

Bernd Schmidt

Beschäftigtendatenschutz in § 32 BDSG

Perspektiven einer vorläufigen Regelung

Datenskandale, insbesondere die Vorgänge zur Mitarbeiterkontrolle bei der Deutschen Bahn, haben öffentliches Interesse in einem Ausmaß erregt, dem sich auch die Politik nicht mehr entziehen konnte oder wollte. Dies hatte zur Konsequenz, dass die Diskussion um eine Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz, kurz vor dem Ende der letzten Legislaturperiode für viele unerwartet, ganz nach oben auf die politische Tagesordnung gelangte und zu einer Regelung des Beschäftigtendatenschutzes in dem neuen § 32 BDSG geführt hat. Sie sollte einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz nicht vorgreifen und lediglich bestehende Grundsätze zusammenfassen. Dennoch hat sie einige Verwirrung hervorgerufen und gibt Anlass zur Diskussion, wie mit einer solchen vorläufigen Regelung im BDSG umzugehen ist.

1 Hintergrund

Die datenschutzrechtliche Diskussion in der jüngeren Vergangenheit wurde wesentlich durch Datenskandale bei der Telekom und der Deutschen Bahn, aber auch bei Lidl¹ und anderen Unternehmen geprägt.

Im sog. Telekom Überwachungsskandal² sollen Verbindungsdaten von etwa 60 Führungskräften an einen externen Dienstleister übergeben worden sein³ und von diesem unter Nutzung von Informationen, wie der Uhrzeit und Länge von Telefongesprächen sowie beteiligten

Gesprächsteilnehmern,⁴ Bewegungsprofile erstellt worden sein, um diese für Überwachungszwecke zu nutzen.⁵ Ziel der Maßnahmen war die Auffindung „undichter Stellen“ in der Geschäftsleitung.⁶

Die eingesetzten Überwachungsmaßnahmen bei der Deutschen Bahn⁷ sollten Anhaltspunkte für wirtschaftskriminelle Aktivitäten von Unternehmensangehörigen liefern. Hierzu wurden Konto- und andere Daten von bis zu 173 000 Mitarbeitern in den Jahren 2002 und 2003⁸ und 220 000 im Jahr 2005⁹ einem externen Dienstleister übergeben und von diesem in einer Art Rasterfahndung auf Übereinstimmungen mit Lieferantenkontendaten geprüft, um Unternehmensangehörige zu ermitteln, die als Arbeitnehmer und gleichzeitig als Lieferant oder Dienstleister in einem Verhältnis mit dem Unternehmen standen. Diese „red flags“ konn-

ten dann gezielt darauf überprüft werden, ob einer Zahlung tatsächlich eine Lieferung oder Dienstleistung zugrunde lag oder ob es sich um Scheingeschäfte und damit um Betrug zulasten der Deutschen Bahn handelte.

Es steht zu vermuten, dass die Unternehmen mit diesen Maßnahmen einen im Grundsatz legitimen Zweck verfolgten, die Kontrolle des Compliance-Standards und die Kontrolle von Risiken aus dem Verhalten von Unternehmensangehörigen. Hierbei müssen gesetzliche Voraussetzungen beachtet werden.

Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen richtete sich vor der BDSG-Novelle II¹⁰ nach der datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. Als Arbeitgeber konnten sich die Unternehmen auf ihr Interesse an der Durchsetzung nebenvertraglicher Pflichten der Arbeitnehmer berufen. In diesem Zusammenhang relevant sind die Pflichten zur Unterlassung von Schädigungen des Unternehmens und zur Unterlassung von Compliance-Verstößen.¹¹ Problematisch war insbesondere die Verhältnismäßigkeit der angesprochenen Maßnahmen. So lässt sich im Telekomüberwachungsskandal ein Konflikt mit dem Verbot der Bildung von Persönlichkeitsprofilen feststellen.¹² Die Vorgänge bei der Deutschen Bahn sind un-



**Dipl. Jur.
Bernd Schmidt,
LL.M. (UoA)**

ist Stipendiat im
Graduiertenkolleg
Trustsoft und

Doktorand am Lehrstuhl von Prof.
Dr. Taeger an der Carl von Ossietzky
Universität Oldenburg.

E-Mail:

bernd.schmidt@uni-oldenburg.de

1 Hierzu Oberwetter, NZA 2008, S. 609.

2 Darstellung bei Ehleben/Schirge/Seipel, AIB 2009, S. 192; Scherer, MMR 2008, S. 433; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,556748,00.html> (letzter Abruf 12.12.2009); <http://www.heise.de/newsticker/Telekom-Affaire-erweitert-sich-aus--meldung/108776> (letzter Abruf 12.12.2009); <http://www.heise.de/newsticker/Telekom-soll-eigene-Manager-bespitzelt-haben--meldung/108410> (letzter Abruf 12.12.2009).

3 Ehleben/Schirge/Seipel, AIB 2009, S. 192.

4 <http://www.heise.de/newsticker/Telekom-soll-eigene-Manager-bespitzelt-haben--meldung/108410> (letzter Abruf 12.12.2009).

5 <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,556748,00.html> (letzter Abruf 12.12.2009).

6 Ehleben/Schirge/Seipel, AIB 2009, S. 192; Scherer, MMR 2008, S. 433; <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,556748,00.html> (letzter Abruf 12.12.2009); <http://www.heise.de/newsticker/Telekom-soll-eigene-Manager-bespitzelt-haben--meldung/108410> (letzter Abruf 12.12.2009).

7 Darstellung bei Diller, BB 2009, S. 438; Kock/Francke, NZA 2009, S. 646; Steinkühler, BB 2009, S. 1294; <http://www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/unternehmen/Daten-Skandal-Bahn-Mitarbeiter/652179.html> (letzter Abruf 12.12.2009).

8 Diller, BB 2009, S. 438; Kock/Francke, NZA 2009, S. 646 (648); Steinkühler, BB 2009, S. 1294.

9 Kock/Francke, NZA 2009, S. 646 (648).

10 Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften, BGBl. I, S. 2814.

11 Schmidt, BB 2009, S. 1295 (1298).

12 Hierzu BVerfG NJW 1969, 1707; Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, Einl., Rn. 42.

wird ferner, dass § 32 BDSG nur § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG verdränge, so dass die Rechtfertigung nach § 28 BDSG im Übrigen möglich bleibe.²⁷

Für die Abgrenzung der Anwendungsbereiche ausschlaggebend ist letztlich die Bestimmung des Anwendungsbereichs von § 32 BDSG, der als *lex specialis* gegenüber § 28 Abs. 1 BDSG Anwendungsvorrang besitzt und diesen soweit verdrängt.²⁸ Nur wenn eine Maßnahme nicht vom Regelungsbereich des § 32 BDSG erfasst ist, kann eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung gem. § 28 Abs. 1 BDSG in Betracht kommen.

Eröffnet ist der Anwendungsbereich von § 32 BDSG, wenn eine Datenverarbeitung durch den Beschäftigungsgeber in einer Phase des Beschäftigungsverhältnisses und zu beschäftigungsvertraglichen Zwecken erfolgt.²⁹

Auf der ersten Stufe gilt es daher zu ermitteln, ob ein Beschäftigungsverhältnis besteht. Zu diesem Zweck wurde eine Regelung in § 3 Abs. 11 BDSG geschaffen, in der die Beschäftigteneigenschaft legal definiert ist. Beschäftigter i.S.d. § 32 BDSG sind hiernach Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, Auszubildende, Rehabilitandinnen und Rehabilitanden, in Werkstätten für behinderte tätige Personen, arbeitnehmerähnliche Personen, Bewerberinnen und Bewerber sowie Beamtinnen, Beamte, Richterinnen und Richter des Bundes ferner Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende. Nicht erfasst werden Beamte der Länder. Die Zulässigkeit der Verarbeitung deren Daten für Zwecke des Anstellungsverhältnisses richtet sich nach dem einschlägigen LDSG. Komplementär zur Beschäftigteneigenschaft ist die Eigenschaft des Beschäftigungsgebers zu bestimmen, so dass Beschäftigungsgeber derjenige ist, mit dem der Beschäftigungsvertrag besteht. Hiervon erfasst sind insbesondere Arbeitgeber. Beschäftigtendatenschutz ist jedoch weiter zu verstehen, als Arbeitnehmerdatenschutz.³⁰ Beschäftigungsgeber ist daher z. B. auch der Dienstherr eines Beamten.

Auf der zweiten Stufe ist zu ermitteln, ob die Datenverarbeitung in einer Phase des Beschäftigungsverhältnisses durchge-

führt wird. Phasen des Beschäftigungsverhältnisses sind die Begründung, Durchführung oder Beendigung, so dass die Regelung in zeitlicher Hinsicht umfassend auf Sachverhalte des Beschäftigungsverhältnisses anwendbar ist.

Auf der dritten Stufe ist festzustellen, ob die Datenverarbeitung einem beschäftigungsvertraglichen Zweck dient. Hierfür kann direkt auf die vertragliche Regelung, aber auch auf vertragliche Interessen im Übrigen abgestellt werden.³¹ So erfasst § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG die Datenverarbeitung für die Erfüllung von Pflichten des Beschäftigungsgebers aus dem Beschäftigungsverhältnis. Dies sind etwa Aufgaben im Zusammenhang mit der Personalverwaltung und der Entgeltzahlung.³² Darüber hinaus ist auch die Datenverarbeitung im eigenen Interesse, insbesondere für die Wahrnehmung eigener Rechte aus dem Beschäftigungsvertrag, wie der Ausübung des Weisungsrechts oder zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle der Beschäftigten, erfasst.³³ Innerhalb dieses Anwendungsbereichs enthält § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG eine Sonderregelung für die Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten.

§ 32 Abs. 1 BDSG regelt daher die Datenverarbeitung für alle Maßnahmen zu beschäftigungsvertraglichen Zwecken umfassend und abschließend. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten i.S.d. § 3 Abs. 11 BDSG durch den Beschäftigungsgeber sind § 28 Abs. 1 BDSG und die Regelungen der §§ 28 ff. BDSG im Übrigen nur dann anwendbar, wenn die Datenverarbeitung nicht zu einem beschäftigungsvertraglichen Zweck erfolgt.³⁴ Hiervon ist auszugehen, wenn der Beschäftigungsgeber dem Beschäftigten wie ein beliebiger Dritter gegenüber steht. Dies ist denkbar bei der Erteilung von Auskünften über Beschäftigte im Rahmen polizeilicher Ermittlungstätigkeit,³⁵ bei der Weitergabe von Beschäftigtendaten im Rahmen einer Unternehmenstransaktion³⁶ oder wenn Beschäftigtendaten für Werbemaßnahmen oder zum Anbieten von Leistungen genutzt werden, die keine direkte Verbindung zum Beschäftigungsverhältnis haben.

5.1 Datenverarbeitung gem. § 32 Abs.1 S. 1 BDSG

§ 32 Abs. 1 S. 1 BDSG erlaubt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen, wenn sie für die Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.³⁷

Als Beispiele für Maßnahmen in der Phase der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses werden in den Gesetzgebungsmaterialien Fragen nach fachlichen Fähigkeiten, Kenntnissen und Erfahrungen genannt.³⁸ Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine abschließende Auflistung. Der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses dienen darüber hinaus alle Maßnahmen von der ersten Kontaktaufnahme eines Bewerbers bis zum Abschluss des Bewerbungsverfahrens. Ob es sich dabei um eine Initiativbewerbung oder eine Bewerbung auf eine Stellenausschreibung handelt, kann nicht relevant sein. Abgeschlossen wird diese Phase des Beschäftigungsverhältnisses durch den Abschluss eines Beschäftigungsvertrags oder durch die Ablehnung eines Bewerbers. Für ein Bewerbungsverfahren ist es charakteristisch, dass die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ergebnisoffen ist, so dass sich auch die Zulässigkeit des Umgangs mit Daten von später abgelehnten Bewerbern, insbesondere deren Löschung, nach § 32 Abs. 1 BDSG richtet.

An die Begründung eines Arbeitsverhältnisses schließt sich die Durchführung an. In diese Phase fallen Maßnahmen, die im Rahmen des beschäftigungsvertraglichen Umgangs der Vertragsparteien getroffen werden. Während der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses kann sich der Beschäftigungsgeber auf den datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand stützen, wenn er Daten für die Erfüllung seiner Pflichten gegenüber dem Beschäftigten verarbeitet. Gerechtfertigt werden hierdurch z. B. die Datenverarbeitungen für die Personalverwaltung und die Entgeltzahlung.³⁹ Aber auch für die Verfolgung eigener Rechte und Interessen in beschäftigungsvertraglichen Zusammenhängen, wie der Ausübung des Weisungs-

27 Grentzenberger/Schreibauer/Schuppert, K&R 2009, S. 535 (540); Rolf/Rötting, RDV 2009, S. 263 (264); Schmidl, ZfS 2009, S. 453 (455 f.); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (869).

28 Schmidl, RDV 2009, S. 193 (195); Wellhöner/Byers, BB 2009, S. 2310 (2311).

29 Gola/Jaspers, RDV 2009, S. 212; Selk, RDV 2009, S. 254 (261).

30 So auch Selk, RDV 2009, S. 254 (260).

31 Gola/Jaspers, RDV 2009, S. 212 (213).

32 BT-Drs. 16/13657, S. 36; hierzu Wellhöner/Byers, BB 2009, S. 2310 (2313 ff.).

33 BT-Drs. 16/13657, S. 35.

34 BT-Drs. 16/13657, S. 35; so zutreffend Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2922); Gola/Jaspers, RDV 2009, S. 212 (213 f.); Selk, RDV 2009, S. 254 (261 f.).

35 Gola/Jaspers, RDV 2009, S. 212 (214).

36 Hierzu Selk, RDV 2009, S. 254.

37 Hierzu ausführlich Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2917).

38 BT-Drs. 16/13657, S. 35 f.

39 BT-Drs. 16/13657, S. 36; Schmidl, RDV 2009, S. 193 (197).

rechts und zum Zweck der Leistungs- und Verhaltenskontrolle von Arbeitnehmern, kann sich der Beschäftigte auf § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG berufen.⁴⁰

Die letzte Phase eines Beschäftigungsverhältnisses ist die Beendigung. Die rechtliche erhebliche Abgrenzung zur Durchführung ergibt sich aus der Intention, die hinter einer Maßnahme steht. Bezweckt der Beschäftigungsgeber eine Leistungsüberprüfung, dient die Maßnahme der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses.⁴¹ Hat der Beschäftigungsgeber jedoch den Entschluss gefasst, sich von dem Beschäftigten zu trennen und soll eine hierauf gerichtete Maßnahme vorbereitet, unterstützt oder durchgeführt werden, so handelt es sich um eine Beendigung. Darüber hinaus umfasst die Beendigung auch die Abwicklung des Zusammenhangs kommt es nicht auf den Rechtsgrund und der Beendigung an, so dass neben gekündigten Verträgen auch die Abwicklung von Verträgen, die durch Zeitablauf oder durch den Übergang eines Beschäftigten in den Ruhestand beendet wurden, erfasst werden.

Im Hinblick auf die alte Rechtslage, nach der sich eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung in Arbeitsverhältnissen gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG aus der Zweckbestimmung des Arbeitsvertrages ergibt, lässt sich eine weitgehende Kontinuität der Rechtslage feststellen,⁴² wie sie vom Gesetzgeber angestrebt war. Durch § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG werden daher bestehende Grundsätze des Beschäftigten datenschutzrechtlich nicht vorgreifen. Anders wird einem Arbeitnehmer, der seine Grundrechte des Beschäftigten datenschutzgesetzlich nicht vorgreifen.

5.2 Arbeitnehmerdatenerhebung gem. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG

Die Kritik an der Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzes bezieht sich überwiegend auf § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG.⁴⁴ Auf-

grund des offenbar unbeabsichtigten Auseinanderfallens von Wortlaut und Regelungsinvention bedarf es einer genaueren Betrachtung, um die tatsächlichen Implikationen zu erschließen.

§ 32 Abs. 1 S. 2 BDSG enthält eine im Gegensatz zu § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG spezielle Regelung der Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten. Hierfür dürfen Beschäftigten Daten nur erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das entgegenstehende schutzwürdige Interesse des Beschäftigten nicht überwiegt. Die Datenverarbeitung im Anwendungsbereich von § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ist damit an erhöhte Anforderungen geknüpft.

Zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung für die Aufdeckung von Straftaten soll es zwar schon genügen, dass ein Anfangsverdacht für eine beschäftigungsbezogene Straftat besteht,⁴⁵ dennoch erstaut die Regelung im Hinblick auf die angestrebte Kontinuität der Rechtslage. Der Rechtfertigung einer Datenverarbeitung gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG, die auch zur Rechtfertigung der Verarbeitung von Beschäftigten Daten herangezogen werden konnte,⁴⁶ liegt nämlich die Überlegung zugrunde, dass eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn hieran ein Interesse der datenverarbeitenden Stelle besteht, das ein entgegenstehendes Interesse des Betroffenen überwiegt. Im Hinblick auf die Interessenlage bei der Aufklärung strafrechtlich relevanter Vorgänge im Unternehmen, lässt sich feststellen, dass ein hohes Interesse des Beschäftigungsgebers besteht. Aufgrund seiner Compliance-Verantwortung hat er nämlich die Legalität der unternehmerischen Tätigkeit zu gewährleisten.⁴⁷ Der Verstoß gegen Compliance-Pflichten kann zudem gemäß § 130 OWiG zum Erlasse eines Bußgeldes gegen das Unternehmen und zur persönlichen Haftung von Geschäfts-

führungsgesellschaften in Kapitalgesellschaften gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG oder § 34 Abs. 2 S. 1 GenG führen. Dem steht das Interesse der Beschäftigten gegenüber, nicht in den Verdacht zu geraten, eine Straftat begangen zu haben. Ob eine Datenverarbeitung in dieser Konfliktsituation zulässig ist, lässt sich nicht pauschal beantworten. Denkbar ist, dass etwa bei einer geringen Häufigkeit und Intensität von Verstößen das Interesse der Beschäftigten überwiegt, während bei einer Häufung von gravierenden Verstößen das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers an Gewicht gewinnt. Es handelt sich daher um einen Konflikt, der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitprüfung aufzulösen wäre.

Es kann somit nicht überzeugen, dass die verdachtsunabhängige Aufklärung von Straftaten nun insgesamt unzulässig und nicht mehr von ihrer Verhältnismäßigkeit abhängig sein soll, wie es der Wortlaut der Neuregelung zunächst nahe legt. Ein solcher Schluss kann auch im Hinblick auf die Aufklärung strafrechtlich nicht relevanter Vergehen von Beschäftigten überzeugen. Diese ist nämlich unter Einschluss von Ordnungswidrigkeiten nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zu beurteilen und trotz eines potentiell geringeren Interesses des Beschäftigungsgebers ohne das Vorliegen eines begründeten Verdachts zulässig und steht nur unter dem Vorbehalt ihrer Verhältnismäßigkeit.⁴⁸

Es wird daher eine teleologische Reduktion und damit die Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG auf verdeckte Kontrollen in einem technisch automatisierten Umfeld vorgeschlagen.⁴⁹ Der Widerspruch zwischen Wortlaut und Regelungsinvention würde damit verringert, die Probleme von § 32 Abs. 1 BDSG aber nicht vollständig beseitigt. So müsste eine § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG unterfallende präventive Datenverarbeitung⁵⁰ weiter von der repressiven Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten abgegrenzt werden, die sich nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG richtet.⁵¹ Es

48 Vgl. Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Barton, RDV 2009, S. 200 (203); Deutsch/Dillier, DB 2009, S. 1462 (1464); Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2921); Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Schmidt, S. 353 (359); Hanlöser, MMR 2009, S. 594 (597); Schmidt, Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (868); Winter, in: Täger/Wiebe, Inside the Cloud, 2009, S. 469 (472).

49 Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359).

50 BT-Drs. 16/13657, S. 36.

51 BT-Drs. 16/13657, S. 36 f.

40 Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Schmidt, RDV 2009, S. 193 (199 f.); Steinle, Jura 2009, S. 1582 (1584).

41 Thüsing, NZA 2009, S. 865 ff.; Vogel/Glas, DB 2009, S. 1747 (1751); Wellhöner/Beyer, BB 2009, S. 2310; Wybitil, BB 2009, S. 1582 (1584).

42 Hanlöser, MMR 2009, S. 594 (597); a. A. Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3.

43 Schmidt, BB 2009, S. 1295; Wybitil, BB 2009, S. 1582.

44 Pflicht vgl. Deutsch/Dillier, DB 2009, S. 1462 (1464 f.); Barton, RDV 2009, S. 200 (207); zur Compliance-Pflicht vgl. Deutsch/Dillier, DB 2009, S. 1462 (1464 f.); Schmidt, BB 2009, S. 1295 (1298).

45 Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Schmidt, RDV 2009, S. 193 (199 f.); Steinle, Jura 2009, S. 1582 (1584).

46 Thüsing, NZA 2009, S. 865 ff.; Vogel/Glas, DB 2009, S. 1747 (1751); Wellhöner/Beyer, BB 2009, S. 2310; Wybitil, BB 2009, S. 1582 (1584).

47 Hanlöser, MMR 2009, S. 594 (597); a. A. Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Schmidt, RDV 2009, S. 200 (203); Deutsch/Dillier, DB 2009, S. 1462 (1464); Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2921); Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Hanlöser, MMR 2009, S. 594 (597); Schmidt, Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (868); Winter, in: Täger/Wiebe, Inside the Cloud, 2009, S. 469 (472).

48 Vgl. Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Barton, RDV 2009, S. 200 (203); Deutsch/Dillier, DB 2009, S. 1462 (1464); Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2921); Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Schmidt, Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (868); Winter, in: Täger/Wiebe, Inside the Cloud, 2009, S. 469 (472).

49 Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Schmidt, Grenzberg/Schreibauer/Schuppert, KfzR 2009, S. 353 (359); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (868); Winter, in: Täger/Wiebe, Inside the Cloud, 2009, S. 469 (472).

50 BT-Drs. 16/13657, S. 36.

51 BT-Drs. 16/13657, S. 36 f.

wird vorgeschlagen, dies zu umgehen und eine Ermächtigung zur präventiven Datenverarbeitung als Anwendungsfall des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG abzulehnen, da dies keine Stütze im Gesetz gefunden habe.⁵² In den Wortlaut ist diese Differenzierung jedoch eingegangen, indem sich § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ausschließlich auf die Aufdeckung und eben nicht auf die Prävention von Straftaten bezieht.⁵³ Das Problem der Abgrenzung präventiver und repressiver Maßnahmen kann so nicht umgangen werden und müsste sich am Zeitpunkt der Datenverarbeitung orientieren. Maßnahmen vor der Tatbegehung wären damit präventiv, der Tat nachgelagerte Maßnahmen repressiv. Trotz der theoretischen Möglichkeit einer Abgrenzung gehen Prävention und Aufklärung von Rechtsverstößen in der Unternehmenspraxis jedoch ineinander über. Überschneidungen und Abgrenzungsschwierigkeiten wären praktisch unvermeidbar,⁵⁴ jedoch mit erheblichen Unterschieden in der rechtlichen Wertung verbunden.

Der Schlüssel zur Vermeidung dieser Abgrenzungsschwierigkeiten und auch zur Auflösung des Widerspruchs zwischen dem Wortlaut der Norm und ihrem Telos liegen darin, wie die Bedeutung der „Aufdeckung von Straftaten“ inhaltlich konkretisiert wird. Probleme in der Anwendung der Norm ergeben sich, wenn hierunter der gesamte Prozess der Aufklärung von Straftaten durch den Beschäftigungsgeber unter Einschluss der gezielten oder zufälligen Ermittlung von Verdachtsfällen verstanden wird. Geht man hingegen davon aus, dass § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG die Datenverarbeitung im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen insgesamt behandelt und die Ermittlungen von Verdachtsfällen auch für strafrechtlich relevantes Verhalten einschließt, während § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG die hieran anschließende Überprüfung regelt, so würden die angesprochenen Schwierigkeiten vermieden. Die verdachtsunabhängige Aufklärung von Straftaten wäre nach diesem Verständnis gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig und aus § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ergäbe sich ein Verbot zur Verarbeitung von Daten, die strafrechtlich relevante Verdachtsmomente betreffen, wenn sich diese als unbegründet erweisen. Ein solches Verständnis schafft die Voraussetzungen,

unter denen § 32 Abs. 1 BDSG seiner Funktion als vorläufige Regelung des Beschäftigtendatenschutzes gerecht werden kann. Es ermöglicht angemessene und den Betroffenen sowie der datenverarbeiteten Stelle gerecht werdende Lösungen für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten und steht nicht im Widerspruch zum Wortlaut. Auch wenn es sich nicht unmittelbar offenbaren mag, so entspricht dieses Verständnis zudem der Regelungsintention des Gesetzgebers.

Hierfür spricht zunächst die Bezugnahme des Gesetzgebers auf § 100 Abs. 3 S. 1 TKG, der Model für die Regelung in § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG stand.⁵⁵ Hiernach können Telekommunikationsdiensteanbieter Kundendaten für die Aufdeckung von strafrechtlich relevanten Leistungerschleichungen (§ 265a StGB), aber auch für die Ermittlung rechtswidriger Nutzungen verarbeiten. Aus der Gesamtschau mit § 100 Abs. 3 S. 2 und S. 3 TKG ergibt sich keine Einschränkung der Datenverarbeitungserlaubnis auf Verdachtsfälle. Telekommunikationsdiensteanbieter können im Gegenteil Telekommunikationsdaten der letzten 6 Monate umfassend nutzen, um Verdachtsfälle zu ermitteln. Hierfür dürfen sie insbesondere einen pseudonymisierten Gesamtdatenbestand bilden (§ 100 Abs. 3 S. 3 TKG) und mit diesem eine Rasterauswertung durchführen.⁵⁶ Auf § 100 Abs. 3 S. 2 und S. 3 TKG bezieht sich die Gesetzesbegründung nicht direkt, diese Wertungen sind aber dennoch relevant, da sich die Implikationen aus § 100 Abs. 3 S. 1 TKG sonst nicht vollständig erschließen.⁵⁷ Sie deuten nicht auf eine Einschränkung des datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands gemäß § 32 Abs. 1 BDSG hin, sondern lassen vielmehr darauf schließen, dass auch die Datenverarbeitung zur Ermittlung von Verdachtsmomenten für Straftaten durch Beschäftigte zulässig sein soll.

Auch die inhaltliche Bezugnahme auf Grundsätze der Rechtsprechung zur Videoüberwachung in Arbeitsverhältnissen⁵⁸ stützt die These, dass die verdachtsunabhängige Aufklärung von Straftaten nach neuer Regelungslage gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG zulässig ist. Bei der Durchführung von Videoüberwachungen handelt es sich um intensive Beeinträchti-

gungen der informationellen Selbstbestimmung von Arbeitnehmern, für die dennoch eine datenschutzrechtliche Erlaubnis nach alter Regelungslage gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 bestand. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass intensivste Beeinträchtigungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts (z. B. Videoüberwachungen) nur bei konkreten Verdachtsmomenten für strafbare Handlung oder schwerwiegende Verfehlungen zu rechtfertigen sind.⁵⁹ Maßnahmen mit geringerer Eingriffsintensität sind auch bei leichteren Verstößen denkbar. Die Wertung aus der Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Videoüberwachung von Arbeitnehmern würde jedoch in ihr Gegenteil verkehrt, wenn angenommen wird, dass die Aufklärung von Straftaten in Beschäftigungsverhältnissen nur unter erhöhten Anforderungen möglich sei. Es handelt sich hierbei nämlich um eine Maßnahme, an welcher der Beschäftigungsgeber ein hohes, rechtlich schutzwürdiges Interesse hat. Für die Beschäftigten erhöht sich die Eingriffsintensität durch ihre strafrechtliche Relevanz im Vergleich zur Ermittlung anderer Verdachtsmomente nicht, die zweifelsfrei gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG und unter dem Vorbehalt ihrer Verhältnismäßigkeit zulässig sind. Für die Eingriffsintensität einer Maßnahme ist nämlich primär nicht der zu überprüfende Tatvorwurf entscheidend, sondern die Tiefe des Eindringens in die Persönlichkeitssphäre und die eingesetzten Überwachungsmittel.⁶⁰ Das Interesse des Straftäters an der Verhinderung der Aufklärung des Tatvorwurfs an sich, ist rechtlich nicht schutzwürdig.⁶¹

Die Aufdeckung von Straftaten in § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG bezieht sich daher nicht auf den gesamten Prozess der Datenverarbeitung zu Aufklärung von Straftaten. Insbesondere die Ermittlung von Verdachtsmomenten, mit oder ohne konkreten Anlass, richtet sich nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG regelt die hieran anschließende Aufdeckung von Straftaten und ist im Sinne der Erhärtung von Verdachtsmomenten zu verstehen. Diese ist nur zu rechtfertigen, wenn der Verdacht tatsächlich begründet ist. Andernfalls ergibt sich keine Rechtfertigung weiterer Datenverarbeitung und damit ein

52 Vogel/Glas, DB 2009, S. 1747 (1751).

53 Im Ergebnis zustimmend Wybitil, BB 2009, S. 1582 (1583).

54 Schmidt, RDV 2009, S. 193 (196).

55 BT-Drs. 16/13657, S. 36.

56 Wittern, in: Beck'scher TKG-Kommentar, § 100, Rn. 11.

57 Schmidt, RDV 2009, S. 193 (197).

58 BT-Drs. 16/13657, S. 36.

59 BAG NZA 2003, 1196; BAG NZA 2008, 1187 (1191).

60 Schmidt, RDV 2009, S. 193 (196 f.).

61 Barton, RDV 2009, S. 200 (204); Deutsch/Diller, DB 2009, S. 1462 (1464); Diller, BB 2009, S. 438 (439).

Verbot der Perpetuierung unbegründeter Verdachtsmomente.

6 Verhältnismäßigkeit

Neben den Tatbestandsmerkmalen der datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm, ist für die Rechtfertigung einer Datenverarbeitung der Grundsatz der Verhältnis-

mäßigkeit zu beachten. Für § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG wird hierauf direkt verwiesen und auch für § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist davon auszugehen, dass nicht von diesem Grundsatz abgewichen werden soll.⁶² Für Arbeitgeber ergibt sich eine hierauf gerichtete Verpflichtung zudem aus dem arbeitsvertraglichen Treuverhältnis. Gerechtfertigt ist eine Datenverarbeitung daher nur, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Hierfür ist auch der Zweck des zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses zu berücksichtigen.⁶³ Besondere Bedeutung im Hinblick auf die Rechtfertigung einer Beschäftigtenkontrolle kommt der Erforderlichkeitprüfung zu. Hierin liegt der Schlüssel für den Beschäftigtengeber, um die Voraussetzungen der Verhältnis-

62 Albrecht, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3; Gola/Jaspers, RDV 2009, S. 212 (213); Schmidt, RDV 2009, S. 193 (198); Thüsing, NZA 2009, S. 865 (868); Wybitul, BB 2009, S. 1582.
63 BAG NZA 1987, 415; Braun/Spiegl, Arb 2008, S. 393 (394).
64 BVerfG NJW 2004, 999; Brandt, CUA 11/2009, S. 6 (8); Fors, RDV 2009, S. 204 (210); Kock/Franke, NZA 2009, S. 646 (648); Schmidt, RDV 2009, S. 193 (198); Taeger/Schmidt, In: Taeger/Gabel, BDSG, Eml., Rn. 27; Steinkühler, BB 2009, S. 1294; a. A. offenbar Diller, BB 2009, S. 438 (439 f.).
65 Kock/Franke, NZA 2009, S. 646 (648); Schmidt, RDV 2009, S. 193 (198 f.); Wybitul, BB 2009, S. 1582 (1584).

7 Fazit

den Verstoß begangen haben.

Mit § 32 BDSG besteht erstmalig eine gesetzliche Regelung zum Beschäftigten- und arbeitsvertraglichen Datenschutz. Sie ist lex specialis für die Rechtfertigung der Beschäftigten- und arbeitsvertraglichen Grundsatze zum arbeitsvertraglichen BDSG zu verankern. Im Hinblick auf die Regelungsinention kann § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG daher als gelungene Norm bezeichnet werden. Starker und berechtigter Kritik ist hingegen die Regelung in § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ausgesetzt, da es vom Gesetzgeber versäumt wurde, die Regelungsinention im Wortlaut klar zum Ausdruck zu bringen. Auf den zweiten Blick wird aber auch hierfür klar, dass durch die Neuregelung bestehende Grundsätze zum arbeitsvertraglichen Datenschutz weiter gelten.

Literatur

Albrecht, Florian: Die Neuregelung des Arbeitnehmerdatenschutzes in § 32 Abs. 1 BDSG, jurisAnwZert ITR 19/2009, Anm. 3.
66 Erfurth, NJOZ 2009, S. 2914 (2927); Mester, ArbRück/Mosch, NJW-Spezial 2009, S. 450 (451); Schilf/Tinnefeld, DUD 2009, S. 469 f.

Barton, Dirk M.: Risiko-/Compliance-Management und Arbeitnehmerdatenschutz – eine nach wie vor unbefriedigende Kollisionslage – Anmerkungen zu § 32 BDSG, RDV 2009, S. 200-204.
Deutsch, Markus/Diller, Martin: Die geplante Neu-

regelung des Arbeitnehmerdatenschutzes in § 32 BDSG, DB 2009, S. 1462-1465.
Diller, Martin: „Konten-Ausspäh-Skandal“ bei der Deutschen Bahn: Wo ist das Problem?, BB 2009, S. 438-440.
Ehleben, Moritz/Schirge, Barbara/Seipel, Matthias: Datenschutz rund ums Arbeitsverhältnis, Arb 2009, S. 192-196.
Erfurth, René: Der „neue“ Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG, NJOZ 2009, S. 2914-2927.
Gola, Peter/Jaspers, Andreas: § 32 Abs. 1 BDSG – eine abschließende Regelung?, RDV 2009, S. 212-214.
Grenzzenberger, Verena/Schreibauer, Marcus/Schuppert, Stefan: Die Datenschutznovelle (Teil 2), K&R 2009, S. 535-543.
Hanloser, Stefan: Die BDSG-Novelle II: Neueregelungen zum Kunden- und Arbeitnehmerdatenschutz, MMR 2009, S. 594-599.
Kock, Martin/Franke, Julia: Mitarbeiterkontrolle durch systematischen Datenabgleich zur Korruptionsskämpfung, NZA 2009, S. 646-651.
Mester, Britta A.: Arbeitnehmerdatenschutz, Edewech 2008.
Oberwetter, Christian: Arbeitnehmerrechte bei Lidl, Aldi & Co., NZA 2008, S. 609-613.
Schild, Hans-Hermann/Tinnefeld, Marie-Theres: Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz, DUD 2009, S. 469-474.
Schmidl, Michael: Arbeitnehmerdatenschutz vor der Reform – Fehlanzeige?, ZJS 2009, S. 453-464.
Schmidl, Bernd: Arbeitnehmerdatenschutz gemäß § 32 BDSG – Eine Neuregelung (fast) ohne Veränderung der Rechtslage, RDV 2009, S. 193-200.
Schmidl, Bernd: Vertrauen ist gut, Compliance ist besser, BB 2009, S. 1295-1299.
Steinau-Steinrück, Robert von/Mosch, Ulrich: Datenschutz für Arbeitnehmer – Bestandsaufnahme und Ausblick, NJW-Spezial 2009, S. 450-451.
Steinkühler, Bernhard: Kein Datenproblem bei der Deutschen Bahn AG? Mitnichten!, BB 2009, S. 1294-1295.
Thüsing, Gregor: Datenschutz im Arbeitsverhältnis, NZA 2009, S. 865-870.
Vogel, Florian/Glas, Vera: Datenschutzrechtliche Probleme unternehmensinterner Ermittlungen, DB 2009, S. 1747-1754.
Wellhöner, Astrid/Beyers, Philipp: Datenschutz im Betrieb – Alltägliche Herausforderung für den Arbeitgeber?, BB 2009, S. 2310-2316.
Winteler, Daniel: Betrugs- und Korruptionsbekämpfung vs. Arbeits- und Datenschutz, In: Taeger, Jürgen/Wiebe, Andreas (Hrsg.): Inside the Cloud, Edewech 2009, S. 469-481.
Wybitul, Tim: Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen, BB 2009, S. 1582-1585.