

von **Dr. Sebastian Kraska**

## Entwicklung des Beschäftigten-Datenschutzes: die Generalklausel des § 28 BDSG, berechnigte Interessen und Schutzwürdigkeit

Wurden Datenschutzfragen im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen früher lediglich der Verhältnismäßigkeitsprüfung des § 28 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) alte Fassung (a.F.) unterzogen, ist mit der Novellierung des BDSG am 1. September 2009 und mit der Schaffung des § 32 BDSG eine erste bereichsspezifische Regelung des Beschäftigtendatenschutz geschaffen worden. Zur weiteren Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes plant die Bundesregierung derzeit den Erlass eines speziellen Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes.

Bis dato existieren nur wenige gesetzliche Regelungen, die speziell den Schutz personenbezogener Daten von Beschäftigten zum Inhalt haben. Der rechtliche Rahmen ergibt sich zum Teil aus BDSG und einigen bereichsspezifischen Gesetzen wie zum Beispiel dem Betriebsverfassungsgesetz, Telekommunikationsgesetz oder Telemediengesetz.

### § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. – Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses

Im Rahmen seiner ausschließlich dienstlichen Tätigkeit war die Überwachung des Beschäftigten, etwa die Protokollierung seines E-Mail-, Internet- oder Telefonverkehrs regelmäßig bis zur Grenze ein persönlichkeitsrechtsgefährdenden „Totalüberwachung“ zulässig. Gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG a.F. war das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses [...] mit dem Betroffenen dient. Damit waren Arbeitsverhältnisse nicht explizit genannt sondern von dem generellen Terminus „Vertragsverhältnis“ (mit-)umfasst.

Für personenbezogene Daten des Beschäftigten bestimmte der jeweilige Zweck des Arbeitsverhältnisses die Grenzen der Datenverarbeitung. Um Anreize einer Datensammlung „auf Vorrat“ zu vermeiden hing der Umfang der jeweiligen Datenerhebung von einem konkretisierten Erhebungszweck ab.

## § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG a.F. berechtigtes – schutzwürdiges Interesse

Zur Rechtfertigung der Verarbeitung von Beschäftigendaten konnte auf die in der Zulässigkeitsalternative § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG a.F. enthaltene „Interessenabwägung“ zurückgegriffen werden. Danach war die Datenverarbeitung auch insoweit zulässig als „es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.“

Überwiegend wurde darunter ein vernünftiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes tatsächliches Interesse, das sowohl wirtschaftlich als auch ideell begründet sein kann, verstanden. Erforderlich war die Datenverarbeitung nicht nur dann, wenn die Datenverarbeitung „schlechterdings unverzichtbar wäre“, das heißt, es keine Alternative zur angestrebten Datenverarbeitung gab, sondern bereits dann, wenn die Wahl einer anderen Informationsmöglichkeit mit einem unvermeidbaren Aufwand und daher unzumutbar war. Auch hier war die Vorschrift allgemein gehalten und nicht nur bei der Verarbeitung von Beschäftigendaten anwendbar.

## Die vorläufige Neuregelung des § 32 BDSG

Bereits vor Erlass der Neuregelung bestätigte die Bundesregierung, dass es ihr mit der Verabschiedung des § 32 BDSG lediglich um eine vorläufige und keineswegs als abschließend anzusehende Regelung ging. § 32 BDSG sollte vor allem die Bereitschaft demonstrieren, ein lange vernachlässigtes Themengebiet nun endlich anzugehen. Eine detaillierte Neuregelung sollte nach einer notwendigen Prüfungs- und Diskussionsphase verabschiedet werden. Bis es soweit ist, stellt § 32 BDSG nunmehr die gesetzliche Erlaubnis für die Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis dar und geht § 28 Abs. 1 BDSG insoweit als speziellere Regelung vor.

## Inhalt des § 32 BDSG

In § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist allgemein die Zulässigkeit der Verwendung von Beschäftigendaten zu Zwecken des Anstellungsverhältnisses geregelt, während in S. 2 die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Aufdeckung von Straftaten als Sonderfall geregelt ist, so dass dieser dem allgemeineren Satz 1 als Spezialregelung vorgeht.

## Datenerhebung zur Aufklärung von Straftaten

Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen Beschäftigtendaten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn verdachtsbegründende, tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass der Beschäftigte eine Straftat begangen hat. Auch hier müssen der Grundsatz der Erforderlichkeit und schutzwürdige Interessen der Betroffenen berücksichtigt und somit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

## Der Entwurf eines neuen Beschäftigtendatenschutzgesetzes

Die Einführung eines Abschnitts zum Beschäftigtendatenschutz in das BDSG liegt als Referentenentwurf mittlerweile in der vierten Entwurfsfassung vor. Statt eines eigenen Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes sieht die Novelle vor, entsprechende Vorschriften in den dritten Abschnitt des BDSG einzufügen. Nach § 31 BDSG soll ein neuer Unterabschnitt eingefügt werden und der Beschäftigtendatenschutz dort in insgesamt 13 Paragraphen (§§ 32 bis 32 l BDSG-E) umfassend geregelt werden. Die Regelungen des Unterabschnitts gehen, sofern sie speziellere Regelungen treffen, den übrigen Bestimmungen vor.

Davon betroffen ist insbesondere das Verhältnis zu § 28 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 BDSG, welches in der Vergangenheit Anlass zu Diskussion bot. Der Gesetzesentwurf unterscheidet verschiedene Stadien des Beschäftigungsverhältnisses und in den §§ 32 bis 32 b BDSG-E werden Datenerhebung und Verarbeitung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses geregelt.

## Grundregelungen für die Erhebung von Beschäftigtendaten

§§ 32 c und 32 d BDSG-E stellen die Grundregelungen für die Erhebung von Beschäftigtendaten bzw. deren Verarbeitung und Nutzung während des Arbeitsverhältnisses auf. Danach dürfen Beschäftigtendaten erhoben werden, wenn dies für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Die Datenerhebung muss überdies verhältnismäßig sein (Abs. 4).

Die Datenerhebung und Verarbeitung muss daher zur Erfüllung eines legitimen Zwecks geeignet erforderlich und angemessen, das heißt in angemessenem Verhältnis zu den Rechten des Betroffenen stehen.

Für die weitere Verarbeitung und Nutzung, die hinsichtlich des Zwecks ebenfalls erforderlich und verhältnismäßig sein muss, stellt § 32 d Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E klar, dass die Beschäftigtendaten nur weiter genutzt werden dürfen, wenn diese gemäß der §§ 32 ff. BDSG-E rechtmäßig erhoben wurden.

## Daneben: weitere neue Spezialregelungen

Daneben gibt es Spezialregelungen für die Verarbeitung von Daten der betrieblichen Fernkommunikation (§ 32i BDSG-E), betrieblich genutzter Ortungssystem (§ 32g BDSG-E) und Videoüberwachungseinrichtungen (§ 32f BDSG-E) sowie die Verarbeitung biometrischer Daten in betrieblichen Autorisierungssystemen (§ 32h BDSG-E). Nach dem Gesetzesentwurf müssen die Betroffenen grundsätzlich vorher über die Verarbeitung ihrer Daten informiert werden und im Falle falscher Übermittlung unverzüglich unterrichtet werden (§ 32j BDSG-E).

Die verdeckte Erhebung soll nur bei der Aufklärung von Straftaten und schwerwiegenden Pflichtverletzungen zulässig sein und hat sich zudem am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu orientieren.

## Fazit

Der Schutz von personenbezogenen Daten im Beschäftigungsverhältnis ist derzeit eines der hitzig diskutierten Themen des Datenschutzrechts. Ob mit dem nunmehr vierten Referentenentwurf der „große Wurf“ gelungen ist wird sich zeigen. Festzuhalten bleibt nämlich, dass auch der Referentenentwurf nach wie vor auf unbestimmte Rechtsbegriffe (berechtigte Interessen, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit etc.) zurückgreifen muss, um möglichst viele Datenverarbeitungsszenarien im Beschäftigungsverhältnis zu erfassen.

Zwar kann bei der Rechtsanwendung auf gefestigte Grundsätze der Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Im Detail werden Anwendungsprobleme aber nicht zu vermeiden sein. Auch bleibt abzuwarten, ob die neuen Bestimmungen dem geltenden EU-Recht hinsichtlich der dort geforderten Möglichkeit genügen werden, sich unter Umgehung des Arbeitgebers sofort und direkt an die zuständige Datenschutzbehörden wenden zu können.

Autor:

**Dr. Sebastian Kraska**

Rechtsanwalt