimmigkeiten zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten.¹⁵ Allerdings hatte der Bundesrat auch eine ganze Reihe von Kritikpunkten; etwa die mangelnde Verständlichkeit der geplanten neuen Regelungen oder dass der Entwurf Datenübermittlungen im Konzern nicht regelt.¹⁶ Zu diesen Kritikpunkten nahm die Bundesregierung am 15.12.2010 noch einmal Stellung.¹⁷

4. Inkrafttreten der Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes

Nachdem der Bundesrat die neuen Regelungen dem Grunde nach gutgeheißen hat, erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass der Bundestag umgehend über eine abschließende Gesetzesfassung beraten wird.

11 Abrufbar unter http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publication.File, abgerufen am 29.9.2010.

12 Der Gesetzesentwurf (BR-Drs. 535/10) ist abrufbar unter http://www.bundesrat.de/clin_161/SharedDocs/Drucksachen/2010/0501-600/535-10,templateId=raw,property=ppublication.File.pdf/535-10.pdf, abgerufen am 29.9.2010.

13 Stellungnahme des Bundesrats gemäß Art. 76 Abs. 2 GG, BR-Drs. 535/10 (B), S. 1.

14 BR-Drs. 535/10 (B), S. 2.

15 BR-Drs. 535/10 (B), S. 2.

16 BR-Drs. 535/10 (B), S. 2 ff.; so etwa auch *Thüsing*, NZA 2011, 16, 19.

17 BT-Drs. 17/4230.

Nach Artikel 7 des Gesetzesentwurfs zur Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes sollen die Änderungen des BDSG sechs Monate nach ihrer Verkündung in Kraft treten.¹⁸ Damit bleibt Unternehmen Zeit, sich auf die Neuerungen vorzubereiten. Hierbei soll der vorliegende Überblick helfen.

II. Überblick über die neuen Bestimmungen zum Beschäftigtendatenschutz

Dieser Abschnitt fasst einige wesentliche Regelungen zum künftigen Beschäftigtendatenschutz in Form eines Überblicks knapp zusammen.

Der bislang geltende § 32 BDSG soll durch einen neuen Unterabschnitt des BDSG ersetzt werden. Dieser Unterabschnitt soll in §§ 32 bis 32I BDSG-E die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses regeln. Diese 13 neuen Vorschriften stellen den Kern des Entwurfs zum neuen Beschäftigtendatenschutz dar. Hierbei ist grundsätzlich zu begrüßen, dass die neuen Regelungen die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Datenschutz hervorheben.¹⁹ Viele der neuen Bestimmungen zu einzelnen Datenverarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis nehmen ausdrücklich auf den datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Bezug.²⁰ Allerdings ist es weniger geglückt, dass einzelne Bestimmungen das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich in Bezug nehmen und andere nicht. Dies könnte den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass bei diesen Bestimmungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht notwendig wäre. Dabei ist die Feststellung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Verwendung von personenbezogenen Daten gerade im Beschäftigungsverhältnis prinzipiell entscheidend.²¹

§ 32I Abs. 1 BDSG-E sieht gegenüber dem geltenden Recht eine grundlegende Veränderung vor. Die Bestimmung schränkt die Möglichkeit erheb-

18 BR-Drs. 535/10, S. 18. Nach dieser Bestimmung soll das Gesetz am ersten Tag des sechsten auf die Verkündung folgenden Monats in Kraft treten.

19 Vgl. ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Datenschutz etwa am Beispiel elektronischer Datenabgleiche *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 1. Aufl. 2010, Rn. 148 ff.

20 Vgl. zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als maßgebliches Kriterium des Beschäftigtendatenschutzes und des BDSG insgesamt *Wybitul*, BB 2010, 1085 ff.

21 Vgl. hierzu etwa *Wank*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2010, § 32 BDSG Rn. 6; *Heinson*, BB 2010, 3084, 3085 f.

lich ein, Beschäftigtendaten auf der Grundlage von Einwilligungen nach § 4a BDSG zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen.

§ 32l Abs. 5 BDSG-E enthält eine weitere Bestimmung, die in der Praxis weitreichende Folgen haben wird. Die Regelung sieht vor, dass von den Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz grundsätzlich nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden darf. Zudem bestätigt der Gesetzesentwurf auch die bisherige Rechtsprechung des BAG, nach der Betriebs- und Dienstvereinbarungen als „*andere Rechtsvorschriften*“ im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG den Umgang mit Beschäftigtendaten erlauben können. § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E stellt klar, dass auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen solche andere Rechtsvorschriften im Sinne des BDSG sind.

Die sonstigen Regelungen in §§ 32 ff. BDSG-E zeichnen sich vor allem durch eine Reihe von Bestimmungen zu einzelnen Fallgruppen aus. Diese betreffen unter anderem die Erhebung von Bewerberdaten aus sozialen Netzwerken, ärztliche Eignungstests, den automatisierten Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form mit anderen vom Arbeitgeber geführten Dateien zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis, Videoüberwachung, Ortungssysteme, biometrische Verfahren, die Nutzung betrieblicher Telekommunikationsdienste und vieles mehr. Zudem wird § 43 BDSG um eine Reihe von Regelungen ergänzt, die Verstöße gegen den Beschäftigtendatenschutz ahnden.

Vereinfachte Übermittlungsmöglichkeiten im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen führt der Gesetzgeber nicht ein.²² Die Gesetzesbegründung²³ stellt hierzu fest, dass der Schwerpunkt dieser Fragestellung nicht im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes liege.²⁴ Zudem sehe der Gesetzgeber eine solche Übermittlungserleichterung europarechtlich als problematisch an.²⁵ Damit bleibt der in der Praxis wesentliche Punkt

22 Vgl. hierzu *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751.

23 Soweit im Rahmen der vorliegenden Kurzkommentierung aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung von „Gesetzesentwurf“ die Rede ist, bezieht sich dies auf den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (BR-Drs. 535/10) und dessen Entwurfsbegründung.

24 BR-Drs. 535/10, S. 19. Hierbei verkennt die Bundesregierung allerdings, dass in vielen Konzernstrukturen die konzerninterne Übermittlung von Beschäftigtendaten in der Praxis sehr wohl ein zentrales Thema ist. Vgl. hierzu *Thüsing*, NZA 2011, 16 ff.

25 BR-Drs. 535/10, S. 19.

der Datenübermittlung zwischen Konzernunternehmen weiterhin unregelt.²⁶

III. Ziele des Gesetzgebers

Mit dem Gesetzentwurf zielen dessen Verfasser darauf ab, praxisgerechte Regelungen für Beschäftigte im Sinne des § 3 Abs. 11 BDSG zu schaffen.²⁷

Für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses sollen Arbeitgeber²⁸ grundsätzlich nur solche Daten verarbeiten dürfen, deren Verwendung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses „erforderlich“ ist.²⁹ Datenverarbeitungen, die sich auf außerdienstliches Verhalten beziehungsweise auf nicht dienstrelevante Umstände beziehen, sollen in diesem Zusammenhang ausgeschlossen sein.³⁰ Mit den Neuregelungen sollen Mitarbeiter nach dem Willen der Bundesregierung an ihrem Arbeitsplatz wirksam vor Bespitzelungen geschützt werden. Gleichzeitig soll der Entwurf Arbeitgebern verlässliche Grundlagen für die Durchsetzung von Compliance-Anforderungen und den Kampf gegen Korruption an die Hand geben.³¹ Es bleibt abzuwarten, ob die neuen Regeln zum Beschäftigtendatenschutz diesen Ansprüchen gerecht werden.

26 Vgl. *Thüsing*, RDV 2010, 147, 149; *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044; *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2375.

27 BR-Drs. 535/10, S. 19.

28 Vgl. zum künftig im Beschäftigtendatenschutz weit gefassten Begriff des Arbeitgebers die nachstehende Kommentierung zu § 3 Abs. 13 BDSG-E.

29 BR-Drs. 535/10, S. 19.

30 BR-Drs. 535/10, S. 19.

31 BR-Drs. 535/10, S. 19. Vgl. umfassend hierzu auch *Bernd Schmidt*, Compliance in Kapitalgesellschaften, 2010.

IV. Kurzkomentierung der einzelnen Neuregelungen

Erster Abschnitt: Allgemeine und gemeinsame Bestimmungen

§ 3 Abs. 12 und 13 BDSG-E: Weitere Begriffsbestimmungen

(12) Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten von Beschäftigten.

(13) ¹Arbeitgeber sind öffentliche und nichtöffentliche Stellen, die
1. Personen nach Abs. 11 beschäftigen oder beschäftigen oder
2. beabsichtigen, Personen nach Abs. 11 zu beschäftigen.

²Bei in Heimarbeit Beschäftigten und ihnen Gleichgestellten sind Arbeitgeber die Auftraggeber oder Zwischenmeister im Sinne des Heimarbeitgesetzes, bei Beschäftigten, die Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden, auch die Dritten.

Der erste Abschnitt des BDSG legt in seinen §§ 1–11 die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes fest, die sowohl für öffentliche als auch für nicht-öffentliche Stellen gelten. Dieser erste Abschnitt des Gesetzes stellt damit eine Art „Allgemeinen Teil“ des BDSG dar. Auch diese Bestimmungen werden durch die neuen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz geändert.

§ 3 BDSG enthält wesentliche Legaldefinitionen der Begriffe, mit denen das gesamte BDSG arbeitet.³² § 3 Abs. 12 und 13 BDSG-E enthalten neue gesetzliche Definitionen für den Beschäftigtendatenschutz.³³

1. § 3 Abs. 12 BDSG-E: Begriff der Beschäftigtendaten

§ 3 Abs. 12 BDSG-E stellt mit feinem Gespür für das Offensichtliche klar, dass Beschäftigtendaten personenbezogene Daten von Beschäftigten sind.³⁴ Demnach sind personenbezogene Daten nach § 3 Abs. 1 BDSG dann Beschäftigtendaten, wenn sie sich auf Beschäftigte im Sinne von § 3 Abs. 11 BDSG beziehen. § 3 Abs. 1 BDSG definiert personenbezogene

³² Daneben enthält § 2 BDSG noch mehrere nicht unwichtige Legaldefinitionen. Diese bestimmen, was unter öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen zu verstehen ist.

³³ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 25.

³⁴ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 25.

Daten als Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.

Praxistipp: Beschäftigtendaten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines bestimmten oder bestimmbaren Beschäftigten. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass es sich bei personenbezogenen Daten nur im Verhältnis zum Arbeitgeber oder von diesem beauftragten Dritten³⁵ um Beschäftigtendaten handelt. Allein die Tatsache, dass jemand zu irgendeinem Arbeitgeber in einem Beschäftigungsverhältnis steht, macht seine personenbezogenen Daten nicht gegenüber jedermann zu Beschäftigtendaten.³⁶ Lediglich sein Arbeitgeber und dessen Beauftragte müssen dieser Person gegenüber die Vorschriften der §§ 32–32l BDSG-E beachten. Andere verantwortliche Stellen können die personenbezogenen Daten dieser Person auf der Grundlage der allgemeinen Vorschriften des BDSG erheben, verarbeiten oder nutzen.

a) Einzelangaben

Statistische oder zusammengefasste Informationen, die den einzelnen fraglichen Beschäftigten nicht erkennen lassen, sind keine „*Einzelangaben*“ im Sinne von § 3 Abs. 1 BDSG und damit auch keine Beschäftigtendaten.

b) Persönliche Angaben

„*Persönliche Angaben*“ beziehen sich auf die Person des betroffenen Beschäftigten.

Beispiele: Persönliche Angaben sind etwa Name, Alter, Herkunft, Wohnsitz, Geschlecht, Ausbildung, Leistungsfähigkeit, Anschrift, Geburtsdatum, Augenfarbe, Fingerabdrücke, Gesundheitszustand, Fotos, persönliche Überzeugungen, Verhaltensweisen, Einstellungen, Vorlieben, biometrische Informationen oder Gen-Analysen.³⁷

35 Vgl. § 32l Abs. 2 BDSG-E, nach dem die §§ 32–32l BDSG-E für Dritte, die für den Arbeitgeber beim Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten tätig werden, entsprechend gelten sollen.

36 Ähnlich auch die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 535/10 (B), S. 8.

37 Buchner, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 3 Rn. 4 ff.

c) Sachliche Angaben

„Sachliche Angaben“ beziehen sich auf die Beziehung eines Beschäftigten zum Arbeitgeber oder zu seinem Umfeld.

Beispiele: Bewerbungsunterlagen, Lebenslauf, Kontodetails, Gehaltsdaten, familiäre oder freundschaftliche Verhältnisse, Familienstand, Leistungsbewertungen, Kommunikationsverhalten, Ergebnisse von Eignungstests, Fehltag, E-Mail-Adressen und ähnliche Informationen sind sachliche Angaben, die sich auf Beschäftigte beziehen können.

d) Bestimmbarkeit als maßgebliches Kriterium

Das in der Praxis wesentliche Kriterium zur Beurteilung, ob es sich bei einer Information um ein personenbezogenes Datum im Sinne des BDSG handelt, ist die „Bestimmbarkeit“.³⁸

Praxistipp: Bestimmt oder bestimmbar ist ein einzelner Beschäftigter dann, wenn er – gegebenenfalls auch zusammen mit anderen der verantwortlichen Stelle zur Verfügung stehenden Informationen – identifizierbar ist.³⁹ Wenn sich aus den fraglichen Informationen die Identität des einzelnen Beschäftigten ermitteln lässt, ist er bestimmbar im Sinne von § 3 Abs. 1 BDSG. Dann sind auf den Umgang mit seinen Daten grundsätzlich die Regeln der §§ 32 ff. BDSG-E anzuwenden, falls der fragliche Datenumgang Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses dient.⁴⁰

2. § 3 Abs. 13 BDSG-E: Begriff des Arbeitgebers

§ 3 Abs. 13 BDSG-E bestimmt den Begriff des Arbeitgebers für den Bereich des Datenschutzrechts.⁴¹ Danach ist Arbeitgeber, wer Beschäftigte beschäftigt. Arbeitgeber ist zudem bereits, wer beabsichtigt, Beschäftigte im Sinne von § 3 Abs. 11 BDSG zu beschäftigen. Dies betrifft beispielsweise ein neu gegründetes Unternehmen, das erste Einstellungen plant

38 Vgl. *Buchner*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 3 Rn. 11.

39 Einen guten Überblick über den Meinungsstreit in der Fachliteratur, ob das Kriterium der Bestimmbarkeit nach relativen oder objektiven Maßstäben zu beurteilen ist, also ob das der verantwortlichen Stelle zur Verfügung stehende Wissen zur Bestimmbarkeit maßgeblich ist, gibt *Buchner*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 3 Rn. 13.

40 Vgl. § 27 Abs. 3 BDSG-E.

41 BR-Drs. 535/10, S. 25.

und Stellenanzeigen schaltet. Sinnvollerweise wird man hierbei fordern müssen, dass die Absicht, Beschäftigte einzustellen, auch in konkreten Maßnahmen zur Bewerbersuche eingemündet ist. Andernfalls wäre das Kriterium der Absicht, Beschäftigte zu beschäftigen, für die betriebliche Praxis zu abstrakt.⁴²

Praxistipp: Der datenschutzrechtliche Begriff des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 11 BDSG ist weit gefasst. Daher sollten Unternehmen bei einer Vielzahl von Sachverhalten prüfen, ob sie die neuen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz beachten müssen. Arbeitgeber ist nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 13 Satz 1 Nr. 1 BDSG-E auch, wer in der Vergangenheit Beschäftigte beschäftigt hat. Arbeitgeber im Sinne des BDSG sind nach § 3 Abs. 13 Satz 2 BDSG-E zudem auch Dritte, denen Beschäftigte zur Arbeit überlassen werden. Die Regelung bezieht sich auf Arbeitnehmerüberlassungsverhältnisse im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG).⁴³ Somit müssen auch juristische und persönliche Personen im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung gegenüber Leiharbeitnehmern die §§ 32–321 BDSG-E beachten.

§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E: Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung

²Andere Rechtsvorschriften im Sinne dieses Gesetzes sind auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen.

§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E betrifft den Umgang mit Beschäftigtendaten auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist der Umgang mit personenbezogenen Daten grundsätzlich verboten, es sei denn dass eine Rechtsvorschrift dies erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat. § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E stellt nun klar, dass auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen „andere Rechtsvorschriften“ im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 sind.⁴⁴ Dies ist sachgerecht. In der Praxis bildet die Kollektivvereinbarung ein unverzichtbares Instrument zur Schaffung von Datenschutzstandards durch Arbeitgeber und Beschäftigtenvertreter.⁴⁵ Zwar nennt der Gesetzgeber Tarifverträge in § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E

⁴² Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrats aus seiner 876. Sitzung vom 5.11.2010, BR-Drs. 535/10 (B), S. 6, sowie *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 752.

⁴³ *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368.

⁴⁴ BR-Drs. 535/10, S. 25.

⁴⁵ *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2369.

nicht ausdrücklich; aufgrund ihrer normativen Wirkung sind sie jedoch richtigerweise als solche „*anderen Rechtsvorschriften*“ im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E zu behandeln.

1. Zweck der Regelung

§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E bestätigt nach der Gesetzesbegründung die herrschende Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Fachliteratur, nach der nicht nur Gesetze oder Verordnungen, sondern auch Betriebsvereinbarungen nach § 77 BetrVG den Umgang mit Beschäftigtendaten erlauben können.⁴⁶ Die Klarstellung soll nach der Gesetzesbegründung die Möglichkeit nicht verändern, durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vom BDSG abweichende Regelungen zu treffen. Vielmehr soll § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E die bisherige – durch die Rechtsprechung geprägte – Rechtslage weder einschränken noch erweitern.⁴⁷

2. Verhältnis von § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E zu § 32l Abs. 5 BDSG-E

Der Verweis des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung ist insbesondere im Hinblick auf § 32l Abs. 5 BDSG-E wichtig. Denn nach dieser Regelung darf von §§ 32–32l BDSG-E nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden. Hieraus schließt eine Ansicht in der Fachliteratur, dass einzelne datenschutzrechtliche Regelungen einer Betriebsvereinbarung nicht zum Nachteil der Beschäftigten von den gesetzlichen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz abweichen dürften.⁴⁸ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich allerdings klar, dass einzelne Regelungen einer Betriebsvereinbarung durchaus auch von den Vorgaben der § 32–32l BDSG-E abweichen können, beispielsweise indem eine Betriebsvereinbarung Einwilligungen der Beschäftigten ersetzen kann.⁴⁹ Die nachfolgenden Überlegungen zeigen dies recht deutlich.

⁴⁶ BR-Drs. 535/10, S. 25.

⁴⁷ BR-Drs. 535/10, S. 25.

⁴⁸ Zu diesem Ergebnis gelangen *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 729, die allerdings einräumen, dass eine solche Auslegung in Einzelfällen eine betriebsnahe, sachgerechte Lösung ausschließt. Vgl. allgemein zu dieser Frage *Gola*, RDV 2010, 97, 99, sowie zur Rechtsunsicherheit durch die wenig präzise Gesetzesfassung *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2398, 2369.

⁴⁹ So auch *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 752.

a) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Die Gesetzesbegründung stellt ausdrücklich fest, dass die neuen Regelungen die von der Rechtsprechung geprägte bisherige Rechtslage weder einschränken noch erweitern soll. Und die Rechtsprechung des BAG erlaubt auf der Grundlage von Betriebsvereinbarungen durchaus das Abweichen von einzelnen Vorschriften des BDSG – auch zu Ungunsten einzelner Arbeitnehmer.

Das BAG hat in seinem Grundsatzurteil vom 27.5.1986⁵⁰ ausdrücklich klargestellt, dass Betriebsrat und Arbeitgeber einvernehmlich Regelungen treffen dürfen, die „den Datenschutz der Arbeitnehmer auch abweichend vom Bundesdatenschutzgesetz regeln. Sie sind nicht darauf beschränkt, nur bestimmte Begriffe des Bundesdatenschutzgesetzes unter Berücksichtigung der betrieblichen Besonderheiten näher zu konkretisieren oder den Datenschutz der Arbeitnehmer zu verstärken. Der Datenschutz nach dem Bundesdatenschutzgesetz ist (...) nicht unabdingbarer Mindeststandard, der durch Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen nur zugunsten der Arbeitnehmer verbessert werden könnte. (...) Soweit in der Literatur geltend gemacht wird, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung dürfe der Datenschutz der Arbeitnehmer nicht verschlechtert werden (...), vermag der Senat dem daher nicht zu folgen.“ Diese Rechtsprechung hat das BAG auch in nachfolgenden Entscheidungen nicht aufgegeben.⁵¹

Das BAG geht in seiner Rechtsprechung somit eindeutig davon aus, dass eine Betriebsvereinbarung den im BDSG festgelegten Mindeststandard an Datenschutz durchaus unterschreiten kann, solange die Betriebsvereinbarung die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer auf anderem Wege gewährleistet.⁵² Dementsprechend schließt der Gesetzesentwurf nicht aus, dass Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen die gesetzlichen Regelungen konkretisieren oder sogar Alternativen gestalten, um jeweiligen betrieblichen Besonderheiten Rechnung zu tragen.⁵³

Diese Folgerung entspricht auch der Struktur von § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Die Bestimmung erlaubt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung perso-

⁵⁰ BB 1986, 2333.

⁵¹ Eine differenzierte Darstellung dieser Rechtsprechung und der nach der bisherigen Gesetzesfassung resultierenden Fragen geben *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 1. Aufl. 2010, Rn. 99 ff., oder *Bernd Schmidt*, Compliance in Kapitalgesellschaften, 2010, S. 190 ff.

⁵² So auch *Thüsing*, RDV 2010, 147, 148, der zutreffend von einem um einige Pegelstriche großzügigeren Regelungsmaßstab als dem der § 32–32i BDSG-E ausgeht.

⁵³ BR-Drs. 535/10, S. 47.

nenbezogener Daten, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet. Hier stehen sich auf der einen Seite also die Erlaubnistatbestände des BDSG und (unabhängig davon) der Umgang mit personenbezogenen Daten auf der Grundlage „sonstiger Rechtsvorschriften“ außerhalb des BDSG gegenüber.⁵⁴ Bereits der Wortlaut von § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG verbietet es somit bei genauer Prüfung, eine Kollektivvereinbarung zur Verwendung von Beschäftigtendaten zusätzlich an den Vorgaben von §§ 32–32l BDSG-E zu messen.

b) Betriebsvereinbarungen als Alternativen zu den Vorgaben der §§ 32 ff. BDSG-E

Die Bezugnahme auf „Alternativen“ zu den gesetzlichen Regelungen des Beschäftigtendatenschutzes legt nahe, dass sich die Betriebsparteien eben nicht an den Vorgaben der §§ 32 ff. BDSG-E orientieren müssen, sondern vor dem Hintergrund der Besonderheiten des jeweiligen Betriebs Regelungen treffen können, die von denen des Entwurfs abweichen – und dies in einzelnen Fällen (aber wohl nicht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung) auch durch ein Abweichen von §§ 32 ff. BDSG-E zum Nachteil der Beschäftigten.

c) Gesetzliche Vorgaben für den Rahmen von Betriebsvereinbarungen

Allerdings müssen die Betriebsparteien die Vorgaben zwingender Gesetze und arbeitsrechtliche Grundsätze beachten, insbesondere § 75 Abs. 2 BetrVG.⁵⁵ Diese Bestimmung verpflichtet Betriebsrat und Arbeitgeber, die freie Entfaltung der Persönlichkeit Arbeitnehmer im Betrieb zu schützen und zu fördern.⁵⁶

d) Ergebnis

Die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Betriebsparteien von einzelnen Vorgaben der §§ 32–32l BDSG-E abweichen dürfen, ist zu begrüßen. Denn Betriebsrat und Arbeitgeber können aufgrund ihrer größeren Nähe zum Betrieb und den Beschäftigten sehr viel eher als der Gesetzgeber konkrete Lösungen finden, um die datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeit einzelner Maßnahmen zu gewährleisten. So können

⁵⁴ So auch *Thüsing*, NZA 2011, 16, 18.

⁵⁵ Vgl. *Thüsing*, RDV 2010, 147, 148; *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044; *Thüsing*, NZA 2011, 16, 18.

⁵⁶ Vgl. hierzu auch *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, Rn. 116.

Betriebsvereinbarungen auf den einzelnen Betrieb bezogen konkret bestimmen, was erforderlich beziehungsweise verhältnismäßig ist und was nicht.

Letztlich wird man Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Ausgestaltung von Betriebsvereinbarungen zum angemessenen Schutz der personenbezogenen Daten von Beschäftigten einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum einräumen müssen.

Dritter Abschnitt: Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen

Erster Unterabschnitt: Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung

§ 27 Abs. 3 BDSG-E: Anwendungsbereich der §§ 32–32I BDSG

(3) ¹Für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses gelten die Vorschriften des zweiten, dritten und vierten Unterabschnitts. ²Satz 1 gilt auch, wenn Beschäftigtendaten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht-automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.

§ 27 Abs. 3 BDSG-E bestimmt den Anwendungsbereich der Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz. Danach gelten die §§ 32–32I BDSG-E für den Umgang mit Beschäftigtendaten durch Arbeitgeber, wenn dies Zwecken eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses dient.

Praxistipp: Wie auch bei den sonstigen Bestimmungen des BDSG ist die Zweckbestimmung der erhobenen Daten stets für die Zulässigkeit ihrer weiteren Verarbeitung und Nutzung entscheidend.⁵⁷

⁵⁷ Vgl. etwa §§ 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG.

Die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz sind gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2 BDSG unabhängig davon anwendbar, ob Arbeitgeber die personenbezogenen Daten in automatisierter oder dateimäßiger Form erheben, verarbeiten oder nutzen. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG findet demnach für Beschäftigtendaten prinzipiell keine Anwendung. Daneben bleiben die §§ 28 ff. BDSG für den Umgang mit Beschäftigtendaten für andere Zwecke als die des Beschäftigungsverhältnisses anwendbar, also etwa für die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten im Rahmen einer Unternehmensprüfung im Vorfeld eines Unternehmenskaufs, sog. Due Diligence.⁵⁸

Beispiel: Weitere Daten, die nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit dem eigentlichen Beschäftigungsverhältnis stehen, sind etwa Informationen, die anlässlich eines Arbeitgeberdarlehens, der Essensabrechnung in einer Werkskantine oder der Überlassung einer Werksmietwohnung anfallen.⁵⁹ Solche Beschäftigungsdaten unterfallen – je nach dem Zweck, zu dem sie erhoben wurden – nicht zwingend den §§ 32–32i BDSG-E. Diese Daten können verantwortliche Stellen daher gegebenenfalls auf der Grundlage von allgemeinen Erlaubnisnormen wie etwa § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG verwenden.

1. § 27 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E: Geltung beim Umgang mit Beschäftigtendaten durch Arbeitgeber für Zwecke eines Beschäftigungsverhältnisses

§ 27 Abs. 3 BDSG-E regelt den Anwendungsbereich der §§ 32 bis 32i BDSG-E. Grundsätzlich gelten die Bestimmungen über den Beschäftigtendatenschutz für Arbeitgeber, sofern diese personenbezogene Daten ihrer Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verwenden. Dabei gelten die Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz zum einen für privatwirtschaftliche Unternehmen und öffentliche Stellen, die am Wettbewerb teilnehmen, vgl. § 27 Abs. 1 BDSG. Zum anderen gelten sie im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen auch für öffentliche Stellen gemäß dem neu gefassten § 12 Abs. 4 BDSG, § 34 Abs. 6–8 Satz 1 BDSG sowie § 35 BDSG.

⁵⁸ Forst, NZA 2010, 1043, 1044; Heinson/Sörup/Wybitul, CR 2010, 751, 752. Vgl. zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei Due Diligence Braun/Wybitul, BB 2008, 782 ff.

⁵⁹ Beckschulze/Natzel, BB 2010, 2368.

a) Grundsätzliche Geltung des BDSG

Arbeitgeber müssen die §§ 32–32l BDSG-E grundsätzlich dann nicht anwenden, wenn der Geltungsbereich des BDSG insgesamt nicht eröffnet ist. Das BDSG ist ein Auffanggesetz. Soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind, gehen sie gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG den Vorschriften des BDSG vor. Speziellere Gesetze, die das BDSG verdrängen, findet man in einer Vielzahl von Regelungsbereichen, etwa dem Sozialrecht,⁶⁰ dem Versicherungsrecht⁶¹ oder dem Steuerrecht.⁶²

Hierbei müssen Arbeitgeber allerdings beachten, dass speziellere Gesetze dem BDSG nur vorgehen, „soweit“ sie auf den Umgang mit personenbezogenen Daten im Einzelfall Anwendung finden. Wenn also eine andere Rechtsvorschrift des Bundes eine Spezialmaterie abschließend regelt, gelten auch die §§ 32–32l BDSG-E insoweit nicht.

Praxistipp: Für privatwirtschaftlich Tätige – also für nicht-öffentliche Stellen gemäß § 2 Abs. 4 Satz 1 BDSG – gelten die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes zudem nicht für ausschließlich familiäre oder persönliche Tätigkeiten. Die rein persönlich motivierte Frage des Vorgesetzten nach dem gesundheitlichen Befinden oder ob es dem Beschäftigten nach einer Krankheit wieder besser geht, fällt daher nicht unter die §§ 32–32l BDSG-E. Allerdings ist dem Bundesrat zuzustimmen, dass eine entsprechende Klarstellung im Gesetz oder der Gesetzesbegründung zweckmäßig gewesen wäre.⁶³

b) Verhältnis zu anderen Bestimmungen des BDSG

Die allgemeinen und gemeinsamen Bestimmungen der §§ 1–11 BDSG sowie die Vorschriften über die Rechte der Betroffenen (§§ 33–35 BDSG)

60 Z.B. §§ 67 ff. des Zehnten Sozialgesetzbuchs (SGB X).

61 Z.B. § 80d Abs. 1 Satz 3 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), der Versicherungsunternehmen erlaubt, personenbezogene Daten zur Abwehr von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zu nutzen.

62 Z.B. § 147 Abs. 6 AO, der sogar automatisierte Datenabgleiche von Steuerdaten vorsieht. Vgl. hierzu im Einzelnen *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 1. Aufl. 2010, Rn. 160 ff.

63 Vgl. Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 535/10 (B), S. 9.

gelten auch für den Beschäftigtendatenschutz.⁶⁴ Beispielsweise kann ein Beschäftigter von seinem Arbeitgeber gemäß § 34 BDSG Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen.⁶⁵

Soweit sie speziellere Regelungen treffen, gehen die Regelungen der §§ 32–32l BDSG-E den sonstigen Vorschriften der §§ 27–38a BDSG vor.⁶⁶ Auch § 32l Abs. 1 BDSG-E, der die Möglichkeit zur Einwilligung im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen regelt, soll nach der Entwurfsbegründung eine solche speziellere Regelung sein.⁶⁷

Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG finden die Vorschriften der §§ 32–32l BDSG-E sowie die anderen Bestimmungen des BDSG grundsätzlich keine Anwendung, soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind. Dies betrifft etwa spezielle Befugnisse, Daten gemäß § 5 BSIG zur Abwehr von Gefahren für die Informationstechnik und Datensicherheit zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen.⁶⁸ Nach der Entwurfsbegründung sollen beispielsweise §§ 106–115 Bundesbeamtengesetz (BBG) oder § 29 Soldatengesetz (SG) solche spezielleren Regelungen für den Umgang mit personenbezogenen Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses enthalten.⁶⁹

c) Geltung nur für Arbeitgeber im Sinne von § 3 Abs. 13 BDSG-E

Die neuen §§ 32–32l BDSG-E gelten ausschließlich für Arbeitgeber im Sinne des neuen § 3 Abs. 13 BDSG-E, also unter anderem für Unternehmen, Behörden oder Privatpersonen, die Beschäftigte im Sinne von § 3 Abs. 11 BDSG beschäftigen, beschäftigten oder dies zu tun beabsichtigen. Auch für den Arbeitgeber tätige Dritte im Sinne von § 3 Abs. 8 BDSG müssen gemäß § 32l Abs. 2 BDSG-E die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz beachten.⁷⁰ Die §§ 32–32l BDSG-E gelten bereits während der Bewerbungsphase, etwa im Rahmen einer Stellenausschreibung. Sie gelten für Beschäftigtendaten auch während des Beschäftigungsverhältnisses und für die Zeit nach einer Beschäftigung, sofern sie für Zwecke eines Beschäftigungsverhältnisses erhoben wurden.

64 Vgl. § 27 Abs. 3 BDSG-E für nicht öffentliche Stellen sowie § 12 Abs. 4 BDSG für öffentliche Stellen.

65 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

66 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

67 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

68 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

69 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

70 Vgl. auch BR-Drs. 535/10, S. 26.

d) *Geltung nur bei Datenumgang für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses*

Die Vorschriften der §§ 32–32i BDSG-E zum Beschäftigtendatenschutz gelten gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E allein für die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Wie stets im Datenschutz ist der Zweck der Datenerhebung für deren weitere Verwendung entscheidend, vgl. § 4 Abs. 2 BDSG.

Erheben, verarbeiten oder nutzen Arbeitgeber Beschäftigtendaten für andere Zwecke als die des Beschäftigungsverhältnisses, gelten nicht die Vorschriften der §§ 32–32i BDSG-E, sondern die übrigen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes, beispielsweise § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG.⁷¹ Übermittlungen von Beschäftigtendaten für außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses bestehende Zwecke sind daher nach der Gesetzesbegründung unter anderem nach § 28 BDSG zu beurteilen.⁷²

Praxistipp: Weder § 27 Abs. 3 BDSG-E noch die Gesetzesbegründung bestimmen näher, was unter Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses zu verstehen ist. Allerdings sehen die § 32 ff. BDSG-E eine Vielzahl von Zwecken vor, die dem Beschäftigungsverhältnis dienen, so etwa der Umgang mit Daten über einen Bewerber nach § 32 BDSG-E bis § 32i BDSG-E. Dies gilt beispielsweise auch für das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von Beschäftigtendaten zur Erfüllung von Arbeitgeberpflichten gegenüber dem Beschäftigten,⁷³ etwa im Rahmen der Lohnbuchhaltung. Auch der Umgang mit Beschäftigtendaten zur Erfüllung gesetzlicher Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- und Zahlungspflichten⁷⁴ sowie zur Ausübung von Weisungs- oder Kontrollrechten des Arbeitgebers⁷⁵ dient Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses.

Anderen Zwecken als denen des Beschäftigungsverhältnisses dienen vor allem solche Daten, die Arbeitgeber nicht zur Begründung oder im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses erhoben haben.

71 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

72 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

73 § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BDSG-E.

74 § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BDSG-E.

75 § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BDSG-E.

Beispiel: Wenn ein bei einer Bank Beschäftigter bei seinem Arbeitgeber ein Konto eröffnet, ein Versicherungsangestellter bei seinem Arbeitgeber einen Versicherungsvertrag abschließt oder der Mitarbeiter eines Autoherstellers bei diesem ein Auto kauft, so ist der Umgang mit den im Rahmen dieser Vertragsschlüsse erhobenen Daten zunächst nicht an § 32–32l BDSG-E zu messen.⁷⁶

2. § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E: Geltung auch beim Umgang mit nicht-automatisierten Beschäftigtendaten

Ähnlich wie nach dem bisherigen § 32 Abs. 2 BDSG in der Fassung der BDSG-Reform von 2009 kommt es auch künftig nicht darauf an, ob Arbeitgeber Beschäftigtendaten auf automatisierte oder dateimäßige Weise erheben, verarbeiten oder nutzen.

Nach § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E gelten die §§ 32–32l BDSG-E auch für alle nicht-automatisierten und nicht dateimäßigen Formen des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens von Beschäftigtendaten.

Beispiel: Der Anwendungsbereich der Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz ist also nicht auf automatisierte Daten beschränkt, sondern erfasst etwa auch den Umgang mit papiergebundenen Beschäftigtendaten, wie beispielsweise handschriftlichen Notizen⁷⁷ oder die Befragung von Bewerbern oder Beschäftigten.

Zweiter Unterabschnitt: Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

§ 32 BDSG-E Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) ¹Der Arbeitgeber darf den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die Adresse der elektronischen Post eines Beschäftigten im Sinne des § 3 Abs. 11 Nummer 7 erste Alternative vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses erheben. ²Weitere personenbezogene

⁷⁶ Vgl. *Timmer/Schreier*, AuA Sonderausgabe 2010, 5.

⁷⁷ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 26.

Daten darf er erheben, soweit die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen.³ Er darf zu diesem Zweck insbesondere Daten über die fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die Ausbildung und den bisherigen beruflichen Werdegang des Beschäftigten erheben.

(2) ¹Daten eines Beschäftigten über die rassische und ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, die sexuelle Identität, die Gesundheit, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren dürfen nur unter den Voraussetzungen erhoben werden, unter denen nach § 8 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist. ²Die Vorschriften des Bundeszentralregistergesetzes bleiben unberührt.

(3) Der Arbeitgeber darf von dem Beschäftigten keine Auskunft darüber verlangen, ob eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit einer Schwerbehinderung nach § 68 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vorliegt.

(4) Soll eine Beschäftigung bei einer Religionsgemeinschaft, einer ihr zugeordneten Einrichtung oder bei einer Vereinigung erfolgen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe gemacht hat, darf der Arbeitgeber auch Daten über die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung des Beschäftigten erheben, wenn die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft oder Vereinigung im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht oder nach der Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

(5) ¹Ein Arbeitgeber, dessen Tätigkeit unmittelbar und überwiegend politisch oder koalitionspolitisch ausgerichtet ist oder der Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgt, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes anzuwenden ist, darf auch Daten über die politische Meinung und Gewerkschaftszugehörigkeit des Beschäftigten erheben, soweit die politische Meinung oder die Gewerkschaftszugehörigkeit im Hinblick auf die Ausrichtung des Arbeitgebers und die Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. ²Ein Arbeitgeber, dessen Tätigkeit Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgt, auf die Artikel 5 Abs. 1

Satz 2 des Grundgesetzes anzuwenden ist, darf Daten über die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung des Beschäftigten erheben, soweit die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

(6) ¹Beschäftigtendaten sind unmittelbar bei dem Beschäftigten zu erheben. ²Wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten vor der Erhebung hierauf hingewiesen hat, darf der Arbeitgeber allgemein zugängliche Daten ohne Mitwirkung des Beschäftigten erheben, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung das berechnete Interesse des Arbeitgebers überwiegt. ³Bei Daten aus sozialen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen, überwiegt das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten; dies gilt nicht für soziale Netzwerke, die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind. ⁴Mit Einwilligung des Beschäftigten darf der Arbeitgeber auch bei sonstigen Dritten personenbezogene Daten des Beschäftigten erheben; dem Beschäftigten ist auf Verlangen über den Inhalt der erhobenen Daten Auskunft zu erteilen. ⁵Die Absätze 1 bis 5 sowie § 32a bleiben unberührt.

(7) Die Datenerhebung ist nur zulässig, wenn Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig sind.

§ 32 BDSG-E regelt die Datenerhebung während der Anbahnung des Beschäftigungsverhältnisses.

Die Bestimmung soll grundsätzlich jede Form der Erhebung von Bewerberdaten umfassen, die Zwecken der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses dient.⁷⁸

Beispiele: § 32 BDSG-E betrifft beispielsweise die mündliche und schriftliche Befragung von Bewerbern. Die Regelung gilt auch für die Einholung von Informationen von Dritten sowie aus öffentlich zugänglichen Quellen wie dem Internet.

Allerdings kann § 32 BDSG-E auch im laufenden Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Denn gemäß § 32c BDSG-E sind § 32 Abs. 2 bis Abs. 5 BDSG-E entsprechend anwendbar für die Feststellung, ob der Beschäftigte fachlich geeignet ist, eine andere oder veränderte Tätigkeit aufzunehmen oder an einen anderen Arbeitsplatz zu wechseln. Damit gelten die genann-

⁷⁸ Vgl. § 27 Abs. 3 BDSG-E.

ten Bestimmungen etwa auch beim Erheben von Daten, um die Eignung eines Beschäftigten für eine andere Stelle beim Arbeitgeber festzustellen.

1. § 32 Abs. 1 BDSG-E: Erheben allgemeiner Bewerberdaten

a) *Erheben des Namens, der Anschrift, der Telefonnummer und der E-Mail-Adresse von Bewerbern*

§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-E erlaubt das Erheben von Namen, Anschriften, Telefonnummern und E-Mail-Adressen von Bewerbern ohne besondere Anforderungen. Nach der Gesetzesbegründung soll ein Bewerbungsverfahren ohne diese Daten nicht möglich sein.⁷⁹ Damit ist das Erheben dieser Bewerberdaten in aller Regel als zulässig zu beurteilen.

Praxistipp: Auch das Erheben dieser Kontaktdaten muss allerdings stets verhältnismäßig sein, vgl. § 32 Abs. 7 BDSG-E. Das massenhafte Sammeln der in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-E genannten Daten wäre ohne hinreichenden Bezug zu der konkret zu besetzenden Stelle unverhältnismäßig und daher unzulässig.

b) *Erheben weiterer Bewerberdaten*

§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E regelt das Erheben von anderen Bewerberdaten als dem Namen, der Anschrift, der Telefonnummer und der E-Mail-Adresse. Solche weitergehenden personenbezogenen Daten dürfen Arbeitgeber nach dieser Regelung grundsätzlich nur erheben, soweit deren Kenntnis für die Feststellung der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkeiten „*erforderlich*“ ist. Der Arbeitgeber soll sich im Bewerbungsverfahren nur über die Eignung des Bewerbers für die jeweilige Stelle informieren können. Die Geignetheit des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkeiten umfasst richtigerweise nicht allein die Eignung eines einzelnen Bewerbers für eine offene Position, sondern auch einen Vergleich mit anderen Bewerbern mit ähnlicher Eignung.⁸⁰

⁷⁹ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 27.

⁸⁰ Vgl. BR-Drs. 535/10 (B), S. 11.

aa) Auslegung des Kriteriums der Erforderlichkeit im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E

Welche Daten für die Feststellung der Eignung des Bewerbers „*erforderlich*“ sind, richtet sich nach objektiven beruflichen Kriterien und dem vom Arbeitgeber festgelegten Anforderungsprofil.⁸¹

Praxistipp: Eine wesentliche Hilfe für die praktische Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit gibt § 32 Abs. 7 BDSG-E. Danach ist die Datenerhebung nur zulässig, wenn Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck „*verhältnismäßig*“ sind. Dies erfordert, dass eine Frage an einen Bewerber geeignet sein muss, um seine Befähigung für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen und auch über das hierfür notwendige Maß nicht hinausgehen darf.⁸² Zudem müssen Fragen des Arbeitgebers angemessen sein, sie dürfen also nicht in unverhältnismäßiger Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Bewerbers eingreifen.⁸³ Allerdings hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, sich im Rahmen der Gestaltung des Stellenprofils einen recht weiten Handlungsspielraum zu schaffen.

bb) Verhältnismäßigkeit als maßgebliches Auslegungskriterium

Die Gesetzesbegründung gibt eine weitere Hilfe für den Umgang mit § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E in der Personalpraxis. Danach soll die Bestimmung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entsprechen.⁸⁴ Diese erkennt ein Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern nur insoweit an, als der Arbeitgeber im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis ein „*berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse*“ an der Beantwortung seiner Frage hat.⁸⁵ Auch hier geht es also – ebenso wie bei der Anwendung des in § 32 Abs. 7 BDSG-E festgeschriebenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – um einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Bewerber.

81 BR-Drs. 535/10, S. 27, vgl. auch *Hunold*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 19.

82 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 752.

83 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 752.

84 BR-Drs. 535/10, S. 27.

85 BR-Drs. 535/10, S. 27.

Praxistipp: Man kann sich bei der betrieblichen Arbeit bei der Erhebung von Bewerberdaten unter anderem an den Fällen orientieren, in denen die vom Gesetzgeber in Bezug genommene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Vergangenheit ein Fragerecht des Arbeitgebers bejaht hat.

cc) Eignung für vorgesehene Tätigkeiten

„*Vorgesehene Tätigkeiten*“ im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E liegen auch vor, wenn der Arbeitgeber verschiedene Stellen in einem Verfahren ausgeschrieben hat und erst im Bewerbungsverfahren entscheidet, welchen Bewerber er auf welcher Stelle einsetzt.⁸⁶ § 32 Abs. 1 Satz 3 BDSG-E präzisiert damit die allgemeine Regelung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E.

Praxistipp: Der Arbeitgeber darf insbesondere nach den fachlichen und persönlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen fragen sowie nach der Ausbildung und dem bisherigen beruflichen Werdegang des Bewerbers. Hierbei stellt sich die Frage, was unter persönlichen Fähigkeiten zu verstehen ist. Hierunter dürften auch sogenannte Soft Skills, also etwa der Umgang mit Mitarbeitern oder Kunden sowie Teamfähigkeit und Zuverlässigkeit zu verstehen sein.⁸⁷

Die Verwendung des Wortes „*Tätigkeiten*“ legt nahe, dass der Arbeitgeber auch Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen abfragen darf, die zwar noch nicht für die aktuell vorgesehene Tätigkeit, wohl aber für eine später vorgesehene Tätigkeit relevant sein können.⁸⁸

Beispiele: Grundsätzlich wird es im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E erforderlich sein, wenn ein Arbeitgeber einen Buchhalter nach nicht aus dem Bundeszentralregister getilgten Vorstrafen wegen Vermögensdelikten fragt. Ähnliches gilt bei der Frage nach Vorstrafen wegen Trunkenheitsfahrten an einen Kraftfahrer.⁸⁹

Dagegen sollten Arbeitgeber etwa auf Fragen nach Staatsangehörigkeit oder Familienstand in der Regel eher verzichten.⁹⁰ Auch die Frage nach

⁸⁶ BR-Drs. 535/10, S. 27.

⁸⁷ Vgl. *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2369.

⁸⁸ *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2369.

⁸⁹ Vgl. *Timmer/Schreier*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 5.

⁹⁰ Vgl. *Hunold*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 19.

dem Alter eines Bewerbers dürfte nur dann zulässig sein, wenn ein gewisses Mindest- oder Höchstalter für die Einstellung auf einen bestimmten Arbeitsplatz notwendig ist.⁹¹ Auch die Frage an einen Kandidaten, welche Vergütung er bislang bezogen hat, dürfte jedenfalls dann nicht erforderlich sein, wenn diese Information keine erhöhte Aussagekraft über die Qualifikation des Bewerbers hat.⁹²

dd) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als Auslegungshilfe

Der Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gibt zudem einen weiteren für die Praxis wichtigen Hinweis für den Umgang mit § 32 Abs. 1 BDSG-E. Denn in Zweifelsfällen können Arbeitgeber sich an der bisherigen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte orientieren. War eine Frage danach zulässig, so dürfte sie mit einiger Wahrscheinlichkeit auch künftig „erforderlich“ und „verhältnismäßig“ im Sinne von § 32 Abs. 1 und Abs. 7 BDSG-E sein.

ee) Folgen von Verstößen gegen § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E

Die Klarstellung, dass der Gesetzgeber mit § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung wiedergeben will, hat noch eine weitere Folge für die praktische Anwendung dieser Bestimmung. Denn § 32 BDSG-E regelt nicht, welche Folge es haben soll, wenn der Arbeitgeber einem Bewerber Fragen stellt, deren Beantwortung für die Feststellung der Eignung des Bewerbers nicht erforderlich sind. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zwar, dass der Bewerber dann ein Recht zur Lüge haben soll und die Frage nicht wahrheitsgemäß beantworten muss, ohne dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis später anfechten könnte.⁹³ Allerdings wirft dies die Frage auf, welche Rechtsfolge gelten soll, wenn der Arbeitnehmer die Frage wahrheitsgemäß beantwortet. Nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG ist das unbefugte Erheben nicht allgemein zugänglicher personenbezogener Daten eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis zu 300.000 Euro geahndet wird.⁹⁴ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich jedoch, dass die Rechtsfolge eines Verstoßes allein sein soll, dass der Beschäftigte ein Recht zur Lüge hat. Hier wäre allerdings eine entsprechende Klarstellung des Gesetzgebers zweckmäßig.⁹⁵

91 Vgl. Hunold, AuA Sonderausgabe 2010, S. 19.

92 Vgl. Hunold, AuA Sonderausgabe 2010, S. 19.

93 Vgl. Forst, NZA 2010, 1043, 1045; Heinson/Sörup/Wybitul, CR 2010, 751, 752.

94 § 43 Abs. 3 Satz 1 BDSG.

95 Vgl. Forst, NZA 2010, 1043, 1048.

2. § 32 Abs. 2 BDSG-E: Erheben besonderer Beschäftigtendaten

§ 32 Abs. 2 BDSG-E stellt für besonders schutzwürdige Beschäftigtendaten Sonderregelungen auf. Bezüglich dieser besonders schutzwürdigen Beschäftigtendaten geht § 32 Abs. 2 BDSG-E den übrigen Bestimmungen des dritten Abschnitts des BDSG vor.⁹⁶ Damit sind beispielsweise auch die Regelungen in § 28 Abs. 6–8 BDSG auf den Umgang mit Beschäftigtendaten für die in §§ 32–32I BDSG-E genannten Zwecke nicht anwendbar. Sofern die Bestimmungen zum Beschäftigtendatenschutz das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen besonderer Arten personenbezogener Daten nach § 31 Abs. 9 BDSG erlauben, ist daneben eine weitere Prüfung der Voraussetzungen von § 28 Abs. 6–8 BDSG wohl nicht notwendig.

Gemäß § 32 Abs. 2 BDSG-E dürfen die Arbeitgeber nach der rassischen oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, der sexuellen Identität, der Gesundheit, den Vermögensverhältnissen, Vorstrafen oder laufenden Ermittlungsverfahren nur unter den Voraussetzungen fragen, unter denen nach § 8 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) eine unterschiedliche Behandlung zulässig wäre. Erstaunlicherweise nennt der Gesetzesentwurf an dieser Stelle nicht auch die Frage nach der Schwangerschaft einer Beschäftigten.⁹⁷ Da eine Schwangerschaft allerdings auch eine auf die Gesundheit einer Beschäftigten bezogene Information ist, dürfte auch die Frage eines Arbeitgebers nach einer Schwangerschaft unter § 32 Abs. 2 BDSG-E fallen.

Die in § 32 Abs. 2 BDSG-E genannten Daten darf der Arbeitgeber nur unter den strengen Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 AGG erheben. Danach müssen die Daten wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darstellen.⁹⁸ „*Entscheidend*“ ist eine berufliche Anforderung, wenn sie für die vertragsgemäße Erfüllung der Arbeitsleistung erforderlich ist; „*wesentlich*“ ist sie, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtanforderungen des Arbeitsplatzes betroffen ist.⁹⁹

96 Vgl. BT-Drs. 535/10, S. 26

97 So auch BR-Drs. 535/10(B), 18; Forst, NZA, 2010, 1043, 1044; vgl. Heinson/Sörup/Wybitul, CR 2010, 751, 752.

98 Das Erfordernis der wesentlichen und entscheidenden Anforderung ist auch das nach § 32 Abs. 5 Satz 2 BDSG-E maßgebliche Kriterium. Insofern ist es überraschend, dass es die Bundesregierung in § 32 Abs. 2 Satz 1 BDSG-E bei dem Verweis auf § 8 Abs. 1 AGG belassen hat. Dementsprechend regt der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung an, auf „*wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen oder Hindernisse*“ Bezug zu nehmen, BR-Drs. 535/10 (B), S. 11.

99 Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 8 AGG Rn. 4.

Praxistipp: Die für das Fragerecht des Arbeitgebers maßgeblichen wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen können sich auch aus einem unternehmerischen Konzept ergeben, falls sie einen engen Tätigkeitsbezug aufweisen, der den Erfolg der Tätigkeit wesentlich bestimmt.¹⁰⁰ Nach der Rechtsprechung des BAG ist für diese Fragen bislang ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers ausreichend.¹⁰¹ Daher sollte das Kriterium der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen im Hinblick auf den in § 32 Abs. 7 BDSG-E festgelegten Verfassungsmäßigkeitsgrundsatz eher weit auszulegen sein.¹⁰²

Hinsichtlich der Frage nach Vorstrafen bleiben gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 BDSG-E die Vorschriften des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG) unberührt.¹⁰³ Das bedeutet, dass sich der Beschäftigte gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 53 Abs. 1 BZRG als unbestraft bezeichnen darf und den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren braucht, wenn die dortigen Voraussetzungen vorliegen.¹⁰⁴ Die Regelung soll nach der Entwurfsbegründung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entsprechen. Danach darf der Arbeitgeber einen Beschäftigten nur nach Vorstrafen fragen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert.¹⁰⁵ Dieser Hinweis ist für die praktische Umsetzung von § 32 Abs. 2 Satz 2 BDSG-E hilfreich. Denn danach bleiben wohl diejenigen Fragen nach Vorstrafen erlaubt, die das Bundesarbeitsgericht für zulässig erachtet hat.

3. § 32 Abs. 3 BDSG-E: Kein Fragerecht des Arbeitgebers über Schwerbehindertenstatus

Gemäß § 32 Abs. 3 BDSG-E dürfen Arbeitgeber Beschäftigte nicht danach fragen, ob sie als schwerbehindert oder nach § 68 des Neunten Sozialgesetzbuchs (SGB IX) als gleichgestellt anerkannt sind.¹⁰⁶

100 Das ergibt sich auch aus § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG.

101 Vgl. hierzu *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044.

102 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 753.

103 BR-Drs. 535/10, S. 28.

104 BR-Drs. 535/10, S. 28.

105 BR-Drs. 535/10, S. 28.

106 Vgl. umfassend zur Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderteneigenschaft *Bayreuther*, NZA 2010, 679 ff.

Praxistipp: Bei § 32 Abs. 3 BDSG-E geht es nicht um die Frage, ob ein Beschäftigter schwerbehindert ist – dies könnte vielmehr die Eignung im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E sowie die Gesundheit nach § 32 Abs. 2 BDSG-E betreffen. § 32 Abs. 3 BDSG-E verbietet vielmehr die Frage nach einer behördlichen Anerkennung als Schwerbehinderter oder nach einer Gleichstellung mit einer Schwerbehinderung.¹⁰⁷

Diese Bestimmung schränkt das Fragerecht des Arbeitgebers dahingehend ein, dass er nur gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E nach der Eignung eines Beschäftigten, nicht aber nach dessen möglicher Schwerbehinderteneigenschaft nach § 68 SGB IX fragen darf.¹⁰⁸ Die Einstellung eines Beschäftigten darf nicht wegen der Schwerbehinderten- oder Gleichstellungseigenschaft verweigert werden, wenn die zugrunde liegende Behinderung der Eignung nicht entgegensteht.¹⁰⁹ Nach dem Willen der Bundesregierung bedarf es zur Erfüllung der sich aus dem SGB IX ergebenden Pflichten des Arbeitgebers und der Rechte der Schwerbehinderten und diesen gleichgestellten behinderten Menschen nicht eines Fragerechts nach der Schwerbehinderten- oder Gleichstellungseigenschaft vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses.¹¹⁰

Will der Arbeitgeber der Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter oder gleichgestellter Menschen gemäß § 71 SGB IX nachkommen, so könne er dieses Ziel nach der Entwurfsbegründung etwa durch einen entsprechenden Hinweis in der Stellenausschreibung erreichen.¹¹¹ Grundsätzlich bleibt es damit Beschäftigten selbst überlassen, ob sie eine Schwerbehinderung oder eine Gleichstellung nach § 68 SGB IX offenlegen.

Es ist zwar nicht leicht nachvollziehbar, wie ein Arbeitgeber einerseits die Integration schwerbehinderter Menschen fördern soll, wenn er andererseits nicht nach der Einstufung als Schwerbehinderter fragen darf. Allerdings müssen Arbeitgeber hier die insoweit klare Entscheidung des Gesetzgebers befolgen. Gegebenenfalls sollte der Gesetzesentwurf deutlicher klarstellen, dass sich § 32 Abs. 3 BDSG-E allein auf die Anerkennung einer Schwerbehinderteneigenschaft nach § 68 SGB IX (oder eine Gleichstellung) bezieht.¹¹² Das Recht des Arbeitgebers, eignungsbezogene Fragen sowie auf wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen

107 So auch *Hunold*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 21.

108 *Bayreuther*, NZA 2010, 679, 680.

109 BR-Drs. 535/10, S. 28.

110 BR-Drs. 535/10, S. 28.

111 BR-Drs. 535/10, S. 28.

112 *Bayreuther*, NZA 2010, 679, 680.

bezogene Fragen zu stellen, wird durch die Regelung richtigerweise nicht eingeschränkt.

4. § 32 Abs. 4 BDSG-E: Erheben besonderer Beschäftigtendaten durch Religionsgemeinschaften oder Weltanschauungsvereinigungen

§ 32 Abs. 4 BDSG-E enthält Sonderregeln für das Fragerecht von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

Abweichend von § 32 Abs. 2 BDSG-E dürfen mache Arbeitgeber auch nach der religiösen Überzeugung, der Religionszugehörigkeit oder der Weltanschauung eines Beschäftigten fragen. Dies betrifft gemäß § 32 Abs. 4 BDSG-E Religionsgemeinschaften und diesen zugeordnete Einrichtungen sowie Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion oder Weltanschauung zur Aufgabe gemacht haben.

Das erweiterte Fragerecht dieser Arbeitgeber soll allerdings nur dann gelten, wenn die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitgebers oder nach der Art der fraglichen Tätigkeit eine „*gerechtfertigte berufliche Anforderung*“ darstellt. Weder § 32 Abs. 4 BDSG-E noch die Entwurfsbegründung legen fest, was genau unter einer solchen gerechtfertigten Begründung zu verstehen ist. Allerdings werden hier im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechte von Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaften wohl keine übermäßig hohen Maßstäbe anzulegen sein.

§ 32 Abs. 4 BDSG-E soll dem Selbstverständnis und dem verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrecht der Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften Rechnung tragen.¹¹³ Als Konsequenz aus der Zulässigkeit der unterschiedlichen Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung nach § 9 Abs. 1 AGG soll den in § 32 Abs. 4 BDSG-E genannten Arbeitgebern ein Fragerecht unter erleichterten Voraussetzungen zustehen.¹¹⁴

113 BR-Drs. 535/10, S. 29.

114 BR-Drs. 535/10, S. 29.

5. § 32 Abs. 5 BDSG-E: Erhebung besonderer Beschäftigtendaten durch politisch oder koalitionspolitisch ausgerichtete oder Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgende Arbeitgeber

§ 32 Abs. 5 BDSG-E gibt solchen Arbeitgebern ein erweitertes Fragerecht, deren Tätigkeit unmittelbar und überwiegend politisch oder koalitionspolitisch ausgerichtet ist oder die Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 4 des Grundgesetzes (GG) verfolgen.

Diese Ausnahmeregelung betrifft insbesondere Parteien, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie Pressebetriebe und Rundfunk- und Fernsehanstalten.¹¹⁵ Um die Verwirklichung der jeweiligen Ausrichtung dieser Arbeitgeber zu erreichen und zu erhalten, sollen sie die Möglichkeit haben, durch Befragung der Beschäftigten festzustellen, ob deren persönliche Einstellung dieser Ausrichtung entspricht, falls die Art der zukünftigen Tätigkeit diese Anforderung rechtfertigt.¹¹⁶

a) § 32 Abs. 5 Satz 1 BDSG-E: Fragen nach politischer Meinung oder Gewerkschaftszugehörigkeit

Nach der politischen Meinung oder der Gewerkschaftszugehörigkeit dürfen die in § 32 Abs. 5 Satz 1 BDSG-E genannten Arbeitgeber nur fragen, soweit diese im Hinblick auf die Ausrichtung des Arbeitgebers und die Art der Tätigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

Praxistipp: Der Verweis auf die Art der Tätigkeit schränkt das Fragerecht des Arbeitgebers auf diejenigen Beschäftigten ein, für deren zukünftige Tätigkeit die genannten Merkmale von Bedeutung sind. Dies soll nach der Entwurfsbegründung etwa bei einem Pförtner oder Hausmeister nicht der Fall sein.¹¹⁷

115 BR-Drs. 535/10, S. 29.

116 BR-Drs. 535/10, S. 29.

117 BR-Drs. 535/10, S. 29.

- b) *§ 32 Abs. 5 Satz 1 BDSG-E: Fragen von Arbeitgebern, die Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgen, nach religiöser Überzeugung, Religionszugehörigkeit oder Weltanschauung*

Das Fragerecht von solchen Arbeitgebern, die Zwecke der Berichterstattung oder Meinungsäußerung verfolgen, geht bezüglich der Religion oder der Weltanschauung eines Beschäftigten weniger weit als das der anderen in § 32 Abs. 5 Satz 1 BDSG-E genannten Arbeitgeber. Ein solches Fragerecht soll nur bestehen, soweit die religiöse Überzeugung, die Religionszugehörigkeit oder die Weltanschauung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

Beispiel: Ein Pressebetrieb soll etwa nach der Religion eines Beschäftigten nur fragen dürfen, soweit diese eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

6. § 32 Abs. 6 BDSG-E: Direkterhebung von Beschäftigtendaten

Nach § 4 Abs. 2 BDSG sind personenbezogene Daten grundsätzlich beim Betroffenen selbst zu erheben. § 4 Abs. 3 BDSG regelt, auf welche Weise dies im Einzelnen zu geschehen hat. In der Praxis dürfte ein solcher Fall wohl eher selten vorkommen.

§ 32 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E präzisiert den Grundsatz der Direkterhebung für Beschäftigtendaten.¹¹⁸ Danach müssen Arbeitgeber Beschäftigtendaten prinzipiell unmittelbar beim Beschäftigten erheben.

- a) *§ 32 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E: Direkterhebung beim Beschäftigten*

Nach § 32 Abs. 6 BDSG-E sollen Arbeitgeber Beschäftigtendaten grundsätzlich bei diesen selbst erheben beziehungsweise erfragen. Wesentlicher Grund für eine solche Direkterhebung ist, dass der betroffene Beschäftigte wissen soll, wer über ihn wann welche Daten sammelt, speichert oder verarbeitet.¹¹⁹ Eine Direkterhebung setzt die Mitwirkung des Beschäftigten voraus. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG, der Ausnahmen vom Direkterhebungsgrundsatz regelt. Eine äh-

¹¹⁸ BR-Drs. 535/10, S. 29.

¹¹⁹ Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4 Rn. 21.

liche Formulierung findet sich auch in § 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E für die Erhebung allgemein zugänglicher Beschäftigtendaten.

Praxistipp: Arbeitgeber erheben Daten dann direkt beim Beschäftigten, wenn sie diesem eine reale Möglichkeit geben, darüber zu entscheiden, ob und welche Daten er preisgeben will.¹²⁰

§ 32 Abs. 6 BDSG-E soll laut Gesetzesbegründung die Regelungen von § 4 BDSG nicht verdrängen, sondern lediglich ergänzen.¹²¹ Danach wäre auch § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG im Beschäftigungsverhältnis anwendbar. Diese Regelung sieht Ausnahmen vor, in denen man von einer Direkterhebung absehen kann, etwa wenn das Erheben beim Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden.

b) *§ 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E: Erheben allgemein zugänglicher Beschäftigtendaten*

§ 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E regelt eine Ausnahme vom Direkterhebungsgrundsatz für allgemein zugängliche Beschäftigtendaten. Allgemein zugänglich sind Daten beispielsweise dann, wenn sie der Presse oder dem Rundfunk zu entnehmen sind.¹²² Falls der Arbeitgeber den Beschäftigten vor der Erhebung hierauf hingewiesen hat, darf er allgemein zugängliche Daten auch ohne die Mitwirkung des Beschäftigten erheben.

Praxistipp: Der Arbeitgeber kann einen solchen Hinweis beispielsweise in der Stellenausschreibung geben.¹²³ Einen solchen Hinweis könnten Arbeitgeber künftig etwa wie folgt formulieren: *„Hiermit weisen wir darauf hin, dass wir über unsere Bewerber auch ohne deren Mitwirkung allgemein zugängliche Daten erheben. Hierbei erheben wir solche Beschäftigtendaten ausschließlich in einem nach § 32 Abs. 6 Satz 2 und Satz 3 BDSG zulässigen Rahmen.“*

120 Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4 Rn. 21.

121 BR-Drs. 535/10, S. 31.

122 BR-Drs. 535/10, S. 30.

123 BR-Drs. 535/10, S. 30. *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2370, werten diesen Hinweis auf die Datenerhebung aus allgemein zugänglichen Quellen als praxisfremd und stellen die nicht ganz unberechtigte Frage, wem beispielsweise ein Hinweis wie *„Wir informieren uns auch aus allgemein zugänglichen Quellen“* dienen soll.

Eine Erhebung aus allgemein zugänglichen Quellen ist jedoch grundsätzlich dann unzulässig, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung dieser allgemein zugänglichen Daten das berechnete Informationsinteresse des Arbeitgebers überwiegt. Auch im Internet abrufbare Daten sind allgemein zugänglich, insbesondere, wenn sie über eine allgemeine Suchmaschine auffindbar sind.¹²⁴

Praxistipp: Eine allgemeine Hintergrundrecherche über einen Bewerber mittels einer Internet-Suchmaschine dürfte demnach in den meisten Fällen nach vorherigem Hinweis durchaus zulässig sein. Eine weitergehende, umfangreiche Suche dürfte dagegen nur erlaubt sein, wenn dem Arbeitgeber keine Anhaltspunkte für überwiegende entgegenstehende Interessen des Betroffenen vorliegen. Zudem muss der Arbeitgeber § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E beachten.

Wenn der Arbeitgeber allgemein zugängliche Daten speichert, muss er den Beschäftigten nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG hiervon informieren.¹²⁵ § 33 BDSG sieht eine grundsätzliche Benachrichtigungspflicht vor, wenn personenbezogene Daten für eigene Zwecke ohne Kenntnis des Betroffenen erstmals gespeichert werden. Mit Speichern ist das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung gemeint.¹²⁶ Unter Datenträger ist jedes Medium zu verstehen, das zum Aufnehmen personenbezogener Daten geeignet ist, auf dem also Informationen für eine spätere Wahrnehmung festgehalten werden können.¹²⁷

Praxistipp: Ein automatisiertes oder dateimäßiges Aufnehmen ist im Hinblick auf § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E nicht notwendig. Bereits das handschriftliche Notieren von allgemein zugänglichen Beschäftigten-daten führt damit zur Benachrichtigungspflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Das bloße zur Kenntnis nehmen oder Merken ist hingegen kein Speichern. Denn das menschliche Gedächtnis ist kein tauglicher Datenträger für eine Speicherung im Sinne von § 3 Abs. 3 BDSG.¹²⁸

124 BR-Drs. 535/10, S. 30.

125 So auch BR-Drs. 535/10, S. 30.

126 § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 BDSG.

127 *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 26.

128 Vgl. *Buchner*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, § 3 Rn. 27.

c) § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E: Erheben allgemein zugänglicher Beschäftigtendaten aus sozialen Netzwerken

§ 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E präzisiert den Umgang mit allgemein zugänglichen Daten und enthält Sonderregeln für den Umgang mit Beschäftigtendaten aus sozialen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen, also etwa Facebook, studiVZ oder Xing.

Grundsätzlich soll bei Beschäftigtendaten aus einem sozialen Netzwerk das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Erhebung das Informationsinteresse des Arbeitgebers überwiegen.¹²⁹ Überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschäftigten können sich beispielsweise zudem aus dem Alter einer Veröffentlichung von Beschäftigtendaten im Internet ergeben sowie daraus, in welchem Kontext sie erfolgt.¹³⁰ Bei der Erhebung der Beschäftigtendaten aus sozialen Netzwerken darf der Arbeitgeber zudem nicht gegen allgemeine Geschäftsbedingungen desjenigen Anbieters verstoßen, der die Informationen beziehungsweise die Plattform für diese Informationen zur Verfügung stellt.¹³¹ Auch in einem solchen Fall soll die Erhebung der Daten nach der Entwurfsbegründung in der Regel wegen eines überwiegenden Interesses des Arbeitnehmers unzulässig sein.¹³²

Sind in einem sozialen Netzwerk eingestellte Daten nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich, also etwa ausgewählten Freunden, so darf der Arbeitgeber hieraus grundsätzlich keine Beschäftigtendaten erheben. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz soll für soziale Netzwerke im Internet gelten, die gerade der eigenen Präsentation gegenüber potenziellen Arbeitgebern dienen,¹³³ also etwa Xing oder ähnliche berufsbezogene Internetplattformen.

Die tatsächlichen Auswirkungen der Regelungen dürften überschaubar bleiben, denn der Nachweis eines Verstoßes gegen die Regelungen zur Datenerhebung im Internet ist in der Praxis nur sehr schwer zu führen.¹³⁴

129 Vgl. § 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E.

130 BR-Drs. 535/10, S. 30.

131 BR-Drs. 535/10, S. 30.

132 BR-Drs. 535/10, S. 30.

133 BR-Drs. 535/10, S. 30.

134 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 753.

c) § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E: Erheben von Beschäftigtendaten bei sonstigen Dritten

Nach § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E dürfen Arbeitgeber mit Einwilligung des Beschäftigten auch bei sonstigen Dritten personenbezogene Daten des Beschäftigten erheben, beispielsweise bei einem früheren Arbeitgeber.¹³⁵ Auch das Einholen von Informationen im Rahmen sogenannter Backgroundchecks kann durchaus erforderlich sein. Dies gilt insbesondere bei Bewerbungen für Vertrauensstellungen.

Praxistipp: Auch beim Erheben von Beschäftigtendaten bei sonstigen Dritten ist die Verhältnismäßigkeit das maßgebliche Kriterium für die Zulässigkeit einer Datenerhebung, vgl. § 32 Abs. 7 BDSG-E. Damit dürfte für die Zulässigkeit solcher Datenerhebungen vor allem entscheidend sein, ob der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an dem Erhalt der fraglichen Beschäftigtendaten hat. Dieses Interesse muss gleich schwer oder schwerer wiegen als das konkrete Interesse des Beschäftigten an seiner informationellen Selbstbestimmung.

Wenn der Beschäftigte dies verlangt, muss der Arbeitgeber ihm im Rahmen von § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E Auskunft über den Inhalt der erhobenen Daten erteilen. Voraussetzungen und Umfang der Auskunftspflicht bestimmen sich nach § 34 BDSG.

d) § 32 Abs. 6 Satz 5 BDSG-E: Umfang der Geltung von § 32 Abs. 6 Satz 2 bis 4 BDSG-E

§ 32 Abs. 6 Satz 5 BDSG-E stellt klar, dass §§ 32 Abs. 1–5 und 32a BDSG-E auch im Rahmen der Vorschriften zur Direkterhebung anwendbar bleiben. Die Regelungen in § 32 Abs. 6 BDSG-E bestimmen also etwa nicht, welche Datenerhebung erforderlich ist, sondern legen lediglich fest, aus welchen Quellen Beschäftigtendaten erhoben werden dürfen.¹³⁶

Die in §§ 32 Abs. 1–5 und 32a BDSG-E festgelegten Kriterien werden somit durch § 32 Abs. 6 BDSG-E nicht erweitert.¹³⁷ Für den Umfang der Erhebung von Beschäftigtendaten bleibt stets entscheidend, ob die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen.

135 BR-Drs. 535/10, S. 30.

136 BR-Drs. 535/10, S. 30.

137 BR-Drs. 535/10, S. 30.

Praxistipp: Die beschriebenen Anforderungen an eine zuverlässige Datenerhebung können auch durch eine Einwilligung nach § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E nicht verändert werden.¹³⁸ Eine Einwilligung des Beschäftigten kann lediglich die Datenerhebung bei einem sonstigen Dritten erlauben, nicht aber ein über die §§ 32 Abs. 1–5 BDSG-E und 32a BDSG-E hinaus gehendes Fragerecht des Arbeitgebers, auch nicht etwa in Form einer Aufforderung zur Vorlage weitergehender Informationen.¹³⁹

e) § 32 Abs. 7 BDSG-E: Anwendung des
Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beim Umgang mit Bewerberdaten

§ 32 Abs. 7 BDSG-E hat in erster Linie klarstellende Funktion. Die Bestimmung weist auf die Anwendbarkeit des datenschutzrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hin.¹⁴⁰

Gemäß § 32 Abs. 7 BDSG-E ist die Datenerhebung im Rahmen der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nur dann zulässig, wenn Art und Ausmaß der Erhebung von Bewerberdaten im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck „verhältnismäßig“ sind. Danach muss man Art und Ausmaß jeder Datenerhebung stets an dem damit verfolgten Zweck messen.¹⁴¹ Dies gilt auch für den Umgang mit Bewerberdaten. Deren Erhebung muss daher zur Erfüllung des festgelegten Zwecks geeignet und erforderlich sein und in einem angemessenen Verhältnis zu den schutzwürdigen Rechten des Bewerbers stehen.¹⁴² Damit betont § 32 Abs. 7 BDSG-E ein grundsätzliches Konzept des BDSG. Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist prinzipiell nur dann erlaubt, wenn er verhältnismäßig ist¹⁴³ – wenn also der Zweck des Datenumgangs in einem angemessenen Verhältnis zum Eingriff in die betroffenen Persönlichkeitsrechte steht.¹⁴⁴

Dies entspricht auch der in § 1 Abs. 1 BDSG festgelegten Zielrichtung des BDSG: „Zweck dieses Gesetzes ist es, den Einzelnen davor zu schützen, dass er durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt wird.“

138 BR-Drs. 535/10, S. 30.

139 BR-Drs. 535/10, S. 31.

140 Vgl. zu Bedeutung und grundsätzlicher Anwendbarkeit des datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beim Umgang mit Beschäftigtendaten *Wybitul*, BB 2010, 1085 ff.

141 BR-Drs. 535/10, S. 31.

142 BR-Drs. 535/10, S. 31.

143 BVerfGE 65, 1, 45.

144 Vgl. *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, § 1 Rn. 8.

Praxistipp: Die Daten erhebende Stelle muss ihre Interessen fortwährend gegen die des Bewerbers abwägen. Nach seiner Struktur stellt § 32 Abs. 7 BDSG-E keine zusätzliche Anforderung bei der Erhebung von Bewerberdaten dar, sondern ist vor allem eine Auslegungsregel. Damit bestimmt letztendlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, was unter „erforderlich“¹⁴⁵ zu verstehen ist sowie was eine „gerechtfertigte berufliche Anforderung“¹⁴⁶ beziehungsweise eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“¹⁴⁷ darstellt.

Es wäre wohl sachgerechter gewesen, wenn der Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in einer allgemeinen Regelung festgeschrieben hätte, die für den gesamten Datenschutz und damit auch für den gesamten Beschäftigtendatenschutz gilt. Eine solche Klarstellung hätte geholfen, Auslegungsprobleme zu vermeiden und wohl auch zu einer verständlicheren Gesetzesfassung beigetragen.

§ 32a BDSG-E Ärztliche Untersuchungen und Eignungstests vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) ¹Der Arbeitgeber darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen, wenn und soweit die Erfüllung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellt. ²Der Beschäftigte muss in die Untersuchung nach Aufklärung über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber eingewilligt haben. ³Dem Beschäftigten ist das vollständige Untersuchungsergebnis mitzuteilen. ⁴Dem Arbeitgeber darf nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Untersuchungsergebnis für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

(2) ¹Der Arbeitgeber darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung abhängig machen, wenn die Untersuchung oder Prüfung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung erfor-

145 Z.B. im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E.

146 Vgl. § 32 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 1 BDSG-E.

147 Vgl. § 32 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5 Satz 2 BDSG-E.

derlich ist, um festzustellen, ob der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist (Eignungstest).² Der Beschäftigte muss in den Eignungstest nach Aufklärung über dessen Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Ergebnisses des Eignungstests an den Arbeitgeber eingewilligt haben.³ Der Eignungstest ist nach wissenschaftlich anerkannten Methoden durchzuführen, sofern solche bestehen.⁴ Dem Beschäftigten ist das Ergebnis des Eignungstests mitzuteilen.⁵ Sind Eignungstests ganz oder teilweise durch Personen durchzuführen, die einer beruflichen Schweigepflicht unterliegen, darf dem Arbeitgeber insoweit nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Ergebnis des Eignungstests für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

§ 32a BDSG-E regelt ärztliche Untersuchungen sowie Eignungstests zur Feststellung der Eignung des Bewerbers für vorgesehene Tätigkeiten. Solche besonderen Formen der Datenerhebung setzen neben einem hohen Bezug zu den Anforderungen des konkreten Arbeitsplatzes noch eine Einwilligung des Beschäftigten voraus.

Beispiel: Nach § 32a BDSG-E kann etwa die an einen Bewerber für eine Stelle als Chirurg gerichtete Bitte, sich einem HIV- oder Hepatitis-C-Test zu unterziehen, erlaubt sein.¹⁴⁸

Es bleibt allerdings abzuwarten, ob sich diese Regelung in der Realität bewähren wird. Denn Arbeitnehmer, die nicht in die Durchführung einer ärztlichen Untersuchung oder eines Eignungstest einwilligen, müssen damit rechnen, dass der Arbeitgeber sie für die fragliche Stelle nicht weiter in Betracht ziehen wird.¹⁴⁹ Ein Recht zur Lüge kommt bei ärztlichen Untersuchungen oder Eignungstests nicht in Betracht.¹⁵⁰ § 32a BDSG-E sieht keine Rechtsfolge für die Ablehnung eines Bewerbers bei fehlender Einwilligungsbereitschaft vor. Die Ablehnung eines Bewerbers bei fehlender Bereitschaft zur Einwilligung bleibt somit ohne Folge.¹⁵¹

§ 32a BDSG-E findet nicht allein bei der Anbahnung von Beschäftigungsverhältnissen Anwendung. Denn § 32c Abs. 3 BDSG-E sieht vor, dass der Arbeitgeber von einem Beschäftigten auch im laufenden Beschäftigungsverhältnis die Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung nach Maßgabe von § 32a Abs. 1 BDSG-E sowie die Teilnahme an einem Eignungstest nach

148 Vgl. *Timmer/Schreier*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 6.

149 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 753.

150 *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044.

151 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 753.

Maßgabe von § 32 Abs. 2 BDSG-E verlangen darf. Voraussetzung hierfür ist, dass dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten zu überprüfen, wenn entweder tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Beschäftigten begründen oder wenn ein Wechsel der Tätigkeit des Arbeitsplatzes des Beschäftigten beabsichtigt ist.

1. § 32a Abs. 1 BDSG-E: Voraussetzungen der Erhebung von Beschäftigendaten im Rahmen ärztlicher Untersuchungen

§ 32a Abs. 1 BDSG-E regelt die Voraussetzungen für eine ärztliche Untersuchung zur Feststellung der Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten.

a) *Gesundheitszustand als entscheidende und wesentliche berufliche Anforderung*

Nach § 32a Abs. 1 Satz 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen, wenn der Gesundheitszustand eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. „*Entscheidend*“ ist eine berufliche Anforderung dann, wenn sie für die vertragsgemäße Erfüllung der Arbeitsleistung erforderlich ist; „*wesentlich*“ ist sie, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtanforderungen des Arbeitsplatzes betroffen ist.¹⁵²

Praxistipp: Letztlich entscheidet das vom Arbeitgeber erstellte Stellenprofil darüber, welche gesundheitlichen Voraussetzungen wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen für die vorgesehene Tätigkeit darstellen. Maßgeblich sind nach dem Wortlaut der Bestimmung die beruflichen Anforderungen zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme. Ausweislich der Gesetzesbegründung kann sich die ärztliche Untersuchung allerdings auch auf mögliche zukünftige Tätigkeiten beziehen, falls diese bereits vorgesehen sind.¹⁵³ So kann der Arbeitgeber etwa die Tropentauglichkeit eines Beschäftigten ärztlich prüfen lassen, falls ein späterer Einsatz in den Tropen zu den vorgesehenen Tätigkeiten gehört.¹⁵⁴ Im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Erhebung von Beschäftigendaten im Rahmen von Stellenbesetzungen

152 *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 8 AGG Rn. 4.

153 BR-Drs. 535/10, S. 31.

154 BR-Drs. 535/10, S. 31.

kann man Arbeitgebern künftig nur raten, im Stellenprofil präzise Anforderungen an die jeweils zu besetzende Position festzulegen. Allerdings darf der Arbeitgeber zulässigerweise auch nur solche Anforderungen festlegen, die für die effektive Ausübung der fraglichen Tätigkeit tatsächlich zweckmäßig sind.

Genetische Untersuchungen von Bewerbern können nicht auf § 32a Abs. 1 BDSG-E gestützt werden. Für gendiagnostische Untersuchungen gelten die spezielleren Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes,¹⁵⁵ die den Vorschriften des BDSG nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG grundsätzlich vorgehen.

Anders als etwa § 32 BDSG-E enthält § 32a BDSG-E keine ausdrückliche Regelung, nach der die Erhebung von Daten im Rahmen ärztlicher Untersuchungen nur dann zulässig ist, wenn diese Datenerhebung verhältnismäßig ist.¹⁵⁶ Allerdings gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz prinzipiell im gesamten BDSG und damit auch im Rahmen von § 32a BDSG-E.¹⁵⁷ Damit ist auch hier die Frage nach der Verhältnismäßigkeit entscheidend dafür, ob und in welchem Umfang gesundheitliche Voraussetzungen wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen für die auszuübende Tätigkeit darstellen. Auch im Rahmen ärztlicher Untersuchungen von Beschäftigten sind Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit des Umgangs mit den fraglichen Beschäftigtendaten entscheidende Kriterien.

b) Abhängigkeit der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung

Die Formulierung in § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-E, der Arbeitgeber dürfe „*die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen*“, ist mehrdeutig. Der Wortlaut der Bestimmung ließe vermuten, dass der Arbeitgeber eine Zusage zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses unter die Bedingung stellen könne, dass sich der Beschäftigte einer ärztlichen Untersuchung unterzieht. Allerdings wäre eine solche Bedingung wenig sachgerecht, denn es geht ja um die Feststellung der Eignung für ein konkretes Arbeitsverhältnis und nicht um den bedingten Abschluss eines Arbeitsvertrags. Zudem ergibt sich aus der Struktur der §§ 32 ff. BDSG-E recht eindeutig, dass der Ge-

¹⁵⁵ BR-Drs. 535/10, S. 31.

¹⁵⁶ Vgl. § 32 Abs. 7 BDSG-E.

¹⁵⁷ So auch die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 525/10 (B), S. 14.

setzgeber in den §§ 32 und 32a BDSG-E Voraussetzungen der Zulässigkeit der Erhebung von Beschäftigendaten regeln wollte.

Daher scheint es zweckmäßig, § 32a BDSG-E dahingehend auszulegen, dass die Bestimmung vorgibt, unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber Bewerber auffordern dürfen, sich ärztlichen Eignungstest zu unterziehen.

c) Einwilligung des Beschäftigten

Eine ärztliche Untersuchung eines Beschäftigten ist nach § 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E grundsätzlich nur zulässig, falls dieser zuvor in deren Durchführung und die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber eingewilligt hat. Der Arbeitgeber muss den Beschäftigten zuvor über Art und Umfang der ärztlichen Untersuchung aufklären.¹⁵⁸ Zudem muss der Arbeitgeber den Beschäftigten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung hinweisen, soweit der Beschäftigte dies verlangt oder dies nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich ist.

Praxistipp: Eine mögliche Formulierung für einen solchen Hinweis könnte lauten: „*Sollten Sie nicht in die notwendige ärztliche Untersuchung einwilligen, werden wir Sie für die zu besetzende Stelle nicht weiter in Betracht ziehen.*“

Nachdem § 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E die Einwilligung des Beschäftigten als gesetzliche Anforderung bestimmt, dürfte bei einer solchen Einwilligung unter normalen Umständen die nach § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG notwendige Freiwilligkeit grundsätzlich gegeben sein.

Praxistipp: Aus rein rechtlicher Sicht wird eine schriftliche Einwilligung oftmals nicht nötig sein. Da es allein dem Beschäftigten überlassen bleibt, ob er sich der Untersuchung tatsächlich unterzieht, spricht einiges dafür, in einem solchen Fall gemäß § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG eine andere Form als die Schriftform zuzulassen. Dennoch sollten Arbeitgeber in aller Regel sicherheitshalber schriftliche Einwilligungen einholen, um unnötige rechtliche Risiken zu vermeiden.

¹⁵⁸ Dies ergibt sich nicht allein aus § 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E, sondern auch aus § 4a Abs. 3 BDSG.

d) Mitteilung der Ergebnisse ärztlicher Untersuchungen

Der untersuchende Arzt muss dem Beschäftigten gemäß § 32a Abs. 1 Satz 3 BDSG-E das vollständige Untersuchungsergebnis mitteilen. Dem Arbeitgeber darf der Arzt hingegen nur mitteilen, ob der Beschäftigte nach dem Ergebnis der ärztlichen Untersuchung für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist. Anhand welcher Kriterien der Arzt die Geeignetheit feststellen soll, legt § 32a Abs. 1 Satz 4 BDSG-E hingegen nicht fest. Auch hier wird wohl wieder das vom Arbeitgeber vorgegebene Tätigkeitsprofil maßgeblich sein.

2. § 32a Abs. 2 BDSG-E: Voraussetzungen der Erhebung von Beschäftigtendaten im Rahmen von Eignungstests

§ 32a Abs. 2 BDSG-E regelt, unter welchen Voraussetzungen andere Prüfungen als ärztliche Gesundheitstests zulässig sind. Die Regelung spricht hierbei von „*Eignungstests*“ und dürfte beispielsweise Arbeitsproben und Assement-Center betreffen.

a) Erforderlichkeit zur Feststellung der Eignung für die vorgesehenen Tätigkeiten

Nach § 32a Abs. 2 Satz 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses von einem Eignungstest abhängig machen. Dies setzt voraus, dass der Eignungstest wegen der Art der auszuübenden Tätigkeiten oder der Bedingungen ihrer Ausübung erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten festzustellen. Maßgeblich ist nach dem Wortlaut der Bestimmung die Eignung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme.

Praxistipp: Nach der Entwurfsbegründung soll das Kriterium der Erforderlichkeit für die Feststellung der Geeignetheit des Beschäftigten die Erhebung solcher Daten ausschließen, die für die vorgesehene Tätigkeit nicht von Bedeutung sind.¹⁵⁹ Art und Umfang von im Rahmen von § 32a Abs. 2 BDSG-E zulässigen Eignungstests sollen entscheidend von der zukünftigen Tätigkeit abhängen.¹⁶⁰ Auch hier dürfte wiederum das vom Arbeitgeber festgelegte Stellenprofil maßgeblich sein. Belastungs- oder Reaktionstests sollen etwa nur zulässig sein, soweit

¹⁵⁹ BR-Drs. 535/10, S. 31.

¹⁶⁰ BR-Drs. 535/10, S. 31.

besondere berufliche Anforderungen bestehen.¹⁶¹ Dies dürfte beispielsweise bei Verkehrspiloten weitgehend unstrittig sein. Auch angemessen ausgestaltete Assessment-Center für Stellen mit hohen inhaltlichen Anforderungen werden nach § 32a Abs. 2 BDSG-E zulässig sein. Eine Prüfung der Allgemeinbildung etwa dürfte bei der Bewerbung für eine Tätigkeit als Journalist oder Rechtsanwalt durchaus zulässig sein, während dies für einen Verkehrspiloten kaum erforderlich sein dürfte.

b) Durchführung von Eignungstests nach wissenschaftlichen Methoden

Falls für die Durchführung erforderlicher Eignungstest wissenschaftlich anerkannte Methoden bestehen, sind Eignungstests auf deren Grundlage durchzuführen, § 32a Abs. 2 Satz 3 BDSG-E. Was genau unter „*anerkannten*“ wissenschaftlichen Methoden zu verstehen ist, regelt die Bestimmung nicht. Damit wird man Arbeitgebern bei der Durchführung von Eignungstests einen gewissen Wertungsspielraum einräumen müssen.

c) Mitteilung des Ergebnisses des Eignungstests

Falls die Personen, welche Eignungstests durchführen, einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen (z.B. Berufspsychologen), dürfen sie dem Arbeitgeber nicht das konkrete Ergebnis der Untersuchung oder Prüfung mitteilen. In diesem Fall dürfen sie dem Arbeitgeber gemäß § 32a Abs. 2 Satz 4 BDSG-E nur mitteilen, ob der Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

Auch hier wird im Wesentlichen das vom Arbeitgeber festgelegte Anforderungsprofil über die Kriterien der Eignung für die fraglichen Tätigkeiten entscheiden.

§ 32b BDSG-E Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten, die er nach den §§ 32 oder 32a erhoben hat, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden.

¹⁶¹ BR-Drs. 535/10, S. 31.

(2) ¹Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber ohne Datenerhebung nach den §§ 32 oder 32a erhalten hat, darf er nur verarbeiten und nutzen, soweit

1. dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden, und

2. er diese Daten nach §§ 32 oder 32a hätte erheben dürfen.

²Satz 1 Nummer 2 gilt nicht, wenn der Beschäftigte die Daten dem Arbeitgeber übermittelt hat, ohne dass der Arbeitgeber hierzu Veranlassung gegeben hat.

(3) Steht fest, dass ein Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird, sind die Beschäftigtendaten gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 zu löschen, es sei denn, dass der Beschäftigte in die weitere Speicherung eingewilligt hat.

Während §§ 32 und 32a BDSG-E die Erhebung von Bewerberdaten regeln, bestimmt § 32b BDSG-E, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber bereits erhobene Bewerberdaten nutzen oder verarbeiten dürfen.

Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Bewerber,¹⁶² also das zielgerichtete Sammeln von Informationen. Mit dem Verarbeiten von erhobenen Bewerberdaten ist deren Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren oder Löschen gemeint.¹⁶³ Was hierunter im Einzelnen zu verstehen ist, legt § 3 Abs. 4 Satz 2 BDSG fest. Nutzen ist nach § 3 Abs. 5 BDSG jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit diese keine Verarbeitung darstellt. Damit ist das Nutzen von Daten ein Auffangtatbestand,¹⁶⁴ so dass eine Verwendung bereits erhobener Bewerberdaten grundsätzlich unter § 32b BDSG-E fällt.

§ 32b BDSG-E unterscheidet hinsichtlich des Verarbeitens oder Nutzens von Bewerberdaten danach, ob der Arbeitgeber die Bewerberdaten nach §§ 32 und 32a BDSG-E erhoben hat oder ob er diese Daten auf anderem Wege erhalten hat.

162 Vgl. § 3 Abs. 3 BDSG.

163 Vgl. § 3 Abs. 4 Satz 1 BDSG.

164 *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 42.

1. § 32b Abs. 1 BDSG-E: Voraussetzungen der Verarbeitung und Nutzung von Bewerberdaten, die der Arbeitgeber nach den §§ 32 oder 32a BDSG-E erhoben hat

§ 32b Abs. 1 BDSG-E regelt, unter welchen Umständen Arbeitgeber Bewerberdaten, die sie nach § 32 oder § 32a BDSG-E erhoben haben, verarbeiten und nutzen dürfen. Dies ist grundsätzlich zulässig, soweit es erforderlich ist, um die Eignung eines Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden. Damit stellt sich auch im Rahmen von § 32b BDSG-E die Frage, welche Verarbeitung oder Nutzung von Bewerberdaten zur Verwirklichung des Zweckes der Feststellung der Eignung des Bewerbers „erforderlich“ ist.

Praxistipp: Letztlich muss man Arbeitgebern raten, auch im Rahmen von § 32b Abs. 1 BDSG-E eine umfassende Interessenabwägung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Zwar enthält § 32b BDSG-E – anders als etwa § 32 Abs. 7 BDSG-E – keine ausdrückliche Klarstellung, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch bei der Auslegung dieser Regelung das entscheidende Prinzip sein soll. Allerdings ist auch kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, warum die Verhältnismäßigkeit allein bei der Erhebung von Bewerberdaten, nicht aber bei deren Verarbeitung oder Nutzung maßgeblich sein sollte. Eine solche Auslegung wäre wenig sachgerecht und würde auch den Zielvorgaben von §§ 1 Abs. 1 und 3a Satz 1 BDSG zuwider laufen.

2. § 32b Abs. 2 BDSG-E: Voraussetzungen der Verarbeitung und Nutzung von Bewerberdaten, die der Arbeitgeber auf andere Weise erhalten hat

Erheben ist nicht jedes Sammeln von Informationen, sondern lediglich das „zielgerichtete“ Beschaffen von Bewerberdaten,¹⁶⁵ also etwa durch Befragen eines Bewerbers oder das Anfordern eines Lebenslaufs. Daneben können Arbeitgeber allerdings auch ohne eigenes Zutun Bewerberdaten erlangen, etwa durch zufällige Beobachtung, wenn ein Dritter ihnen unaufgefordert Angaben über einen Bewerber mitteilt oder wenn ein Bewerber

¹⁶⁵ BR-Drs. 535/10, S. 32; vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 24.

unverlangt Bewerbungsunterlagen oder sonstige Informationen über sich einreicht.¹⁶⁶

a) *Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber ohne Datenerhebung nach §§ 32 oder 32a BDSG-E erhalten hat*

Beschäftigtendaten, die ein Arbeitgeber nicht zielgerichtet beschafft hat, sondern die ihm auf andere Weise zugetragen worden oder zur Kenntnis gelangt sind, darf er unter den in § 32b Abs. 2 BDSG-E genannten Voraussetzungen verarbeiten und nutzen.¹⁶⁷ Das Verarbeiten oder Nutzen muss zunächst für die Feststellung der Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten oder für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses „erforderlich“ sein, § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BDSG-E.

Darüber hinaus ist die Verarbeitung und Nutzung gemäß § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG-E nur dann zulässig, wenn der Arbeitgeber die Daten nach den §§ 32 oder 32a BDSG-E hätte erheben dürfen.

b) *Ohne Veranlassung durch den Arbeitgeber vom Beschäftigten übermittelte Daten*

§ 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG-E gilt allerdings nicht, wenn der Beschäftigte dem Arbeitgeber seine Daten übermittelt hat, ohne dass der Arbeitgeber hierzu Veranlassung gegeben hat.¹⁶⁸

Beispiele: Die in der Praxis häufige Aufforderung, aussagekräftige Bewerbungsunterlagen nebst Zeugnissen einzureichen, ist wohl zu pauschal, um als Aufforderung zur Mitteilung eines konkreten Datums gewertet zu werden. Dass ein Arbeitgeber keine Veranlassung zur Übermittlung von Daten gegeben hat, betrifft etwa den Fall, dass ein Bewerber dem Arbeitgeber unaufgefordert Bewerbungsunterlagen zusendet oder Informationen gibt.

Für die weitere Verwendung solcher Bewerberdaten reicht es gemäß § 32b Abs. 2 Satz 2 BDSG-E aus, wenn deren Verarbeitung oder Nutzung erforderlich ist, um die Eignung des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkei-

¹⁶⁶ Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 24.

¹⁶⁷ BR-Drs. 535/10, S. 32.

¹⁶⁸ BR-Drs. 535/10, S. 32.

ten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden.

c) *Benachrichtigungspflicht nach § 33 BDSG*

Sobald Arbeitgeber Bewerberdaten, die sie ohne Datenerhebung nach §§ 32 oder 32a BDSG-E erhalten haben, erstmalig speichern, müssen sie den Betroffenen hiervon nach § 33 BDSG benachrichtigen. Eine Benachrichtigungspflicht besteht hingegen dann nicht, wenn einer der in § 33 Abs. 2 BDSG genannten Ausnahmetatbestände vorliegt, etwa wenn der Bewerber bereits auf anderem Wege von der Speicherung seiner Daten Kenntnis erlangt hat.

3. § 32b Abs. 3 BDSG-E: Pflicht zum Löschen von Bewerberdaten

§ 32b Abs. 3 BDSG-E regelt das Löschen von Bewerberdaten. Die Vorschrift bezieht sich sowohl auf vom Bewerber eingereichte Daten, als auch auf eigene Aufzeichnungen des Arbeitgebers über den Bewerber, die er etwa während des Bewerbungsverfahrens angelegt hat.¹⁶⁹

Grundsätzlich müssen Arbeitgeber Bewerberdaten löschen, sofern die in § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG genannten Voraussetzungen vorliegen, insbesondere, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist. Bewerberdaten sind also unter anderem dann zu löschen, wenn Ihre Kenntnis zur Feststellung der Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten oder für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr erforderlich ist. § 32 Abs. 3 BDSG-E stellt klar, dass Bewerberdaten dann nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG zu löschen sind, wenn feststeht, dass ein Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird. Der Arbeitgeber darf die Daten des Bewerbers hingegen dann weiter speichern, wenn der Bewerber in deren weitere Speicherung eingewilligt hat, etwa im Hinblick auf eine mögliche spätere Einstellung.¹⁷⁰

Praxistipp: Der Wortlaut von § 32b Abs. 3 BDSG-E ist nicht dahingehend zu verstehen, dass Bewerberdaten in jedem Falle zu löschen wären, wenn feststeht, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht begründet

¹⁶⁹ BR-Drs. 535/10, S. 32.

¹⁷⁰ BR-Drs. 535/10, S. 32.

wird. Vielmehr muss der Arbeitgeber in diesem Falle prüfen, ob die Voraussetzungen für eine nach § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG vorgeschriebene Löschung vorliegen.¹⁷¹

§ 32c BDSG-E Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis

(1) ¹Beschäftigtendaten dürfen vorbehaltlich der §§ 32e bis 32i erhoben werden, wenn dies für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. ²Dies ist insbesondere der Fall, soweit die Kenntnis dieser Daten für den Arbeitgeber erforderlich ist, um

1. gesetzliche oder aufgrund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- oder Zahlungspflichten zu erfüllen,

2. die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Pflichten zu erfüllen oder

3. die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen.

³§ 32 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 6 gilt entsprechend.

(2) § 32 Abs. 2 bis 5 gilt entsprechend für die Feststellung, ob der Beschäftigte fachlich geeignet ist, eine andere oder veränderte Tätigkeit aufzunehmen oder an einen anderen Arbeitsplatz zu wechseln.

(3) Der Arbeitgeber darf von einem Beschäftigten die Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung nach Maßgabe des § 32a Abs. 1 sowie die Teilnahme an einem Eignungstest nach Maßgabe des § 32a Abs. 2 verlangen, soweit dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten zu überprüfen, wenn

1. tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Beschäftigten begründen, oder

171 Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 32 Abs. 3 BDSG-E, der lediglich eine Löschung „gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG“ vorsieht. Zudem stellt die Gesetzesbegründung klar, dass die Vorschrift lediglich deklaratorisch auf die Löschungspflicht nach § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG verweist, sofern feststeht, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird.

2. ein Wechsel seiner Tätigkeit oder seines Arbeitsplatzes beabsichtigt ist.

(4) Die Datenerhebung ist nur zulässig, soweit Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig sind.

Während §§ 32, 32a und 32b BDSG-E den Umgang mit Bewerberdaten regeln, bestimmt § 32c BDSG-E, unter welchen Voraussetzungen die Erhebung von personenbezogenen Daten im Beschäftigungsverhältnis zulässig ist.

1. § 32c Abs. 1 BDSG-E: Erheben von Beschäftigtendaten für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses

§ 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E ist die Grundregel für die Erhebung von Beschäftigtendaten während des Beschäftigungsverhältnisses und für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E konkretisiert diese Grundregel dann durch eine Aufzählung von Regelbeispielen, bei deren Vorliegen eine Datenerhebung in der Regel zulässig sein wird. § 32 Abs. 1 Satz 3 BDSG-E schreibt die Direkterhebung beim Beschäftigten vor und erlaubt dem Beschäftigten, bereits aus dem Bundeszentralregister getilgte Vorstrafen gegenüber dem Arbeitgeber auch im laufenden Beschäftigungsverhältnis zu verschweigen.

a) § 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E: Erforderlich für Zwecke der Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses

Die Datenerhebung ist nach § 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E zulässig, soweit sie für Zwecke der Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist¹⁷² und nicht die spezielleren Regelungen der §§ 32e–32i BDSG-E vorgehen. Ebenso wie beim Erheben von Bewerberdaten ist die Erforderlichkeit für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses damit auch im Rahmen von § 32c BDSG-E der Maßstab für die Zulässigkeit der Datenerhebung.

172 Der Wortlaut der Regelung erlaubt die Datenerhebung, „wenn“ sie erforderlich ist, die Entwurfsbegründung dagegen nur, „soweit“ dies zu Zwecken des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, vgl. BR-Drs. 535/10, S. 33.

b) § 32c Abs. 1 Satz 2 BDSG-E: Regelbeispiele für eine erforderliche Datenerhebung

Über den allgemeinen Auslegungsgrundsatz des § 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E hinaus legt § 32c Abs. 1 Satz 2 BDSG-E Regelbeispiele fest, bei deren Vorliegen davon auszugehen ist, dass die Datenerhebung erforderlich ist.¹⁷³ Erforderlich ist nach diesen Regelbeispielen das Erheben von Beschäftigtendaten, soweit deren Kenntnis für den Arbeitgeber erforderlich ist, um gesetzliche oder aufgrund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunft-, Offenlegungs- oder Zahlungspflichten zu erfüllen, § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BDSG-E.

Das Erheben von Daten während des Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BDSG-E ist demnach grundsätzlich erforderlich, um gegenüber dem Beschäftigten bestehende Pflichten zu erfüllen.

Ebenso ist eine Datenerhebung grundsätzlich erforderlich, um die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Arbeitgeberrechte wahrzunehmen, § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BDSG-E. Dies gilt beispielsweise für Arbeitgeberrechte im Rahmen der Leistungs- und Verhaltenskontrolle.

Beispiele: Um die Wahrnehmung solcher Arbeitgeberrechte kann es sich etwa bei der Ausübung des Weisungsrechts sowie bei Personal- oder Organisationsplanung handeln.¹⁷⁴ Auch Tor- oder Taschenkontrollen dürften unter diese Regelung fallen.

Eine Erhebung von Beschäftigtendaten ist allerdings auch im Rahmen der Regelbeispiele von § 32c Abs. 1 Satz 2 BDSG-E grundsätzlich nur dann zulässig, wenn sie verhältnismäßig ist.¹⁷⁵

c) *Verhältnismäßigkeit als grundlegender Maßstab der Erforderlichkeit einer Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis*

Wie sich aus § 32c Abs. 4 BDSG-E ergibt, ist die Verhältnismäßigkeit auch bei der Datenerhebung während des Beschäftigungsverhältnisses entscheidend. Das Erheben von Beschäftigtendaten ist dann verhältnismäßig, wenn es geeignet ist, um Zwecke der Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses zu erfüllen. Zudem darf es keine andere, gleich effektive Vorgehensweise geben, die weniger in die

173 BR-Drs. 535/10, S. 33.

174 BR-Drs. 535/10, S. 33.

175 BR-Drs. 535/10, S. 33.

Persönlichkeitsrechte des Betroffenen eingreift. Vor allem aber muss das fragliche Erheben von Beschäftigtendaten auch im Hinblick auf die betroffenen Interessen des Beschäftigten angemessen sein.

Praxistipp: Letztlich müssen Arbeitgeber hier zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der Datenerhebung zur Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses und den schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung abwägen.

d) Grundsatz der Direkterhebung und Verschweigen von Vorstrafen

§ 32c Abs. 1 Satz 2 BDSG-E erklärt §§ 32 Abs. 2 Satz 2 und 32 Abs. 6 BDSG-E auch bei der Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis für entsprechend anwendbar. Dieser Verweis bezieht sich zum einen darauf, dass Arbeitgeber auch im Rahmen eines laufenden Beschäftigungsverhältnisses keine Daten über Vorstrafen erheben dürfen, die bereits im Bundeszentralregister gelöscht sind.

Die entsprechende Geltung von § 32 Abs. 6 BDSG-E hingegen soll die Grundsätze der Direkterhebung und der Transparenz auch für das bestehende Beschäftigungsverhältnis betonen.¹⁷⁶ Auch im laufenden Beschäftigungsverhältnis muss der Arbeitgeber Beschäftigtendaten grundsätzlich beim Beschäftigten selbst erheben.¹⁷⁷ Allgemein zugängliche Daten darf der Arbeitgeber auch im laufenden Beschäftigungsverhältnis ohne Mitwirkung des Betroffenen erheben, falls er den Beschäftigten vor der Erhebung hierauf hingewiesen hat. Zudem darf kein schutzwürdiges Interesse des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung vorliegen, welches das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der Erhebung überwiegt.¹⁷⁸ Bei sonstigen Dritten – also bei Dritten, die keine allgemein verfügbaren Daten vorhalten – dürfen Arbeitgeber Beschäftigtendaten auch während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses nur nach vorheriger Einwilligung des Beschäftigten erheben.¹⁷⁹ Dies dürfte beispielsweise das Erfragen von Informationen bei einem ehemaligen Arbeitgeber betreffen.

¹⁷⁶ BR-Drs. 535/10, S. 33.

¹⁷⁷ § 32 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E.

¹⁷⁸ § 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E.

¹⁷⁹ § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E.

2. § 32c Abs. 2 BDSG-E: Erheben von Beschäftigtendaten zur Feststellung der Eignung für andere Tätigkeiten oder Arbeitsplätze

§ 32 Abs. 2 BDSG-E regelt das Erheben besonders schutzwürdiger Beschäftigtendaten im laufenden Beschäftigungsverhältnis.

Nach § 32c Abs. 2 BDSG-E sollen Arbeitgeber die Kriterien von § 32 Abs. 2 bis 5 BDSG-E auch bei der Feststellung der fachlichen Eignung für eine Veränderung der zu leistenden Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes entsprechend anwenden.¹⁸⁰ Die Beschränkung auf die fachliche Eignung und nicht auch die persönliche Eignung – wie etwa in § 32 Abs. 1 Satz 3 BDSG-E – erscheint nicht sonderlich sachgerecht. Eine wirkliche Einschränkung der Erhebungsmöglichkeiten dürfte allerdings vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, da § 32c Abs. 2 BDSG-E ja auf § 32 Abs. 1 Satz 3 BDSG-E verweist, der ja eben eine auf persönliche Fähigkeiten bezogene Datenerhebung vorsieht.

Damit gelten die in § 32 Abs. 2 bis 5 BDSG-E festgelegten Regeln auch für das Erheben von Beschäftigtendaten über die rassische und ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, die sexuelle Identität, die Gesundheit, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren auch für Tätigkeitsveränderungen oder Positionswechsel im laufenden Beschäftigungsverhältnis. Auch bei den in § 32 Abs. 2 BDSG-E genannten, besonders sensitiven Beschäftigtendaten müssen Arbeitgeber grundsätzlich einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Recht des Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung und dem Interesse des Arbeitgebers herstellen.

3. § 32c Abs. 3 BDSG-E: Erheben von Beschäftigtendaten durch ärztliche Untersuchung oder Eignungstest

§ 32c Abs. 3 BDSG-E regelt die Zulässigkeit von ärztlichen Untersuchungen oder Eignungstests im laufenden Beschäftigungsverhältnis. Die Regelung verweist auf § 32a Abs. 1 und Abs. 2 BDSG-E. Nach Maßgabe dieser Bestimmungen darf der Arbeitgeber eine ärztliche Untersuchung oder einen Eignungstest verlangen, soweit dies erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten im Hinblick auf seine weitere Tätigkeit zu überprüfen.

¹⁸⁰ BR-Drs. 535/10, S. 33.

a) *Teilnahme an einer ärztlichen Untersuchung oder einem Eignungstest verlangen*

Der Wortlaut der Regelung, nach dem der Arbeitgeber die Teilnahme des Beschäftigten an einer ärztlichen Untersuchung „*verlangen*“ darf, legt zwar nahe, dass § 32c Abs. 3 BDSG-E nicht nur aus Sicht des Datenschutzes¹⁸¹ eine Erhebung von Beschäftigtendaten erlaubt, sondern dem Arbeitgeber auch einen rechtlichen Anspruch auf die Teilnahme des Arbeitnehmers gibt.

Gegen die Annahme eines solchen verbindlichen Anspruchs des Arbeitgebers spricht allerdings, dass sowohl § 32a Abs. 1 BDSG-E als auch § 32a Abs. 2 BDSG-E eine Datenerhebung nur beim Vorliegen einer Einwilligung des Beschäftigten erlauben. Zudem wäre eine solche Auslegung arbeitsrechtlich kaum sachgerecht und schwerlich verhältnismäßig, da es letztlich dem Beschäftigten selbst überlassen bleiben muss, ob er an einer ärztlichen Untersuchung oder einem Eignungstest teilnimmt. Insofern erscheint der Wortlaut der Regelung nicht sonderlich präzise.

b) *Voraussetzungen einer ärztlichen Untersuchung oder eines Eignungstests im laufenden Beschäftigungsverhältnis*

Ärztliche Untersuchungen oder Eignungstests sind im bestehenden Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich nur zur Verwirklichung der in § 32c Abs. 3 BDSG-E genannten Zwecke zulässig. Sie müssen also erforderlich sein, um die Eignung des Beschäftigten zu überprüfen, wenn entweder tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Beschäftigten begründen oder wenn ein Wechsel der Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes des Beschäftigten beabsichtigt sind.

Praxistipp: Eine Eignungsüberprüfung nach § 32c Abs. 3 BDSG-E darf bei unveränderter Tätigkeit nicht anlasslos, sondern nur bei Zweifeln an der fortdauernden Eignung oder anlässlich eines beabsichtigten Wechsels der Tätigkeit des Beschäftigten oder seines Arbeitsplatzes erfolgen.¹⁸² Dies kann entweder im Rahmen eines beabsichtigten Wechsels der Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes der Fall sein, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Beschäftigten für seine derzeitigen Tätigkeiten begründen. Hier wird

181 Also vor allem im Hinblick auf das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des § 4 Abs. 1 BDSG.

182 BR-Drs. 535/10, S. 33.

sich die Frage stellen, unter welchen Umständen und bei welchen Berufen regelmäßige Alkohol- oder Drogentests künftig zulässig sind.¹⁸³ Eine Anwendung von § 32c Abs. 3 BDSG-E kommt auch in solchen Fällen grundsätzlich in Betracht. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Alkohol- oder Drogenabhängigkeit des Bewerbers seine Eignung für den fraglichen Arbeitsplatz in Frage stellen würde, etwa bei Verkehrspiloten, Kraftfahrern oder beim Umgang mit Maschinen, bei denen der Beschäftigte sich oder andere verletzen könnte.¹⁸⁴

Eine Datenerhebung nach § 32c Abs. 3 BDSG-E ist im laufenden Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich nur zulässig, soweit die Eignung nicht auf andere, weniger belastende Weise festgestellt werden kann.¹⁸⁵ Dies ergibt sich aus § 32c Abs. 4 BDSG-E, der vorschreibt, dass Art und Ausmaß der Datenerhebung im laufenden Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich im Hinblick auf den Zweck der Erhebung verhältnismäßig sein müssen.

c) Verhältnis zu anderen gesetzlichen Vorschriften

Auch bei der Auslegung von § 32c Abs. 3 BDSG-E muss man berücksichtigen, dass das BDSG ein Auffanggesetz ist. Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen bleiben nach der Gesetzesbegründung von § 32c Abs. 3 BDSG-E unberührt und richten sich nach der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge.¹⁸⁶ Zudem bleiben andere bundesgesetzliche Regelungen, die ärztliche oder sonstige Untersuchungen vorschreiben, anwendbar. Denn nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG gehen andere Rechtsvorschriften des Bundes, die den Umgang mit personenbezogenen Daten einschließlich deren Veröffentlichung regeln, den §§ 32–32l BDSG-E sowie den anderen Bestimmungen des BDSG grundsätzlich vor.

4. § 32c Abs. 4 BDSG-E: Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis

Gemäß § 32c Abs. 4 BDSG-E ist die Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis durch den Arbeitgeber nur zulässig, soweit ihre Art und ihr Ausmaß im Hinblick auf den Zweck der Datenerhebung verhältnismäßig sind. Die Regelung stellt auch für das laufende Beschäftigungsverhältnis klar,

¹⁸³ *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2371.

¹⁸⁴ Vgl. *Hunold*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 20.

¹⁸⁵ BR-Drs. 535/10, S. 33.

¹⁸⁶ BR-Drs. 535/10, S. 34.

dass Art und Ausmaß der Datenerhebung im Hinblick auf den dabei verfolgten Zweck verhältnismäßig sein müssen. Die Regelung in § 32c Abs. 4 BDSG-E entspricht weitgehend § 32 Abs. 7 BDSG-E, nach dem auch das Erheben von Beschäftigtendaten vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen muss.¹⁸⁷

Damit muss jede Erhebung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber auch während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses zur Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses geeignet, erforderlich und angemessen sein, vgl. hierzu die Kommentierung zu § 32 Abs. 7 BDSG-E.

§ 32d BDSG-E Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten verarbeiten und nutzen, soweit

- 1. sie nach den §§ 32, 32a oder 32c erhoben worden sind,**
- 2. dies erforderlich ist zur Erfüllung der Zwecke, für die die Daten erhoben worden sind, oder zur Erfüllung anderer Zwecke, für die der Arbeitgeber sie nach den Vorschriften dieses Unterabschnitts hätte erheben dürfen, und**
- 3. dies nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig ist.**

(2) Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber ohne Datenerhebung nach den §§ 32, 32a oder 32c erhalten hat, darf er nur verarbeiten und nutzen, soweit

- 1. dies für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich und nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig ist und**
- 2. er sie nach den §§ 32, 32a oder 32c hätte erheben dürfen.**

(3) ¹Der Arbeitgeber darf zur Aufdeckung von Straftaten oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen durch Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis, insbesondere zur Aufdeckung von Straftaten nach den §§ 266, 299, 331 bis 334 des Strafgesetzbuchs, einen auto-

¹⁸⁷ Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 754.

matisierten Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form mit von ihm geführten Dateien durchführen. ²Ergibt sich ein Verdachtsfall, dürfen die Daten personalisiert werden. Der Arbeitgeber hat die näheren Umstände, die ihn zu einem Abgleich nach Satz 1 veranlassen, zu dokumentieren. ³Die Beschäftigten sind über Inhalt, Umfang und Zweck des automatisierten Abgleichs zu unterrichten, sobald der Zweck durch die Unterrichtung nicht mehr gefährdet wird.

(4) ¹Ein Dritter, an den Beschäftigtendaten übermittlelt worden sind, darf diese nur für den Zweck verarbeiten und nutzen, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittlelt wurden. ²Der Arbeitgeber hat ihn darauf hinzuweisen.

(5) Der Arbeitgeber darf die nach § 32 Abs. 1 bis 6 sowie nach den §§ 32a und 32c Abs. 1 bis 3 erhobenen Beschäftigtendaten nicht in einer Weise verarbeiten und nutzen, dass sie durch die automatisierte Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten ein Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustandes des Beschäftigten ergeben.

§ 32d BDSG-E regelt das Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten im laufenden Beschäftigungsverhältnis.

1. § 32d Abs. 1 BDSG-E: Verarbeiten und Nutzen von nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhobenen Beschäftigtendaten

Die vorstehend erläuterten §§ 32, 32a und 32c–32e BDSG-E regeln das Erheben von Beschäftigtendaten vor und während des Beschäftigungsverhältnisses. Diese Vorschriften bestimmen dagegen nicht, was Arbeitgeber später zulässigerweise mit so erhobenen Beschäftigtendaten machen dürfen. Dieser weitere Schritt bestimmt sich nach § 32d Abs. 1 BDSG-E, der festlegt, unter welchen Voraussetzungen Arbeitgeber bereits erhobene Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis verwenden dürfen.

Neben der Grundregel des § 32d BDSG-E sehen die §§ 32e–32i BDSG-E noch Regeln zu besonderen Formen der Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis vor. Sie gelten beispielsweise bei einer heimlichen Datenerhebung, einer Videoüberwachung oder der Überwachung der betrieblichen Telekommunikation der Beschäftigten. Soweit diese Spezialvorschriften anwendbar sind, verdrängen sie den allgemeiner gefassten § 32d BDSG-E.

§ 32d BDSG-E regelt nicht, auf welche Weise solche Beschäftigtendaten verarbeitet oder genutzt werden dürfen, die Arbeitgeber nach den §§ 32e–32i BDSG-E erhoben haben. Diese Sondervorschriften für spezielle Arten der Datenerhebung enthalten jeweils eigene Regelungen zum Umgang der erhobenen Beschäftigtendaten. Das Verarbeiten und Nutzen heimlich erhobener Beschäftigtendaten ist etwa in § 32e Abs. 5 BDSG-E geregelt,¹⁸⁸ das Verarbeiten und Nutzen von mittels Videoüberwachung erhobenen Daten in § 32 Abs. 1 Satz 3 BDSG-E in Verbindung mit § 6b Abs. 3 BDSG.

a) Vorherige Erhebung nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E

Das Erheben und Verarbeiten von Beschäftigtendaten während des laufenden Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 32d Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E setzt zunächst voraus, dass der Arbeitgeber oder ein Dritter¹⁸⁹ diese Daten nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhoben hat.

b) Erforderlichkeit für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Das Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten ist nach § 32d Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E nur zur Verwirklichung derjenigen Zwecke zulässig, die in den §§ 32–32i BDSG-E ausdrücklich genannt sind. Für andere Zwecke kommen die Vorschriften des Unterabschnittes über den Beschäftigtendatenschutz als Rechtsgrundlage nicht in Betracht. Allerdings kann der Umgang mit Beschäftigtendaten für Zwecke, die außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses liegen, weiterhin nach § 28 BDSG gerechtfertigt sein. Sofern Arbeitgeber (oder für diese tätige Dritte) Beschäftigtendaten nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhoben haben, sind sie bei der Verarbeitung und Nutzung nicht allein an den konkreten Zweck der jeweiligen Datenerhebung gebunden. Vielmehr dürfen sie diese Beschäftigtendaten im Rahmen von § 32d Abs. 1 BDSG-E für alle in §§ 32–32i BDSG-E aufgeführten Zwecke verwenden.

Praxistipp: Die Frage, ob ein konkreter Umgang mit Beschäftigtendaten zulässig ist, hängt oftmals davon ab, ob das Vorhaben Zwecken

¹⁸⁸ § 32f BDSG-E enthält selbst keine Regelung zum Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten, die im Wege der Videoüberwachung erhoben wurden. Allerdings verweist § 32f Abs. 1 Satz 3 BDSG-E auf § 6b Abs. 3 BDSG, der das Erheben und Verarbeiten von mittels Videoüberwachung erhobenen Daten dann erlaubt, wenn dies zum Erreichen des verfolgten Zwecks (vgl. § 32f Abs. 1 Satz 1 BDSG-E) erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.

¹⁸⁹ Vgl. § 32i Abs. 2 BDSG-E.

des Beschäftigungsverhältnisses dient. Daher ist es für Unternehmen entscheidend, die in den §§ 32–32i BDSG-E genannten Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses im Einzelnen zu kennen. Die Vorschriften über den Beschäftigtenschutz nennen etwa folgende Zwecke:

- Festlegung der Eignung des Beschäftigten für eine vorgesehene Tätigkeit (§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E, § 32b Abs. 1 BDSG-E);
- Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (§ 32b Abs. 1 BDSG-E);
- zur Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses; insbesondere um gesetzliche oder aufgrund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- oder Zahlungspflichten zu erfüllen oder um gegenüber dem Beschäftigten bestehende Pflichten zu erfüllen oder um gegenüber dem Beschäftigten bestehende Rechte des Arbeitgebers einschließlich Leistungs- und Verhaltenskontrollen wahrzunehmen (§ 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E);
- zur Feststellung, ob der Beschäftigte fachlich geeignet ist, eine andere oder veränderte Tätigkeit aufzunehmen oder an einen anderen Arbeitsplatz zu wechseln (§ 32c Abs. 2 BDSG-E);
- zur Aufdeckung oder Verhinderung von Straftaten oder anderen schwerwiegenden Pflichtenverletzungen durch Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis (§ 32d Abs. 3 BDSG-E und § 32e Abs. 2 BDSG-E);
- zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen; etwa im Rahmen entsprechender Zutrittskontrollen, zur Wahrung des Hausrechts, zum Schutz des Eigentums, zur Sicherheit des Beschäftigten, zur Sicherung von Anlagen; oder zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebs oder zur Qualitätskontrolle (§ 32f Abs. 1 BDSG-E);
- zur Verwirklichung betrieblicher Gründe, insbesondere zur Wahrung der Sicherheit von Beschäftigten oder der Koordinierung des Einsatzes von Beschäftigten (§ 32g Abs. 1 Satz 1 BDSG-E) sowie zur Verwirklichung von Autorisierungs- und Authentifikationszwecken (§ 32h Abs. 1 BDSG-E);
- zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit; zu Abrechnungszwecken oder zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle (§ 32i Abs. 1 Satz 1 BDSG-E).

Es reicht im Rahmen von § 32d Abs. 1 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E grundsätzlich aus, wenn das Verarbeiten oder Nutzen zur Erfüllung anderer Zwecke erforderlich ist, zu deren Erfüllung der Arbeitgeber die Daten nach den Vorschriften der §§ 32–32i BDSG-E hätte erheben dürfen. Eine Prüfung der Voraussetzungen einer Zweckänderung (wie etwa nach § 28 Abs. 2 BDSG) ist nicht vorgeschrieben. Die Vorschrift soll es Arbeitgebern ersparen, die gleichen Beschäftigtendaten mehrfach für unterschiedliche Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zu erheben.¹⁹⁰

c) *Verhältnismäßigkeit des Verarbeitens oder Nutzens von Bewerberdaten*

§ 32d Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E stellt klar, dass Art und Ausmaß des Verarbeitens oder Nutzens der Beschäftigtendaten im Hinblick auf den verfolgten Zweck grundsätzlich verhältnismäßig sein müssen. Auch hier ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das wesentliche Kriterium für die Auslegung des Begriffs der Erforderlichkeit im Sinne von § 32d Abs. 1 BDSG-E.

2. § 32d Abs. 2 BDSG-E: Verarbeiten und Nutzen von nicht nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhobenen Beschäftigtendaten

§ 32d Abs. 2 BDSG-E regelt den Umgang mit Beschäftigtendaten, die nicht nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhoben wurden. Hierbei soll es ausweislich der Gesetzesbegründung unter anderem um solche Daten gehen, die der Arbeitgeber ungefragt von dem Beschäftigten selbst erhält oder die ihm auf andere Weise zugetragen werden oder zur Kenntnis gelangen, ohne dass der Arbeitgeber sie beschafft hätte.¹⁹¹ Das Erheben von Daten setzt grundsätzlich ein zielgerichtetes Vorgehen voraus, also ein aktives Handeln.¹⁹² § 32d Abs. 2 BDSG-E hingegen regelt das Erheben und Verarbeiten von Daten, die der Arbeitgeber ohne eigenes Zutun erlangt hat.

§ 32 Abs. 2 BDSG-E enthält keine Regelung für das Verarbeiten und Nutzen personenbezogener Daten, die Arbeitgeber nach §§ 32e–32i BDSG-E erhoben haben. Diese Vorschriften enthalten jeweils eigene Regelungen zur Verarbeitung und Nutzung der nach diesen Spezialvorschriften erhobenen Beschäftigtendaten.

¹⁹⁰ BR-Drs. 535/10, S. 34.

¹⁹¹ BR-Drs. 535/10, S. 34.

¹⁹² Vgl. *Buchner*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG, § 3 Rn. 26.

a) Erforderlich für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Zunächst muss das Verarbeiten oder Nutzen der fraglichen Informationen nach § 32d Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein. Auch hier ist die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme entscheidend für deren Erforderlichkeit.¹⁹³

b) Zulässigkeit einer Erhebung nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E

Arbeitgeber dürfen Beschäftigtendaten, die sie nicht nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhoben haben, nur dann weiter verarbeiten oder nutzen, wenn dies für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist und wenn sie diese Daten nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E hätten erheben dürfen. Hier sollen Arbeitgeber eine hypothetische Prüfung vornehmen und fragen, ob die die Beschäftigtendaten, die ihnen ohne ihr Zutun zur Kenntnis gelangt sind, nach den genannten Vorschriften hätten beschaffen dürfen.

Praxistipp: Wenn ein Arbeitgeber künftig Beschäftigtendaten verarbeiten oder nutzen möchte, die er ohne eine zielgerichtete Datenerhebung nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erlangt hat, muss er eine nicht ganz einfache rechtliche Zulässigkeitsprüfung vornehmen. Zunächst muss der Arbeitgeber feststellen, ob die Verarbeitung oder Nutzung für Zwecke der Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses geeignet, erforderlich und angemessen ist (vgl. hierzu die Kommentierung zu § 32 Abs. 7 BDSG-E). Auf einer zweiten Stufe muss der Arbeitgeber dann prüfen, ob er die fraglichen Daten unter den Voraussetzungen der §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E hätte erheben dürfen. Falls beispielsweise einem Arbeitgeber Beschäftigtendaten zugespielt werden, die einem sozialen Netzwerk entstammen, das der privaten elektronischen Kommunikation dient (z.B. Facebook), wird er diese Information in aller Regel wegen § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E nicht weiter verarbeiten oder nutzen dürfen. Bei dieser hypothetischen Zulässigkeitsprüfung sollten Arbeitgeber insbesondere auch § 32 Abs. 2 BDSG-E beachten, der besonders sensible Beschäftigtendaten schützt.

¹⁹³ BR-Drs. 535/10, S. 34.

c) *Benachrichtigung des Beschäftigten*

Neben den Vorschriften des Beschäftigtendatenschutzes müssen Arbeitgeber auch die allgemeinen Regelungen des BDSG beachten. Dies gilt etwa für Benachrichtigungspflichten oder Auskunftsrechte der Beschäftigten. Die Gesetzesbegründung verweist für die Speicherung von nicht nach §§ 32, 32a oder 32c BDSG-E erhobenen Beschäftigtendaten auf die Anwendbarkeit von § 33 BDSG.¹⁹⁴ Diese Bestimmung enthält eine allgemeine Benachrichtigungspflicht bei der erstmaligen Speicherung personenbezogener Daten für eigene Zwecke ohne Kenntnis des Betroffenen. In diesem Fall muss die verantwortliche Stelle – hier also der Arbeitgeber – den Betroffenen umfassend unterrichten.

Praxistipp: Die Unterrichtungspflicht nach § 33 Abs. 1 Satz 1 BDSG betrifft die Tatsache der Speicherung selbst, die Art der Daten, die Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung und die Identität der verantwortlichen Stelle. Allerdings sieht § 33 Abs. 2 BDSG eine ganze Reihe von Sachverhalten vor, bei deren Vorliegen von einer Benachrichtigung abgesehen werden kann. Dies gilt etwa dann, wenn der Betroffene auf andere Weise Kenntnis von einer Speicherung oder Übermittlung seiner Daten erlangt hat.

3. § 32d Abs. 3 BDSG-E: Automatisierter Abgleich von Beschäftigtendaten zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen

§ 32d Abs. 3 BDSG-E regelt eine besondere Form der Nutzung von Beschäftigtendaten. Sie ermöglicht Datenabgleiche für Zwecke der Compliance¹⁹⁵ beziehungsweise der Korruptionsprävention.¹⁹⁶ Die Regelung erlaubt es Arbeitgebern, Beschäftigtendaten unter bestimmten Voraussetzungen in automatisierter Form mit anderen Dateien abzugleichen.

¹⁹⁴ BR-Drs. 535/10, S. 34.

¹⁹⁵ Vgl. zum Begriff der „Compliance“ *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 9, sowie *Schmidt*, Compliance in Kapitalgesellschaften, 2010, S. 18 ff.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrats zum Gesetzesentwurf, BR-Drs. 535/10 (B), S. 5.

Beispiel: § 32d Abs. 3 BDSG-E bezieht sich in erster Linie auf sogenannte Datenscreenings mittels Verfahren wie etwa Data Mining oder OLAP.¹⁹⁷

a) *Zweck des Datenabgleichs*

Ein Datenabgleich kann nur zu dem in § 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E genannten Zweck der Aufdeckung von Straftaten oder anderer schwerwiegender Pflichtverletzungen zulässig sein. Schwerwiegend bedeutet hierbei, dass leichte oder mittlere Pflichtverletzungen nicht ausreichen.¹⁹⁸ Als Beispiele für solche Pflichtverletzungen nennt die Bestimmung die §§ 266, 299 sowie §§ 331–334 StGB. Auch die Begehung einer Ordnungswidrigkeit im Beschäftigungsverhältnis kann ausreichend sein, falls diese von entsprechender Erheblichkeit ist.¹⁹⁹ Die in § 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E aufgezählten Strafnormen sollen deutlich machen, dass die Bestimmung eine Grundlage für die Korruptionsbekämpfung und die Durchsetzung von Compliance-Anforderungen darstellt.²⁰⁰ Compliance soll im Rahmen dieser Vorschrift die Einhaltung aller relevanten Gesetze, Verordnungen, Richtlinien und Selbstverpflichtungen durch ein Unternehmen betreffen.²⁰¹

Allerdings sind die zulässigen Zwecke eines automatisierten Abgleichs unter Verwendung von Beschäftigtendaten wohl auf die Aufdeckung und nicht die Verhinderung von Pflichtverletzungen beschränkt; § 32d Abs. 3 BDSG-E erstreckt sich nach seinem Wortlaut nicht auf den Bereich der präventiven Compliance.²⁰² Die für einen Datenabgleich notwendigen aufzudeckenden schwerwiegenden Pflichtverletzungen müssen zudem in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Der Wortlaut von § 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E lässt nicht ausdrücklich erkennen, dass der Datenabgleich zur Verwirklichung der Aufdeckung der genannten schwerwiegenden Pflichtverletzung „erforderlich“ sein muss. Anders als beispielweise § 32e Abs. 2 BDSG-E setzt der Wortlaut von

197 Vgl. hierzu *Heinson/Schmidt*, CR 2010, 540.

198 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

199 BR-Drs. 535/10, S. 35.

200 BR-Drs. 535/10, S. 35. Vgl. hierzu auch die sehr gelungene Gesamtdarstellung von *Schmidt*, *Compliance in Kapitalgesellschaften*, 2010.

201 BR-Drs. 535/10, S. 35.

202 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 754; anders sieht dies *Sasse*, *ArbRB* 2010, 309, 310.

§ 32d Abs. 3 BDSG-E nicht voraus, dass der Datenabgleich erforderlich sein muss, um den Zweck der Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen durch Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis zu verwirklichen. Zudem enthält die Bestimmung weder einen Verweis auf die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder schutzwürdiger Interessen der Betroffenen. Dies lässt jedoch nicht den Schluss zu, dass Datenabgleiche nach § 32d Abs. 3 BDSG-E nicht zur Aufdeckung der in Frage stehenden schwerwiegenden Pflichtverletzungen geeignet, erforderlich und angemessen sein müssten. Auch hier gilt das allgemeine Prinzip des datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.²⁰³ Vgl. hierzu die Kommentierung zu § 32 Abs. 7 BDSG-E.

Zweckmäßigerweise sollte man die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung großzügig auslegen. Richtigerweise sollte man an die Durchführung automatisierter Datenabgleiche nach § 32d Abs. 3 BDSG-E keine allzu hohen Anforderungen bezüglich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit stellen. Zudem dürfte ein sachgerecht ausgestalteter und auf das zur Verwirklichung der in § 32d Abs. 3 BDSG-E genannten Zwecke notwendige Maß beschränkter Datenabgleich die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Beschäftigten in der Regel auch angemessen berücksichtigen.

Praxistipp: Im Ergebnis wird die Zulässigkeit automatisierter Datenabgleiche nach § 32d Abs. 3 BDSG-E vor allem durch die Art und Ausgestaltung dieser Datenverarbeitungen entschieden werden. Hier kommt auf Compliance-Abteilungen, Personal- und Datenschutzbeauftragte künftig viel Detailarbeit zu. Oftmals wird es sich hierbei empfehlen, vor der Durchführung solcher Datenabgleiche Datenschutzspezialisten hinzuzuziehen.

b) Durchführung des Datenabgleichs

Falls der Arbeitgeber einen der in § 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E genannten Zwecke verfolgt, kann er einen in angemessener Weise ausgestalteten (vgl. § 3a BDSG) automatisierten Abgleich von Beschäftigendaten mit anderen bei dem Arbeitgeber gespeicherten Dateien durchführen. Hierbei müssen die Beschäftigendaten anonymisiert oder pseudonymisiert werden.

Anonymisiert sind personenbezogene Daten gemäß § 3 Abs. 6 BDSG dann, wenn sie so verändert sind, dass sich Einzelangaben über persönliche oder

²⁰³ So auch *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand einer bestimmbar Person zugeordnet werden können.

Gemäß § 3 Abs. 6a BDSG ist Pseudonymisieren das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch Kennzeichen mit dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren. Hierbei geht es um eine Verschlüsselung derjenigen Merkmale einer Person, die deren Identifizierung erlauben würden. Der Gesetzesentwurf bestimmt nicht, ab welcher Schwelle die Bestimmung des Betroffenen hinreichend erschwert ist, um eine Anonymisierung im Sinne von § 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E darzustellen.

Praxistipp: Auch bei der Frage, ob Beschäftigtendaten in hinreichendem Maße pseudonymisiert sind, ist letztlich wieder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entscheidend.²⁰⁴ Aus der Definition pseudonymisierter Daten aus § 3 Abs. 6a BDSG ergibt sich zudem, dass die Möglichkeit der Zuordnung ausgeschlossen oder wesentlich erschwert sein muss.²⁰⁵

Erst wenn sich ein Verdachtsfall ergibt, darf der Arbeitgeber die zuvor anonymisierten oder pseudonymisierten Beschäftigtendaten personalisieren. Nur dann, wenn sich bei dem Abgleich Auffälligkeiten ergeben, die auf mögliche schwerwiegende Pflichtverletzungen hindeuten, dürfen Arbeitgeber die pseudonymisierten Beschäftigtendaten also wieder personalisieren.

Bei anonymisierten Daten scheidet eine Wiederherstellung des Personenbezugs im Sinne von § 3 Abs. 1 BDSG in der Praxis allerdings aus. Denn anonymisierte Daten zeichnen sich gemäß § 3 Abs. 6 BDSG ja gerade dadurch aus, dass sie nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand wieder einer bestimmbar natürlichen Person zugeordnet werden können.²⁰⁶

c) Mitbestimmung des Betriebsrats

§ 32i Abs. 3 BDSG-E stellt klar, dass die Rechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten auch im Rahmen von automatisierten Datenabgleichen unberührt bleiben. Die §§ 32–32i BDSG-E können etwa die Mitbestim-

204 *Wybitul*, BB 2010, 1085; *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

205 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

206 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

mungsrechte von Betriebsräten nicht einschränken. Vgl. hierzu die Kommentierung zu § 32l Abs. 3 BDSG-E.

Praxistipp: Falls im Betrieb des Arbeitgebers ein Betriebsrat eingerichtet ist, kann die Durchführung eines kollektiven Abgleichs von Arbeitnehmerdaten auch nach § 32d Abs. 3 BDSG-E mitbestimmungspflichtig sein. Gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegen technische Maßnahmen zur Kontrolle von Arbeitnehmern der betrieblichen Mitbestimmung. Für viele Unternehmen dürfte es in der Praxis ratsam sein, die Rahmenbedingungen für Maßnahmen zum Abgleich von Arbeitnehmerdaten in Betriebsvereinbarungen festzulegen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats erstreckt sich allerdings grundsätzlich nicht auf leitende Angestellte, § 5 Abs. 3 Satz 1 BDSG.²⁰⁷

d) Dokumentation und Unterrichtung der Beschäftigten

Der Arbeitgeber muss die näheren Umstände dokumentieren, die ihn zur Durchführung eines Datenabgleichs veranlassen, § 32d Abs. 3 Satz 3 BDSG-E. Der Wortlaut der Regelung besagt nicht, dass konkrete Verdachtsmomente vorliegen müssen, damit der Arbeitgeber einen Abgleich durchführen darf. Vielmehr muss der Arbeitgeber die Beweggründe nachweisen, wegen denen er den Abgleich vornimmt. Dies legt nahe, dass Datenabgleiche auch zu Zwecken der routinemäßigen Korruptionsbekämpfung oder aus allgemeinen Compliance-Erwägungen zulässig sind.

Der Arbeitgeber muss die betroffenen Beschäftigten über Inhalt, Umfang und Zweck des automatisierten Datenabgleichs informieren. Sobald der Zweck des Datenabgleichs dadurch nicht mehr gefährdet werden kann, muss der Arbeitgeber die Beschäftigten gemäß § 32d Abs. 3 Satz 4 BDSG-E unterrichten. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen die Dokumentations- und die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers dem Transparenzgebot Rechnung tragen.²⁰⁸

Ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-E dar.

²⁰⁷ Vgl. zur Durchführung von Kontrollmaßnahmen bei leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG und zur Zuständigkeit des Sprecherausschusses *Thüsing*, Arbeitnehmerschutz und Compliance, Rn. 530.

²⁰⁸ BR-Drs. 535/10, S. 35.

Praxistipp: Arbeitgeber sollten die Pflicht zur Dokumentation der Hintergründe von Datenabgleichen und zur Information der Beschäftigten über deren Inhalt, Umfang und Zweck unbedingt beachten. Die Dokumentation sollte schriftlich oder elektronisch und in einer Art und Weise erfolgen, dass der Arbeitgeber im Falle von späteren Nachfragen oder Streitigkeiten die Zulässigkeit seines Vorgehens belegen kann.

Zudem erleichtert eine gründliche Dokumentation auch die vorgeschriebene Unterrichtung der betroffenen Beschäftigten ganz erheblich. Bereits eine unrichtige oder unvollständige Unterrichtung nach § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-E in Verbindung mit § 43 Abs. 3 BDSG kann mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

In aller Regel dürften die Datenabgleiche nach § 32d Abs. 3 BDSG-E besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Beschäftigten aufweisen und daher einer Vorabkontrolle nach § 4d Abs. 5 BDSG unterliegen. Soweit der Arbeitgeber einen Datenschutzbeauftragten bestellt hat, ist dieser für die Durchführung der Vorabkontrolle verantwortlich, § 4d Abs. 6 BDSG. Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 BDSG müssen nicht-öffentliche Stellen, die automatisierte Verarbeitungen vornehmen, die einer Vorabkontrolle unterliegen, stets einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestellen. Kommt die verantwortliche Stelle diese Pflicht nicht nach, droht gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 2 BDSG eine Geldbuße von bis zu 50.000 Euro.

e) Notwendigkeit zur Durchführung einer Vorabkontrolle?

§ 32d Abs. 3 BDSG-E enthält – anders als etwa § 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E – keine ausdrückliche Regelung zur Frage nach der gegebenenfalls notwendigen Durchführung einer Vorabkontrolle. Allerdings ist eine Vorabkontrolle gemäß § 4d Abs. 5 BDSG stets dann durchzuführen, wenn eine Datenverarbeitung besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweist.²⁰⁹ Bei einem Datenabgleich nach § 32d Abs. 3 BDSG-E dürfte dies der Regelfall sein. Allein die Tatsache, dass der Wortlaut von § 32d Abs. 3 BDSG-E nicht auf das mögliche Erfordernis zur vorherigen Durchführung einer Vorabkontrolle hinweist, lässt nicht den Schluss zu, dass dies nicht vorgesehen wäre. Denn die allgemeinen Vorschriften des BDSG bleiben insoweit anwendbar, als sie nicht durch Spezialregelungen zum Beschäftigtendatenschutz verdrängt werden.

²⁰⁹ Vgl. hierzu etwa *Scheja*, in: Taeger/Gabel, BDSG, Rn. 60 ff.

4. § 32d Abs. 4 BDSG-E: Zweckbindung bei Übermittlung von Beschäftigtendaten an Dritte

§ 32d Abs. 4 BDSG-E ist eine Sonderregelung zu § 28 Abs. 5 BDSG für Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses an Dritte übermittelt.

§ 32d Abs. 4 Satz 1 BDSG-E regelt die Zweckbindung bei der Übermittlung von Beschäftigtendaten an Dritte. Wenn der Arbeitgeber Beschäftigtendaten an Dritte übermittelt, unterliegt dieser Dritte hinsichtlich des Verarbeitens und Nutzens dieser Daten Beschränkungen. Der Dritte darf die Beschäftigtendaten allein für den Zweck verarbeiten und nutzen, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt wurden. Gemäß § 32d Abs. 4 Satz 2 BDSG-E muss der Arbeitgeber den Dritten zudem auf diese Zweckbindung hinweisen.

Praxistipp: Gemäß § 27 Abs. 3 BDSG-E gilt § 32d Abs. 4 BDSG-E nur für solche Beschäftigtendaten, die der Arbeitgeber für Zwecke eines Beschäftigungsverhältnisses an Dritte übermittelt, beispielsweise im Rahmen der Personalbuchhaltung an ein Lohnbüro. Das Verarbeiten oder Nutzen von Beschäftigtendaten für Zwecke, die außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses liegen, richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des BDSG und nicht nach §§ 32–32l BDSG-E.²¹⁰ Hierzu zählen insbesondere zweckändernde Übermittlungen,²¹¹ etwa wenn der Arbeitgeber einzelne Beschäftigtendaten im Rahmen einer Due Diligence zur Vorbereitungen eines Unternehmensverkaufs an Kaufinteressenten übermittelt.

5. § 32d Abs. 5 BDSG-E: Verbot der automatisierten Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten zur Erstellung eines Gesamtbildes

§ 32d Abs. 5 BDSG-E beschränkt die Zulässigkeit der automatisierten Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten von Beschäftigten. Die Bestimmung soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützen und die sonstigen Regelungen über die Erhebung und Verwendung von Beschäftigtendaten ergänzen.²¹² Arbeitgeber dürfen einzelne

²¹⁰ BR-Drs. 535/10, S. 35.

²¹¹ BR-Drs. 535/10, S. 35.

²¹² BR-Drs. 535/10, S. 35.

Lebens- und Personaldaten nicht in einer Weise automatisiert zusammenführen, dass diese ein Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustandes des Beschäftigten ergeben.

Beispiele: Eine automatisch erstellte Aufstellung von krankheitsbedingten Fehlzeiten dürfte hingegen nicht unter § 32d Abs. 5 BDSG-E fallen. Denn eine solche Aufstellung gibt nur einen beschränkten Überblick über den Gesundheitszustand des Beschäftigten und stellt kein Gesamtbild dar.

Ähnliches gilt für Aufstellungen von Fertigungszahlen bei Akkordarbeit. Solche Übersichten stellen keine Gesamtbilder wesentlicher Eigenschaften von Beschäftigten dar. Auch eine regelmäßige Leistungsbeurteilung von Beschäftigten fällt richtigerweise nicht unter § 32d Abs. 5 BDSG-E. Denn derartige Leistungsbeurteilungen beruhen in der Praxis vor allem auf persönlichen Einschätzungen von Vorgesetzten und damit nicht auf einer automatisierten Zusammenführung der Daten des einzelnen Beschäftigten.

§ 32e BDSG-E Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis

(1) Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten nur mit Kenntnis des Beschäftigten erheben.

(2) Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten ohne Kenntnis des Beschäftigten nur erheben, wenn

1. Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder eine andere schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, die den Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, und

2. die Erhebung erforderlich ist, um

die Straftat oder die andere schwerwiegende Pflichtverletzung aufzudecken oder um damit im Zusammenhang stehende weitere Straf-

taten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen des Beschäftigten zu verhindern.

(3) ¹Die Erhebung nach Abs. 2 muss nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass verhältnismäßig sein. ²Sie ist nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise erschwert oder weniger erfolgversprechend wäre. ³Die Erhebung ist abubrechen, wenn der Zweck nicht zu erreichen ist; sie ist zu unterbrechen, wenn der Zweck nur vorübergehend nicht zu erreichen ist. ⁴Die Dauer ist auf das Unerlässliche zu beschränken.

(4) ¹In den Fällen des Absatzes 2 ist die Erhebung von Beschäftigten-daten unzulässig, wenn sie erfolgt mit Hilfe

1. einer planmäßig angelegten Beobachtung, die länger als 24 Stunden ohne Unterbrechung oder an mehr als vier Tagen stattfinden soll,

2. technischer Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes oder

3. sonstiger besonderer technischer Mittel, die für Beobachtungszwecke bestimmt sind.

²Satz 1 Nr. 3 gilt nicht für den Einsatz von Ferngläsern und Fotoapparaten.

(5) ¹Der Arbeitgeber darf die nach Abs. 2 erhobenen Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, verarbeiten und nutzen. ²Die den Verdacht begründenden Tatsachen sind vor der Datenerhebung zu dokumentieren. ³Die näheren Umstände der Datenerhebung nach den Absätzen 2 bis 4 sind unverzüglich nach der Datenerhebung zu dokumentieren. ⁴§ 4d Abs. 5 ist anzuwenden. ⁵Der Beschäftigte ist über die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zu unterrichten, sobald deren Zweck durch die Unterrichtung nicht mehr gefährdet wird.

(6) ¹Die Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen. ²Der Grund der Speicherung der Daten und die Löschung sind zu dokumentieren. ³Die Dokumentation darf ausschließlich für Zwecke der Datenschutzkontrolle verwendet werden. ⁴Die Dokumentation ist zu löschen, wenn sie für diese Zwecke nicht mehr erforderlich ist, spätestens jedoch am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Dokumentation folgt.

(7) ¹Daten, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, darf der Arbeitgeber nicht erheben, verarbeiten oder nutzen. ²Wurden solche Daten entgegen Satz 1 gespeichert, sind sie unverzüglich zu löschen. ³Abs. 6 Satz 2 bis 4 ist entsprechend anzuwenden.

§ 32e BDSG-E schreibt vor, dass Arbeitgeber Beschäftigtendaten grundsätzlich nur mit Kenntnis des Betroffenen erheben dürfen und unter welchen engen Voraussetzungen sie von diesem Grundsatz ausnahmsweise abweichen dürfen.

1. § 32e Abs. 1 BDSG-E: Transparenzgebot bei der Erhebung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis

Gemäß § 32e Abs. 1 BDSG-E dürfen Arbeitgeber Beschäftigtendaten grundsätzlich nur mit Kenntnis des Beschäftigten erheben.²¹³ Damit schreibt der Gesetzgeber beim Sammeln von Beschäftigtendaten im laufenden Beschäftigungsverhältnis ein hohes Maß an Transparenz vor.

Die Bestimmung ergänzt die allgemeinen Regelungen zur Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nach § 4 Abs. 2 und 3 BDSG.²¹⁴ Nach dem in § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG geregelten Grundsatz der Direkterhebung sind personenbezogene Daten grundsätzlich unmittelbar beim Betroffenen zu erheben. § 4 Abs. 2 Satz 2 BDSG regelt Ausnahmen von dieser Vorgabe, bei deren Vorliegen die verantwortliche Stelle personenbezogene Daten auch ohne Mitwirkung des Betroffenen erheben darf. Die Kenntnis der Beschäftigten von der Erhebung setzt nicht zwingend eine entsprechende gesonderte vorherige Unterrichtung durch den Arbeitgeber voraus. Kenntnis haben die Beschäftigten etwa auch dann, wenn sie ihre Daten selbst angegeben oder in eine Erhebung eingewilligt haben.²¹⁵

Ohne Kenntnis des Beschäftigten dürfen Arbeitgeber nur in den in § 32d Abs. 2 BDSG-E geregelten Fällen personenbezogene Daten des Beschäftigten erheben.²¹⁶

²¹³ Vgl. *Thüsing*, NZA 2011, 16.

²¹⁴ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 36.

²¹⁵ *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 755.

²¹⁶ BR-Drs. 535/10, S. 36.

2. § 32e Abs. 2 BDSG-E: Voraussetzungen einer heimlichen Erhebung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis

§ 32e Abs. 2 BDSG-E ist eine Ausnahmebestimmung zu § 32e Abs. 1 BDSG-E. Sie regelt das ausnahmsweise Erheben von Beschäftigtendaten ohne Kenntnis des Beschäftigten. Das heimliche Beschaffen von Beschäftigtendaten soll danach nur unter engen Voraussetzungen erlaubt sein. Die Vorschrift betrifft auch Datenerhebungen, für die sich der Arbeitgeber Dritter bedient. Dies betrifft etwa Privatdetektive²¹⁷ oder auf unternehmensinterne Ermittlungen spezialisierte Rechtsanwälte.

a) *Verdacht von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis*

Das heimliche Erheben von Beschäftigtendaten nach § 32e Abs. 2 BDSG-E ist ausschließlich zu Zwecken der Aufdeckung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis zulässig.

aa) Verdacht einer Pflichtverletzung

Gemäß § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E kommt das heimliche Erheben von Beschäftigtendaten nur dann in Betracht, wenn Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat.

Beispiele: Eine bloße Vermutung, die nicht auf konkrete Tatsachen gestützt ist, reicht nicht aus. Es müssen vielmehr konkrete Indizien vorliegen, die einen Verdacht gegen einen oder mehrere Beschäftigte begründen.²¹⁸ Dieser Verdacht muss sich nach der Gesetzesbegründung nicht auf einen bestimmten Beschäftigten beziehen, sondern kann sich auch gegen eine Gruppe von Beschäftigten richten.²¹⁹ In diesem Fall ist jeder Beschäftigte dieser Gruppe betroffen und kann Gegenstand einer heimlichen Datenerhebung im laufenden Beschäftigungsverhältnis sein.²²⁰

217 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 37; dies ergibt sich auch aus § 32i Abs. 2 BDSG-E.

218 BR-Drs. 535/10, S. 36.

219 BR-Drs. 535/10, S. 36.

220 Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 36.

bb) Pflichtverletzung im Beschäftigungsverhältnis

Der Beschäftigte muss die schwerwiegende Pflichtverletzung im Beschäftigungsverhältnis begangen haben; es muss also ein Bezug zwischen Pflichtverletzung und Beschäftigungsverhältnis bestehen. Eine Straftat, die ein Beschäftigter in seiner Freizeit begeht und die keine Auswirkungen auf die Tätigkeit für seinen Arbeitgeber hat, fällt prinzipiell nicht unter § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E.

cc) Schwerwiegende Pflichtverletzung

Als Voraussetzung für eine heimliche Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis fordert § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E den Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung. Damit stellt sich die Frage, wann eine Pflichtverletzung hinreichend schwerwiegend ist, um das Sammeln von Daten ohne Kenntnis des Beschäftigten zu erlauben.

Als Beispiel für eine hinreichend schwerwiegende Pflichtverletzung nennt § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E Straftaten. Auch die Begehung einer Ordnungswidrigkeit im Beschäftigungsverhältnis soll nach der Gesetzesbegründung ausreichen, wenn sie von entsprechender Erheblichkeit ist.²²¹ Die vermutete Pflichtverletzung muss so schwerwiegend sein, dass sie den Arbeitgeber zu einer Kündigung nach § 626 BGB berechtigen könnte.

Dies bedeutet jedoch richtigerweise nicht, dass dem Arbeitgeber bereits Tatsachen vorliegen müssten, die eine Verdachtskündigung rechtfertigen würden. Vielmehr legt der Wortlaut von § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E eine andere Auslegung nahe.

Das Bundesarbeitsgericht stellt die Voraussetzungen einer Kündigung nach § 626 BGB im Rahmen einer zweistufigen Prüfung fest.²²² Die Pflichtverletzung muss zunächst grundsätzlich geeignet sein, um eine Kündigung aus wichtigem Grund zu erlauben, sogenannter „abstrakter“ Kündigungsgrund. Erst wenn feststeht, dass das in Frage stehende Verhalten generell geeignet ist, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, prüft das Gericht im Rahmen einer konkreten Interessenabwägung, ob die Kündigung im jeweiligen Einzelfall zulässig war.

Im sogenannten Fall „Emmely“ formuliert das BAG dies so: *„Das Gesetz kennt auch im Zusammenhang mit strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers keine absoluten Kündigungsgründe. Es bedarf stets einer umfassenden*

221 BR-Drs. 535/10, S. 36.

222 Vgl. BAG, NZA 1985, 91 ff.

*den, auf den Einzelfall bezogenen Prüfung und Interessenabwägung dahin gehend, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses trotz der eingetretenen Vertrauensstörung (...) zumutbar ist oder nicht.*²²³

Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer heimlichen Datenerhebung nach § 32e Abs. 2 BDSG-E dürfte es allein auf den Verdacht eines abstrakten Kündigungsgrundes ankommen. Denn für die Vornahme einer konkreten Interessenabwägung liegen dem Arbeitgeber bislang ja eben keine hinreichenden Fakten vor.

Die Frage nach dem Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung gemäß § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E ist ein abstrakter Rechtsbegriff, der losgelöst von der Wirksamkeit einer möglicherweise später ausgesprochenen Kündigung zu prüfen ist. Eine Interessenabwägung im Rahmen der heimlichen Datenerhebung findet allein bei der Prüfung der Erforderlichkeit nach § 32e Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E statt, nicht bei der Frage nach dem Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung. Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut der Bestimmung, die vorsieht, dass die Pflichtverletzung den Arbeitgeber „*bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde*“. Die Bezugnahme auf „*einen Arbeitnehmer*“ und nicht auf „*den Arbeitnehmer*“ deutet ebenfalls auf das Erfordernis eines abstrakten Kündigungsgrundes hin.

b) Erforderlich zur Aufdeckung begangener oder zur Verhinderung weiterer Pflichtverletzungen

Gemäß § 32e Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E muss die Erhebung zudem zur Aufdeckung oder Verhinderung schwerwiegender Pflichtverletzungen erforderlich sein. Die Datenerhebung muss also auf den Zweck ausgerichtet sein, eine bereits begangene schwerwiegende Pflichtverletzung aufzudecken oder mögliche zukünftige schwerwiegende Pflichtverletzungen zu verhindern, die mit bereits begangenen Verstößen in einem Zusammenhang stehen.

Zur Verhinderung künftiger Pflichtverletzungen kann eine Datenerhebung nach der Entwurfsbegründung etwa erforderlich sein, um systematische Strukturen, auf deren Grundlage breit angelegte Korruption betrieben wird, aufzubrechen und damit diesen Weg für weitere Taten zu versperren.²²⁴ Auch im Rahmen von § 32e Abs. 2 BDSG-E ist der Verhältnismäßigkeits-

223 BAG, Urt. v. 10.6.2010 – 2 AZR 541/09.

224 BR-Drs. 535/10, S. 36.

grundsatz das maßgebliche Kriterium zur Feststellung, ob eine heimliche Datenerhebung erforderlich ist.²²⁵

c) *Notwendigkeit zur Durchführung einer Vorabkontrolle?*

Anders als beispielsweise § 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E enthält § 32e Abs. 2 BDSG-E keine ausdrückliche Regelung, ob vor der fraglichen Datenerhebung eine Vorabkontrolle durchzuführen ist. Eine solche Vorabkontrolle ist gemäß § 4d Abs. 5 BDSG stets dann durchzuführen, wenn eine Datenverarbeitung besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweist.²²⁶ Bei einer Datenerhebung nach § 32e Abs. 2 BDSG-E dürfte eine Vorabkontrolle damit in der Regel vorgeschrieben sein.

3. § 32e Abs. 3 BDSG-E: Verhältnismäßigkeit der heimlichen Erhebung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis

Gemäß § 32e Abs. 3 Satz 1 BDSG-E müssen Art und Ausmaß der heimlichen Erhebung von Beschäftigtendaten nach § 32e Abs. 2 BDSG-E im Hinblick auf den Anlass verhältnismäßig sein. Mit Anlass ist der durch Tatsachen begründete Verdacht gemeint, dass der Beschäftigte eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Beschäftigungsverhältnis begangen hat.²²⁷

§ 32e Abs. 3 Satz 2 BDSG-E stellt klar, dass die heimliche Erhebung von Beschäftigtendaten wegen schwerwiegender Pflichtverletzungen nur zulässig ist, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise erschwert oder weniger erfolgversprechend wäre. Die heimliche Datenerhebung muss also das mildeste Mittel zur Aufklärung der bestehenden Verdachtsmomente darstellen.

Praxistipp: Falls der Erfolg weiterer Aufklärungsmaßnahmen hierdurch nicht gefährdet wird, sollten Arbeitgeber zunächst versuchen, den Sachverhalt auch durch Befragung des oder der betroffenen Beschäftigten aufzuklären.

Der Arbeitgeber muss die Erhebung abbrechen, wenn der Zweck der Sachverhaltsaufklärung nicht mehr verwirklicht werden kann; kann er den

²²⁵ Vgl. § 32e Abs. 3 BDSG-E.

²²⁶ Vgl. hierzu etwa *Scheja*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 4d Rn. 60 ff.

²²⁷ Vgl. § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E.

Zweck der Erhebung nur vorübergehend nicht mehr erreichen, muss der Arbeitgeber die Erhebung unterbrechen, § 32e Abs. 3 Satz 3 BDSG-E.

Auch in zeitlicher Hinsicht darf die heimliche Datenerhebung das unbedingt nötige Maß gemäß § 32 Abs. 3 Satz 4 BDSG-E nicht überschreiten.

4. § 32e Abs. 4 BDSG-E: Unzulässige heimliche Erhebung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis

§ 32i Abs. 4 Satz 1 BDSG-E enthält Fallbeispiele, bei deren Vorliegen das heimliche Erheben von Beschäftigtendaten gemäß § 32e Abs. 2 BDSG-E stets unverhältnismäßig und damit unzulässig ist. Die Bestimmung schränkt das erlaubte zeitliche Ausmaß sowie die zulässigen Mittel einer heimlichen Datenerhebung ein.

Beispiele: Eine einzelne planmäßig angelegte Beobachtung darf, unabhängig von der Art der eingesetzten Mittel, nicht länger als 24 Stunden ohne Unterbrechung oder mehr als vier Tagen andauern, § 32e Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BDSG-E. Nach der Gesetzesbegründung soll diese zeitliche Obergrenze auf die konkrete Maßnahme bezogen sein,²²⁸ also wohl auf eine einzelne Beobachtung. Soweit weitere planmäßige Beobachtungen zur Erreichung der in § 32e Abs. 2 BDSG-E genannten Zwecke erforderlich und gemäß § 32e Abs. 3 BDSG-E verhältnismäßig sind, sind diese demnach zulässig.

§ 32e Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BDSG-E verbietet das heimliche Erheben von Beschäftigtendaten unter Verwendung technischer Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes. Dies entspricht weitgehend § 201 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 Strafgesetzbuch (StGB), die das unbefugte Aufnehmen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes eines anderen auf einen Tonträger oder das unbefugte Abhören des nicht zu seiner Kenntnis bestimmten nicht öffentlich gesprochenen Wortes eines anderen mit einem Abhörgerät unter Strafe stellen. Die Regelung betrifft etwa Abhóranlagen oder Peilmikrofone.

Gemäß § 32d Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BDSG-E darf der Arbeitgeber zudem keine sonstigen besonderen technischen Mittel verwenden, die für Beobachtungszwecke bestimmt sind. Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich diese Regelung etwa auf Videokameras.²²⁹ Deren Einsatz ist in § 32f

228 BR-Drs. 535/10, S. 37.

229 BR-Drs. 535/10, S. 37.

BDSG-E geregelt. Gemäß § 32f Abs. 1 Satz 2 BDSG-E muss der Arbeitgeber den Umstand einer Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen erkennbar machen; eine heimliche Datenerhebung mit Videokameras ist damit grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings bezieht sich § 32e Abs. 4 Satz 2 BDSG-E nicht auf Ferngläser und Fotoapparate.

5. § 32e Abs. 5 BDSG-E: Zweckbindung, Dokumentation, Vorabkontrolle und Unterrichtung bei heimlich erhobenen Beschäftigtendaten

§ 32e Abs. 5 BDSG-E betrifft nicht das heimliche Erheben von Beschäftigtendaten, sondern das Verarbeiten und Nutzen von ohne Kenntnis des Beschäftigten erhobenen Daten. Es geht hierbei also nur um den weiteren Umgang mit den heimlich erhobenen Beschäftigtendaten. Die Bestimmung enthält Vorgaben zur Zweckbindung von nach § 32e Abs. 2 BDSG-E heimlich erhobenen Daten und sieht eine besondere Dokumentationspflicht bei einer solchen Datenerhebung vor. Sie regelt zudem die Durchführung einer Vorabkontrolle nach § 4d Abs. 5 BDSG und schreibt eine Unterrichtung des Beschäftigten vor.

a) Zweckbindung der nach § 32e Abs. 2 BDSG-E erhobenen Daten, § 32e Abs. 5 Satz 1 BDSG-E

§ 32e Abs. 5 Satz 1 BDSG-E regelt die Zweckbindung von nach § 32e Abs. 2 BDSG-E erhobenen Daten.²³⁰ Arbeitgeber dürfen die ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufdeckung oder Verhinderung schwerwiegender Pflichtverletzungen erhobenen Daten ausschließlich für diejenigen Zwecke, für die sie erhoben wurden, verarbeiten und nutzen. Eine Verwendung für andere als die in § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E genannten Zwecke ist verboten. Damit dürften neben dieser Spezialregelung für die nach § 32e Abs. 2 BDSG-E heimlich erhobenen Beschäftigtendaten auch spätere heimliche Zweckänderungen nach § 28 Abs. 2 BDSG ausgeschlossen sein. Fraglich bleibt allerdings, ob eine Zweckänderung der zunächst heimlich erhobenen Daten auch nach einer Unterrichtung nach § 32e Abs. 5 Satz 5 BDSG-E ausgeschlossen sein soll.

230 BR-Drs. 535/10, S. 37.

b) *Dokumentationspflichten des Arbeitgebers, § 32e Abs. 5 Satz 2 und Satz 3 BDSG-E*

Arbeitgeber oder von ihnen beauftragte Dritte müssen vor der Datenerhebung die den Verdacht nach § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E begründenden Tatsachen dokumentieren, § 32e Abs. 5 Satz 2 BDSG-E. Eine heimliche Datenerhebung ohne vorherige Dokumentation des Verdachts ist damit unzulässig. Die Dokumentationspflicht soll eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Vorgehens des Arbeitgebers erleichtern, da die Unterrichtung des Beschäftigten diesen in die Lage versetzt, eine solche Rechtmäßigkeitskontrolle anzustoßen.²³¹

Nach dem Gesetzesentwurf ist mit Dokumentieren das schriftliche Festhalten gemeint.²³² Die strenge Schriftform des § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) wird hiermit allerdings nicht gemeint sein. Denn die Vorschrift soll offenkundig eine spätere Überprüfung der Zulässigkeit der Maßnahme ermöglichen. Daher dürfte auch eine elektronische Dokumentation grundsätzlich ausreichen.

Nach § 32e Abs. 5 Satz 3 BDSG-E muss der Arbeitgeber nach der heimlichen Datenerhebung auch deren nähere Umstände dokumentieren.

c) *Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten, § 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E*

§ 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E stellt klar, dass § 4d Abs. 5 BDSG bei heimlichen Datenerhebungen anzuwenden ist. § 4d Abs. 5 Satz 1 BDSG schreibt vor, dass Verfahren automatisierter Verarbeitungen, die besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweisen, vor Beginn der Verarbeitung einer Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten unterliegen.

Nach der Gesetzesbegründung stellt § 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E eine deklaratorische Rechtsgrundverweisung dar.²³³ Eine Rechtsgrundverweisung liegt vor, wenn das Gesetz nicht nur auf eine Rechtsfolge, sondern auch auf den Tatbestand der anderen Norm verweist. Dies bedeutet, dass eine Vorabkontrolle vor einer heimlichen Erhebung von Beschäftigtendaten nur dann vorgeschrieben ist, wenn alle Voraussetzungen von § 4d Abs. 5 BDSG gegeben sind.

231 *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 732.

232 BR-Drs. 535/10, S. 37.

233 BR-Drs. 535/10, S. 37.

Maßgeblich ist also vor allem, ob die heimliche Erhebung von Beschäftigten zu einem im Rahmen eines Verfahrens der automatisierten Verarbeitung stattfindet und zum anderen, ob dieses automatisierte Verfahren besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Beschäftigten aufweist. In der Regel dürfte dies in der Praxis wohl der Fall sein. Unter „Verfahren automatisierter Verarbeitungen“ versteht man im Rahmen von § 4d BDSG eine Vielzahl von Verarbeitungen mit gleicher Zielsetzung. Der Begriff des Verfahrens soll hierbei sicherstellen, dass nicht jeder einzelne Verarbeitungsvorgang erfasst wird, sondern einer bestimmten Zweckbestimmung (hier der Aufdeckung und Vermeidung von schwerwiegenden Pflichtverletzungen) dienende „Verarbeitungspakete“.²³⁴

Praxistipp: Falls die Voraussetzungen der Durchführung einer Vorabkontrolle vorliegen, ist in dem fraglichen Unternehmen immer ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu bestellen, vgl. § 4f Abs. 1 Satz 6 BDSG. Daher führt die Regelung nicht dazu, dass Kleinunternehmen keine Datenerhebungen nach § 32e Abs. 5 BDSG-E durchführen können.

d) Unterrichtung des Beschäftigten, § 32e Abs. 5 Satz 5 BDSG-E

Sobald der Zweck der heimlichen Erhebung nach § 32e Abs. 2 BDSG-E oder der Verarbeitung oder Nutzung nach § 32e Abs. 5 BDSG-E nicht mehr gefährdet wird, muss der Arbeitgeber den Beschäftigten von dem heimlichen Umgang mit seinen Daten unterrichten. Wenn beispielsweise die Aufdeckung einer vermuteten Straftat nicht mehr durch eine solche Unterrichtung erschwert werden könnte, muss der Arbeitgeber den Beschäftigten informieren. Die Bestimmung regelt nicht, in welchem Umfang der Arbeitgeber den Beschäftigten unterrichten muss. Allerdings legt der Aufbau der Bestimmung nahe, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten über die den Verdacht begründenden Umstände und die näheren Umstände der Datenerhebung aufklären muss.

Ein Verstoß gegen diese Unterrichtungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-E dar.

²³⁴ Vgl. *Gola/Schomerus*, BDSG, § 4d Rn. 9a.

6. § 32e Abs. 6 BDSG-E: Löschung heimlich erhobener Beschäftigtendaten

§ 32e Abs. 6 BDSG-E stellt eine Sonderregelung gegenüber § 35 BDSG dar. Nach § 32e Abs. 6 Satz 1 BDSG-E muss der Arbeitgeber die heimlich erhobenen Beschäftigtendaten²³⁵ unverzüglich löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Zum Zweck der Speicherung kann nach der Entwurfsbegründung auch eine spätere arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung zählen.²³⁶

Nicht nur die heimliche Erhebung von Beschäftigtendaten muss dokumentiert werden, sondern auch der Grund ihrer weiteren Speicherung sowie der Grund für ihre Löschung. Der Arbeitgeber muss den Grund der Speicherung und der Löschung der Beschäftigtendaten gemäß § 32e Abs. 6 Satz 2 BDSG-E dokumentieren. Auch bezüglich dieser Dokumentation gilt eine besondere Zweckbindung; sie darf ausschließlich für Zwecke der Datenschutzkontrolle verwendet werden, § 32e Abs. 6 Satz 3 BDSG-E. Diese Dokumentation ist gemäß § 32e Abs. 6 Satz 4 BDSG-E jedenfalls dann zu löschen, wenn sie für Zwecke der Datenschutzkontrolle nicht mehr erforderlich ist, spätestens jedoch am Ende des Kalenderjahres, das dem Jahr der Dokumentation der Löschung folgt.

7. § 32e Abs. 7 BDSG-E: Den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffende Beschäftigtendaten

An recht versteckter Stelle regelt der Gesetzgeber in § 32e Abs. 7 BDSG-E den Umgang mit Beschäftigtendaten, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betreffen.²³⁷

235 Der Wortlaut des Gesetzes bezieht sich auf „die Daten“ und bestimmt nicht näher, welche Daten genau gemeint sind. Nach der Entwurfsbegründung bezieht sich die Regelung auf die „Löschung der durch ohne Kenntnis des Beschäftigten erhobenen Daten“. Allerdings ist nicht ganz klar, warum der Gesetzgeber in § 32e Abs. 5 Satz 1 BDSG-E ausdrücklich auf nach § 32e Abs. 2 BDSG-E erhobene Daten Bezug nimmt und dies in § 32e Abs. 6 BDSG-E nicht tut.

236 BR-Drs. 535/10, S. 38.

237 Auch wenn die Struktur von § 32e BDSG-E zunächst nahelegt, dass § 32e Abs. 7 Satz 1 nur im Rahmen der heimlichen Erhebung von Beschäftigtendaten nach § 32e Abs. 2 BDSG-E Anwendung findet, spricht § 32e Abs. 7 Satz 2 BDSG-E gegen diesen Schluss. Denn dieser erklärt die Dokumentationspflichten aus § 32e Abs. 6 Satz 2–4 BDSG-E für „entsprechend“ anwendbar. Beträfen § 32e Abs. 7 Satz 1 und 2 BDSG-E nur heimlich erhobene Beschäftigtendaten und nicht alle vom Arbeitgeber erhobenen Beschäftigtendaten, so wären die genannten Regelungen zur Dokumentation nicht entsprechend,

Nach § 32e Abs. 7 Satz 1 BDSG-E dürfen Arbeitgeber Beschäftigtendaten, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung der Beschäftigten betreffen, grundsätzlich nicht erheben, verarbeiten oder nutzen. § 32e Abs. 7 BDSG-E greift eines der typischen Probleme beim Umgang mit personenbezogenen Daten auf; denn in der Praxis ist es oftmals nicht im Voraus möglich, kernbereichsrelevante Daten bereits bei deren Erhebung als solche zu erkennen.²³⁸ Falls Arbeitgeber solche intimen Daten dennoch – also etwa unabsichtlich oder in rechtswidriger Weise – erheben, müssen sie diese unverzüglich löschen, § 32e Abs. 7 Satz 2 BDSG-E.

Gemäß § 32e Abs. 7 Satz 3 BDSG-E sind die Dokumentationspflichten der § 32e Abs. 6 Satz 2–4 BDSG-E entsprechend anwendbar.

§ 32f BDSG-E Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen Einrichtungen

(1) ¹Die Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsgelände, Betriebsgebäude oder Betriebsräume (Betriebsstätten) mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung), die auch zur Erhebung von Beschäftigtendaten geeignet ist, ist nur zulässig

- 1. zur Zutrittskontrolle,**
- 2. zur Wahrnehmung des Hausrechts,**
- 3. zum Schutz des Eigentums,**
- 4. zur Sicherheit des Beschäftigten,**
- 5. zur Sicherung von Anlagen,**
- 6. zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebes,**
- 7. zur Qualitätskontrolle,**

soweit sie zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich ist und wenn nach Art und Ausmaß der Videoüberwachung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegen. ²Der Arbeitgeber hat den Umstand der Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. ³§ 6b Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

sondern direkt anwendbar. Dieser weite Anwendungsbereich ist zwar sachgerecht; allerdings wäre eine entsprechende Klarstellung zweckmäßig.

238 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 756.

4Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn von einer Einrichtung lediglich der Anschein einer Videoüberwachung ausgeht.

(2) ¹Eine Videoüberwachung von Teilen von Betriebsstätten, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Beschäftigten dienen, ist unzulässig. ²Dies gilt insbesondere für Sanitär-, Umkleide- und Schlafräume.

(3) Die Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Speicherungszwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

§ 32f BDSG-E regelt die Videoüberwachung am Arbeitsplatz.²³⁹ Die Bestimmung ist eine Spezialnorm, die §§ 32c–32e BDSG-E vorgeht, soweit Arbeitgeber Videoanlagen nutzen, die auch zur Erhebung von Beschäftigtendaten geeignet sind. Während § 6b BDSG die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume regelt, ist § 32f BDSG-E nur auf die Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten anwendbar. Die Regelung soll einerseits der Wahrung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem Recht der Beschäftigten am eigenen Bild und andererseits dem Arbeitgeberinteresse Rechnung tragen.²⁴⁰

Die §§ 32e–32i BDSG-E regeln Sonderfälle der Erhebung von Beschäftigtendaten während des Beschäftigungsverhältnisses. Soweit die genannten Vorschriften anwendbar sind, gehen sie der allgemeinen Bestimmung des § 32d BDSG-E vor. Anders als die sonstigen Spezialregelungen zur Datenerhebung im laufenden Beschäftigungsverhältnis regelt § 32f BDSG-E nicht das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Daten, sondern bezieht sich auf die „*Beobachtung mit optisch-elektronischen Einrichtungen*“.

§ 32f BDSG-E selbst sieht keine Regelung zum Verarbeiten oder Nutzen der mittels einer solchen Videoüberwachung erhobenen Daten vor. Allerdings verweist § 32f Abs. 1 Satz 3 BDSG-E unter anderem auf § 6b Abs. 3 BDSG, der bei der Videoüberwachung von Betriebsstätten entsprechend gelten soll. Demnach ist das Verarbeiten oder Nutzen von mittels einer Videoüberwachung von Betriebsstätten erhobenen Daten zulässig, wenn dies zur Erreichung des gemäß § 32f Abs. 1 Satz 1 BDSG-E verfolgten Zwecks erforderlich ist. Zudem dürfen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der beobachteten Betroffenen überwiegen.

²³⁹ Einen sehr guten Überblick zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz gibt Byers, Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz unter besonderer Berücksichtigung des neuen § 32 BDSG, 2010.

²⁴⁰ BR-Drs. 535/10, S. 38.

1. § 32f Abs. 1 BDSG-E: Voraussetzungen der Videüberwachung im Betrieb

Gemäß § 32f Abs. 1 Satz 1 BDSG-E ist die Beobachtung von nicht öffentlich zugänglichen Betriebsstätten nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Bereits eine nicht funktionsfähige oder ausgeschaltete Kamera sowie eine Einrichtung, die nur wie eine Kamera aussieht, kann zu Verhaltensänderungen der Beschäftigten führen und so deren Persönlichkeitsrechte berühren. Daher gelten die in § 32f Abs. 1 Satz 1 und 2 BDSG-E genannten Voraussetzungen auch für Einrichtungen, von denen lediglich der Anschein einer Videüberwachung ausgeht, die Anlage also nur für eine Videüberwachung geeignet erscheint.²⁴¹

a) *Beobachtung nicht öffentlicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen Einrichtungen*

§ 32f BDSG-E gilt für die Beobachtung nicht öffentlicher Betriebsstätten mittels Videüberwachung. Nicht öffentlich zugängliche Betriebsstätten sind nach dem Gesetzesentwurf Räumlichkeiten, die nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten nicht von jedermann betreten oder genutzt werden können.²⁴²

Beispiele: Unter Betriebsstätten versteht das Gesetz Betriebsgelände, Betriebsgebäude oder Betriebsräume. Es ist unerheblich, ob im Rahmen der Videüberwachung Beschäftigtendaten gezielt oder zufällig miterfasst werden können.²⁴³ Nicht öffentlich sind etwa den Beschäftigten vorbehalten und Kunden nicht zugängliche Räumlichkeiten. Für den Publikumsverkehr zugängliche Räumlichkeiten fallen hingegen grundsätzlich nicht unter § 32f BDSG-E, z.B. Verkaufsbereiche mit Kundenverkehr.²⁴⁴

b) *Erforderlich zur Wahrung betrieblicher Interessen*

Eine Videüberwachung kann nur dann zulässig sein, wenn sie zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich ist. Die Durchführung einer zulässigen Videüberwachung ist auf die Umsetzung der im Gesetz

²⁴¹ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 39.

²⁴² BR-Drs. 535/10, S. 38.

²⁴³ BR-Drs. 535/10, S. 38.

²⁴⁴ Vgl. Lang, AuA Sonderausgabe 2010, S. 26.

genannten Ziele beschränkt. Eine Videoüberwachung kann daher ausschließlich für die Verwirklichung der in § 32f Abs. 1 Nr. 1–7 BDSG-E genannten Zwecke zulässig sein.

Beispiele: Das Gesetz nennt Zwecke der Zutrittskontrolle;²⁴⁵ zur Wahrnehmung des Hausrechts; zum Schutz des Eigentums des Arbeitgebers, von Beschäftigten oder Dritten, etwa Kunden oder Vertragspartnern des Arbeitgebers;²⁴⁶ zur Sicherheit der Beschäftigten; zur Sicherung von Anlagen; zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebs oder zur Qualitätskontrolle. Wichtige betriebliche Interessen, die eine Videoüberwachung rechtfertigen können, sind ausschließlich in den in § 32f Abs. 1 Nr. 1–7 BDSG-E genannten Fällen anzunehmen.²⁴⁷

c) Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen

Der Arbeitgeber muss im Rahmen von Videoüberwachungen gemäß § 32f Abs. 1 Satz 1 BDSG-E die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen angemessen berücksichtigen. Nach Art und Ausmaß der Videoüberwachung dürfen keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss dieser Datenerhebung überwiegen.

Interessanterweise spricht die Regelung nicht von „Beschäftigten“, sondern von „Betroffenen“.²⁴⁸ Diese Interessenabwägung ist demnach nicht allein auf Beschäftigte beschränkt, sondern gilt für sämtliche Personen, die von der Videoüberwachung betroffen sind. Dies ist durchaus sachgerecht, schließlich können in Einzelfällen bei einer Videoüberwachung von nicht öffentlichen Betriebsstätten auch die Persönlichkeitsrechte Dritter betroffen sein, die nicht Beschäftigte sind – etwa Kunden, Lieferanten oder Dienstleister.

d) Bekanntmachung der Videoüberwachung

Eine heimliche Videoüberwachung von Betriebsstätten ist grundsätzlich ausgeschlossen. Der Arbeitgeber muss den Umstand der Beobachtung stets gemäß § 32f Abs. 1 Satz 2 BDSG-E durch geeignete Maßnahme bekannt machen. Eine solche geeignete Maßnahme soll nach der Gesetzesbegründung etwa das Anbringen deutlich sichtbarer Hinweisschilder

245 Vgl. Satz 2 Nr. 1 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG.

246 BR-Drs. 535/10, S. 39. Vgl. auch Lang, AuA Sonderausgabe 2010, S. 27.

247 BR-Drs. 535/10, S. 39.

248 Vgl. § 3 Abs. 1 BDSG.

sein.²⁴⁹ Auch eine für jedermann sichtbar installierte Videokamera kann zwar die Tatsache einer Beobachtung gegebenenfalls erkennen lassen.²⁵⁰ Allerdings ist es aus Arbeitgebersicht deutlich sicherer, durch weitergehende Information auf die Beobachtung hinzuweisen.

Ein Verstoß gegen diese Pflicht zur Bekanntmachung stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7d BDSG-E dar.

Praxistipp: Falls Arbeitgeber Videoüberwachungen nach § 32f BDSG-E durchführen, sollten sie genau prüfen, durch welche Maßnahmen sie den Umstand der Beobachtung erkennbar machen. Ein bloßes Hinweisschild mit der Aufschrift „Achtung, Videoüberwachung“ dürfte kaum geeignet im Sinne von § 32f Abs. 1 Satz 2 BDSG-E sein. Zweckmäßiger dürften Hinweise wie der nachstehende Formulierungsvorschlag sein: „Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie sich hier in einer Betriebsstätte befinden, die mittels optisch-elektronischer Einrichtungen (Videoüberwachung) nach § 32f BDSG beobachtet wird.“

e) Zweckbindung der mittels Videoüberwachung erhobenen Daten und Unterrichtungspflicht

An recht versteckter Stelle regelt der Gesetzgeber die Zulässigkeit des Verarbeitens und Nutzens von mittels einer Videoüberwachung erhobenen Daten. Gemäß § 32f Abs. 1 Satz 3 BDSG-E gelten § 6b Abs. 3 und Abs. 4 BDSG entsprechend. Danach unterliegen die im Rahmen von Videoüberwachungen erhobenen Daten einer strengen Zweckbindung. Die weitere Verarbeitung oder Nutzung dieser Daten ist nur zulässig, wenn sie zum Erreichen der in § 32f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–7 BDSG-E genannten Zwecke erforderlich ist. Zudem dürfen keine Anhaltspunkte vorliegen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.²⁵¹ Das Verarbeiten oder Nutzen der bei einer Videoüberwachung erhobenen personenbezogenen Daten für einen anderen Zweck ist nur zulässig, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit oder zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist.²⁵²

249 BR-Drs. 535/10, S. 39.

250 Gola/Schomerus, BDSG, § 6b Rn. 24.

251 Vgl. § 6b Abs. 3 Satz 1 BDSG.

252 Vgl. § 6b Abs. 3 Satz 2 BDSG.

Falls die durch eine Videoüberwachung erhobenen Daten einer bestimmten Person zugeordnet werden, ist diese Person über eine Verarbeitung oder Nutzung entsprechend § 33 BDSG zu benachrichtigen.²⁵³

2. § 32f Abs. 2 BDSG-E: Verbot der Videoüberwachung der privaten Lebensgestaltung

§ 32f Abs. 2 Satz 1 BDSG-E stellt klar, dass Betriebsräume, die Beschäftigten als privater Rückzugsraum zur Verfügung gestellt werden, nicht überwacht werden dürfen.²⁵⁴ Dies ergibt sich auch aus dem allgemeinen datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie in vielen Fällen wohl zudem aus § 32e Abs. 7 Satz 1 BDSG-E. Das absolute Verbot der Beobachtung von Räumlichkeiten, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung der Beschäftigten dienen, gilt gemäß § 32f Abs. 2 Satz 2 BDSG-E insbesondere für Sanitär-, Umkleide- und Schlafräume.

Praxistipp: Im Vorfeld einer Videoüberwachung sollten Arbeitgeber stets sicherstellen, dass sie eine Beobachtung von Teilen von Betriebsstätten vermeiden, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung von Beschäftigten dienen. Als Gegenbeispiel für solche Betriebsstätten, bei denen eine Videoüberwachung grundsätzlich in Betracht kommt, nennt die Gesetzesbegründung etwa Raucherzimmer, die von einer Vielzahl von Beschäftigten genutzt werden können; hier soll es an der Vergleichbarkeit mit einem individuellen Rückzugsraum eines Beschäftigten fehlen.²⁵⁵ In der bisherigen betrieblichen Praxis hat es sich zur datenschutzkonformen Ausgestaltung von Videoüberwachungen bewährt, entsprechende Kollektivvereinbarungen (z.B. Betriebsvereinbarungen) abzuschließen. Richtigerweise ändert auch die gesetzliche Neufassung des Beschäftigtendatenschutzes den zulässigen Regelungsrahmen für Betriebsvereinbarungen wohl nicht, vgl. hierzu die Kommentierung zu § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E.

²⁵³ Vgl. § 6b Abs. 4 BDSG.

²⁵⁴ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 39.

²⁵⁵ BR-Drs. 535/10, S. 39.

3. § 32f Abs. 3 BDSG-E: Löschung von Beschäftigtendaten aus Videoüberwachung

§ 32f Abs. 3 BDSG-E regelt die Löschung von personenbezogenen Daten, die mittels Videoüberwachung erhoben wurden. Diese sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Speicherungszwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Anders als § 32f Abs. 1 Satz 1 BDSG-E sollen hier nach dem Wortlaut von § 32f Abs. 3 BDSG-E nur die Interessen der Beschäftigten berücksichtigt werden und nicht die Interessen aller gefilmten Betroffenen. Zum Zweck der Speicherung kann im Einzelfall bei Daten aus einer Videoüberwachung eine mögliche spätere arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung zählen.²⁵⁶

4. Notwendigkeit der Durchführung einer Vorabkontrolle?

§ 32f BDSG-E enthält – anders als etwa § 32e Abs. 5 Satz 4 BDSG-E – keine ausdrückliche Regelung zur möglichen Notwendigkeit zur Durchführung einer Vorabkontrolle. Allerdings ist eine Vorabkontrolle gemäß § 4d Abs. 5 BDSG stets dann durchzuführen, wenn eine Datenverarbeitung besondere Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen aufweist.²⁵⁷ Bei einer Videoüberwachung nach § 32f BDSG-E dürfte dies in aller Regel der Fall sein.²⁵⁸

§ 32g BDSG-E Ortungssysteme

(1) ¹Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten durch elektronische Einrichtungen zur Bestimmung eines geografischen Standortes (Ortungssysteme) nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist

1. zur Sicherheit des Beschäftigten oder

2. zur Koordinierung des Einsatzes des Beschäftigten

und wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung überwiegen. ²Eine Erhebung nach Satz 1 darf nur

²⁵⁶ BR-Drs. 535/10, S. 39.

²⁵⁷ Vgl. hierzu etwa *Scheja*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 4d Rn. 60 ff.

²⁵⁸ Ähnlich *Lang*, AuA Sonderausgabe 2010, S. 28.

während der Arbeitszeit des Beschäftigten erfolgen. ³Der Arbeitgeber hat den Einsatz des Ortungssystems durch geeignete Maßnahmen für den Beschäftigten erkennbar zu machen und ihn über den Umfang der Aufzeichnungen und deren regelmäßige oder im Einzelfall vorgesehene Auswertung zu informieren. ⁴Beschäftigtendaten, die beim Einsatz von Ortungssystemen erhoben werden, dürfen nicht zu anderen Zwecken als nach Satz 1 verarbeitet oder genutzt werden.

(2) ¹Der Arbeitgeber darf Ortungssysteme auch zum Schutz beweglicher Sachen einsetzen. ²In diesem Fall darf eine Ortung des Beschäftigten nicht erfolgen, solange der Beschäftigte die bewegliche Sache erlaubterweise nutzt oder diese sich erlaubterweise in seiner Obhut befindet.

(3) Die Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

§ 32g BDSG-E regelt den Einsatz von Ortungssystemen im Beschäftigungsverhältnis. Die Regelung betrifft die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch zur Bestimmung des geographischen Standorts von Beschäftigten geeignete Systeme.

Beispiel: § 32g BDSG-E betrifft etwa die Lokalisierung von Beschäftigten durch den Arbeitgeber mittels Global Positioning System (GPS),²⁵⁹ über Handys oder in Fahrzeuge eingebaute Sender.²⁶⁰

Der Einsatz von Ortungssystemen soll nur zur Verwirklichung betrieblicher Gründe oder zum Schutz beweglicher Sachen erlaubt sein.

1. § 32g Abs. 1 BDSG-E: Voraussetzungen des Einsatzes von Ortungssystemen, Zweckbindung

§ 32g Abs. 1 BDSG-E kann das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch Ortungssysteme erlauben, soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist.

²⁵⁹ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶⁰ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

a) Aus betrieblichen Gründen erforderlich

Als betriebliche Gründe nennt das Gesetz in § 32g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-E die Sicherheit des Beschäftigten oder die Koordinierung des Einsatzes des Beschäftigten. Für andere betriebliche Zwecke dürfte ein Einsatz von Ortungssystemen aus betrieblichen Gründen somit nicht zulässig sein.

b) Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen

Auch beim Einsatz von Ortungssystemen gilt der datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Gemäß § 32g Abs. 1 Satz 1 BDSG-E dürfen keine Anhaltspunkte vorliegen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bestehen, die das Interesse des Arbeitgebers am Einsatz der Ortungssysteme überwiegen. Gemäß § 32g Abs. 1 Satz 2 BDSG-E darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten mittels Ortungssystemen nur während der Arbeitszeit des Beschäftigten erheben. Dies erlaubt eine Feststellung des Aufenthaltsorts von Beschäftigten ausschließlich während Arbeits- oder Bereitschaftszeiten, also nicht während der Freizeit oder im Urlaub.²⁶¹

Beispiel: Falls dem Beschäftigten etwa die private Nutzung seines Dienstwagens gestattet ist, darf ihn der Arbeitgeber über ein im Fahrzeug eingebautes GPS während der privaten Nutzung grundsätzlich nicht orten.²⁶²

c) Information des Beschäftigten

Eine heimliche Ortung von Beschäftigten ist nicht zulässig.²⁶³ Um die erforderliche Transparenz herzustellen, müssen Arbeitgeber die Beschäftigten darüber aufklären, auf welche Weise sie die Ortungsdaten nutzen.²⁶⁴ Gemäß § 32g Abs. 1 Satz 3 BDSG-E müssen Arbeitgeber die betroffenen Beschäftigten durch geeignete Maßnahmen von dem Einsatz des Ortungssystems unterrichten. Zudem müssen Arbeitgeber über den Umfang von mittels Ortungssystemen erstellten Aufzeichnungen und deren regelmäßige oder im Einzelfall vorgesehene Auswertung informieren.

²⁶¹ BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶² BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶³ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶⁴ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

Ein Verstoß gegen diese Unterrichtungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-E dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 Euro geahndet wird, vgl. § 43 Abs. 3 BDSG.

d) Zweckbindung der mittels Ortungssystemen erhobenen Daten

Die mittels Ortungssystemen erhobenen Beschäftigtendaten unterliegen einer strengen Zweckbindung.²⁶⁵ Beschäftigtendaten, die beim Einsatz von Ortungssystemen erhoben werden, dürfen gemäß § 32g Abs. 1 Satz 4 BDSG-E nicht zu anderen als den in § 32g Abs. 1 Satz 1 BDSG-E genannten betrieblichen Zwecken verarbeitet oder genutzt werden.

2. § 32g Abs. 2 BDSG-E: Einsatz von Ortungssystemen zum Schutz beweglicher Sachen

§ 32g Abs. 2 Satz 1 BDSG-E regelt den Einsatz von Ortungssystemen zum Schutz von Arbeitsmitteln und sonstigen beweglichen Sachen, die sich in der Obhut des Beschäftigten befinden.²⁶⁶ Die Regelung ist an niedrigere Voraussetzungen als § 32g Abs. 1 BDSG-E geknüpft, da hier der Schutz von Sachwerten im Vordergrund steht und nicht die Feststellung eines Standortes eines Beschäftigten.²⁶⁷ Denn nach § 32g Abs. 2 Satz 2 BDSG-E darf der Arbeitgeber den Beschäftigten nicht orten, solange dieser die durch das Ortungssystem geschützte Sache erlaubterweise nutzt oder in seiner Obhut hat.

Beispiele: Als typische Anwendungsfälle von § 32g Abs. 2 BDSG-E nennt die Entwurfsbegründung den Diebstahlschutz von Baumaschinen oder Lastkraftwagen sowie deren Fracht.²⁶⁸ Eine Feststellung der Position dieser Gegenstände ist beispielsweise dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer diese verloren hat oder sie ihm gestohlen wurden.

²⁶⁵ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶⁶ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶⁷ BR-Drs. 535/10, S. 40.

²⁶⁸ BR-Drs. 535/10, S. 40.

3. § 32g Abs. 3 BDSG-E: Löschung von durch Ortungssysteme erhobenen Beschäftigtendaten

§ 32g Abs. 3 BDSG-E regelt die Löschung von nach § 32g Abs. 1 und Abs. 2 BDSG-E mittels Ortungssystemen erhobenen Beschäftigtendaten. Der Arbeitgeber muss diese Daten gemäß § 32g Abs. 3 BDSG-E unverzüglich löschen, wenn ihre weitere Speicherung zur Erreichung des mit ihrer Erhebung verfolgten Zwecks nicht mehr erforderlich ist oder sobald schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

§ 32h BDSG-E Biometrische Verfahren

(1) **Der Arbeitgeber darf biometrische Merkmale eines Beschäftigten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies aus betrieblichen Gründen zu Autorisierungs- und Authentifikationszwecken erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung überwiegen.** ²**Daten in Form von Lichtbildern eines Beschäftigten darf der Arbeitgeber auch zu anderen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen, soweit der Beschäftigte eingewilligt hat.**

(2) **Biometrische Daten sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen.**

§ 32h BDSG-E regelt den Umgang mit biometrischen Merkmalen von Beschäftigten. Bei dieser Regelung geht es also um die Verwendung biologisch bedingter Messwerte von Beschäftigten. Das Gesetz bestimmt nicht näher, was unter solchen biometrischen Merkmalen genau zu verstehen ist.

Beispiel: Biometrische Daten sind nach der Entwurfsbegründung etwa Fingerabdrücke, Handgeometrie, Iris oder Netzhaut des menschlichen Auges, Gesichtsgeometrie oder Stimmerkmale.²⁶⁹

²⁶⁹ BR-Drs. 535/10, S. 41.

1. § 32h Abs. 1 BDSG-E: Voraussetzungen des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens biometrischer Beschäftigtendaten

Gemäß § 32h Abs. 1 Satz 1 BDSG-E dürfen Arbeitgeber biometrische Daten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies aus betrieblichen Gründen zu Autorisierungs- und Authentifikationszwecken erforderlich ist. Mit Autorisierung meint der Gesetzgeber etwa die Zuweisung und Überprüfung von Zugriffsrechten auf Daten und Dienste an den Nutzer eines IT-Systems.²⁷⁰ Unter Authentifizierung soll hingegen die Identitätsfeststellung einer Person zu verstehen sein.²⁷¹ Einen anderen Zweck als den der Autorisierung oder der Authentifikation sieht die Regelung nicht vor.

Auch bei der Verwendung biometrischer Daten müssen Arbeitgeber den datenschutzrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. Der Umgang mit biometrischen Beschäftigtendaten ist gemäß § 32h Abs. 1 Satz 1 BDSG-E stets unzulässig, soweit schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung überwiegen.

Praxistipp: Für den Umgang mit Fotografien (der Gesetzgeber spricht hier von „Lichtbildern“) gilt § 32h Abs. 1 Satz 2 BDSG-E. Zwar können aus Fotografien auch biometrische Merkmale von Beschäftigten abgeleitet werden. Allerdings gelten beim Umgang mit Fotografien von Beschäftigten erleichterte Zulässigkeitsvoraussetzungen. Daten in Form von Fotografien von Beschäftigten darf der Arbeitgeber gemäß § 32h Abs. 1 Satz 2 BDSG-E auch für andere Zwecke als die der Autorisierung oder Authentifikation erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit der Beschäftigte hierin eingewilligt hat.

2. § 32h Abs. 2 BDSG-E: Löschung biometrischer Beschäftigtendaten

§ 32h Abs. 2 BDSG-E regelt die Löschung von nach § 32h Abs. 1 BDSG-E erhobenen Beschäftigtendaten. Danach sind diese biometrischen Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks ihrer Erhebung nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Betroffenen ihrer weiteren Speicherung entgegenstehen.

²⁷⁰ BR-Drs. 535/10, S. 41.

²⁷¹ BR-Drs. 535/10, S. 41.

§ 32i BDSG-E Nutzung von Telekommunikationsdiensten

(1) ¹Soweit dem Beschäftigten die Nutzung von Telekommunikationsdiensten ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt ist, darf der Arbeitgeber bei dieser Nutzung anfallende Daten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist

1. zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit,

2. zu Abrechnungszwecken oder

3. zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle

und soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen. ²Werden nach Satz 1 Nummer 3 erhobene Daten einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet, ist dieser über eine Verarbeitung und Nutzung zu unterrichten, sobald der Zweck der Verarbeitung oder Nutzung durch die Unterrichtung nicht mehr gefährdet wird.

(2) ¹Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten darf der Arbeitgeber nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist und der Beschäftigte und seine Kommunikationspartner im Einzelfall vorher darüber informiert worden sind und darin eingewilligt haben. ²Ist die ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erbrachte telefonische Dienstleistung wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung, darf der Arbeitgeber Inhalte dieser Nutzung ohne Kenntnis des Beschäftigten im Einzelfall zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle erheben, verarbeiten und nutzen, wenn

1. der Beschäftigte in geeigneter Weise vorab darüber informiert worden ist, dass er in einem eingegrenzten Zeitraum mit einer Kontrolle zu rechnen hat, und

2. die Kommunikationspartner des Beschäftigten über die Möglichkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung informiert worden sind und darin eingewilligt haben.

³Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten unverzüglich über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Inhaltsdaten nach Satz 2 zu unterrichten.

(3) ¹Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von anderen als in Abs. 2 genannten Telekommunikationsdiensten darf der Arbeitgeber erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies zu den in Abs. 1 Nummer 1 oder 3 genannten Zwecken erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. ²Dies gilt auch, soweit es für den ordnungsgemäßen Dienst- oder Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers in den Fällen einer Versetzung, Abordnung oder Abwesenheit erforderlich ist. ³Ohne Kenntnis des Beschäftigten darf eine Erhebung nach Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 Nummer 3 nur nach Maßgabe des § 32e Abs. 2 bis 7 erfolgen.

(4) ¹Nach Abschluss einer Telekommunikation gelten für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten und Inhalte die §§ 32c und 32d. ²Der Arbeitgeber darf private Daten und Inhalte nur erheben, verarbeiten und nutzen, wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Dienst- oder Geschäftsbetriebes unerlässlich ist und er den Beschäftigten hierauf schriftlich hingewiesen hat.

§ 32i BDSG-E regelt den Umgang mit dienstlichen Telekommunikationsdiensten im Beschäftigungsverhältnis. Hierbei geht es nach der Gesetzesbegründung um Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes im Sinne des § 3 Nr. 30 Telekommunikationsgesetz (TKG) erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Verkehrsdaten).²⁷² Die Regelung beschränkt sich auf ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken genutzte Telekommunikationsdienste.

Zur Regelung von Telekommunikationsdiensten, die der Beschäftigte auch für private Zwecke nutzen darf, konnte sich der Gesetzgeber trotz der vielen praktischen Probleme für Arbeitgeber in diesem Bereich nicht durchringen. Dies ist wohl eine der größten Schwächen der gesetzlichen Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes.²⁷³ Zudem hätte der Entwurf klarstellen sollen, dass das Tolerieren einer privaten Nutzung durch die Beschäftigten trotz dessen grundsätzlichen Verbots keinesfalls als Erlaubnis der privaten Nutzung zu werten ist.²⁷⁴ Denn aus der Duldung eines

272 BR-Drs. 535/10, S. 41.

273 Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 757.

274 *Thüsing*, RDV 2010, 147.

vertragswidrigen Verhaltens kann ein Arbeitnehmer richtigerweise keinen rechtlichen Anspruch ableiten.²⁷⁵

§ 32i Abs. 1 BDSG-E betrifft den Umgang mit Verbindungsdaten. § 32i Abs. 2 BDSG-E regelt die Verwendung von Inhalten der Nutzung von Telefondiensten. § 32i Abs. 3 BDSG-E legt die Voraussetzungen der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Inhalte sonstiger Telekommunikationsdienste fest. § 32i Abs. 4 BDSG-E betrifft abgeschlossene Telekommunikationsvorgänge.

§ 32i BDSG-E sieht kein Beweisverwertungsverbot – etwa im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses – für unter Verstoß gegen diese Bestimmung gewonnene Daten vor. Dies ist sachgerecht; generelle Beweisverwertungsverbote sind im Zivilprozessrecht nicht vorgesehen. Allerdings kann es Arbeitgebern in Einzelfällen durchaus verwehrt sein, sich auf unter Verletzung der Persönlichkeitsrechte ihrer Beschäftigten gewonnene Informationen zu berufen.

1. § 32i Abs. 1 BDSG-E: Umgang mit bei der Nutzung betrieblicher Telekommunikationsdienste anfallenden Beschäftigtendaten

§ 32i Abs. 1 BDSG-E regelt den Umgang mit Daten, die bei der beruflichen Nutzung von Telekommunikationsdiensten anfallen. Nach ihrem Wortlaut ist die Regelung nicht auf Beschäftigtendaten beschränkt, so dass sie wohl die Daten aller Kommunikationsteilnehmer betreffen soll.

a) Daten, die bei der Nutzung beruflicher Telekommunikationsdienste anfallen

Der Arbeitgeber darf Daten, die bei der Nutzung von ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Telekommunikationsdiensten anfallen, im Rahmen der Voraussetzungen von § 32i Abs. 1 Satz 1 BDSG-E nutzen. Falls der Arbeitgeber die private Nutzung ebenfalls erlaubt, gilt § 32i Abs. 1 BDSG-E nicht.

Praxistipp: Entscheidend ist nach dem Wortlaut der Regelung, dass der Arbeitgeber die Nutzung ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt. Es kommt demnach nicht darauf an, dass er

²⁷⁵ Thüsing, RDV 2010, 147.

diese eingeschränkte Nutzung auch kontrolliert oder Abweichungen duldet. Damit obliegt es letztlich allein dem Arbeitgeber, ob § 32i Abs. 1 BDSG-E anwendbar ist.

Zu den bei der Nutzung von beruflicher Telekommunikation anfallenden Daten sollen nach der Gesetzesbegründung etwa die Nummer oder Kennung der beteiligten Anschlüsse, der Beginn und das Ende der jeweiligen Verbindung nach Datum und Uhrzeit sowie die übermittelten Datenmengen zählen.²⁷⁶ Dies entspricht der Definition von Verkehrsdaten im Sinne von § 3 Nr. 30 TKG.²⁷⁷

Bei der Erhebung von Verkehrsdaten aus dienstlicher Telekommunikation von Beschäftigten gelten folgende Anforderungen: zulässiger Zweck, Erforderlichkeit und das Fehlen überwiegender schutzwürdiger Interessen des Beschäftigten.²⁷⁸

b) Erforderlichkeit zur Verwirklichung der in § 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 BDSG-E genannten Zwecke

§ 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 BDSG-E zählt abschließend auf, für welche Zwecke eine Verwendung der bei der Nutzung anfallenden Verbindungsdaten zulässig sein kann.

aa) Zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs

Gemäß § 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG kann das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen anfallender Verbindungsdaten zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten erlaubt sein. Dies betrifft auch die Gewährleistung der erforderlichen Datensicherheit. Die Kenntnis dieser Verbindungsdaten kann den Arbeitgeber in die Lage versetzen, Schäden von seinen Anlagen abzuhalten und die Sicherheit der darin verarbeiteten Daten zu gewährleisten.²⁷⁹

²⁷⁶ BR-Drs. 535/10, S. 42.

²⁷⁷ *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 757.

²⁷⁸ Vgl. auch *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 757.

²⁷⁹ BR-Drs. 535/10, S. 42.

bb) Zu Abrechnungszwecken

§ 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG-E sieht eine Verwendung von Verbindungsdaten vor, falls dies für Abrechnungszwecke erforderlich ist. Dies gilt etwa dann, wenn die Daten erforderlich sind, um bestimmten Anschlüssen oder einzelnen Beschäftigten angefallene Nutzungsentgelte zuordnen zu können.²⁸⁰

cc) Zu stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrollen

§ 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG-E regelt das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von Verbindungsdaten zu stichprobenartigen oder anlassbezogenen Kontrollen der Leistung und des Verhaltens von Beschäftigten. Die Entwurfsbegründung stellt klar, dass Arbeitgeber die bei der beruflichen Telekommunikation anfallenden Verbindungsdaten auch auswerten dürfen, um festzustellen, ob Telefonate tatsächlich nur zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erfolgt sind.²⁸¹

Beispiele: Nach der Entwurfsbegründung kann eine Überprüfung von Verbindungsdaten aus beruflicher Telekommunikation des Beschäftigten gemäß § 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG-E auch ein taugliches Mittel für den Arbeitgeber sein, um Vertragsverletzungen zu seinen Lasten, Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten zu verhindern oder aufzuklären.²⁸² Damit ermöglicht die Bestimmung Arbeitgebern auch, die bei der beruflichen Nutzung von Telekommunikationsdiensten anfallenden Daten zur Gewährleistung von Compliance-Vorgaben im Betrieb zu verwenden.

Für Beschäftigtendaten, die zu Zwecken einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungskontrolle erhoben werden, unterliegt der Arbeitgeber einer besonderen Informationspflicht. Sofern der Arbeitgeber solche Daten einem bestimmten Beschäftigten zuordnet, muss der Arbeitgeber diesen Beschäftigten über die Verarbeitung und Nutzung der Daten unterrichten, sobald die Leistungs- oder Verhaltenskontrolle dadurch nicht mehr gefährdet wird, vgl. § 32i Abs. 1 Satz 2 BDSG-E.

²⁸⁰ BR-Drs. 535/10, S. 42.

²⁸¹ BR-Drs. 535/10, S. 42.

²⁸² BR-Drs. 535/10, S. 42.

c) Entgegenstehende schutzwürdige Interessen (Angemessenheit)

Der Arbeitgeber darf Verbindungsdaten nach § 32i Abs. 1 Satz 1 BDSG-E grundsätzlich nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.

Praxistipp: Solche schutzwürdigen Interessen sollen nach der Entwurfsbegründung möglicherweise dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber bereits anhand der anfallenden Daten erkennen kann, dass diese einer berufsbezogenen oder sonstigen gesetzlichen Schweigepflicht unterfallen.²⁸³ Dies könne etwa dann der Fall sein, wenn bestimmte Telefonanschlüsse für unternehmensinterne psychologische Beratungen genutzt werden und anhand der erhobenen Verbindungsdaten dieser Anschlüsse erkennbar wird, welche Beschäftigten psychologische Hilfe in Anspruch nehmen.²⁸⁴ Die weitere Verarbeitung oder Nutzung dieser Daten wäre dann unzulässig.

Überzeugende schutzwürdige Belange am Ausschluss der Kenntnisnahme der Verbindungsdaten einer Kommunikationsnutzung könnten nach der Entwurfsbegründung auch bei erkennbar privaten Inhalten vorliegen.²⁸⁵ Allerdings widerspricht hier die Entwurfsbegründung zunächst dem Wortlaut der Bestimmung. Denn wenn der Arbeitgeber die Nutzung der Telekommunikationsdienste ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt, ist die private Nutzung verboten – und kann somit nur schwerlich schutzwürdige Interessen begründen.

Nach der Entwurfsbegründung sollen schutzwürdige Interessen der Beschäftigten am Ausschluss der Verwendung ihrer Verbindungsdaten aus beruflicher Telekommunikation zudem regelmäßig bei der Kommunikation der Beschäftigten mit ihren Interessenvertretungen wie etwa dem Betriebsrat überwiegen.²⁸⁶ Diese Erwägung ist sachgerecht, insbesondere die Kommunikation zwischen Arbeitnehmern und Betriebsrat ist in hohem Maße schützenswert.

283 BR-Drs. 535/10, S. 42.

284 BR-Drs. 535/10, S. 42.

285 BR-Drs. 535/10, S. 42.

286 BR-Drs. 535/10, S. 42.

2. § 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E: Verwendung der Inhalte dienstlicher Telefonate

§ 32i Abs. 2 BDSG-E regelt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Inhalten der ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten. Mit Telefondiensten sind etwa Festnetztelefone, Mobilfunk oder Voice over IP gemeint.²⁸⁷ Anders als § 32i Abs. 1 BDSG-E regelt § 32i Abs. 2 BDSG-E nicht lediglich die Verwendung von Verbindungsdaten, sondern von Inhalten von Telekommunikationsvorgängen. Diese Bestimmung erlaubt es Arbeitgebern, Kenntnis von dienstlichen Telefonaten zu nehmen, falls sie hierzu ein überwiegendes berechtigtes Interesse haben und der Beschäftigte und sein Kommunikationspartner eingewilligt haben.

Beispiel: § 32i Abs. 2 BDSG-E bezieht sich auf die Gesprächsinhalte eines mittels Festnetz oder Mobiltelefon geführten dienstlichen Telefongesprächs.

Das Gesetz behandelt Inhalte einer sprachlichen Kommunikation wegen ihrer erhöhten Schutzbedürftigkeit anders als die Inhalte schriftbasierter Arten der Telekommunikation.²⁸⁸ § 32i Abs. 2 BDSG-E erfasst allein den Inhalt eines laufenden Kommunikationsvorgangs, nicht aber dessen nähere Umstände, wie Zeitpunkt oder Dauer eines Telefonats.²⁸⁹ Diese Informationen fallen unter Verbindungsdaten im Sinne von § 32i Abs. 1 BDSG-E.

Abgeschlossene Kommunikationsvorgänge hingegen fallen unter § 32i Abs. 4 BDSG-E.

a) Inhalte beruflicher oder dienstlicher Telefondienste

§ 32i Abs. 2 BDSG-E betrifft Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten. Die Gesetzesbegründung nennt als Telefondienste im Sinne von § 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E unter Bezugnahme auf § 3 Nr. 17 TKG etwa Dienste für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen.²⁹⁰ Die Regelung soll nicht nur die Nutzung von Telefonnetzen erfassen, sondern auch die Nut-

²⁸⁷ Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

²⁸⁸ BR-Drs. 535/10, S. 43.

²⁸⁹ BR-Drs. 535/10, S. 43.

²⁹⁰ BR-Drs. 535/10, S. 43.

zung anderer sprachgestützter Kommunikationsangebote, wie Telefonieren über das Internet (Voice over IP).²⁹¹

b) Zur Wahrung berechtigter Interessen

Der Arbeitgeber darf die Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten nur erheben, verarbeiten und nutzen, sofern dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist. Die Struktur von § 32i BDSG-E lässt vermuten, dass die Verwirklichung der in § 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 BDSG-E genannten Zwecke grundsätzlich durchaus ein solches berechtigtes Interesse darstellen wird.²⁹² Bei Gesprächen der Beschäftigten mit ihren Interessenvertretungen soll es hingegen in aller Regel an einem solchen berechtigten Interesse des Arbeitgebers fehlen.²⁹³

c) Einwilligung des Beschäftigten und seines Kommunikationspartners

Die Verwendung von Inhaltsdaten aus Telefondiensten setzt gemäß § 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E ferner voraus, dass sowohl der Beschäftigte als auch sein Kommunikationspartner darin eingewilligt haben. Zudem muss der Arbeitgeber sowohl den Beschäftigten als auch dessen Gesprächspartner im Einzelfall (also zu Beginn des jeweiligen Telefonats) von der Verwendung der Inhalte informieren. Eine Einwilligung des Kommunikationspartners soll nach der Entwurfsbegründung bereits dann vorliegen, wenn der Kommunikationspartner nach der Unterrichtung das Telefonat fortsetzt.²⁹⁴ Demnach ist eine generelle Einwilligung durchaus möglich. Allerdings muss der Arbeitgeber den Beschäftigten und dessen Kommunikationspartner zusätzlich im konkreten Einzelfall – also zu Beginn des Telefonats – unterrichten. Eine allgemeine Unterrichtung des Arbeitnehmers reicht nicht aus.

291 BR-Drs. 535/10, S. 43.

292 Auch die Gesetzesbegründung legt diesen Schluss nahe. Danach soll auch die Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen und -diensten, einschließlich der Datensicherheit, ein solches berechtigtes Interesse darstellen, vgl. BR-Drs. 535/10, S. 43.

293 BR-Drs. 535/10, S. 43.

294 BR-Drs. 535/10, S. 43.

3. § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E: Nutzung von Telefondiensten als wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung des Beschäftigten

§ 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E regelt einen Sonderfall. Die Bestimmung betrifft Beschäftigungsverhältnisse, in denen die Nutzung von Telefondiensten wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung des Beschäftigten ist. Ein typischer Anwendungsfall dürften etwa Callcenter sein.²⁹⁵ In diesen Fällen soll eine Verwendung von Inhaltsdaten der Nutzung von Telefondiensten auch ohne Kenntnis des Beschäftigten im jeweiligen Einzelfall möglich sein. Eine Unterrichtung des Beschäftigten vor dem einzelnen Telefonat ist nach dieser Bestimmung nicht zwingend vorgeschrieben. Für die Anwendung von § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E dürfte es wohl ausreichen, wenn das Telefon für die ausgeübte Tätigkeit lediglich eines von mehreren wesentlichen Arbeitsmitteln ist, falls das Führen der fraglichen Telefonate ein zentraler Bestandteil der geschuldeten Arbeitsleistung des Beschäftigten ist.

Zudem soll eine stichprobenartige oder anlassbezogene Leistungs- oder Verhaltenskontrolle nach der Entwurfsbegründung bei Gesprächen der Beschäftigten mit ihren Interessenvertretungen nicht möglich sein.²⁹⁶ Dies betrifft etwa Gespräche zwischen Arbeitnehmer und Betriebsrat. Inhalte dieser Gespräche dürfen auf der Grundlage von § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E nicht erhoben werden.²⁹⁷ In der Praxis dürfte diese Klarstellung des Gesetzgebers eher beschränkte Bedeutung haben, da auch der Kommunikationspartner des Beschäftigten in die Möglichkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung einwilligen muss – und dies dürften Mitglieder von Interessenvertretungen erfahrungsgemäß eher selten tun.

a) Nutzung von Telefondiensten wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung

§ 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E betrifft etwa die Beschäftigung in einem Callcenter oder beim Betrieb einer Telefon-Hotline. Nach der Gesetzesbegründung soll es sachgerecht sein, dass der Arbeitgeber in solchen Fällen die Möglichkeit hat, die Arbeitsleistung seines Beschäftigten ohne dessen konkretes Wissen im Einzelfall stichprobenhaft oder anlassbezogen

²⁹⁵ BR-Drs. 535/10, S. 43.

²⁹⁶ BR-Drs. 535/10, S. 44.

²⁹⁷ BR-Drs. 535/10, S. 44.

authentisch zur Kenntnis zu nehmen.²⁹⁸ Die vom Beschäftigten erbrachte telefonische Dienstleistung muss demnach Teil der Hauptleistungspflicht des Beschäftigten sein.

b) Zu Zwecken einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle

§ 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E setzt unter anderem voraus, dass Arbeitgeber Inhalte der Nutzung von Telefondiensten in Einzelfällen zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle erheben, verarbeiten oder nutzen. Eine flächendeckende Überwachung beziehungsweise eine lückenlose Kontrolle erlaubt die Regelung nicht.²⁹⁹

Praxistipp: Der Begriff der Leistungs- oder Verhaltenskontrolle ist richtigerweise weit zu fassen und betrifft eine Vielzahl von Kontrollzwecken, wie etwa auch im Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung, z. B. zu Trainingszwecken.

*c) Vorherige Information des Beschäftigten,
§ 32i Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG-E*

Anders als die allgemeine Bestimmung in § 32i Abs. 1 Satz 1 BDSG-E setzt die speziellere Regelung des § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E eine Einwilligung des Beschäftigten selbst nicht voraus. Allerdings muss der Arbeitgeber den Beschäftigten nach § 32i Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG-E vorab über die Möglichkeit des Mithörens oder einer sonstigen Überwachung in einem eingegrenzten Zeitraum informieren.³⁰⁰ Der Beschäftigte muss nach der Struktur der Regelung nicht vor dem konkret überwachten Telefonat von der Erhebung informiert werden, sondern lediglich in allgemeiner Form.

Da die telefonische Dienstleistung wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung ist, muss der Arbeitgeber grundsätzlich auch eine Möglichkeit haben, die ordnungsgemäße Erbringung der Arbeitsleistung zu überprüfen.

²⁹⁸ BR-Drs. 535/10, S. 43.

²⁹⁹ BR-Drs. 535/10, S. 43.

³⁰⁰ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 43.

d) *Information und Einwilligung der Kontaktpartner,*
§ 32i Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BDSG-E

Auch der Gesprächspartner des Beschäftigten muss von der Möglichkeit der Überwachung des Telefonats informiert sein und darin eingewilligt haben. Aus dem Wortlaut der Regelung („eingewilligt haben“) ergibt sich, dass der Kommunikationspartner vor der Erhebung informiert sein und eingewilligt haben muss. Eine nachträgliche Zustimmung kann den Umgang mit den Beschäftigten nicht legitimieren.

Abweichend von der grundsätzlichen Regelung in § 4a Satz 3 BDSG wird hier eine telefonisch erklärte Einwilligung zulässig sein. Das Erfordernis einer schriftlich erklärten Einwilligung erscheint im Rahmen eines Telefongesprächs kaum sachgerecht. Auch eine konkludente – also durch schlüssiges Verhalten erklärte – Einwilligung dürfte in vielen Fällen möglich sein.

Praxistipp: Es sollte in aller Regel ausreichen, wenn der Arbeitgeber den Kommunikationspartner des Beschäftigten zu Beginn des Gesprächs über die Möglichkeit informiert, dass das Gespräch aufgezeichnet wird, falls der Kommunikationspartner nicht – etwa durch Drücken einer bestimmten Taste oder in sonstiger Form – erklärt, dass er mit einer Kontrolle nach § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E nicht einverstanden ist.³⁰¹

e) *Nachträgliche Unterrichtung des Beschäftigten,*
§ 32i Abs. 2 Satz 3 BDSG-E

Sofern Arbeitgeber Kontrollmaßnahmen nach § 32i Abs. 2 Satz 2 BDSG-E durchgeführt haben, müssen sie den Beschäftigten im Nachhinein hiervon unterrichten. Dies müssen sie unverzüglich tun, also ohne schuldhaftes Zögern.³⁰²

Ein Verstoß gegen diese Unterrichtungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-E dar.

301 So auch *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 2374.

302 BR-Drs. 535/10, S. 44.

4. § 32i Abs. 3 BDSG-E: Voraussetzungen des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens der Inhalte sonstiger Telekommunikationsdienste

§ 32i Abs. 3 BDSG-E enthält eine allgemeine Regelung zum Umgang mit Inhaltsdaten aus der Nutzung von Telekommunikationsdiensten. Anders als § 32i Abs. 2 BDSG-E betrifft die Bestimmung nicht Inhalte von Telefondiensten, sondern die Inhaltsdaten aller sonstigen Arten von Telekommunikation,³⁰³ also insbesondere Texte aus E-Mails, Internet oder Messenger-Diensten.³⁰⁴ § 32i BDSG-E ist nur dann anwendbar, wenn die Nutzung solcher Telekommunikationsdienste ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt ist. Erlaubt der Arbeitgeber – auch in nur eingeschränktem Umfang – die private Nutzung von Telekommunikationsdiensten, ist § 32i BDSG-E nicht anwendbar. Zudem betrifft § 32i Abs. 3 BDSG-E nur die Verwendung von Daten aus laufenden Kommunikationsvorgängen. Nach Abschluss einer Telekommunikation ist allein § 32i Abs. 4 BDSG-E einschlägig.

a) *Zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs oder zu Leistungs- oder Verhaltenskontrollen, § 32i Abs. 3 Satz 1 BDSG-E*

Das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen der Inhaltsdaten aus nicht per Telefon geführten Telekommunikationsvorgängen kann nur für bestimmte Zwecke zulässig sein. Inhalte einer solchen Telekommunikation darf der Arbeitgeber nach § 32i Abs. 3 BDSG-E nur erheben, verarbeiten und nutzen, sofern dies zur Verwirklichung der in § 32i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 3 BDSG-E genannten Zwecke erforderlich ist.

Praxistipp: Der Umgang mit den fraglichen Telekommunikationsdaten nach § 32i Abs. 3 Satz 1 BDSG-E kann zum einen auf die Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit, ausgerichtet sein. Zum anderen kann das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen der Inhaltsdaten für eine stichprobenartige oder anlassbezogene Leistungs- oder Verhaltenskontrolle erforderlich sein. Eine flächendeckende oder vollständige Überwachung der Beschäftigten ist grundsätzlich nicht zulässig.

³⁰³ Vgl. auch BR-Drs. 535/10, S. 44.

³⁰⁴ Vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

b) *Zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs bei Versetzung, Abordnung oder Abwesenheit*

Gemäß § 32i Abs. 3 Satz 2 BDSG-E dürfen Arbeitgeber Inhaltsdaten im Sinne von § 32i Abs. 3 Satz 1 BDSG-E auch dann erheben, verarbeiten und nutzen, wenn dies für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers in den Fällen einer Versetzung, Abordnung oder Abwesenheit erforderlich ist, sofern keine schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.³⁰⁵ Nach dieser Regelung können Arbeitgeber in verhältnismäßigem Umfang und beim Vorliegen der im Gesetz genannten geschäftlichen Gründe auf Inhaltsdaten der Telekommunikation abwesender Beschäftigter zugreifen. Die bislang teilweise umstrittene Weiterleitung von E-Mails eines erkrankten oder urlaubsabwesenden Mitarbeiters ist damit geklärt.³⁰⁶

c) *Interessenabwägung (Angemessenheit)*

Das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen der Inhaltsdaten aus einer Telekommunikation zu den vorstehend genannten Zwecken nach § 32i Abs. 3 BDSG-E ist nur bei angemessener Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Beschäftigten zulässig.

Soweit Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Inhaltsdaten überwiegen, ist diese gemäß § 32i Abs. 3 Satz 1 BDSG-E unzulässig. Der Arbeitgeber muss diese Interessenabwägung nicht nur im Rahmen von § 32i Abs. 3 Satz 1 BDSG-E, sondern auch beim weiteren Umgang mit Telekommunikationsdaten zur ordnungsgemäßen Aufrechterhaltung des Dienst- oder Geschäftsbetriebs nach § 32i Abs. 3 Satz 2 BDSG-E vornehmen.³⁰⁷

³⁰⁵ Vgl. auch BR-Drs. 535/10, S. 44.

³⁰⁶ *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

³⁰⁷ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von § 32i Abs. 3 Satz 2 BDSG-E („Dies gilt auch, wenn ...“). Die Struktur der Regelung ist allerdings insoweit wenig schlüssig oder anwenderfreundlich.

d) *Voraussetzung einer heimlichen Verwendung von Inhaltsdaten geschäftlicher Telekommunikation*

Grundsätzlich dürfen Arbeitgeber Beschäftigtendaten nur mit Kenntnis des Beschäftigten erheben.³⁰⁸ Sofern der Arbeitgeber ohne Kenntnis des Beschäftigten Daten für stichprobenartige oder anlassbezogene Verhaltens- oder Leistungskontrollen verwendet, kann dies nur nach Maßgabe von § 32e BDSG-E zulässig sein.³⁰⁹ Ein solches heimliches Vorgehen kann demnach nur erlaubt sein, wenn Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat und die Erhebung erforderlich ist, um diese aufzudecken oder weitere damit im Zusammenhang stehende Pflichtverletzungen zu verhindern.

5. § 32i Abs. 4 BDSG-E: Voraussetzungen des Erhebens, Verarbeitens und Nutzens von Daten und Inhalten abgeschlossener Telekommunikationsvorgänge

Während § 32i Abs. 1–3 BDSG-E den laufenden Telekommunikationsvorgang betreffen, regelt § 32i Abs. 4 BDSG-E die bereits abgeschlossene Telekommunikation.

Diese Unterscheidung ist nach der Entwurfsbegründung notwendig, weil Telekommunikation nach § 3 Nr. 22 TKG den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen bezeichnet.³¹⁰ Die Telekommunikation sei somit mit dem Empfang der übermittelten Signale abgeschlossen und unterfalle nicht mehr dem Fernmeldegeheimnis, sondern dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³¹¹ Dies gelte insbesondere für auf dem Arbeitsplatzcomputer des Beschäftigten eingegangene E-Mails. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet nach dem Willen des Entwurfsgebers mit dem abgeschlossenen Empfang einer E-Mail, soweit der Betroffene die technische Möglichkeit hat, die Daten zu verarbeiten.³¹²

Praxistipp: Sobald eine per E-Mail geführte Kommunikation auf dem Rechner des Beschäftigten gespeichert ist, soll der fragliche Kommunikationsvorgang nach der insoweit eindeutigen Gesetzesbegründung

308 Vgl. § 32e Abs. 1 BDSG-E.

309 BR-Drs. 535/10, S. 44.

310 BR-Drs. 535/10, S. 44.

311 BR-Drs. 535/10, S. 44; vgl. *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

312 *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 734.

grundsätzlich abgeschlossen sein.³¹³ Für solche Telekommunikationsdaten gilt allein § 32i Abs. 4 BDSG-E. Ähnlich ist die Sachlage, wenn die E-Mail-Kommunikation nicht auf dem Rechner des Beschäftigten, sondern auf dem E-Mail-Server des Arbeitgebers oder eines Dienstleisters gespeichert ist.

a) Anwendbarkeit von §§ 32c und 32d BDSG-E auf abgeschlossene Telekommunikation, § 32i Abs. 4 Satz 1 BDSG-E

Bei abgeschlossenen Telekommunikationsvorgängen wird nicht zwischen den bei der Nutzung anfallenden Daten und Inhaltsdaten unterschieden. § 32i Abs. 4 BDSG-E gilt für sämtliche abgeschlossene Telekommunikationsvorgänge. Nach Abschluss eines Telekommunikationsvorgangs ist das Erheben, Verarbeiten oder Nutzen der Verbindungsdaten und Inhalte hieraus unter den in §§ 32c und 32d BDSG-E genannten Voraussetzungen zulässig. Die Erhebung von Daten aus abgeschlossenen Kommunikationen richtet sich damit nach § 32e BDSG-E, deren Verarbeitung und Nutzung nach § 32d BDSG-E.

Insbesondere muss die Erhebung für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein.³¹⁴ Dies soll nach der Entwurfsbegründung etwa dann der Fall sein, wenn wegen der Abwesenheit eines Beschäftigten dessen berufliche E-Mails von dem Vertreter des Beschäftigten oder dem Arbeitgeber selbst weiterbearbeitet werden müssen.³¹⁵

b) Verwendung privater Daten und Inhalte, § 32i Abs. 4 Satz 2 BDSG-E

§ 32i Abs. 4 Satz 2 BDSG-E betrifft den Umgang mit privaten Inhalten und Daten aus abgeschlossener Telekommunikation. Zwar bezieht sich § 32i BDSG-E insgesamt nur auf für dienstliche oder geschäftliche Zwecke erlaubte Telekommunikation. Allerdings geht der Entwurfsgeber anscheinend davon aus, dass ein Verbot der privaten Nutzung nicht durchgängig beachtet wird.

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung privater Inhalte und Daten aus abgeschlossenen Kommunikationsvorgängen soll nur zulässig sein, wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes unerlässlich

³¹³ Vgl. BR-Drs. 535/10, S. 44.

³¹⁴ § 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E.

³¹⁵ BR-Drs. 535/10, S. 45.

lich ist. Das soll etwa dann der Fall sein, wenn der Beschäftigte erkrankt und seine elektronische Post zwecks weiterer Bearbeitung der dienstlichen E-Mails gesichtet werden muss.

Als private Kommunikation im Sinne von § 32i Abs. 4 Satz 2 BDSG-E muss der Arbeitgeber nicht bereits solche Daten behandeln, die möglicherweise privater Natur sind, sondern ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs nur erkennbar private Inhalte.³¹⁶ Auch die Kenntnisnahme der Kommunikation Beschäftigter mit ihren Interessenvertretungen ist auf der Grundlage des § 32i Abs. 4 BDSG-E nicht zulässig, weil dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes grundsätzlich nicht notwendig ist.³¹⁷ Sofern die Beschäftigten hierauf hingewiesen wurden, sollte im Rahmen dieser Regelung eine vollständige E-Mail-Archivierung möglich sein.³¹⁸

§ 32j BDSG-E Unterrichtungspflichten

¹Stellt ein Arbeitgeber fest, dass bei ihm gespeicherte Beschäftigten-daten unrechtmäßig übermittelt oder auf sonstige Weise Dritten unrechtmäßig zur Kenntnis gelangt sind, hat er dies unverzüglich den Betroffenen mitzuteilen. ²Drohen schwerwiegende Beeinträchtigungen der Rechte oder schutzwürdiger Interessen der Beschäftigten, hat der Arbeitgeber auch die zuständige Aufsichtsbehörde unverzüglich zu unterrichten. ³§ 42a Satz 3 bis 4 und 6 gilt entsprechend.

§ 32j BDSG-E ist eine Spezialvorschrift zu § 42a BDSG, der eine allgemeine Regelung zu Datenpannen enthält.³¹⁹ Im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses verdrängt § 32j BDSG-E die Bestimmung des § 42a BDSG.³²⁰

316 BR-Drs. 535/10, S. 45.

317 BR-Drs. 535/10, S. 45.

318 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

319 Auch die Gesetzesbegründung verwendet für unrechtmäßige Datenverluste im Sinne von § 32i BDSG-E bzw. § 42a BDSG den Begriff der „Datenpanne“, BR-Drs. 535/10, S. 45.

320 Vgl. § 27 Abs. 3 BDSG-E.

1. Generelle Unterrichtungspflicht gegenüber Beschäftigten bei Datenpannen

Anders als im Falle von § 42a Satz 1 BDSG müssen Arbeitgeber die betroffenen Beschäftigten gemäß § 32j Satz 1 BDSG-E von einem Datenverlust unverzüglich unterrichten. Dies gilt (anders als im Rahmen von § 42a BDSG) nicht nur dann, wenn schwerwiegende Beeinträchtigungen für die Rechte und schutzwürdigen Interessen der betroffenen Beschäftigten drohen. Ein Verstoß gegen diese Unterrichtungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7f BDSG-E dar.

Die Regelung erscheint wegen ihres starren Anwendungsbereichs eher praxisfern, da jeder Datenverlust die Informationspflicht auslösen soll. Dies wird durch das Fehlen einer Privilegierung von Datenübermittlungen im Konzern noch verstärkt. Denn bereits eine geringfügige unrechtmäßige Datenübermittlung an ein anderes Konzernunternehmen oder dessen sonstige Kenntniserlangung würde die Benachrichtigungspflicht auslösen.³²¹

2. Zusätzliche Pflicht zur Unterrichtung der Aufsichtsbehörden bei drohenden schwerwiegenden Beeinträchtigungen

Falls schwerwiegende Beeinträchtigungen der Rechte oder schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten drohen, muss der Arbeitgeber gemäß § 32j Satz 2 BDSG-E zusätzlich auch die zuständige Aufsichtsbehörde unverzüglich unterrichten. Verstößt der Arbeitgeber gegen diese Pflicht zur Unterrichtung der Aufsichtsbehörde, stellt dies eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7g BDSG-E dar.

Gemäß § 32j Satz 3 BDSG-E gelten § 42a Satz 3, Satz 4 und Satz 6 BDSG entsprechend. Die Bestimmung verweist hingegen nicht auf § 42a Satz 2 BDSG. Anders als bei den allgemeinen Bestimmungen des Datenschutzes müssen Arbeitgeber ihre Beschäftigten demnach stets unverzüglich von einer Datenpanne unterrichten und dürfen nicht warten, bis sie angemessene Maßnahmen zur Datensicherung ergriffen haben.

321 *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751, 758.

§ 32k BDSG-E Änderungen

Der Arbeitgeber hat Dritten, an die er Beschäftigtendaten übermittelt hat, die Änderung, Löschung oder Sperrung dieser Daten unverzüglich mitzuteilen, es sei denn, die Mitteilung ist nicht erforderlich, um schutzwürdige Interessen der Beschäftigten zu wahren.

§ 32k BDSG-E stellt eine Sonderregel gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 35 Abs. 7 BDSG dar.

§ 32k BDSG-E verpflichtet Arbeitgeber zur Aktualisierung von an Dritte weitergegebene Beschäftigtendaten, falls dies zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beschäftigten erforderlich ist. Die Vorschrift schreibt Arbeitgebern vor, solchen Dritten die Änderung, Löschung oder Sperrung dieser Beschäftigtendaten unverzüglich mitzuteilen. Diese Informationspflicht gilt nur dann nicht, wenn eine solche Mitteilung zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten nicht erforderlich ist.

Ein Verstoß gegen diese Unterrichtungspflicht stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 7f BDSG-E dar.

§ 32l BDSG-E Einwilligung, Geltung für Dritte, Rechte der Interessenvertretungen, Beschwerderecht, Unabdingbarkeit

(1) Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber aufgrund einer Einwilligung des Beschäftigten ist abweichend von § 4 Abs. 1 nur zulässig, soweit dies in den Vorschriften dieses Unterabschnitts ausdrücklich vorgesehen ist.

(2) Die Vorschriften dieses Unterabschnitts gelten entsprechend für Dritte, die für den Arbeitgeber beim Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten tätig werden.

(3) Die Rechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.

(4) Bestehen tatsächliche Anhaltspunkte, die den Verdacht begründen, dass der Arbeitgeber Beschäftigtendaten unbefugt erhebt, verarbeitet oder nutzt, kann sich der Beschäftigte an die für die Datenschutzkontrolle zuständige Behörde wenden, wenn der Arbeitgeber einer darauf gerichteten Beschwerde des Beschäftigten nicht unverzüglich abhilft.

(5) Von den Vorschriften dieses Unterabschnitts darf nicht zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden.

Anders als §§ 32–32i BDSG-E enthält § 32l BDSG-E keine Regelungen, die die Verwendung von Beschäftigtendaten für festgelegte Zwecke erlauben. Vielmehr regelt § 32l BDSG-E eine Reihe grundlegender Vorgaben zum Umgang mit Beschäftigtendaten durch Arbeitgeber für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. § 32l BDSG-E soll den Besonderheiten des Beschäftigungsverhältnisses und der Situation der Beschäftigten Rechnung tragen.³²²

1. § 32l Abs. 1 BDSG-E: Einschränkung der Einwilligung als Erlaubnis für den Umgang mit Beschäftigtendaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Die Verwendung von Beschäftigtendaten ist gemäß § 32l Abs. 1 BDSG-E ausschließlich in den in §§ 32–32i BDSG-E genannten Fällen zulässig. Abweichend von der allgemeinen Bestimmung in § 4 Abs. 1 BDSG soll die Einwilligung eines Beschäftigten den Umgang mit seinen Daten nicht grundsätzlich erlauben, sondern nur nach §§ 32 Abs. 6 Satz 4, 32a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, 32b Abs. 3, 32h Abs. 1 Satz 2 sowie 32 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 BDSG-E.

In anderen als den in den Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz genannten Fällen soll eine Einwilligung allein die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Beschäftigtendaten nicht begründen können.³²³ Im Beschäftigtendatenschutz soll die Einwilligung des Beschäftigten allein einen Umgang mit seinen personenbezogenen Daten nicht mehr ermöglichen. Die Einwilligung des Beschäftigten wird damit zur zusätzlichen Anforderung, die neben den sonstigen im Gesetz genannten Voraussetzungen vorliegen muss. Diese Regelung dürfte kaum den Erfordernissen der Praxis genügen³²⁴ und zudem europarechtlich unzulässig sein.³²⁵ Art. 7 lit. a der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG sieht vor, dass Einwilligungen prinzipiell einen eigenständigen Rechtfertigungstatbestand für den Umgang mit personenbezogenen Daten darstellen.

322 BR-Drs. 535/10, S. 46.

323 BR-Drs. 535/10, S. 46.

324 Ebenfalls kritisch zu den praktischen Folgen der Regelung: *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 729.

325 So auch *Forst*, RDV 2010, 150; *Thüsing*, RDV 2010, 147, 148; *Forst*, NZA 2010, 1043, 1044; *Heinson/Sörup/Wybitul*, CR 2010, 751; *Entzer*, AuA Sonderheft 2010, 63.

Zudem beschränkt die Regelung Beschäftigte in unverhältnismäßiger Weise in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.³²⁶ Es darf bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber seine Wertungen in derart generalisierender Weise an Stelle der freien und informierten Entscheidung der betroffenen Beschäftigten setzen kann.³²⁷

In der Datenschutzpraxis sind Einwilligungen zudem für sachgerechte Regelungen für Betriebe notwendig, in denen kein Betriebsrat oder eine andere betriebliche Interessenvertretung eingerichtet ist.³²⁸ Hier sind Einwilligungen oftmals die einzige Möglichkeit, eine angemessene Regelung für die Verwendung von Beschäftigtendaten im jeweiligen Einzelfall zu finden.³²⁹ Dies gilt insbesondere für die Weitergabe von Beschäftigtendaten im Konzernverbund oder bei punktuellen Datenverwendungen im Rahmen interner Ermittlungen – etwa bei Kartelluntersuchungen.³³⁰ Hier wäre es deutlich praxisingerechter gewesen, es bei der Einwilligung als eigene Rechtfertigung zu belassen und klare Kriterien zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen Einwilligungen im Beschäftigungsverhältnis zulässig sind.

2. § 32I Abs. 2 BDSG-E: Anwendung der §§ 32–32I BDSG-E auch bei für den Arbeitgeber tätigen Dritten

Die Regelungen der §§ 32–32I BDSG-E sollen nicht nur dann gelten, wenn Arbeitgeber selbst Beschäftigtendaten erheben, verarbeiten oder nutzen, sondern auch, wenn sie dies durch Dritte ausführen lassen.

§ 32I Abs. 2 BDSG-E bezweckt, dass der Schutzstandard der Vorschriften über den Beschäftigtendatenschutz nicht durch die Einschaltung unternehmensfremder Dritter abgesenkt wird.³³¹ Die Vorschriften dieses Unterabschnitts sollen dementsprechend auch für Dritte im Sinne von § 3 Abs. 8 BDSG gelten, die für den Arbeitgeber tätig sind.³³² Der Dritte bleibt dabei für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften zwar auch selbst verantwortlich,³³³ wird aber als Arbeitgeber im Sinne

326 So auch *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368, 274.

327 So etwa auch *Schmid/Appt*, AuA Sonderausgabe 2010, 25; *Prinz*, Aua Sonderheft 2010, 60; *Dehmel*, Aua Sonderheft 2010, 62.

328 *Thüsing*, RDV 2010, 147, 148.

329 *Gola*, RDV 2010, 97, 98.

330 Vgl. *Thüsing*, RDV 2010, 147, 148.

331 *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 734.

332 BR-Drs. 535/10, S. 46.

333 BR-Drs. 535/10, S. 46.

von § 3 Abs. 13 BDSG-E behandelt und muss sich an den Maßstäben der §§ 32–32I BDSG-E messen lassen.

Beispiel: Arbeitgeber sollen den Schutz der §§ 32 ff. BDSG-E nicht dadurch umgehen können, dass sie etwa die Personalabteilung einer Konzerngesellschaft, Rechtsanwälte, Detekteien oder Wirtschaftsinformationsdienste mit dem Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von Beschäftigtendaten beauftragen.³³⁴

Für Auftragsdatenverarbeiter, die im Auftrag des Arbeitgebers Beschäftigtendaten verwenden, soll hingegen weiterhin § 11 BDSG gelten.³³⁵

3. § 32I Abs. 3 BDSG-E: Keine Beeinträchtigung der Rechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten

§ 32I Abs. 3 BDSG-E soll klarstellen, dass §§ 32–32I BDSG-E die Rechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten durch die Neuregelungen nicht einschränken.³³⁶ Als Auffanggesetz soll das BDSG beispielsweise die Rechte des Betriebsrats nach dem BetrVG nicht berühren. Eine eigenständige Bedeutung dürfte der Regelung wegen § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG nicht zukommen. Die Ausübung der Rechte der Interessenvertretungen bleibt umfassend geschützt.³³⁷ Die unbeeinflusste Wahrnehmung der Rechte der Interessenvertretungen soll durch die Änderungen des BDSG nicht berührt werden.³³⁸ Insbesondere hebt das BDSG insofern keine anderen Schutzrechte Beschäftigter auf.³³⁹

4. § 32I Abs. 4 BDSG-E: Beschwerderecht des Beschäftigten

Gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG kontrolliert die Aufsichtsbehörde die Ausführung des BDSG sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz.³⁴⁰

³³⁴ Schmid/Appt, AuA Sonderausgabe 2010, 24.

³³⁵ BR-Drs. 535/10, S. 46.

³³⁶ BR-Drs. 535/10, S. 46.

³³⁷ BR-Drs. 535/10, S. 46.

³³⁸ BR-Drs. 535/10, S. 46.

³³⁹ BR-Drs. 535/10, S. 46.

³⁴⁰ Für die Kontrolle anderer Vorschriften über den Datenschutz ist die Aufsichtsbehörde gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG nur zuständig, soweit diese die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten oder die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten in oder aus nicht-automatisierten Dateien regeln.

Grundsätzlich können sich Betroffene stets an die Aufsichtsbehörde wenden, wenn sie vermuten, dass jemand personenbezogene Daten unbefugt erhebt, verarbeitet oder nutzt.³⁴¹ § 321 Abs. 4 BDSG-E schränkt dieses Recht ein. Nach dieser Bestimmung dürfen sich Beschäftigte wegen tatsächlicher Anhaltspunkte, die den Verdacht begründen, dass der Arbeitgeber Beschäftigtendaten unbefugt erhebt, verarbeitet oder nutzt, erst dann an die für die Datenschutzkontrolle zuständige Behörde wenden, wenn der Arbeitgeber einer entsprechenden Beschwerde des Beschäftigten nicht unverzüglich abhilft. „Unbefugt“ im Sinne dieser Vorschrift sind Handlungen, die weder nach dem BDSG noch nach anderen Rechtsvorschriften erlaubt sind.³⁴²

§ 321 Abs. 4 BDSG-E gilt nach seinem Wortlaut nur für den unbefugten Umgang mit Beschäftigtendaten und nicht für die Daten anderer Personen, die nicht bei dem fraglichen Arbeitgeber beschäftigt sind. Der Grund für diese Unterscheidung ist nicht einleuchtend. Es ist kaum nachvollziehbar, warum Beschäftigte Verstöße bei Beschäftigtendaten erst nach Abstimmung mit dem Arbeitgeber und bei Daten, die sich auf andere, betriebsfremde Personen beziehen, der Aufsichtsbehörde sofort melden sollen dürfen. Zudem legt der Wortlaut der Regelung nahe, dass sich Beschäftigte bei bloßen Vermutungen, die nicht auf tatsächlichen Anhaltspunkten beruhen, möglicherweise gar nicht an die Aufsichtsbehörden wenden dürfen. Eine solche Einschränkung des Beschwerderechts von Beschäftigten wäre unverhältnismäßig und wohl auch kaum verfassungsgemäß.

Die Gesetzesbegründung verweist zudem auf das Maßregelverbot des § 612a BGB und stellt klar, dass Beschäftigten wegen der Ausübung ihres Beschwerderechts keine Nachteile entstehen dürfen.³⁴³

§ 321 Abs. 4 BDSG-E sieht vor, dass der Beschäftigte sich stets beim Arbeitgeber beschweren muss, bevor er sich an die Aufsichtsbehörden wendet. Diese Regelung erscheint sachfremd und benachteiligt Beschäftigte in unangemessener Weise. Richtigerweise sollte eine vorherige Abstimmung mit dem Arbeitgeber allenfalls vorgeschrieben sein, wenn dies zumutbar bzw. verhältnismäßig ist.³⁴⁴

341 So auch beispielsweise *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 735.

342 *Klebe*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, § 43 Rn. 15; *Mackenthun*, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 44 Rn. 6.

343 BR-Drs. 535/10, S. 47.

344 Ähnlich *Tinnefeld/Petri/Brink*, MMR 2010, 727, 735.

5. § 321 Abs. 5 BDSG-E: Verbot abweichender Regelungen zu Ungunsten der Beschäftigten

§ 321 Abs. 5 BDSG-E verbietet Arbeitgebern, von den Regelungen der §§ 32–321 BDSG-E zu Ungunsten der Beschäftigten abzuweichen. Das Verbot soll gewährleisten, dass der mit den gesetzlichen Regelungen festgeschriebene Datenschutzstandard für Beschäftigte nicht unterschritten wird.³⁴⁵ Damit soll nicht ausgeschlossen werden, dass Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen die gesetzlichen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz konkretisieren oder sogar Alternativen gestalten,³⁴⁶ vgl. hierzu die Kommentierung zu § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E (s. o. S. 420). Solche Vereinbarungen sollten jedenfalls dann zulässig sein, soweit sie von den gesetzlichen Regelungen insgesamt nicht zum Nachteil der Beschäftigten abweichen.³⁴⁷

Bei Betriebsvereinbarungen wird der Regelungsrahmen richtigerweise nicht vom BDSG, sondern von § 75 Abs. 2 BetrVG vorgegeben. Ein für den Beschäftigten nachteiliges Abweichen von den Vorschriften des Beschäftigtendatenschutzes auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem wird von § 321 Abs. 5 BDSG-E hingegen ausgeschlossen.

* * *

345 BR-Drs. 535/10, S. 47.

346 BR-Drs. 535/10, S. 47.

347 BR-Drs. 535/10, S. 47.

DER Kommentar zum BDSG!



Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder direkt beim Verlag

MEINE BESTELLUNG

Ja, bitte senden Sie mir/uns

___ Expl. „**Kommentar zum BDSG –**
und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG“
2010, Schriftenreihe Kommunikation und Recht, XXVI, 1434 Seiten, Geb.,
ISBN: 978-3-8005-1485-4
€ 218,-

Name | Firma | Kanzlei

Straße | Postfach

PLZ | Ort

Datum | Unterschrift

(Wyb)

INHALT

- Kommentierung der Vorschriften des BDSG über die Erhebung, die Verarbeitung und die Nutzung von personenbezogenen Daten.
- **Aktuell:** Berücksichtigung der neuen Vorschriften zur Bonitätsprüfung (Scoring), zum Adresshandel (Listenprivileg), zum Arbeitnehmerdatenschutz sowie zu allen weiteren Gesetzesänderungen der letzten Legislaturperiode.
- **Konkurrenzlos:** Kommentierung der bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften aus TKG und TMG, ohne die – in Verbindung mit dem BDSG – eine datenschutzrechtliche Bewertung der elektronischen Kommunikation nicht möglich ist.
- Mit zahlreichen Hinweisen zur praktischen Umsetzung.

HERAUSGEBER

- Prof. Dr. **Jürgen Taeger** ist Universitäts-Professor an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg und bekleidet den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsinformatik.

Dr. **Detlev Gabel** ist Rechtsanwalt und Partner im Frankfurter Büro von White & Case LLP. Er ist schwerpunktmäßig im Bereich Informationstechnologie (IT) und Outsourcing tätig.

Beide Herausgeber befassen sich seit vielen Jahren in Wissenschaft und Praxis mit der Materie. Mit Kommentierungen zahlreicher Fachautoren.

ZIELGRUPPEN

- Wirtschaftsunternehmen, Betriebliche Datenschutzbeauftragte, Anwälte und Gerichte, Rechtswissenschaftler, Datenschutzaufsichtsbehörden.



**Verlag Recht und Wirtschaft
Frankfurt am Main**

Mainzer Landstr. 251 | 60326 Frankfurt am Main
Tel 069 / 7595-2722 | Fax 069 / 7595-2780
E-Mail wagner@betriebs-berater.de

www.ruw.de