

BUSE HEBERER FROMM



BESCHÄFTIGTENDATENSCHUTZ



INHALT

Vorwort	3
1. Bewerbungsverfahren	4
1.1 Einführung	4
1.2 Fragerechte des Arbeitgebers	5
1.3 Background Checks	6
1.4 Einstellungsuntersuchungen	7
1.5 Löschung von Bewerberdaten	8
2. Laufendes Arbeitsverhältnis	9
2.1 Kontrolle der Telekommunikation	9
2.2 Videoüberwachung	10
2.3 Detektive und Testkäufer	11
2.4 Ortungssysteme	12
2.5 Taschenkontrollen/Durchsuchungen	13
2.6 Whistleblowing	14
2.7 Ärztliche Untersuchungen	15
2.8 Fragerechte des Arbeitgebers	16
2.9 Auftragsdatenverarbeitung/Cloud Computing	18
2.10 Datenschutz bei Due Diligence	19
2.11 Datenschutz im Konzern/Ausland	20
3. Datenschutz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	21
4. Rechte des Betriebsrats	22
4.1 Mitbestimmung	22
4.2 Betriebsvereinbarungen	23
5. Einwilligung des Mitarbeiters	24
6. Der Datenschutzbeauftragte	25
7. Folgen von Datenschutzverstößen	26
7.1 Strafbarkeit/Beweisverwertungsverbot	26
7.2 Rechte des Arbeitnehmers	27
Impressum	28



VORWORT

Jeder Arbeitgeber erhebt, verarbeitet und nutzt eine Vielzahl personenbezogener Daten potentieller, gegenwärtiger und ehemaliger Arbeitnehmer. Etwa um sich ein Bild über Stellenbewerber zu machen, dem Verdacht des Missbrauchs von Telekommunikationsmitteln im Betrieb nachzugehen, Compliance-Pflichten zu erfüllen oder einen potentiellen Erwerber im Rahmen einer Due Diligence zu informieren. Nach Beendigung der Datenverarbeitung bzw. Zweckerreichung stellt sich die Frage, wie mit den vorhandenen Informationen über den Mitarbeiter umgegangen werden darf bzw. muss.

Dabei haben die jüngsten „Datenskandale“ bei deutschen Großunternehmen und ihre Aufarbeitung in Presse und juristischem Schrifttum einmal mehr die große Unsicherheit verdeutlicht, die beim Umgang mit Arbeitnehmerdaten herrscht. Diese rührt sicherlich nicht zuletzt daher, dass sich das Datenschutzrecht in besonderem Maße durch unklare Anwendungsbereiche einzelner Bestimmungen, scheinbar endlose Verweisungsketten, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe „auszeichnet“. Die geplante detaillierte gesetzliche Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz wird vielleicht noch recht lange auf sich warten lassen.

Die vorliegende Broschüre wendet sich an Arbeitgeber und möchte in kurzer und verständlicher Form Antworten auf die wesentlichen praxisrelevanten Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes geben. Wie die oben aufgeführten Beispiele zeigen, stellen sich diese Fragen für große, mittelständische und kleine Unternehmen gleichermaßen. Darüber hinaus soll die Broschüre insbesondere auch Gestaltungsspielräume des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerdatenschutz aufzeigen.

Diese Broschüre wurde erstellt von Rechtsanwälten und Fachanwälten der Practice Group Arbeitsrecht von Buse Heberer Fromm. Dabei sind Erfahrungen aus unserer umfangreichen Beratungspraxis eingeflossen. Die Practice Group Arbeitsrecht umfasst derzeit 30 Rechtsanwälte und Fachanwälte an den sechs deutschen Standorten von Buse Heberer Fromm. Für weitere Informationen siehe www.buse.de/practice-groups/arbeitsrecht.

1.1 BEWERBUNGSVERFAHREN – Einführung

Im Stadium der Vertragsanbahnung treffen verschiedene Interessen des Bewerbers und des potentiellen Arbeitgebers aufeinander. Während der Arbeitgeber sich möglichst weitgehend über den Bewerber informieren möchte, um Fehlbesetzungen zu vermeiden, möchte der Bewerber wenig oder jedenfalls nur vorteilhafte Informationen über sich preisgeben.

Aus diesem Spannungsverhältnis resultiert das gleichsam „klassische“ Problem der Reichweite des „Fragerechts“ des Arbeitgebers, das die Rechtsprechung schon seit den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts immer wieder beschäftigt. Neben dem Vorstellungsgespräch verfügt der Arbeitgeber über eine Vielzahl weiterer **Informationsquellen** wie etwa ärztliche Einstellungsuntersuchungen, Erkundigungen bei Dritten, insbesondere früheren Arbeitgebern, Recherchen über den Bewerber im Internet.

Während die Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers ursprünglich noch auf Basis der widerstreitenden Grundrechte entwickelt wurde, finden sich über die Zulässigkeit der verschiedenen Datenerhebungsmethoden des Arbeitgebers heute einfachgesetzliche Vorgaben im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Dabei geht das Gesetz von einem **grundsätzlichen Verbot der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten** aus, so dass sich eine Datenerhebung des Arbeitgebers immer auf einen Erlaubnistatbestand stützen lassen muss.

Die einzelnen Erlaubnistatbestände des BDSG sind allerdings schwer verständlich. Die Komplexität dieser Vorschriften mag der Grund dafür sein, dass Arbeitgeber in der Praxis häufig darauf hinwirken, Datenverarbeitungen auf die **Einwilligung des Bewerbers** bzw. **Arbeitnehmers** gemäß § 4a BDSG zu stützen. Danach muss die Einwilligung auf der „freien Entscheidung“ des Betroffenen beruhen. Von weiten Teilen der arbeitsrechtlichen Literatur wird vor dem Hintergrund der regelmäßig bestehenden **Zwangslage** des Bewerbers/Arbeitnehmers, die Einwilligung zur Vermeidung von Nachteilen erteilen zu müssen, die erforderliche Freiwilligkeit bereits generell verneint. Auch wenn man dem nicht folgt, ist es jedenfalls immer eine Frage des Einzelfalls, ob eine Einwilligung tatsächlich freiwillig und damit wirksam erteilt wurde. Dabei wird es regelmäßig gegen die Freiwilligkeit der Einwilligung sprechen, wenn der Arbeitgeber versucht, ansonsten nicht zulässige Datenerhebungen über die Einwilligung zu legitimieren. Nicht zuletzt ist die Einwilligung jederzeit widerprüflich und damit insgesamt ein für den Arbeitgeber risikobehaftetes Instrument zur Rechtfertigung von Datenverarbeitungen.



Deshalb sollen die nachfolgenden Seiten für Arbeitgeber einen Überblick darüber bieten, ob und inwieweit die einzelnen im Vertragsanbahnungsstadium regelmäßig durchgeführten Datenerhebungen unabhängig von der Einwilligung des Bewerbers zulässig sind.

1.2 BEWERBUNGSVERFAHREN – Fragerecht des Arbeitgebers

Das Befragen des Bewerbers im Rahmen eines Vorstellungsgesprächs stellt Datenerhebung im Sinne des BDSG dar. Gemäß § 32 Abs. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Bewerbers nur erhoben werden, wenn und soweit dies für die Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Damit wird das Informationsinteresse des Arbeitgebers zwar grundsätzlich rechtlich geschützt, dem Arbeitgeber wird ein Fragerecht jedoch nur insoweit zugestanden, als er ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage im Hinblick auf das einzugehende Arbeitsverhältnis hat. Dieses Interesse des Arbeitgebers muss objektiv so stark sein, das dahinter das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und seine Individualsphäre zurücktreten.



Ob das Informationsinteresse des Arbeitgebers berechtigt, billigenswert und schutzwürdig ist, bestimmt sich dabei zunächst nach den Anforderungen, die der zu besetzende Arbeitsplatz an den Arbeitnehmer stellt. Fragen, die die Eignung des Bewerbers für die vorgesehene Tätigkeit ermitteln sollen, sind deshalb zulässig.

BEISPIELE:

Fragen hinsichtlich der für die Stelle erforderlichen **Ausbildung** sowie des beruflichen **Werdenganges** sind zulässig.

Die Frage nach einer **Vorstrafe** wird grundsätzlich dann als zulässig angesehen, wenn und soweit die Art des zu besetzenden Arbeitsplatzes dies erfordert, die Vorstrafe also „**einschlägig**“ ist. Dies ist bei der Frage nach Vorstrafen wegen Unterschlagung z. B. dann der Fall, wenn eine Stelle als Buchhalter/in mit Bankvollmacht zu besetzen ist. Zulässig ist gleichermaßen die Frage nach verkehrsrechtlichen Vorstrafen, wenn es um die Besetzung einer Stelle als Fahrer/in geht.

BEISPIEL:

Gemäß § 53 Abs. 1 BZRG darf sich ein verurteilter Straftäter als unbestraft bezeichnen und braucht den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren, wenn die Verurteilung nicht in das private Führungszeugnis aufzunehmen oder zu tilgen ist. Selbst bei „**Einschlägigkeit**“ muss der Bewerber solche **Vorstrafen** deshalb nicht offenbaren.

Weiterhin wird der Umfang des legitimen Informationsinteresses des Arbeitgebers durch Wertungen begrenzt, die sich aus der gesamten Rechtsordnung ergeben. Deshalb darf der Arbeitgeber keine Fragen nach Umständen stellen, die er nach gesetzlichen Wertentscheidungen seiner Einstellungsentscheidung nicht zugrunde legen darf.

BEISPIEL:

Da die Ablehnung einer Bewerberin wegen ihrer **Schwangerschaft** eine Benachteiligung wegen des Geschlechts darstellt, ist eine dahingehende Frage unzulässig.

Entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG ist die Frage nach der **Schwerbehinderteneigenschaft**, also der formalen Anerkennung als schwerbehinderter Mensch, nach Einführung von § 81 Abs. 2 SGB IX nicht mehr zulässig

Von besonderer Bedeutung sind zudem die gesetzlichen Benachteiligungsverbote aus § 81 Abs. 2 Sozialgesetzbuch (SGB) IX und § 7 Abs. 1 i. V. m. § 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Danach sind u. a. bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen Benachteiligungen wegen Behinderung, Anerkennung als Schwerbehinderter, Rasse, ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Alter oder sexueller Identität verboten, es sei denn, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines bestimmten Merkmals eine wesentliche und entscheidende bzw. – für den Fall der Religion – gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt.

Entsprechende Merkmale dürfen deshalb grundsätzlich nicht erfragt werden.

1.3 BEWERBUNGSVERFAHREN – Background Checks

Zusätzlich zu den Bewerbungsunterlagen und dem Bewerbungsgespräch gibt es verschiedene weitere Möglichkeiten für den Arbeitgeber, sich über einen Bewerber zu informieren. Neben Unterlagen wie dem polizeilichen Führungszeugnis oder der SCHUFA-Auskunft nutzen Arbeitgeber dabei zunehmend das Internet sowohl zu Recherchen über Suchmaschinen (z. B. google) als auch in sozialen Netzwerken (etwa LinkedIn, Facebook, StudiVZ, XING).

Verlangt der Arbeitgeber vom Bewerber die Vorlage von Auskünften, gilt mangels spezieller gesetzlicher Regelungen auch insoweit, dass personenbezogene Daten eines Bewerbers gemäß § 32 Abs. 1 BDSG nur erhoben werden dürfen, soweit dies für die Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Daten, nach denen der Arbeitgeber nicht fragen darf, darf er deshalb grundsätzlich auch nicht auf andere Weise erheben.

BEISPIELE:

Eine standardisierte SCHUFA-Auskunft informiert über alle Geld- und Warenkreditgeschäfte des Bewerbers und enthält damit auch Informationen über die privaten Lebensumstände und Lebensführung. Da diese Daten für die Einstellungsentscheidung nicht erforderlich sind, ist die Anforderung einer solchen Auskunft – auch beim Bewerber – unzulässig. Obwohl das polizeiliche Führungszeugnis ursprünglich auch zur Vorlage an private Arbeitgeber konzipiert wurde, darf die Vorlage heute in den meisten Fällen nicht mehr gefordert werden, da es auch Vorstrafen enthalten kann, die nicht relevant für die zu besetzende Position sind und nach denen der Arbeitgeber deshalb nicht fragen dürfte.

Nach § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG sind Daten grundsätzlich beim Betroffenen zu erheben. Sollen Daten nicht beim Bewerber selbst erhoben werden, sind dem Informationsinteresse des Arbeitgebers deshalb zusätzliche Grenzen gesetzt. Ohne Mitwirkung des Betroffenen dürfen Daten u.a. erhoben werden, wenn eine Rechtsvorschrift dies vorsieht. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG etwa ist eine Datenerhebung für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn die betroffenen Daten allgemein zugänglich sind und das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Datenerhebung nicht offensichtlich überwiegt.

Über eine **Suchmaschine** auffindbare Daten sind zwar allgemein zugänglich. Da die durch die Rechtsprechung entwickelten Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers auf einer Interessenabwägung be-

ruhen, wird man bei außerhalb des Fragerechts liegenden Daten aber ein offensichtlich überwiegendes Geheimhaltungsinteresse im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BDSG selbst dann annehmen müssen, wenn der Bewerber diese mit einem nicht auf die Bewerbung gerichteten Zweck ins Internet eingestellt hat. Nach personenbezogenen Daten des Bewerbers ohne Bezug zu dem einzugehenden Arbeitsverhältnis darf der Arbeitgeber deshalb nicht suchen.



Bei Daten aus **sozialen Netzwerken** ist zwischen freizeitorientierten und berufsorientierten Netzwerken zu differenzieren: Da die Betreiber **freizeitorientierter Netzwerke** wie Facebook oder StudiVZ in den AGB regelmäßig eine ausschließliche Nutzung für private Zwecke vorsehen und der Arbeitgeber für die Datenerhebung entgegen dieser Vorgabe ein User-Profil erstellen müsste, werden die in diesen Netzwerken enthaltenen Daten schon nicht als allgemein zugänglich angesehen.

Eine andere Bewertung ist bei **berufsorientierten Netzwerken** wie XING oder LinkedIn vorzunehmen. Deren Nutzung erfolgt insbesondere zu geschäftlichen Zwecken, weshalb die dort vom Bewerber eingestellten Daten trotz der vom Arbeitgeber vorzunehmenden Anmeldung im Netzwerk als allgemein zugänglich angesehen werden können, wenn es sich nicht um ein nur für „Freunde“ einsehbares Profil handelt.

Obwohl es derzeit an einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt, wird teilweise empfohlen, den Arbeitnehmer vor der Erhebung von Daten aus dem Internet darauf hinzuweisen. Der Bewerber hat so die Möglichkeit, seine Daten zu „bereinigen“. Ein solcher Hinweis kann z. B. in der Stellenausschreibung erfolgen.

1.4 BEWERBUNGSVERFAHREN – Einstellungsuntersuchungen

Ob der Bewerber den physischen Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes gewachsen ist, werden in der Regel weder der Bewerber selbst, noch der Arbeitgeber beurteilen können. Der Arbeitgeber kann deshalb von dem Bewerber die Durchführung einer ärztlichen Einstellungsuntersuchung verlangen. Verweigert der Bewerber die dazu erforderliche Einwilligung, muss er mit der Ablehnung seiner Bewerbung rechnen.



Hinsichtlich Art und Umfang der Untersuchung muss der Arbeitgeber bzw. der beauftragte Arzt jedoch die dem Fragerecht des Arbeitgebers gezogenen Grenzen beachten. Deshalb muss sich die Untersuchung **auf die gegenwärtige Eignung des Bewerbers für den zu besetzenden Arbeitsplatz** beziehen. Dieser Bezug besteht nach der Rechtsprechung des BAG zum Fragerecht nach Gesundheitsdaten jedenfalls dann, wenn eine Untersuchung auf gesundheitliche Beeinträchtigungen durchgeführt wird, die die Eignung des Bewerbers für die angestrebte Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen erheblich beeinträchtigen oder aufheben würden.

BEISPIEL:

Die Untersuchung auf eine **Alkohol- oder Drogenabhängigkeit** wird in den Fällen zulässig sein, in denen eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu Gefahren für Leib und Leben Dritter führt (Chirurgen, Piloten, Kraftfahrer, Waffenträger etc.) oder die Gefahr besonders hoher Sachschäden droht (Kassenpersonal in Banken, Croupiers, Bediener von teuren Spezialmaschinen etc.).

Weiterhin sind im Rahmen der Einstellungsuntersuchung die **gesetzlichen Diskriminierungsverbote** zu beachten, die auch dem Fragerecht des Arbeitgebers Grenzen ziehen.

BEISPIEL:

Ein **Schwangerschaftstest** im Rahmen der Einstellungsuntersuchung ist unzulässig.

Zur gegenwärtigen Eignung zählt auch die gesundheitliche Eignung für zum Zeitpunkt der Einstellungsuntersuchung schon **feststehende zukünftige** Tätigkeiten.

BEISPIEL:

Die Tropentauglichkeit des Bewerbers kann geprüft werden, wenn ein späterer Einsatz in den Tropen zu den vorgesehenen Tätigkeiten gehört.

Der Bewerber bzw. Arbeitnehmer muss in die Untersuchung **nach Aufklärung** über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber **eingewilligt** haben. Weiterhin ist dem Arbeitnehmer das vollständige Untersuchungsergebnis mitzuteilen. Dem Arbeitgeber darf hingegen nur mitgeteilt werden, ob der Beschäftigte nach dem Untersuchungsergebnis für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist.

Für **gendiagnostische Untersuchungen** gelten die spezielleren Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes (GenDG). Mit derartigen Untersuchungen könnte ein Arbeitgeber Wissen über solche Erkrankungen des Bewerbers erlangen, die nicht akut vorliegen, sondern für die lediglich eine genetische Veranlagung besteht. Gemäß § 19 GenDG darf der Arbeitgeber von Arbeitnehmern jedoch weder vor noch nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen. Er darf noch nicht einmal die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen, solche Ergebnisse entgegennehmen oder verwenden.

Dieses Verbot wird durch ein **Benachteiligungsverbot** flankiert: Gemäß § 21 Abs. 1 GenDG darf der Arbeitgeber Beschäftigte u.a. bei der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nicht wegen ihrer oder der genetischen Eigenschaften einer genetisch verwandten Person benachteiligen. Dies gilt auch, wenn sich Beschäftigte weigern, genetische Untersuchungen oder Analysen bei sich vornehmen zu lassen oder die Ergebnisse bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen zu offenbaren.

Ausnahmen von dem Benachteiligungsverbot sind selbst dann **ausgeschlossen**, wenn eine bestimmte genetische Konstitution als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung angesehen werden könnte.

1.5 BEWERBUNGSVERFAHREN – Löschung von Bewerberdaten

Ist ein Stellenbesetzungsverfahren abgeschlossen, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, wie mit den erlangten Daten der Stellenbewerber verfahren werden kann bzw. muss.

§ 35 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BDSG bestimmt, dass personenbezogene Daten, wenn sie für eigene Zwecke verarbeitet werden, zu löschen sind, sobald ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist. Die Speicherung von Bewerberdaten dient der Auswahl eines geeigneten Kandidaten. Ist die Entscheidung über die Besetzung des Arbeitsplatzes gefallen, werden die von den Bewerbern erhobenen Daten für diesen Zweck nicht mehr benötigt, so dass die Daten – vorbehaltlich einer wirksamen Einwilligung des Bewerbers in die weitere Speicherung – gelöscht werden müssten.

Andererseits resultiert jedoch ein Interesse des Arbeitgebers an der Aufbewahrung der Bewerbungsunterlagen insbesondere daraus, dass abgelehnte Bewerber auf **Schadensersatz** oder Entschädigung gemäß § 15 Abs. 1, 2 AGG klagen könnten. In diesen Fällen könnten die Bewerbungsunterlagen etwa zur Darlegung dienen, dass der betroffene Bewerber objektiv ungeeignet war und eine subjektiv nicht ernst gemeinte, rechtsmissbräuchliche Bewerbung eingereicht hatte. Deshalb geht man – wenn auch auf unklarer Grundlage – davon aus, dass Bewerberdaten erst nach Ablauf der Ausschlussfrist für die Geltendmachung solcher Ansprüche aus § 15 Abs. 4 AGG gelöscht werden müssen.

Bis zu diesem Zeitpunkt müssen die Daten im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 4 BDSG gesperrt werden. Dies bedeutet, dass in irgendeiner Form (z. B. durch einen **Sperrvermerk**) gekennzeichnet werden muss, dass die Daten nur noch zur Abwehr entsprechender Ansprüche verarbeitet oder genutzt werden dürfen.

Eine weitere Speicherung der Daten ist nur für den Fall zulässig, dass der Bewerber darin wirksam eingewilligt hat. Eine Einwilligung könnte der Bewerber im Hinblick auf eine mögliche spätere Einstellung abgeben. Die Bildung von **Bewerberpools** mit Einwilligung der Bewerber ist zulässig.



Gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG begeht der Arbeitgeber eine Ordnungswidrigkeit, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, speichert. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 300.000 Euro geahndet werden. Geschieht die unbefugte Datenspeicherung vorsätzlich und gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, wird dies gemäß § 44 Abs. 1 BDSG sogar mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

2.1 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNISS – Kontrolle der Telekommunikation

Stellt der Arbeitgeber Telekommunikationsdienste **nur für betriebliche Zwecke** zur Verfügung, darf er die anfallenden **Verbindungsdaten** erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies **erforderlich** ist, z. B.

- um einen ordnungsgemäßen Betrieb von Telekommunikationsnetzen oder -diensten, einschließlich der Datensicherheit zu gewährleisten, oder
- zu Abrechnungszwecken, oder
- zu stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrollen der Arbeitnehmer.

Grundsätzlich zulässig ist damit bspw. auch die Überprüfung, ob Mitarbeiter private Daten aus dem Internet heruntergeladen oder ob privater E-Mailverkehr stattfindet.

BEISPIEL:

Der Geschäftsführer stellt fest, dass die Telefonkosten in letzter Zeit höher sind als gewöhnlich. Er erhebt mit Kenntnis der Arbeitnehmer alle Daten von den Apparaten und stellt dabei fest, dass eine Mitarbeiterin oft private Gespräche führte. Die Kontrolle ist erlaubt.

Eine Kontrolle des Telefonanschlusses, des E-Mailkontos etc. des **Betriebsrates** ist unzulässig.

Erhebt der Arbeitgeber die Daten zur Leistungs- bzw. Verhaltenskontrolle und ordnet diese einem bestimmten Arbeitnehmer zu, so muss er diesen Arbeitnehmer nachträglich über die Verarbeitung und Nutzung unterrichten, sobald die Leistungs- bzw. Verhaltenskontrolle dadurch nicht mehr gefährdet wird.



Auch die **Inhalte von E-Mails** oder besuchten **Internetseiten** darf der Arbeitgeber unter den vorgenannten Voraussetzungen einsehen. Eine heimliche Kontrolle ist grundsätzlich nur zulässig, wenn

- gegen einen Arbeitnehmer oder eine Gruppe von Arbeitnehmern ein dringender Verdacht einer **Straftat** oder einer **schwerwiegenden Vertragsverletzung** besteht, die den Arbeitgeber zu einer

Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, und

- die Verwendung des Inhalts bspw. der E-Mail erforderlich ist, um entweder die Straftat oder die Pflichtverletzung **aufzudecken** oder um damit im Zusammenhang stehende weitere Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen zu **verhindern**.

Über den **Inhalt von Telefongesprächen** darf sich der Arbeitgeber nur Kenntnis verschaffen, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist und sowohl der Beschäftigte als auch der Kommunikationspartner zugestimmt haben. Gehört die Nutzung von Telefondiensten zum wesentlichen Inhalt der Arbeitsleistung (z.B. im Callcenter), so kann der Arbeitgeber grundsätzlich auch ohne Kenntnis des Arbeitnehmers die Inhalte zur stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle mithören oder aufzeichnen.

Ist der Kommunikationsvorgang abgeschlossen (also das Telefonat beendet oder die E-Mail im Postfach des Arbeitnehmers eingegangen), darf der Arbeitgeber sogar private Inhalte und Daten erheben, verarbeiten und nutzen, wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes unerlässlich ist. Das ist z. B. der Fall, wenn bei Erkrankung des Arbeitnehmers seine elektronische Post zwecks weiterer Bearbeitung der dienstlichen E-Mails gesichtet werden muss. Weitere Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf diese grundsätzliche Möglichkeit zuvor schriftlich hingewiesen hat (z. B. im Arbeitsvertrag) oder ihn vergeblich aufgefordert hat, das Passwort für den E-Mail-Zugang mitzuteilen (z. B. bei Erkrankung des Mitarbeiters). An der Einsicht in ersichtlich private E-Mails hat der Arbeitgeber regelmäßig kein schützenswertes Interesse.

Hat der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern gestattet, einen dienstlichen E-Mail-Account auch privat zu nutzen, wird er nicht allein dadurch zum Dienstanbieter im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.02.2011 – 4 Sa 2132/10). Belassen die Arbeitnehmer die eingehenden E-Mails im Posteingang bzw. die versendeten im Postausgang, so unterliegt der Zugriff des Arbeitgebers auf diese Daten deshalb nicht den rechtlichen Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses. Der Arbeitgeber darf grundsätzlich auf das Postfach zugreifen, wobei zwingend das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu wahren ist. So darf der Arbeitgeber – oder von ihm beauftragte Dritte – nicht Einblick in solche E-Mails nehmen, die erkennbar privat sind.

2.2 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Videoüberwachung

Gesetzgeber und Arbeitsgerichte haben für Videoüberwachungen von Arbeitnehmern sehr hohe Hürden gesetzt. Der Arbeitnehmer soll grundsätzlich vor Verletzungen seines verfassungsmäßigen Persönlichkeitsrechts durch Videoüberwachung geschützt werden.

Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen der Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen (Betriebs-) Bereichen und von nicht öffentlich zugänglichen (Betriebs-)Bereichen. Ein Bereich ist öffentlich, wenn er nach dem erkennbaren Willen des Arbeitgebers von jedermann genutzt oder betreten werden kann. Das ist beispielsweise bei einem Verkaufsraum der Fall. Umgekehrt ist ein Bereich nicht öffentlich, wenn er nach dem erkennbaren Willen des Arbeitgebers nicht von jedermann betreten oder genutzt werden kann. Das sind bspw. das Lager, Büros etc.

Das Gesetz erlaubt in § 6b BDSG eine **sichtbare** Videoüberwachung – hierzu zählen auch Kameraattrappen – in **öffentlich zugänglichen Betriebsbereichen**, wenn es zur **Wahrung des Hausrechts** oder der **Wahrnehmung berechtigter sonstiger Interessen** für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist. Dazu gehört zum einen die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebsablaufs. Aber auch die Verhinderung von Straftaten durch Abschreckung (z. B. in Parkhäusern, an Tankstellen, in Banken) ist umfasst. Ferner kann legitimes Ziel der Videoüberwachung die Sicherung von Beweismaterial für den Fall von Straftaten (z. B. bei Übergriffen im Parkhaus, Ladendiebstahl) sein. Letztlich dient dann die Videoüberwachung auch dem Schutz der Mitarbeiter.

In **nicht öffentlichen Betriebsbereichen** kann eine **sichtbare** Videoüberwachung zulässig sein,

- zur Zutrittskontrolle,
- zur Wahrnehmung des Hausrechts,
- beim Schutz des Eigentums des Arbeitgebers oder von Dritten,
- zur Gewährleistung der Sicherheit der Arbeitnehmer,
- zur Sicherung von betrieblichen Anlagen,
- zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebes oder
- zur Qualitätskontrolle.

Videokameras können also in öffentlichen wie nicht öffentlichen Bereichen sowohl zur Aufklärung von Straftaten und sonstigen Vertragsverletzungen, als auch zu deren Verhinderung eingesetzt werden. Auch ein Einsatz zur leistungs- und Verhaltenskontrolle ist grundsätzlich zulässig. Der Arbeitgeber muss stets auf die Videoüberwachung aufmerksam machen, z. B. durch Hinweisschilder oder Piktogramme.



Eine **heimliche** Videoüberwachung von Arbeitnehmern – also ohne deren Wissen – ist zulässig, wenn ein konkreter Verdacht in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist. Der Verdacht muss in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen (BAG, Urt. v. 21.06.2012 - 2 AZR 153/11).

BEISPIEL:

Der Geschäftsführer eines Großmarktes will verhindern, dass Mitarbeiter Straftaten begehen. Deshalb hängt er heimlich Kameras im Betrieb auf, um die Mitarbeiter zu überwachen. Diese Maßnahme ist rechtlich nicht erlaubt.

Überwachungsmaßnahmen, die länger als einen Monat dauern, sind in der Regel unangemessen lang und damit nicht zulässig.

Private Rückzugsräume und Ruheräume der Arbeitnehmer (z. B. Sanitär-, Umkleide- oder Schlafräume) dürfen in keinem Fall videoüberwacht werden.

BEISPIEL:

Aus den Schränken der Mitarbeiter in den Umkleidekabinen verschwindet in letzter Zeit immer wieder Geld. Der Geschäftsführer darf dennoch nicht zum Mittel der Videoüberwachung greifen.

In Raucherräumen, in Kantinen oder Küchen ist eine Videoüberwachung nicht ausgeschlossen. Hier hat eine Vielzahl von Arbeitnehmern Zutritt und es fehlt an der individuellen Rückzugsmöglichkeit eines Arbeitnehmers.

2.3 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Detektive und Testkäufer

Der Arbeitgeber greift bei Einsatz von Detektiven erheblich in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein. Die Beobachtung durch einen Detektiv macht eine lückenlose und permanente Überwachung ohne Wissen des Arbeitnehmers möglich. Deshalb ist der Einsatz von Detektiven in der Regel nur zulässig, wenn

- gegen einen Arbeitnehmer oder eine Gruppe von Arbeitnehmern ein dringender Verdacht einer **Straftat** oder einer **schwerwiegenden Vertragsverletzung** besteht, die den Arbeitgeber zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, und
- der Einsatz des Detektivs erforderlich ist, um entweder die Straftat oder die Pflichtverletzung **aufzudecken** oder um damit im Zusammenhang stehende weitere Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen zu **verhindern**.



Präventive Detektiveinsätze, also zur Verhinderung von Straftaten und Pflichtverletzungen können damit nur zulässig sein, wenn bereits eine Straftat oder schwere Pflichtverletzung begangen worden ist, und verhindert werden soll, dass weitere, damit im Zusammenhang stehende Straftaten begangen werden.

BEISPIEL:

Der Geschäftsführer eines forschenden Pharmaunternehmens hat den dringenden Verdacht, dass ein konkreter Mitarbeiter der Forschungsabteilung Ergebnisse von Versuchsreihen einem Konkurrenzunternehmen zuspießt. Er beauftragt daher einen Privatdetektiv mit der Beobachtung des Mitarbeiters, um herauszufinden, ob der Verdacht begründet ist und einzuschreiten, falls weitere Betriebsgeheimnisse verraten werden. Hier wäre der Einsatz des Privatdetektivs grundsätzlich zulässig.

Den Einsatz von Detektiven, um es im Betrieb gar nicht erst zu Straftaten kommen zu lassen, gestattet das Gesetz nicht. Allerdings werden zur Verhinde-

rung von Straftaten ohnehin andere Maßnahmen wie beispielsweise eine sichtbare Videoüberwachung oder eine Überwachung der E-Mailkorrespondenz geeigneter sein.

Ferner ist der Einsatz eines Detektivs nicht zulässig, wenn geringfügige Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers aufgeklärt werden sollen, die den Arbeitgeber – auch im Wiederholungsfalle – grundsätzlich nicht zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, z. B. häufiges Zuspätkommen. Ob im konkreten Fall eine Kündigung aus wichtigem Grund gerechtfertigt wäre, ist nicht maßgeblich. Dies kann nämlich nur einzelfallbezogen und nach einer umfassenden Interessenabwägung beurteilt werden.

Der Detektiveinsatz muss das mildeste Mittel sein, um eine Straftat aufzudecken. Kommt beispielsweise auch eine Taschenkontrolle als probates Mittel zur Aufklärung in Betracht, wäre ein Detektiveinsatz rechtswidrig.

Der Detektiveinsatz muss ferner verhältnismäßig bleiben. So darf der Detektiv den Arbeitnehmer nicht bis in den privaten Lebensbereich verfolgen (z. B. Wohnung). Auch darf der Detektiv den Arbeitnehmer nicht zeitlich unbegrenzt beobachten. Liegen nach ca. 1 Woche noch immer keine Ergebnisse durch die Überwachung vor, ist sie in der Regel abubrechen.

Der Einsatz von **Testkäufern** ist rechtlich in der Regel zulässig. Ein Testkäufer kauft Produkte oder lässt sich von Mitarbeitern beraten, um für den Arbeitgeber herauszufinden, ob diese ihren Sorgfaltspflichten nachkommen oder mit dem Kunden höflich umgehen. Hier findet die Kontrolle an einem bestimmten Punkt und unter zeitlicher Begrenzung statt. Ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ist darin regelmäßig nicht zu erkennen.

Die Berichte des Detektivs bzw. Testkäufers dürfen vom Arbeitgeber bis zur vollständigen Abwicklung des Arbeitsverhältnisses behalten werden. So kann er die gewonnenen Daten als Beweis im Prozess einführen. Wenn sich der Verdacht nicht bestätigt hat, so sind die Berichte zu vernichten.

2.4 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Ortungssysteme

Die Ermittlung des geografischen Standortes eines Arbeitnehmers oder eines Gegenstandes durch Einsatz eines Ortungssystems ist **grundsätzlich zulässig**. Ortungssysteme sind u.a. GPS-Systeme, RFID-Systeme und elektronische Fahrtenschreiber. Aber auch die Lokalisierung per Handy mittels stiller SMS fällt unter den Begriff der Ortungssysteme.

Zulässigkeitsvoraussetzung für eine **Ortung** und die Verarbeitung und Nutzung der so gewonnenen Daten ist zunächst, dass sie **aus betrieblichen Gründen erforderlich** sind, und zwar entweder zur **Sicherung des Arbeitnehmers** oder zur **Koordinierung des Einsatzes** des Arbeitnehmers.

BEISPIEL:

Ein Kleinspediteur oder ein Werttransportunternehmen stattet seinen Fuhrpark mit GPS-Ortungssystemen aus.

Ein Wachschutzunternehmen koordiniert und überwacht die Rundgänge der Wachleute mittels GPS.

Zur verdachtsunabhängigen Leistungs- und Verhaltenskontrolle dürfen Ortungssysteme nicht eingesetzt werden.

BEISPIEL:

An den Hausausweisen einer großen Versicherung ist mit Kenntnis der Arbeitnehmer ein kleiner RFID-Chip angebracht. Dieser soll das Verhalten der Arbeitnehmer und deren Pausenzeiten kontrollieren. Eine derartige Kontrolle ist (auch mit Einwilligung der Arbeitnehmer) unzulässig.

Eine Ortung ist zudem **nur während der Arbeits- bzw. Bereitschaftszeit** gestattet. Der Arbeitgeber ist demnach nicht berechtigt, den Arbeitnehmer auch in seiner Freizeit oder im Urlaub zu überwachen. Hierfür besteht kein schützenswertes Interesse des Arbeitgebers. Eine Überwachung auch außerhalb der Arbeits- bzw. Bereitschaftszeit verletzt das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers in unzulässiger Weise.

BEISPIEL:

Ein Kleinspediteur stattet seinen Fuhrpark mit GPS-Ortungssystemen aus. Die Fahrer sind berechtigt, nach Schichtende mit dem Fahrzeug nach Hause zu fahren und am nächsten Morgen direkt zum HUB zu kommen, um neue Lieferungen in Empfang zu nehmen. Eine Ortung nach Feierabend oder in der Freizeit ist nicht erlaubt. Insoweit dürfen die Systeme keine Signale mehr senden.



Der Arbeitgeber kann auch **Arbeitsmittel** (auch heimlich) orten lassen, um z. B. Diebstähle zu verhindern.

BEISPIEL:

Ein Bauunternehmer bringt an seinen Maschinen und Fahrzeugen GPS-Systeme an. Diese werden nur eingeschaltet, soweit tatsächlich ein Diebstahl erfolgt ist.

Solange ein Beschäftigter das Arbeitsmittel erlaubterweise nutzt oder sich die Sache erlaubterweise in seiner Obhut befindet, ist eine Ortung des Arbeitsmittels nur unter den vorgenannten Voraussetzungen zulässig. Anderenfalls wäre es dem Arbeitgeber möglich, über den „Umweg“ der Ortung der Arbeitsmittel eine Ortung der Mitarbeiter zu erreichen.

BEISPIEL:

Ein Bauunternehmer bringt an seinen Maschinen und Fahrzeugen GPS-Systeme an. Die Mitarbeiter „leihen“ sich diese Gerätschaften jedoch ohne Zustimmung des Arbeitgebers gerne über das Wochenende aus, z.B. zum privaten „Hauslebau“. Stellt der Geschäftsführer am Wochenende das Fehlen der Maschinen fest, kann er zulässigerweise eine Ortung vornehmen.

Die Daten sind zu löschen, wenn und **soweit** der Zweck der Ortung erreicht wurde (z. B. wenn das Fahrzeug nicht gestohlen wurde).

2.5 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNISS – Taschenkontrollen und Durchsuchungen

Taschenkontrollen bzw. Durchsuchungen können probate Mittel des Arbeitgebers sein, um Straftaten (in der Regel Diebstähle) oder sonstige Rechtsverletzungen (z. B. Weitergabe von Betriebsgeheimnissen) aufzudecken (**repressive Maßnahme**) bzw. um sie zu verhindern (**präventive Maßnahme**). Die Überprüfung des Inhalts der Taschen von Mitarbeitern und erst recht körperliche Durchsuchungen bedeuten einen erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, so dass solche Maßnahmen nicht uneingeschränkt zulässig sind.



Präventive Taschenkontrollen bzw. Durchsuchungen sind nur zulässig, wenn dringende sachliche Gründe dafür vorliegen, z. B. eine erhöhte Diebstahlsgefahr im Betrieb. In „normalen“ Verwaltungen werden solche Gründe eher selten vorliegen, anders als in produzierenden Betrieben oder Betriebsteilen oder im Handel/Verkauf. In Branchen, wo der Diebstahlsanreiz größer ist, sind auch häufigere Taschenkontrollen erlaubt. Kontrollen aus betriebsfremden Erwägungen, vorbeugende Generalkontrollen oder gar Kontrollen aus Neugier sind stets unzulässig.

Im Arbeitsvertrag sollte eine Klausel zur Möglichkeit von Taschenkontrollen und Durchsuchungen aufgenommen werden:

KLAUSELVORSCHLAG:

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich berechtigt, zur Verhinderung bzw. Aufklärung von Vertragsverletzungen (insb. Verrat von Betriebsgeheimnissen) und Straftaten (ins. Diebstählen) die Taschen und die Kleidung des Arbeitnehmers zu kontrollieren. Zur Verhinderung von Vertragsverletzungen und Straftaten können die zu kontrollierenden Arbeitnehmer nach dem Zufallsprinzip ausgewählt werden. Leibesvisitationen sind nur zulässig zur Aufklärung eines dringenden Verdachtes einer schweren Vertragsverletzung bzw. Straftat gegen den Arbeitnehmer. Verweigert der Arbeitnehmer eine Leibesvisitation, ist die Polizei hinzuzuziehen. Rechte des Betriebsrates bleiben unberührt.

Der Arbeitgeber darf einzelne Arbeitnehmer ohne objektiven Grund nicht häufiger als andere Arbeitnehmer kontrollieren. Entweder kontrolliert er alle Arbeitnehmer oder einzelne stichprobenartig nach dem Zufallsprinzip.

Repressive Kontrollen, also solche, die der Aufklärung von Straftaten oder sonstigen Rechtsverletzungen dienen, darf der Arbeitgeber im Falle eines konkreten Verdachts eines solchen Rechtsverstoßes durchführen. Dabei darf sich die Kontrolle nur auf diejenigen Arbeitnehmer erstrecken, auf die ein konkreter Verdacht einer Rechtsverletzung fällt.

Taschenkontrollen bzw. Durchsuchungen zur Aufdeckung von Rechtsverstoßen dürfen auch bei begründetem Verdacht **nicht zeitlich unbegrenzt** durchgeführt werden. Häufigkeit und zeitliche Dauer der Kontrollen müssen verhältnismäßig sein.

Sowohl bei **präventiven**, als auch bei **repressiven** Taschenkontrollen bzw. Durchsuchungen muss deren Durchführung verhältnismäßig sein und darf das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nicht unangemessen beeinträchtigen.

Bei **präventiven** Kontrollen wird in der Regel ein Abtasten der Oberbekleidung und/oder ein Hineinsehen in die Taschen des Arbeitnehmers ausreichend sein. Eine körperliche Durchsuchung oder das Hineingreifen in die Tasche wären dann rechtswidrig. Bei **repressiven** Maßnahmen können bei dringendem Verdacht einer schweren Straftat (z. B. Diebstahl hochwertiger Gegenstände) Durchsuchungen zulässig sein, wenn mildere Mittel nicht ersichtlich sind.

Bei Taschenkontrollen und Durchsuchungen muss der Arbeitgeber das **Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats** gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beachten. Ein Mitbestimmungsrecht besteht allerdings nicht, wenn ein einzelner Mitarbeiter aufgrund eines konkreten Verdachts einer Rechtsverletzung durchsucht bzw. kontrolliert wird; in diesem Fall fehlt es an einem kollektiven Bezug. Besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats und missachtet der Arbeitgeber dieses, so führt dies nicht per se zu einem Verwertungsverbot. Findet der Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer einen gestohlenen Gegenstand, so darf er dies in einem Kündigungsschutzprozess geltend machen, zumindest wenn der Besitz unstreitig ist.

2.6 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Whistleblowing

In den letzten Jahren entscheiden sich Unternehmen vermehrt dafür, so genannte Whistleblowing-Verpflichtungen bzw. entsprechende Whistleblowing-Systeme einzuführen. Dadurch haben Arbeitnehmer die Möglichkeit bzw. die Verpflichtung, Regelverstöße und Missstände innerhalb des Unternehmens zu melden, meistens sogar anonym. Hintergrund hierfür ist insbesondere die wachsende Bedeutung der Corporate Compliance.

BEISPIEL

für eine Whistleblowing-Verpflichtung:
„Arbeitnehmer müssen (mutmaßliche) Verstöße anderer Arbeitnehmer gegen arbeitsvertragliche Pflichten umgehend melden. Hierfür haben alle Arbeitnehmer Zugang zu einer Telefon-Hotline (Whistleblowing-Hotline).“

In Deutschland herrscht jedoch eine große Zurückhaltung, solche Pflichten zur Kontrolle und Anzeige der Mitarbeiter untereinander aufzustellen.

Weitaus häufiger werden freiwillige Einrichtungen zur Meldung von Missständen im Unternehmen bzw. Fehlverhalten von Mitarbeitern und Vorgesetzten etabliert wie Kummerkästen, Ombudsmänner oder Telefon-Hotlines.

Im Rahmen eines Whistleblowing-Systems werden personenbezogene Daten des Beschuldigten und gegebenenfalls auch des Hinweisgebers erhoben, übermittelt und gespeichert. Die Übermittlung liegt in der Meldung der angeblichen Verletzungshandlung an die zuständige Stelle.

Datenschutzrechtlich ist dies nur dann zulässig, wenn die Datenverarbeitung i. S. des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG der Zweckbestimmung des Beschäftigungsverhältnisses mit dem Betroffenen dient oder das Unternehmen ein berechtigtes Interesse i. S. des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG nachweisen kann. Dies ist jedoch durch die Vorgabe begrenzt, dass die Arbeitnehmer bei der Einführung der Whistleblowing-Verpflichtung nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden dürfen. Folglich ist dem Interesse der Arbeitnehmer an einem **geregelten und fairen Verfahren** Rechnung zu tragen, d. h. dass insbesondere die Behauptungen eines Whistleblowers überprüft werden müssen und **keine Sanktionen auf Basis von Vermutungen** verhängt werden dürfen.

RECHTSPRECHUNG:

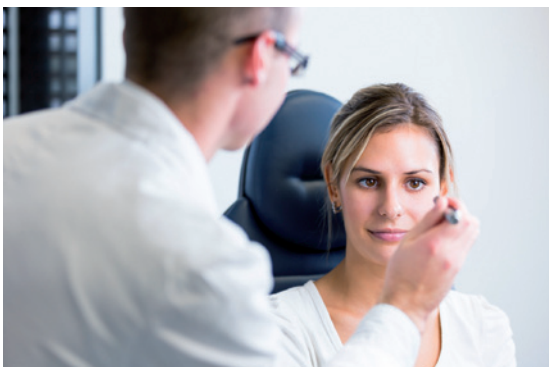
Eine Altenpflegerin hatte ihren Arbeitgeber wegen Mängeln in der Pflege bei der Polizei angezeigt. Die ihr daraufhin ausgesprochene, fristlose Kündigung beanstandete der europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR, Urt. v. 21.07.2012 – 28274/08). Es sei stets ein angemessener Ausgleich zwischen der Notwendigkeit, den Ruf des Arbeitgebers zu schützen und dem Recht des Whistleblowers auf Freiheit der Meinungsäußerung, herzustellen. Die Arbeitnehmerin hatte zuvor alle erdenklichen Möglichkeiten ausgeschöpft, den Arbeitgeber zur Abstellung der Missstände zu bewegen.

Anders als in den USA und in Großbritannien kennt die deutsche Rechtsordnung bislang keine Gesetze zum Schutz von Informanten beispielsweise vor Kündigung, Vorenthalten von Beförderungen und Gratifikationen oder sonstiger Benachteiligung. Sowohl die Fraktion DIE LINKE als auch die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und die Fraktion der SPD haben allerdings im Laufe des Jahres 2012 jeweils einen Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Whistleblowern vorgelegt. Bislang ist ein entsprechendes Gesetz nicht verabschiedet.



Allerdings drohen Whistleblowern strafrechtliche Sanktionen, sofern die von ihnen erhobenen Beschuldigungen nicht zutreffen.

2.7 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Ärztliche Untersuchungen



Der Arbeitgeber hat auch im laufenden Arbeitsverhältnis ein nachvollziehbares Interesse, dass für die einzelnen Tätigkeiten im Betrieb nur körperlich und geistig geeignete Arbeitnehmer eingesetzt werden. Arbeitnehmer können dabei verpflichtet sein, den Arbeitgeber auf relevante gesundheitliche Einschränkungen hinzuweisen. Auch ist der Arbeitgeber – unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer – grundsätzlich berechtigt, mit Arbeitnehmern Gespräche über ihren Gesundheitszustand zu führen (siehe hierzu „Fragerechte im laufenden Arbeitsverhältnis“). Offenbarungspflichten und Fragerechte werden aber nicht immer ausreichend sein, um gesundheitliche Beeinträchtigungen zu erkennen.

BEISPIEL:

Der LKW-Fahrer mag sich eines schleichenden Nachlassens seiner Sehkraft nicht bewusst sein; ein Busfahrer eine Epilepsie aus Angst vor dem Verlust des Führerscheins nicht eingestehen wollen.

Für Sicherheit können hier ärztliche Untersuchungen sorgen. Solche Untersuchungen sind für bestimmte Tätigkeiten bereits gesetzlich vorgeschrieben.

BEISPIEL:

Gesetzlich vorgeschrieben ist eine ärztliche Untersuchung zum Beispiel

- beim Umgang mit Gefahr- oder Biostoffen,
- im Bereich der Gentechnik,
- für Bus- und Lkw-Fahrer.

Mitarbeiter in sogenannten Gemeinschaftseinrichtungen (z.B. Kindergärten, Wohngemeinschaften etc.) dürfen nicht eingesetzt werden, wenn sie an bestimmten, im InfektionsschutzG aufgeführten Krankheiten leiden oder ein diesbezüglicher Verdacht besteht. Um herauszufinden, ob eine solche Erkrankung vorliegt, kommen ärztliche Untersuchungen in Betracht. Die Untersuchung muss sich aber auf diese konkreten Infektionskrankheiten beschränken. Es besteht grundsätzlich kein Bedürfnis bspw. auch noch auf eine Diabeteserkrankung hin zu untersuchen.

Auch in Fällen, in denen der Gesetzgeber nicht bereits ärztliche Untersuchungen ausdrücklich anordnet, können ärztliche Untersuchungen zulässig sein. Voraussetzung ist zunächst, dass der Gesundheitszustand des Mitarbeiters für die Berufsausübung entscheidend ist.

BEISPIEL:

Eine Beeinträchtigung der Sehkraft hat Auswirkungen auf die Eignung als Lkw-Fahrer, nicht jedoch zwingend auf die Eignung eines Büroangestellten.

Eine ärztliche Untersuchung ist zudem nur rechtlich zulässig, wenn sie erforderlich ist, um die Eignung des Arbeitnehmers zu überprüfen, weil

- tatsächliche Anhaltspunkte (nicht lediglich ein Verdacht) vorliegen, die Zweifel an der fortdauernden Eignung des Arbeitnehmers begründen, oder
- ein Wechsel der Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes beabsichtigt ist und hierfür besondere gesundheitliche Anforderungen erfüllt sein müssen.

Auch mit **Einwilligung** des Arbeitnehmers ist eine ärztliche Untersuchung, die die vorgenannten Grenzen überschreitet unzulässig. Es soll verhindert werden, dass sich ein Arbeitnehmer aus Sorge um seinen Arbeitsplatz zu unberechtigten Untersuchungen bereiterklärt.

Da die ärztliche Untersuchung schwerwiegend in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreift, darf sie **nie gegen den Willen des Arbeitnehmers** vorgenommen werden – der Mitarbeiter darf also nicht zwangsuntersucht werden. Verweigert ein Arbeitnehmer eine in rechtmäßiger Weise angeordnete ärztliche Untersuchung, kann dadurch die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers (und damit der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers) entfallen. Auch kommt bei einer hartnäckigen Weigerung eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht.

Eine zulässige Untersuchung ist in der Regel vom Betriebsarzt durchzuführen, wenn nicht der Arbeitgeber einen anderen Arzt benennt. In diesem Fall muss er dem Arbeitnehmer zumindest zwei Ärzte zur Auswahl stellen.

2.8 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Fragerechte des Arbeitgebers

Die Rechtslage zu Fragerechten im laufenden Arbeitsverhältnis berücksichtigt, dass anders als bei der Einstellung der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz bereits sicher hat. Er muss nicht mehr befürchten, aufgrund einer „falschen Antwort“ als Bewerber abgelehnt zu werden.

Aber auch im laufenden Arbeitsverhältnis sind nicht alle Fragen erlaubt. Der Arbeitgeber darf auch im laufenden Arbeitsverhältnis nur solche Fragen stellen, die für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind. Dies ist insbesondere der Fall, soweit die Kenntnis für den Arbeitgeber erforderlich ist, um

- gesetzliche oder auf Grund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- oder Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen,
- die gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Pflichten zu erfüllen oder
- die gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen.

Ferner muss der Arbeitgeber die Grenzen der Verhältnismäßigkeit wahren.

Zulässig sind daher zunächst Fragen, deren Beantwortung wichtig ist im Zusammenhang mit der Personalverwaltung, Lohn- und Gehaltsabrechnung, Anmeldung zur Sozialversicherung etc.

Zu der Frage nach einer **Schwangerschaft** im bestehenden Arbeitsverhältnis hat der Gesetzgeber in den neuen §§ 32 ff. BDSG keine Regelung vorgesehen. Maßgeblich bleibt daher die Regelung in § 5 MuSchG wonach werdende Mütter ihren Arbeitgeber über ihre Schwangerschaft informieren sollen – aber grundsätzlich nicht müssen. Eine Offenbarungspflicht hinsichtlich einer Schwangerschaft kann sich jedoch ergeben, wenn die werdende Mutter in einer Schlüsselposition des Betriebes tätig ist und der Arbeitgeber den künftigen Arbeitsausfall kompensieren muss. Gleiches gilt, wenn die Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit trotz Schwangerschaft eine Gefährdung für die werdende Mutter und das ungeborene Kind bedeuteten würde. In diesen Fällen darf der Arbeitgeber eine Mitarbeiterin bei Vermutung einer Schwangerschaft konkret danach fragen und die Mitarbeiterin muss wahrheitsgemäß antworten. Vorsicht ist geboten, wenn die werdende Mutter befristet beschäftigt wird. In diesem Fall wird es regelmäßig an einem schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers an einer Frage nach der Schwangerschaft fehlen, sofern die bisherige Tätigkeit auch von werdenden Müttern ausgeübt werden

darf. Der Arbeitgeber muss schließlich einen künftigen Arbeitsausfall nicht kompensieren – dieser tritt mit Ablauf der Befristungszeit ohnehin ein. Fragt der Arbeitgeber gleichwohl nach einer Schwangerschaft verletzt er nicht nur die Grundsätze des Datenschutzes. Die Frage selbst kann bereits ein Indiz für eine unzulässige Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellen, wenn anschließend das befristete Arbeitsverhältnis nicht verlängert wird. Die werdende Mutter kann dann einen Anspruch auf Schadenersatz und Entschädigung nach § 15 Abs. 1 und 2 AGG haben. In direktem Zusammenhang mit der beabsichtigten Umwandlung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in ein unbefristetes ist die Frage nach der Schwangerschaft stets unzulässig.



Die Frage nach einer **Behinderung** ist im laufenden Arbeitsverhältnis dann erlaubt, wenn sie für die zu erledigenden Aufgaben im Betrieb von Belang ist. Das bedeutet, dass eine Frage nach der Behinderung dann nicht zulässig ist, wenn sich diese nicht auf die Arbeitsleistung auswirkt. Hier darf nur nach solchen Behinderungen gefragt werden, die auch die geschuldete Tätigkeit beeinträchtigen können.

BEISPIEL:

Die Frage nach einer körperlichen Behinderung, die das Heben von schweren Gegenständen beeinträchtigt, ist erlaubt, wenn der Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit schwer heben muss.

Anders ist es, wenn die Frage darauf abzielt herauszufinden, welcher körperlich gesunde Mitarbeiter für eine Beförderung in Frage kommt.

Die Frage nach der formellen Anerkennung als Schwerbehinderter oder Gleichgestellter bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten zulässig. Das gilt wegen der Sozialauswahl insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen. Der Arbeitnehmer hat die Frage auf Grund seiner Rücksichtnahmepflicht wahrheitsge-

2.8 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Fragerechte des Arbeitgebers

mäß zu beantworten (BAG, Urt. v. 16.02.2012 – 6 AZR 553/10). Darüber hinaus ist diese Frage zulässig, soweit der Arbeitgeber dadurch sicherstellen will, seiner gesetzlichen Beschäftigungspflicht für Schwerbehinderte nachzukommen (§ 71 SGB IX) und so eine Ausgleichsabgabe zu verhindern (§ 77 SGB IX).

Eine Frage nach einer bestehenden **Krankheit** ist dann zulässig, wenn bei Unkenntnis der Betriebsablauf gestört werden könnte.

BEISPIEL:

Die Leiterin eines Kindergartens darf eine Kindergärtnerin fragen, ob sie an einer Infektionskrankheit leidet.

Dies ist z. B. der Fall, wenn eine Ansteckungsgefahr für Kollegen besteht oder wenn die Krankheit auf Dauer vorliegt und der Arbeitnehmer so gar nicht mehr arbeiten kann. Erlaubt sind Fragen nach einer bevorstehenden Kur, einer geplanten Operation oder nach akuten Erkrankungen, bei denen der Arbeitnehmer ausfallen wird. Hier muss der Arbeitgeber den Betrieb wegen des Ausfalles des Arbeitnehmers umorganisieren.



Eine Frage nach einer **Alkoholerkrankung** ist zulässig, wenn sich die Erkrankung auf die Arbeitsleistung auswirkt, nicht dagegen, wenn gelegentlicher privater Alkoholkonsum keinen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis hat.

BEISPIEL:

Die an einen Berufskraftfahrer gerichtete Frage nach einer Alkoholerkrankung ist grundsätzlich zulässig.

Bei Fragen nach der **Gewerkschaftszugehörigkeit** muss unterschieden werden, ob die Frage für das Arbeitsverhältnis von Belang ist oder nicht. Sie ist erlaubt, wenn es um die Anwendung eines Tarifvertrages nur auf organisierte Arbeitnehmer geht.

Der Arbeitgeber darf im laufenden Arbeitsverhältnis nach **Vorstrafen** fragen, wenn diese für die auszuübende Tätigkeit relevant sind. Allerdings ist eine pauschale „Rundbefragung“ nicht erlaubt. Eine Frage nach Vorstrafen muss sich stets auf die arbeitsplatzrelevanten Vorstrafen beschränken.

BEISPIEL

Auch bei konkretem Verdacht ist eine Frage nach Verkehrsvorstrafen an die Sekretärin nicht erlaubt. Diese sind für die auszuübende Tätigkeit unwichtig. Anders ist es, wenn der Marktleiter die Kassiererin nach Vorstrafen wegen Vermögensdelikten fragt. Hier ist die Frage zulässig.

Weiterhin darf nur nach solchen Vorstrafen gefragt werden, die auch in das Führungszeugnis Eingang gefunden haben. Was nicht eintragungspflichtig ist, kann nicht Gegenstand einer zulässigen Frage sein.

Fragen, die aus Höflichkeit und Anstand gestellt werden, sind arbeitsrechtlich zulässig.

BEISPIEL

Fragen, wie „Wie geht es Ihnen?“ oder „Wie war Ihr Urlaub?“ unterfallen der allgemeinen Höflichkeit im Betrieb. Die Antwort des Arbeitnehmers hat hier keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis. Die Fragen sind erlaubt.

Auch ohne eine ausdrückliche Regelung im Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung sind Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber grundsätzlich zur Auskunftserteilung verpflichtet. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber über Art und Umfang seiner Leistungen sowie über Wahrnehmungen in seinem Arbeitsbereich im Zusammenhang mit der Erbringung seiner Arbeitsleistung Auskunft zu erteilen. Aufgrund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht ist der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber darüber hinaus insoweit zur Auskunft verpflichtet, als der Arbeitgeber an diesen Auskünften ein schützenswertes Interesse hat (z. B. um Schäden für den Arbeitgeber zu vermeiden oder zu mindern) und nicht unverhältnismäßig in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreift.

2.9 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Auftragsdatenverarbeitung/Cloud Computing

Es kann immer wieder Situationen geben, in denen einer anderen Stelle Einsicht in persönliche Daten von Arbeitnehmer gewährt werden muss.

Dabei sind zwei grundsätzliche Konstellationen zu berücksichtigen:

- die Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 Abs. 2 BDSG einerseits,
- alle anderen Übermittlungen andererseits.

Großer Vorteil der **Auftragsdatenverarbeitung** ist, dass sie ohne Einwilligung der Arbeitnehmer zulässig ist. Sie liegt vor, wenn der Arbeitgeber sich eines Dritten bedient, aber „Herrin der Daten“ bleibt. Die verantwortliche Stelle muss also kontrollieren können, welche Daten übermittelt werden, wie diese genutzt werden, wann die Löschung erfolgt usw. Die Auftragsdatenverarbeitung muss schriftlich vereinbart werden, die hohen Anforderungen sind in § 11 Abs. 2 Nr. 1 bis 10 BDSG aufgeführt.

BEISPIEL

Ein Unternehmen hat die Lohnbuchhaltung ausgelagert. Monatlich werden die zur Berechnung der Löhne, der Steuern und der Sozialversicherungsbeiträge notwendigen Daten an den Auftragnehmer übermittelt. Dies ist zulässig, das Unternehmen bleibt aber verpflichtet, die Einhaltung des Datenschutzrechts auch beim Auftragnehmer zu überwachen.

Auftragsdatenverarbeitung liegt hingegen nicht vor, wenn der Auftragnehmer die Daten zu eigenen Zwecken nutzen will und der Arbeitgeber es nicht mehr in der Hand hat zu bestimmen, zu welchen Zwecken die Daten genutzt werden. In diesem Fall ist die Weitergabe der Daten jedenfalls ohne Einwilligung der Betroffenen unzulässig.

BEISPIEL:

Ein Unternehmen darf die Daten seiner Arbeitnehmer nicht an eine Versicherung weitergeben, um dieser gezielte Werbeansprachen zu ermöglichen.

Cloud Computing, die Datenverarbeitung „in der Wolke“, findet in Unternehmen immer mehr Verbreitung. Hierbei werden die Daten zumeist nicht mehr in eigenen Rechnern verarbeitet, sondern über einen Cloud-Anbieter auf fremden, meist nicht näher bestimmten Rechnern unter Nutzung fremder Software und weiterer externer Dienstleistungen.



Nach den Grundsätzen zur Auftragsdatenverarbeitung ist Cloud Computing grundsätzlich zulässig. Allerdings müssen im Einzelfall alle Anforderungen des § 11 Abs. 2 BDSG vertraglich festgehalten und überwacht werden. Viele Vorteile des Cloud Computing – namentlich die weltweite Nutzung von Speicher- und Rechnerkapazitäten – sind mit den hohen Anforderungen nur schwer vereinbar.

BEISPIEL

Ein Anbieter von Cloud Computing darf die zur Verfügung gestellten Daten nicht in ein Land übermitteln, in dem die Überwachung durch den Auftraggeber unmöglich ist oder in dem kein angemessenes Schutzniveau herrscht. Schon eine Übermittlung in die USA dürfte damit im Regelfall unzulässig sein.

Außerhalb der Auftragsdatenverarbeitung bestimmt sich die Zulässigkeit der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten an Dritte nach den allgemeinen Vorschriften. Daten dürfen daher übermittelt werden, wenn dies zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig ist oder andere Rechtsvorschriften, insbesondere des Steuer- und Sozialversicherungsrechts, dies erlauben.

2.10 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNIS – Datenschutz bei Due Diligence

Das Durchführen einer Due Diligence (Prüfung eines Betriebs oder Betriebsteils auf rechtliche und wirtschaftliche Risiken) im Vorfeld einer Unternehmenstransaktion ist heute übliche Praxis. Potenzielle Unternehmenserwerber benötigen Informationen über mögliche wirtschaftliche und rechtliche Risiken bei einer Transaktion. Dies gilt sowohl bei der Übernahme von Wirtschaftsgütern (sog. „Asset Deal“), als auch bei der Übernahme von Anteilen eines Unternehmens (sog. „Share Deal“).



Ein wichtiger Teil einer Due Diligence sind die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer. Die Offenlegung der Informationen über Arbeitnehmer unterliegt dem Datenschutzrecht. Darunter fallen insbesondere Angaben zu persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers wie Name, Familienstand und Bankverbindung, aber auch die Personalnummer und die Vergütungsgruppe. Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten an einen potenziellen Unternehmenserwerber setzt gem. § 4 Abs. 1 BDSG einen Erlaubnistatbestand voraus, denn der Erwerber ist im Verhältnis zu den Arbeitnehmern Dritter.

Um zu verhindern, dass die Arbeitnehmerdaten dem Schutz des BDSG unterfallen, kann eine **Anonymisierung**, mindestens aber eine **Pseudonymisierung** nach § 3a S. 2 BDSG durchgeführt werden. Die anonymisierten bzw. pseudonymisierten Daten dürfen dem potenziellen Unternehmenserwerber übermittelt werden

Nicht anonymisierte/pseudonymisierte Arbeitnehmerdaten könnten mit Zustimmung der Arbeitnehmer (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 4a BDSG) weitergegeben werden. Allerdings ist die **Einwilligung** der Arbeitnehmer nur dann wirksam, wenn sie auf einer **freien Entscheidung** beruht, also ohne Beeinflussung zu Stande gekommen ist. Die Arbeitnehmer müssen weiterhin rechtzeitig und umfassend auf den Zweck der Weitergabe sowie auf die Folgen einer Verweigerung der Einwilligung hingewiesen werden, so dass diese Voraussetzungen recht schwer zu erfüllen sind.

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Weitergabe von Arbeitnehmerdaten bei der Durchführung einer Due Diligence kann grundsätzlich durch eine **Betriebsvereinbarung** erreicht werden. Auch tarifvertragliche Regelungen über die Weitergabe von Arbeitnehmerdaten im Rahmen einer Due Diligence sind denkbar aber kaum praktikabel.

Eine Übermittlung von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten könnte auch aufgrund der berechtigten Interessen des Veräußerers datenschutzrechtlich zulässig sein (nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG). Dies ist dann der Fall, wenn die Übermittlung zur Wahrung berechtigter Interessen des Veräußerers erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Hierbei muss im Einzelfall nach einzelnen Datenkategorien sowie der Art des Unternehmens **differenziert** werden.

TIP

Zur rechtlichen Absicherung der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG sollten zwischen dem Veräußerer und dem Kaufinteressenten hinreichende vertragliche Regeln bezüglich der Verschwiegenheit und Datensicherheit getroffen werden.

Noch unklar ist, was in Fällen gilt, in denen eine Offenlegung der persönlichen Daten notwendig ist, z. B. wenn der Arbeitsvertrag eines auf Grund seiner Position identifizierbaren leitenden Angestellten eine Change-of-control-Klausel beinhaltet.

2.11 LAUFENDES ARBEITSVERHÄLTNISS – Datenschutz im Konzern/Ausland

Innerhalb eines Konzerns:

Bei der Übermittlung von Daten innerhalb eines Konzerns fallen die gelebte Realität und die rechtliche Lage meist auseinander. Häufig wird ein Konzern als ein Arbeitgeber behandelt, Daten werden ohne weiteres ausgetauscht.

WICHTIG:

Rechtlich ist aber jedes Konzernunternehmen selbst verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG.

Das Datenschutzrecht kennt bislang **kein Konzernprivileg**. Daher ist die Weitergabe von Daten innerhalb eines Konzerns nur dann zulässig, wenn die Daten auch an externe Dritte weitergegeben werden dürfen, also wenn dies zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig ist, eine Einwilligung erteilt wurde oder wenn Auftragsdatenverarbeitung vorliegt.

BEISPIEL

Im Intranet dürfen die Kontaktdaten der Personalabteilung bekannt gegeben werden, die im Rahmen der Auftragsdatenverarbeitung für die Konzernunternehmen Leistungen erbringt. Ebenso darf der Ansprechpartner für Bewerbungen mit Namen und Kontaktdaten benannt werden, da es hier zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig ist, dass Dritte sich an diesen Arbeitnehmer wenden können.

Ohne eine Regelung bzw. Privilegierung der Datenübermittlung innerhalb eines Konzerns steht das Datenschutzrecht hinter den Erfordernissen international tätiger Konzernunternehmen zurück. Eine gesetzliche Regelung in diesem Bereich würde die Rechtssicherheit und die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen stärken.

Ins Ausland:

Die Datenübermittlung ins Ausland ist in § 4 b BDSG geregelt. Nach dem **Territorialitätsprinzip** findet das Bundesdatenschutzgesetz im Grundsatz auf jede datenschutzrelevante Handlung im Inland Anwendung. Die europäische Datenschutzrichtlinie knüpft dagegen nach Artikel 4 Abs. 1 lit. a das innerhalb der EU anwendbare Recht an den Ort der Niederlassung der verantwortlichen Stelle (**Sitzprinzip**). Dabei gelten bei einer Übermittlung in die EU oder einen anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) dieselben Regeln wie bei einer Übermittlung innerhalb Deutschlands.



Bei einer Übermittlung in sonstige Staaten wie z. B. Japan, die Türkei oder auch Russland ist im Einzelfall technisch und rechtlich sicherzustellen, dass am Zielort ein angemessenes Schutzniveau herrscht.

WICHTIG:

Die Datenweitergabe an ausländische (und inländische) Konzernunternehmen ist nicht privilegiert. Es sind dieselben Anforderungen zu beachten wie bei einer Übermittlung an externe Dritte.

Die Datenübermittlung nach Amerika wird durch eine Sonderlösung, die „**Safe Harbor**“-Vereinbarung zwischen der EU und den Vereinigten Staaten erleichtert. US-Unternehmen haben die Möglichkeit, sich durch Eintrag in eine Liste des US-Handelsministeriums ein ausreichendes Schutzniveau bestätigen zu lassen. Nach Ansicht deutscher Datenschützer entbindet dies aber die deutsche verantwortliche Stelle nicht von ihrer Pflicht, die Einhaltung des Schutzniveaus zu überwachen.

3. DATENSCHUTZ NACH BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Arbeitnehmerdaten ist zulässig, soweit dies für die Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist und nicht unverhältnismäßig in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen wird. Die Kenntnis von Arbeitnehmerdaten kann für die Beendigung oder Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein, um

- gesetzliche oder auf Grund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- oder Zahlungspflichten zu erfüllen oder
- die gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Pflichten zu erfüllen oder
- die gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen.



Fehlt es an einem legitimen Zweck oder fällt ein solcher Zweck für die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung weg, muss der Arbeitgeber die Daten löschen.

Zulässig kann daher die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sein bei

- Lohndaten
- Daten für steuerliche Abrechnungen des Arbeitgebers oder
- Daten für die Sozialversicherung.

Hier dürfen die Daten **solange** gespeichert werden, wie sie für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses benötigt werden.

BEISPIEL

Nach Ausspruch einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Geschäftsführer einigen sich beide Parteien vor dem Arbeitsgericht auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung. Die hierfür benötigten Daten dürfen vom Arbeitgeber erhoben, bis zur ordnungsgemäßen Abrechnung und Auszahlung der Abfindung verarbeitet und genutzt werden.

Einem zum Jahreswechsel ausgeschiedenen Arbeitnehmer steht für das vorangegangene Kalenderjahr arbeitsvertraglich ein Bonus zu, der sich am Jahresgewinn des Unternehmens orientiert. Der Arbeitgeber ist berechtigt, diejenigen Daten des Arbeitnehmers zu erheben, zu verarbeiten und zu nutzen, die für die Ermittlung, Abrechnung und Auszahlung des Bonus erforderlich sind. Anschließend sind die nicht mehr benötigten Daten zu sperren (§ 35 Abs. 3 Nr. 1 BDSG).

Arbeitnehmerdaten müssen vom Arbeitgeber ferner über die Abwicklung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses hinaus weiterhin aufbewahrt werden, soweit dies in anderen **Rechtsvorschriften** vorgeschrieben ist. In diesen Fällen müssen die Arbeitnehmerdaten vom Arbeitgeber als **gesperrt** gekennzeichnet werden.

BEISPIEL

Lohnabrechnungen sind vom Arbeitgeber für 10 Jahre aufzubewahren und Daten für die Lohnsteueranmeldung für 6 Jahre.

Der Arbeitgeber hat gemäß § 28f Abs. 1 S. 1 SGB IV Lohnunterlagen für jeden Arbeitnehmer bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung der Rentenversicherung folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren.

Eine Aufbewahrung der Daten ist grundsätzlich erlaubt, wenn der Arbeitnehmer vorher eingewilligt hat.

BEISPIEL

Eine Erzieherin wechselt den Arbeitsplatz und wird nun von einem anderen Kita-Träger beschäftigt. Auf der Internetseite ihres ehemaligen Arbeitgebers ist unter der Rubrik „Historie“ auch ein Foto eingestellt, das die Erzieherin zeigt. Die weitere Verwendung des Fotos der Erzieherin ist hier nur mit ihrer Einwilligung erlaubt.

Auch nach Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses ist der ehemalige Arbeitgeber zur Verschwiegenheit verpflichtet. Er darf also Daten ohne Zustimmung des ehemaligen Arbeitnehmers nicht ohne Einwilligung oder gesetzliche Grundlage an Dritte weitergeben.

4.1 RECHTE DES BETRIEBSRATS – Mitbestimmung

In § 32 Abs. 3 BDSG hat der Gesetzgeber ausdrücklich festgestellt, dass die Rechte der Interessenvertretungen der Arbeitnehmer bei der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung unberührt bleiben.

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat gebildet ist, hat dieser gemäß **§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG** die Einhaltung des BDSG zu überwachen. Gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber über die Arbeitnehmer betreffende Datenverarbeitungen zu unterrichten, wobei sich die Unterrichtungspflicht auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, erstreckt. Auf Verlangen sind dem Betriebsrat jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

Weiterhin muss der Arbeitgeber bei der Datenverarbeitung die datenschutzrelevanten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats beachten.

Insbesondere im **Stadium der Bewerberauswahl** sind dabei die §§ 94, 95 BetrVG von Bedeutung. Gemäß **§ 94 Abs. 1 BetrVG** bedürfen Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats. Daraus folgt jedoch **kein Anwesenheitsrecht des Betriebsrats im Vorstellungsgespräch**.

Als Personalfragebogen gilt jede standardisierte Zusammenfassung von Fragen über die persönlichen Verhältnisse, Kenntnisse und Fähigkeiten eines Mitarbeiters oder eines Bewerbers. Dabei müssen die Fragen nicht in einem Formular niedergelegt sein. Es genügt, dass personenbezogene Daten auf einem Datenträger, etwa in einem Personalinformationssystem, erfasst werden. Keine Rolle spielt auch, ob die befragte Person selbst den Personalfragebogen ausfüllt oder ob ein Befrager die Personaldaten erhebt, wobei ebenfalls unerheblich ist, ob er sie schriftlich niederlegt oder über ein Datensichtgerät zur automatischen Datenverarbeitung in einen Datenträger eingibt.

Gemäß **§ 95 Abs. 1 BetrVG** bedürfen Richtlinien u.a. über die personelle Auswahl bei Einstellungen der Zustimmung des Betriebsrats. Auswahlrichtlinien sind abstrakt-generelle Grundsätze, die der Entscheidungsfindung bei personellen Einzelmaßnahmen dienen, wenn diese für mehrere Arbeitnehmer und Bewerber in Frage kommen. Richtlinieninhalt sind auch die Verfahrensregeln, die für die Feststellung der Auswahlgesichtspunkte maßgebend sein sollen, also für die Feststellung der fachlichen Voraussetzungen.

BEISPIEL:

Will der Arbeitgeber etwa künftig nur noch Bewerber mit als „geeignet“ bestandenem Einstellungstest einstellen, so stellt er damit eine mitbestimmungspflichtige Auswahlrichtlinie auf, zu der der Betriebsrat seine Zustimmung verweigern kann.

Verstößt eine geplante Einstellung gegen eine Auswahlrichtlinie, so kann der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG seine Zustimmung zu der Einstellung verweigern.

In Betrieben mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber gem. **§§ 80 Abs. 2 S. 2, 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG** verpflichtet, dem Betriebsrat sämtliche Bewerbungsunterlagen für längstens eine Woche zu überlassen. Erhebt der Arbeitgeber selber Daten mittels einer Internetrecherche, wird er dem Betriebsrat die Ergebnisse dieser Überprüfung ebenfalls zur Verfügung stellen müssen.



Regelungen über Datenerhebung und -übermittlung können auch das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Sinne des **§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG** betreffen. Dies betrifft etwa die Pflicht zur Attestvorlage im Krankheitsfall oder die Durchführung standardisierter Krankenrückkehrgespräche. Mitbestimmungspflichtig ist auch die formale Ausgestaltung des Vernehmungsprozesses im Rahmen interner Ermittlungen.

Im Rahmen der Datenerfassung bezüglich bestehender Arbeitsverhältnisse kann der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach **§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG** haben, soweit technische Einrichtungen eingeführt oder angewendet werden, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Im Stadium der Personalauswahl spielt **§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG** hingegen noch keine Rolle. So unterfällt etwa ein online durchgeführter Background Check von Bewerbern schon deshalb nicht dem Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, weil Bewerber keine Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG sind.

4.2 RECHTE DES BETRIEBSRATS – Betriebsvereinbarungen

Gemäß § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.



Da die Einwilligung der einzelnen Arbeitnehmer als Erlaubnistatbestand für den Arbeitgeber risikobehaftet ist und die vorhandenen gesetzlichen Erlaubnistatbestände dem Anliegen des Arbeitgebers häufig nicht gerecht werden, rückt für Arbeitgeber in Betrieben mit Betriebsrat die Möglichkeit in den Fokus, **den betrieblichen Bedürfnissen angepasste Rechtsgrundlagen** für die Datenverarbeitung durch Betriebsvereinbarungen zu schaffen.

In der Rechtsprechung des BAG ist seit langem anerkannt, dass Betriebsvereinbarungen „andere Rechtsvorschriften“ i.S.d. § 4 Abs. 1 BDSG darstellen, also datenschutzrechtliche Erlaubnisnormen enthalten können. Sie bilden damit eine eigenständige Rechtfertigungsgrundlage, die nicht an den Vorschriften des BDSG zu überprüfen ist.

Dabei können Betriebsvereinbarungen nach der Rechtsprechung des BAG den Datenschutz der Arbeitnehmer **auch negativ abweichend** vom BDSG regeln. Damit sind freilich keine grenzenlosen Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Arbeitnehmer erlaubt, weil die Betriebsparteien gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG die Verantwortung haben, die Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu fördern.

Modifikationen sind aber erlaubt, auch wenn diese **nicht zu wesentlichen Unterschreitungen** des datenschutzrechtlichen Niveaus führen dürfen.

BEISPIEL:

Die berufliche und private Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel kann in einer Betriebsvereinbarung derart geregelt werden, dass die Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers im Vergleich zu den Vorgaben des BDSG in gewissem Umfang erweitert werden.

Insbesondere ist es den Betriebsparteien damit möglich, die materiellen Schutzkriterien des BDSG („Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“) zu konkretisieren: Bestimmt eine Betriebsvereinbarung etwa, dass bestimmte Datenverarbeitungen nur zulässig sind nach vorheriger Information, Konsultation, und Zustimmung des Betriebsrates, so führt dies im Regelfall zu einem angemessenen Umgang mit Arbeitnehmerdaten. Zusätzlich hat der Arbeitgeber dann Rechtssicherheit, dass sein Verhalten zulässig ist und damit einen Anreiz, zu einer solchen Betriebsvereinbarung zu kommen. Dies führt zu einem bewussten, überlegten und angemessenen Umgang mit Daten.

BEISPIEL:

Das BAG hatte eine Betriebsvereinbarung über die Videoüberwachung der Mitarbeiter, die die Grundrechte der Arbeitnehmer bei einer objektiven Abwägung nicht hinreichend beachtet, selbst dann für unwirksam erklärt, wenn die Arbeitnehmer in die Videoüberwachung eingewilligt haben (BAG, Beschl. v. 29.06. 2004 – 1 ABR 21/03).

Die Möglichkeit, Betriebsvereinbarungen über Datenverarbeitungen abzuschließen, eröffnet damit ein **weites Gestaltungsfeld**. Dabei müssen die erlaubten Modifikationen von unerlaubten, wesentlichen Unterschreitungen des Datenschutzniveaus abgegrenzt werden, wobei den Betriebsparteien jedoch eine **Einschätzungsprärogative** zugebilligt wird.

5. EINWILLIGUNG DES MITARBEITERS

Die Möglichkeiten zur Erweiterung der Befugnisse des Arbeitgebers durch Einwilligung der Arbeitnehmer bzw. durch kollektivrechtliche Regelungen sind im BDSG angelegt.

Der Arbeitgeber kann vom Arbeitnehmer eine Einwilligung zur Datenerhebung, -verarbeitung, oder -nutzung einholen.

Eine wirksame Einwilligung muss den **formellen Anforderungen** des § 4a BDSG entsprechen. Die Erteilung einer Einwilligung ist **freiwillig**. Der Arbeitgeber darf den Mitarbeiter nicht unter Druck setzen, damit dieser die Einwilligung erteilt. So wäre eine erteilte Einwilligung unwirksam, wenn diese zur Bedingung einer Entfristung des Arbeitsverhältnisses gemacht wurde. Auch die Erteilung der Einwilligung bereits im Arbeitsvertrag ist nicht unproblematisch, da der Arbeitnehmer so möglicherweise die Einwilligung nur erteilt, damit der Arbeitsvertrag zustande kommt. In solchen Situationen sollte die Einwilligung separat erfolgen. In jedem Fall ist die Einwilligung drucktechnisch deutlich hervorzuheben, wenn sie gemeinsam mit anderen Erklärungen abgegeben wird.

BEISPIEL:

Der Arbeitgeber legt seinen Arbeitnehmern Änderungsverträge zu den Arbeitsverträgen vor, die im Wesentlichen Regelungen zur Erhöhung der Vergütung und zur Einführung eines Weihnachtsgeldes enthalten. Unter dem Punkt „Sonstiges“ ist u.a. eine Einwilligung zu einer Videoüberwachung enthalten. Die Mitarbeiter unterschreiben die Änderungsvereinbarung.

Diese Einwilligung ist nicht wirksam. Zum einen ist bereits zweifelhaft, ob sie freiwillig erteilt wurde. Hätte ein Arbeitnehmer nicht unterschrieben, hätte er möglicherweise keine Gehaltserhöhung und kein Weihnachtsgeld beanspruchen können. Zum anderen ist die Einwilligung versteckt unter „Sonstiges“ im Änderungsvertrag enthalten. Hier hätte die Einwilligung deutlich erkennbar herausgestellt werden müssen, d.h. mit einer entsprechenden Überschrift und gegebenenfalls sogar in Fettdruck.



Nach § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG ist für eine rechtswirksame Einwilligung die Einhaltung der Schriftform vorgeschrieben. Eine mündlich erteilte Einwilligung – aber auch eine Einwilligung per E-Mail – genügt dem Schriftformerfordernis nicht. Die Einwilligung muss handschriftlich unterzeichnet sein, oder in elektronischer Form gem. § 126a Abs. 1 BGB vorliegen. Nur im Ausnahmefall kann hiervon abgewichen werden.

Die Einwilligung muss **vor** der Datenerhebung, -verarbeitung bzw. -nutzung vorliegen. Eine nachträgliche Genehmigung sieht das Gesetz nicht vor.

Eine rechtswirksame Einwilligung setzt ferner voraus, dass der Arbeitnehmer vor der Erteilung der Einwilligung über das Ausmaß und die Folgen der Einwilligung **informiert** worden ist. Es muss deutlich werden, welche Daten erhoben werden, wie die Erhebung erfolgt, wie die Daten genutzt werden sollen und zu welchem Zweck etc. Der Arbeitgeber darf sich hier nicht auf allgemeine Angaben zurückziehen.

Der Arbeitnehmer darf seine Einwilligung jederzeit ohne Angabe von Gründen **widerrufen**.

6. DER DATENSCHUTZBEAUFTRAGTE

Ein Datenschutzbeauftragter muss bestellt werden, wenn im Unternehmen:

- ständig mindestens 10 Personen personenbezogene Daten automatisiert verarbeiten,
- oder mindestens 20 Personen personenbezogene Daten auf andere Weise verarbeiten
- oder automatisierte Verarbeitungen vorgenommen werden, die einer Vorabkontrolle nach § 4d Abs. 5 BDSG unterliegen
- oder personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung verarbeitet und genutzt werden.



Der Datenschutzbeauftragte kann **intern oder extern** tätig sein. Daher ist es auch zulässig, einen „Konzernschutzbeauftragten“ zu bestellen. Der Datenschutzbeauftragte muss fachlich und persönlich geeignet sein.

Er ist bei Ausübung seiner Tätigkeit unmittelbar der Geschäftsleitung unterstellt und **Weisungen nicht unterworfen**. Er genießt während und nach seiner Amtsausübung **besonderen Kündigungsschutz** nach § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG.

WICHTIG:

Das BAG hat am 23.03.2011 (10 AZR 562/09) entschieden, dass die Bestellung eines internen Datenschutzbeauftragten nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerrufen werden kann. Der Wunsch, anstelle des internen einen externen Datenschutzbeauftragten zu beschäftigen, ist kein wichtiger Grund. Eine einmal erfolgte Bestellung ist also kaum zu widerrufen. Da die Bestellung eines internen Beauftragten mit dem Arbeitsverhältnis endet, kann ein leitender Angestellter i.S.d. KSchG eine gute Wahl sein.

Die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus § 4g BDSG. Er muss die Einhaltung des Datenschutzrechts im Betrieb überwachen und auf die Einhaltung hinwirken. Zu diesem Zweck kann er

alle notwendigen Auskünfte verlangen, ihm ist die notwendige sachliche Ausstattung zur Verfügung zu stellen, er darf sich auf Kosten des Unternehmens fortbilden und alle notwendigen Räume betreten.

Das Rechtsverhältnis zwischen Datenschutzbeauftragten und Betriebsrat ist noch nicht gänzlich geklärt. Mit der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Betriebsrats nicht vom Datenschutzbeauftragten zu kontrollieren ist (Beschl. v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97).

Gleichfalls ist der Betriebsrat bei Bestellung und Abberufung nicht zu beteiligen, es sei denn, es liegt im Einzelfall eine Versetzung nach § 99 BetrVG vor. Dies wird nur bei „hauptberuflichen“ Datenschutzbeauftragten der Fall sein.

7.1 FOLGEN VON DATENSCHUTZVERSTÖßEN – Strafbarkeit/Beweisverwertungsverbot

Wenn der Arbeitgeber unzulässigerweise Daten erhebt, nutzt oder speichert, so stehen dem Arbeitnehmer verschiedene rechtliche Mittel zur Verfügung, um sein Persönlichkeitsrecht zu verteidigen.

Die Überschreitung der Grenzen des Datenerhebungsrechts des Arbeitgebers kann unter bestimmten Voraussetzungen auch als **Ordnungswidrigkeit** oder sogar als **Straftat** geahndet werden. Der Arbeitgeber begeht gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG eine Ordnungswidrigkeit, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, erhebt. Bei Ordnungswidrigkeiten nach dem Datenschutzgesetz kann eine Geldbuße bis zu 300.000 Euro verhängt werden. Geschieht die unbefugte Datenerhebung vorsätzlich und gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, wird dies gemäß § 44 Abs. 1 BDSG sogar mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

BEISPIEL:

Geldbußen werden schon bei unzulässiger Erhebung, Nutzung oder Speicherung der Daten erhoben, auch wenn die Daten unrechtmäßig für Werbung oder Meinungsforschung genutzt werden.

Eine Straftat liegt schon im unzulässigen Mitschneiden von Gesprächen, beim Ausspähen von Daten oder beim Öffnen fremder Briefe vor.

Sind die Daten allgemein zugänglich, wird eine unzulässige Datenerhebung jedoch nicht sanktioniert.

BEISPIEL:

Werden im Zuge von Background Checks im Internet bei bestimmungsgemäßer Nutzung etwa einer Suchmaschine außerhalb des Fragerechts liegende Daten erhoben, liegt darin keine Ordnungswidrigkeit oder Straftat gemäß §§ 43, 44 BDSG.

Wenn der Arbeitgeber die Vornahme einer genetischen Untersuchung oder Analyse oder die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangt oder entgegennimmt, ist dies ordnungswidrig gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 8, 9 GenDG.



Wurde das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beeinträchtigt, so dürfen auf diesem Wege unrechtmäßig gewonnene Informationen im **Prozess** nicht als **Beweis** verwertet werden. Wurde „nur“ gegen ein Gesetz verstoßen (oder gegen eine Betriebsvereinbarung) und ist das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nicht verletzt, so folgt daraus kein Beweisverwertungsverbot.

7.2 FOLGEN VON DATENSCHUTZVERSTÖßEN – Rechte des Arbeitnehmers

Stellt ein Arbeitgeber in einem Vorstellungsgespräch eine unzulässige Frage, muss der Bewerber diese nicht wahrheitsgemäß beantworten, er hat also ein „Recht zur Lüge“. Findet der Arbeitgeber heraus, dass er belogen wurde, darf er dennoch das Arbeitsverhältnis nicht wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB anfechten.



Nutzt der Arbeitgeber ein unzulässigerweise erhobenes Datum bei der Einstellungsentscheidung, kommen Schadensersatzansprüche des abgelehnten Bewerbers aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB, § 823 BGB oder aus § 7 S. 1 BDSG in Betracht. Diese lassen sich jedoch kaum jemals durchsetzen, da der Bewerber nach allgemeinen Regelungen beweisen müsste, dass er ohne Verwertung der unzulässig erhobenen Daten eingestellt worden wäre, was ihm regelmäßig nicht gelingen wird.

Nur bei Verstößen gegen die Diskriminierungsverbote des AGG kommt dem Bewerber zur Durchsetzung eines Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruchs gemäß § 15 Abs. 1 AGG die Beweiserleichterung des § 22 AGG zugute; er muss nur Indizien für eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes beweisen. Gelingt ihm dies, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

BEISPIEL:

Wird im Vorstellungsgespräch das Fragerecht überschritten und z.B. nach Schwangerschaft, sexueller Identität oder ethnischer Herkunft gefragt, liegt darin ein Indiz für eine Benachteiligung.

Gemäß § 21 Abs. 2 GenDG gelten die §§ 15, 22 AGG auch bei Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 21 Abs. 1 GenDG. Bei der Verwendung von Ergebnissen aus genetischen Untersuchungen oder Analysen droht dem Arbeitgeber darüber hinaus ge-

mäß § 25 Abs. 1 GenDG sogar Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Der Arbeitnehmer hat einen **Unterlassungsanspruch** gegen den Arbeitgeber, wenn dieser Daten in unzulässiger Weise erhebt, verwendet oder speichert. Er kann vor dem Arbeitsgericht auf Unterlassung klagen, z. B. bei unzulässiger Videoüberwachung.

Falls Daten unzulässig gespeichert wurden, kann der Arbeitnehmer **Löschung der Daten** verlangen. Falls unzulässig gespeicherte Daten nicht gelöscht werden dürfen (z. B. weil ein Gesetz dies vorschreibt), kann der Arbeitnehmer die **Sperrung der Daten** verlangen, damit der Arbeitgeber diese nicht mehr nutzen kann. Beides kann er durch Klage vor dem Arbeitsgericht durchsetzen. Die Datenschutzbehörde kontrolliert auf Antrag die Einhaltung der Sperrung bzw. die Löschung.

Weiterhin steht dem Arbeitnehmer ein **Gegendarstellungsanspruch** zu. Dies aber ist nur in den Fällen denkbar, in denen die Informationen auch für andere sichtbar sind.

Bei erheblichen Verstößen gegen den Datenschutz steht dem Arbeitnehmer ein **Leistungsverweigerungsrecht** zu.

BEISPIEL:

Bei unzulässiger Kameraüberwachung, unzulässigem Mithören von Telefonaten oder unzulässigem Einsatz von Detektiven im Betrieb, kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verweigern, bis die unzulässige Überwachung beseitigt ist. Sein Lohnanspruch bleibt erhalten.

Bei schwerwiegenden Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, kann er vom Arbeitgeber **Schadensersatz** und in besonderen Fällen sogar **Schmerzensgeld** verlangen, soweit ihm durch den Verstoß gegen den Datenschutz ein Schaden entstanden ist. Die Höhe ist dabei allerdings vom Einzelfall abhängig; insbesondere von der Schwere des Eingriffs.

BEISPIEL:

Der ehemalige Arbeitgeber eines Bewerbers übermittelt dem zukünftigen Arbeitgeber rechtswidrig Daten – etwa Informationen über die Beendigungsgründe. Diese Informationen führen dazu, dass der Bewerber die Stelle nicht bekommt. Hier kann der Bewerber vom ehemaligen Arbeitgeber den Verdienstaufschlag verlangen.

Impressum

Die in dieser Broschüre enthaltenen Informationen, Rechtsansichten und Meinungen sind nicht als eine umfassende rechtliche Darstellung gedacht. Sie können eine individuelle, auf die Besonderheiten des Einzelfalles bezogene rechtliche Beratung nicht ersetzen.

Falls Sie an weiteren Informationen zum Arbeitsrecht aus unserem Hause interessiert sind, senden wir Ihnen gerne unseren quartalsweise erscheinenden Newsletter. Bitte lassen Sie uns dazu eine kurze E-Mail zukommen.

Herausgeber:

Buse Heberer Fromm Rechtsanwälte · Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB

Ihre Ansprechpartner der Practice Group Arbeitsrecht:

Dr. Michael Eschenbacher, Düsseldorf
eschenbacher@buse.de

Thomas Geißler, Hamburg
geissler@buse.de

Ines Heydasch, LL.M., Hamburg
heydasch@buse.de

Dr. Mathias Kühnreich, Düsseldorf
kuehnreich@buse.de

Jürgen Masling, Essen
masling@buse.de

Sabine Feindura, Berlin (Practice Group Leader)
feindura@buse.de

Tobias Grambow, Berlin
grambow@buse.de

Dr. Alexander Krol, Düsseldorf
krol@buse.de

Dr. Jan Tibor Lelley, LL.M., Essen
(stellv. Practice Group Leader)
lelley@buse.de

Dr. Alexander Otto, Düsseldorf
otto@buse.de

Autoren dieser Broschüre

Tobias Grambow
Dr. Michael Eschenbacher
Dr. Mirona Pühler

Redaktion

© Buse Heberer Fromm
Rechtsanwälte · Steuerberater
Partnerschaftsgesellschaft mbB 2014

Weitere Informationen:

<http://www.buse.de>
<http://www.buseinternational.com>

Die Kanzlei

Buse Heberer Fromm ist eine der großen, unabhängigen Anwaltskanzleien in Deutschland. An sechs deutschen Standorten – Berlin, Düsseldorf, Essen, Frankfurt am Main, Hamburg und München – sowie in acht Repräsentanzen im Ausland – Brüssel, London, Mailand, New York, Palma de Mallorca, Paris, Sydney und Zürich – beraten mehr als 100 Berufsträger nationale und internationale Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschafts- und Steuerrechts. Als mittelstandsorientierte Kanzlei legt **Buse Heberer Fromm** dabei höchsten Wert auf die individuelle Betreuung ihrer Mandanten, persönliche Beratung und Kontinuität der Mandantenbeziehungen.

