

Professor Franz Josef Düwell
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D.

Beschäftigtendatenschutz im Fokus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts

- Der Auftrag des Gesetzgebers und der Beitrag der Gerichte -



Datenschutzwissen *praxiserprobt*

für Unternehmen, Gewerbetreibende & Selbständige

Professor Franz Josef Düwell,
Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D.

**Beschäftigtendatenschutz im Fokus der
Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts
und des Bundesverwaltungsgericht**

**– Der Auftrag des Gesetzgebers
und der Beitrag der Gerichte –**

Die Inhalte dieser Broschüre wurden mit größter Gewissenhaftigkeit und aller Sorgfalt zusammengestellt. Dennoch können weder Autor noch Verlag eine Gewähr für Fehlerfreiheit übernehmen. Die Broschüre ist kein Ersatz für eine Beratung durch Ihre/n Datenschutzbeauftragte/n oder Datenschutzberater/in.

1. Auflage November 2012

© 2012 EfWeHa-Verlag Werner Hülsmann, Konstanz – Ismaning – Berlin

Druck: dieUmweltDruckerei GmbH, Hannover (www.dieumweltdruckerei.de)
auf 100 % Recyclingpapier

ISBN 978-3-95546-020-4

Alle Rechte vorbehalten.

<http://www.EfWeHa-Verlag.de>



Inhaltsverzeichnis

1. Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	5
1.1. Die Entdeckung der informationellen Selbstbestimmung.....	5
1.2. Beschäftigtendatenschutz als Herausforderung für den Gesetzgeber	5
1.3. Der Beitrag der Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz	11
2. Begrenzung der Datenerhebung.....	13
2.1. Die Einführung der Verhältnismäßigkeit	13
2.2. Erforderlichkeit als gesetzlicher Maßstab.....	14
3. Verhaltens- und Leistungsüberwachung durch technische Einrichtungen	16
3.1. Objektive Eignung zur Überwachung.....	16
3.2. Datenverarbeitendes System.....	16
3.3. Einbau von GPS- Geräten in Fahrzeugen.....	17
3.4. Mitbestimmung im Gesetzentwurf.....	19
4. Verhaltensüberwachung durch Video.....	20
4.1. BAG 2003 Pfandflaschen.....	20
4.2. BAG 2004 Postgeheimnis I.....	21
4.3. BAG 2008 Postgeheimnis II.....	25
4.3.1. Die Regelung der Videoüberwachung.....	25
4.3.2. Innerbetrieblicher Bereich	32
4.3.3. Öffentlich zugänglicher Bereich.....	37
4.4. Reichweite des Verbots im öffentlichen Bereich	39
4.4.1. Verfassungskonforme Auslegung des § 6b Abs. 2 BDSG	39
4.4.2. BAG folgt herrschender Meinung	40
4.5. Die Video Überwachung im Entwurf zum Beschäftigtendatenschutzgesetz.....	42
4.5.1. Offene Überwachung.....	42
4.5.2. Heimliche Überwachung.....	43
5. Verwertungsverbot im Prozess.....	45
5.1. Rechtsprechung zu Telefongesprächen.....	45
5.1.1. Abhören und Aufzeichnen	45
5.1.2. Zufälliges Mithören Dritter.....	46
5.2. Rechtsprechung zur Videoüberwachung.....	47

5.2.1. Letztes Mittel als Ausnahme.....	47
5.2.2. Kein Verwertungsverbot bei bloßer Betriebsverfassungswidrigkeit.....	49
5.2.3. Wahrheitspflicht im Prozess	51
5.2.4. Relativer Vorrang für das allgemeine Persönlichkeitsrecht.....	52
5.2.5. Fernwirkung des Verwertungsverbots.....	54
5.3. Rechtsprechung zur Internetüberwachung.....	55
5.4. Beweisverwertung im Gesetzentwurf	57
6. Ansprüche der Beschäftigten bei unzulässiger Videoüberwachung.	58
6.1. Anspruch auf Abbau von Videokameras	58
6.2. Anspruch auf Entschädigung	58
7. Beschäftigtenvertretung und Datenschutz	62
7.1. Kein Kontrollrecht des Arbeitgebers.....	62
7.2. Informationen für Personal- und Betriebsrat.....	64
7.2.1. Konflikt Datenschutz und Überwachungsaufgabe.....	64
7.2.2. Personalvertretungsrecht.....	65
7.2.2.1. Liste der Schwerbehinderten.....	65
7.2.2.2. Liste der vom BEM Betroffenen.....	66
7.2.2.3. Überwachung des Hinweisschreibens.....	69
7.2.2.4. Überwachung des Antwortschreibens.....	72
7.2.2.5. Beschränkung der Einsicht.....	76
7.2.3. Betriebsverfassung.....	80
7.2.4. Sonderrechtsgebiet Bayern.....	81
7.3. Nachrangigkeit des BDSG.....	85
7.4. Ausschluss von Beteiligungsrechten	85
7.5. Zustimmung zur Durchführung des BEM.....	86
8. Stellung des Datenschutzbeauftragten	89
8.1. Bestellung zum internen DSB.....	89
8.2. Bestellung als Versetzung.....	90
8.3. Kein Austausch intern gegen extern	92
8.4. Vereinbarkeit mit Betriebsratsamt.....	93
8.5. Vereinbarkeit mit Leitungsfunktionen.....	94
9. Abkürzungen.....	96
10. Literaturverzeichnis.....	98
11. Über den Autor.....	99

1. Gesetzgebung und Rechtsprechung

1.1. Die Entdeckung der informationellen Selbstbestimmung

Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983¹ ist ein Meilenstein auf dem Weg zum Beschäftigtendatenschutz. Es formulierte das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) und der Menschenwürde. Danach gibt es „kein belangloses Datum“ mehr; denn die Verwendung aller personenbezogenen Daten bedürfen einer besonderen gesetzlichen Rechtfertigung. „Beschränkungen (des informationellen Selbstbestimmungsrechts) bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht.“² Die Erfüllung dieser Voraussetzungen im Arbeitsleben erfordert eine bereichsspezifische Regelung.

1.2. Beschäftigtendatenschutz als Herausforderung für den Gesetzgeber

Mit der zweiten Novellierung seines Landesdatenschutzgesetzes am 11. November 1986³ ging das Bundesland Hessen einen Schritt in diese Richtung. Es schuf dank seines engagierten Datenschutzbeauftragten Prof. Dr. Simits die erste Norm eines gesetzlichen Beschäftigten-Datenschutzgesetzes. Der Bund war erst nach über 22 Jahren später soweit. Mit der Änderung des Bundesdaten-

¹ BVerfG 15.12.1983 -1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83- BVerfGE 65, 1

² BVerfG 15.12.1983 -1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83- Rn 151 juris

³ GVBl I S. 309.

schutzgesetzes (BDSG) vom 29. Juli 2009⁴ hat er seinen ersten Schritt in Form der Neufassung des § 32 BDSG getan, indem er dort erstmalig besondere Regeln für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses schuf.⁵ In einem zweiten Schritt hat er mit weiterem Änderungsgesetz vom 14. August 2009⁶ in 4f Abs. 3 BDSG die Unabhängigkeit der betrieblichen Datenschutzbeauftragten gestärkt. Er hat ihm endlich den gleichen Kündigungsschutz eingeräumt, wie er schon lange einem betrieblichen Abfallbeauftragten zusteht.⁷ In der schwarz-roten Koalitionsregierung waren nur diese partiellen Regelungen möglich. Die Basis für eine weitergehende Lösung fehlte. Grund war vor allem der Kompetenzstreit zwischen dem für Arbeitnehmerschutz zuständigen Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und dem für Datenschutz zuständigen Bundesministerium des Inneren (BMI). Bundesminister Scholz nutzte dennoch die Gelegenheit, sich noch kurz vor der Bundestagswahl, am 4. September 2009, mit dem Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis (Beschäftigtendatenschutzgesetz - BDatG) mit Stand August 2009 zu profilieren. In diesem Entwurf ist erstmals der Versuch unternommen worden, die Erhebung und Verwendung von Beschäftigtendaten beginnend mit dem Fragerecht bei der Einstellung und endend mit der Löschung von Daten nach dem Ausscheiden zu regeln. Nach der Bundestagswahl kam es – eingedenk dessen, dass sich das publizistische Trommelfeuer der fortgesetzten Enthüllungen von Da-

⁴ BGBl I, 2254

⁵ Vgl. Düwell, FA 2009, 268 und FA 2009, 348

⁶ BGBl I, 2814

⁷ Vgl. Düwell FA 2009, 234, 235

tenskandalen bei Lidl, Telekom, Bahn und anderen sich auch in der Demoskopie niederschlug – zu der rechtspolitischen Weichenstellung in der Koalitionsvereinbarung vom 26. Oktober 2009⁸: „Privatheit ist der Kern persönlicher Freiheit. Wir setzen uns für eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes ein und wollen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam schützen. Es dürfen nur solche Daten verarbeitet werden, die für das Arbeitsverhältnis erforderlich sind. Datenverarbeitungen, die sich beispielsweise auf für das Arbeitsverhältnis nicht relevantes außerdienstliches Verhalten oder auf nicht dienstrelevante Gesundheitszustände beziehen, müssen zukünftig ausgeschlossen sein. Es sollen praxisgerechte Regelungen für Bewerber und Arbeitnehmer geschaffen und gleichzeitig Arbeitgebern eine verlässliche Regelung für den Kampf gegen Korruption an die Hand gegeben werden. Hierzu werden wir den Arbeitnehmerdatenschutz in einem eigenen Kapitel im Bundesdatenschutzgesetz ausgestalten.“

Nachdem die in der schwarz-roten Koalition zwischen dem BMAS und dem BMI noch umstrittene Frage einer großen Lösung im Sinne eines eigenständigen bereichsspezifischen Datenschutzgesetzes zu Gunsten der vom BMI favorisierten kleinen Lösung geklärt war, wurde in mehreren Etappen an einer bereichsspezifischen Regelung im Rahmen der Ressortzuständigkeit für das BDSG gearbeitet. Nach zwei heftig umstrittenen Referentenentwürfen hat das BMI am 25. August 2010 den Beschluss der Bundesregierung herbei geführt. Diese hat den Entwurf eines Beschäftigtenden-

⁸ Koalitionsvereinbarung der CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009 S. 106

schutzgesetzes am 3. September 2010 in den Bundesrat eingebracht.⁹

Der Bundesrat nahm am 5. November 2010 kritisch Stellung.¹⁰ Aus Sicht der Länder muss danach klargestellt werden, dass eine Überwachung von Pausen- und Ruheräumen unzulässig ist. Zudem sei zu regeln, dass personenbezogene Daten, die Arbeitgeber Daten, deren Kenntnis aus anderen mit ihren Arbeitnehmern geschlossenen Verträgen stammt, z.B. aus Kaufverträgen, nicht für Zwecke des Arbeitsverhältnisses verarbeitet oder genutzt werden dürfen. Die Länder kritisieren weiter, dass der Gesetzentwurf keine Regelungen zum Datenschutz im Bereich der Verarbeitung der personenbezogenen Daten enthält, die innerhalb der Beschäftigtenvertretungen erfolgt. Sie schlagen vor, dass der betriebliche bzw. behördliche Datenschutzbeauftragte auch hier zuständig werden soll. Sie beanstanden schließlich auch das völlige Ausklammern der konzerninternen Datenübermittlung. Am 15. Dezember 2010 brachte die Bundeskanzlerin den nur geringfügig überarbeiteten Entwurf in den Bundestag ein.¹¹ Er enthält eine Verbesserung. Diese kommt jedoch nicht von der Regierung sondern von der EU: In § 32 Buchstabe I Abs. 4 wurde die Bestimmung gestrichen, dass Beschäftigte beim Verdacht von Verstößen gegen das Gesetz sich erst dann an die Behörde wenden dürfen, „wenn der Arbeitgeber einer darauf gerichteten Beschwerde des Beschäftigten nicht unverzüglich abhilft“. Die Streichung ist dem Umstand zu verdanken, dass erkannt wurde, dass diese Klausel Art. 28 Abs. 4 Richtlinie 95/46/EG widerspricht. Das Schrifttum zeigt auch bei

⁹ BR-Drucks: 535/10 - 03.09.2010

¹⁰ BR-Drucks. 535/10

¹¹ BT-Drucks. 17/4230

dem in den Bundestag eingebrachten Entwurf zahlreiche handwerkliche Mängel und rechtspolitische Ungereimtheiten auf.¹² Noch stärker fiel die Kritik der Gewerkschaften und Sachverständigen aus, die erst nach über acht Monate parlamentarischer Beratung am 23. Mai 2011 angehört wurden. Bemerkenswert war schon, dass die Stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Gisela Piltz, den Vorsitzenden des Innenausschusses bat, die Verbände und Sachverständigen nicht nur zum Gesetzentwurf, sondern vor allem zu einem den Datenschutz weiter einschränkenden Arbeitspapier der Berichterstatter der Koalitionsparteien¹³ anzuhören. In der Anhörung¹⁴ wies insbesondere der Sachverständige Prof. Dr. Peter Wedde auf die Verschlechterungen zu Lasten der Beschäftigten hin. Der DGB folgerte daraus: „lieber kein Gesetz als dieses!“ Demgegenüber kamen die Arbeitgeberverbände zu der Wertung, der Entwurf werde den Anforderungen der Praxis nicht gerecht und schränke die unternehmerische Freiheit übermäßig ein. Streitpunkte waren insbesondere:

1. Sollen Betriebsvereinbarungen nach § 32l Abs. 5 Entwurf auch individuelle Datenschutzrechte einschränken dürfen?
2. Soll die individuelle Einwilligung eines Beschäftigten für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung ausreichend sein?
3. Soll im Rahmen von Compliance die Verhinderung rechtswidriger Vermögensverfügungen durch anlassloses Datens-

¹² Vgl. Überblick bei Düwell in der Zeitschrift der Betriebsrat [dbr] 12/2010 Seite 16 - 18

¹³ Arbeitspapier der Berichterstatter der Koalitionsfraktionen zur öffentlichen Anhörung am 23.05.2011 Ausschuss-Drucks. 17(4)255

¹⁴ Ausschuss- Drucks. 17(4)255 und Protokoll der 40.Sitzung des Innenausschusses Nr.17/40

creening nach § 32d Entwurf erleichtert werden, jedenfalls dann, wenn dieses in anonymisierter oder pseudonymisierter Form durchgeführt wird?

4. Soll das beabsichtigte Verbot der heimlichen Videoüberwachung aufrecht erhalten bleiben?
5. Soll der Personaldatentransfer im Konzern künftig erleichtert werden?
6. Darf der Arbeitgeber, wie in § 32a Abs. 2 Entwurf vorgesehen, von einem Beschäftigten die Teilnahme an einer ärztlichen Eignungsuntersuchung verlangen?

Es zeigte sich, dass die Koalitionsfraktionen keine gemeinsamen Antworten auf diese Fragen fanden. Die Berichterstatter der Koalition ließen sich deshalb von dem Ministerium „Formulierungshilfen“ ausarbeiten, die zu einer weiteren Verschiebung der Gewichte zu Lasten des Arbeitnehmerschutzes führten. Das geht indirekt aus der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ hervor.¹⁵ Dort hat die Bundesregierung am 12. September 2012 erklärt, sie halte an ihren Gesetzentwurf fest, weil sie ihn in der vorgelegten Fassung weiterhin für ausgewogen und in der Sache richtig halte, aber die Entscheidungsbefugnis liege nunmehr bei dem Deutschen Bundestag. Da der federführende Innenausschuss keine Sitzung zur Beschlussempfehlung anberaumt, gilt:

Das Gesetzgebungsverfahren ist zum Erliegen gekommen.

Wie aus gewöhnlich gut unterrichteten Kreisen bekannt wurde, unternahm der Vorsitzende der CDU/CSU Fraktion Ende September

¹⁵ BT- Drucks. 17/10666

2012 noch einen letzten Versuch, durch ein Spitzengespräch mit dem DGB Vorsitzenden die Konfrontation mit den Gewerkschaften abzubauen. Er bot dazu u.a. ein Entgegenkommen in der Frage der Eignungsuntersuchungen und des Schutzniveaus von Betriebsvereinbarungen an. Die Einigung scheiterte jedoch an inneren Widerständen. Einflussreiche Mitglieder der CDU/CSU Fraktion sind nur zu kosmetischen Änderungen bereit. Nachdem dieser letzte Versuch gescheitert ist, die Kritiker/innen aus der Gewerkschaft zu besänftigen, ist damit zu rechnen, dass wegen der beginnenden Wahlkampfzeit in dieser Wahlperiode „nichts mehr geht“.

1.3. Der Beitrag der Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz

In der langen Zeit der Vertröstung auf eine alsbald anstehende gesetzliche Regelung haben die Gerichte für Arbeitsachen schon auf die ihnen von den Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien unterbreiteten Fragen zum Beschäftigtendatenschutz Antworten finden müssen. Es haben sich dabei folgende Rechtsprobleme herauskristallisiert:

- die Begrenzung der Erhebung von personenbezogenen Daten unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,
- die Mitbestimmung bei der Erhebung und Verwendung von Leistungs- und Verhaltensdaten durch technische Einrichtungen,
- die Zulässigkeit der Videoüberwachung,
- die Verwendung der mit technischen Einrichtungen erhobenen Leistungs- und Verhaltensdaten im Prozess,

- der Anspruch des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung auf Mitteilung von Personendaten für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Überwachungsaufgabe und
- die Bestellung und Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten.

Im Folgenden wird aufgezeigt, welche Antworten das Bundesarbeitsgericht (BAG) und das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) auf die Fragen gefunden hat, die an diese herangetragen wurden.

Datenschutzwissen kompakt

Band 20: Beschäftigtendatenschutz im Fokus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

In der langen Zeit der Vertröstung auf eine alsbald anstehende gesetzliche Regelung haben die Gerichte für Arbeitssachen schon auf die ihnen von den Arbeitsvertrags- und Betriebsparteien unterbreiteten Fragen zum Beschäftigtendatenschutz Antworten finden müssen. Es haben sich dabei folgende Rechtsprobleme herauskristallisiert:

- die Begrenzung der Erhebung von personenbezogenen Daten unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes,
- die Mitbestimmung bei der Erhebung und Verwendung von Leistungs- und Verhaltensdaten durch technische Einrichtungen,
- die Zulässigkeit der Videoüberwachung,
- die Verwendung der mit technischen Einrichtungen erhobenen Leistungs- und Verhaltensdaten im Prozess,
- der Anspruch des Betriebsrats und der Schwerbehindertenvertretung auf Mitteilung von Personendaten für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Überwachungsaufgabe und
- die Bestellung und Abberufung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten.

Dieses Buch zeigt auf, welche Antworten das Bundesarbeitsgericht (BAG) auf die an es herangetragenen Fragen gefunden hat.

**EfWeHa
Verlag**

Praxisbezogene
Bücher für alle

ISBN 978-3-95546-020-4



9 783955 146020 4

€ 9,80 (D)
€ 10,20 (A)

Absender: _____
 Herr /Frau _____
 Anschrift: _____
 PLZ, Ort: _____



EfWeHa-Verlag
Werner Hülsmann
Am Briel 49

78467 Konstanz

Bestellformular

passend für Fensterbrief oder gerne auch
per FAX: 030 / 25 20 99 93

Bestellung

Interne Bestell- oder Vorgangnummer (falls vorhanden): _____

Ich/Wir bestellen verbindlich:

Anzahl	Bezeichnung	Einzelpreis	Gesamtpreis
—	Band 20: Professor Franz Josef Düwell, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D.: Beschäftigtendatenschutz im Fokus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ISBN 978-3-95546-020-4	9,80 €	____,____ €
—		____,____ €	____,____ €
1	Versandkosten (2,-- Euro; ab 5 Euro Bestellwert Versandkostenfrei)		____,____ €
Gesamtbetrag (inkl. 19 % MWSt.)			____,____ €

Bitte informieren Sie mich per E-Mail über Ihre Neuerscheinungen zum Thema Datenschutz*
Hinweis gemäß § 33 BDSG: Ihre Daten werden automatisiert verarbeitet und nur für eigene Zwecke genutzt.

E-Mail*: _____ Tel.*: _____ / _____

Ort, Datum: _____, _____, 201__

 Rechtsverbindliche Unterschrift

 Firmenstempel

*) freiwillige Angabe, eine evtl. angegebene Tel.-Nr. wird nur für Rückfragen verwendet, eine evtl. angegebene E-Mail-Adresse wird nur dann für die werbliche Ansprache, der Sie jederzeit widersprechen können, verwendet, wenn das entsprechende Feld angekreuzt wurde.