



Julia Kroh

**Effektive Personalführung
und Compliance mit Blick
auf den Arbeitnehmerdatenschutz**

A. Einleitung

Ausgehend von den großen Fortschritten und Chancen durch die technische Entwicklung, aber auch den damit verbundenen Risiken zeigt sich in der Realität des neuen Jahrtausends eine Veränderung des Arbeitslebens, die nicht ohne Wirkung auf das deutsche Datenschutzrecht bleibt. Für die im internationalen Wirtschaftsraum agierenden Unternehmen sind in diesem Zusammenhang zwei entgegen gesetzte Pole von besonderer Bedeutung: Während die Forderung nach einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz nach den Skandalen um Lidl, Bahn, Telekom und Co¹ in den zurückliegenden Jahren enorm an aktueller Brisanz und öffentlichem Medieninteresse gewann, wird gleichzeitig die Notwendigkeit einer effektiven Compliance für Unternehmen immer bedeutender. Diese beiden Institute „Compliance“ und „Datenschutz“ sind im Rahmen einer geplanten gesetzlichen Regelung der Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis zum Ausgleich zu bringen.

Mit dem aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis importierten Begriff „Compliance“ können alle Maßnahmen eines Unternehmens zur Einhaltung der für sie relevanten Gesetze bezeichnet werden. Compliance-Systeme dienen dazu, die gesetzlich bestehenden Organisations- und Überwachungspflichten der Geschäftsleitungen zu institutionalisieren, in der Unternehmenspraxis zu verankern sowie Verstößen vorzubeugen und gehen teilweise auch weit über die gesetzlichen Vorgaben hinaus.² Ihr Inhalt variiert in Bezug auf Branche, Größe, Börsennotierung und Internationalisierung eines Unternehmens.³ Zu bedenken sind die Gefahr des Verrats von Geschäftsgeheimnissen, die schwieriger gewordene Leistungskontrolle in Großunternehmen bis zum Erfordernis der Korruptions- und Kriminalitätsbekämpfung und der Vermeidung von Vertragsverletzungsverfahren. Daher sind oftmals spezielle Verhaltensregeln für bestimmte Personenkreise erforderlich, beispielsweise Verhaltenskodizes für Mitarbeiter mit Zugang zu Insiderinformationen, für Mitarbeiter mit Personalverantwortung oder für Mitarbeiter in besonders korruptionsanfälligen Abteilungen wie Vertrieb und Einkauf oder in bestimmten Ländern.⁴ Für viele größere Unternehmen ist Compliance bereits heute unabdingbar und inkludiert die Ernennung eines Compliance-Officers, die Aufstellung von Verhaltenspflichten für alle Arbeitnehmer, ein Meldesystem für Verstöße (sogenannte Whistleblowing-Hotline) und die regelmäßige Schulung der Mitarbeiter.

Aus diesem kurzen Überblick ergibt sich bereits eine nicht unerhebliche Reibungsfläche für den Datenschutz. Der Begriff Datenschutz umschreibt den Schutz personenbezogener Daten

1 Siehe hierzu den Nachweis bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 5. Aufl. 2010, Rn. 1 m. w. N.

2 *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 1; *Mengel/Hagemeister*, BB 2007, 1386.

3 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*, BB 2008, Beilage Nr. 5, 1 (4); *Bürkle*, BB 2007, 1797 (1798); *Bürkle*, BB 2005, 565. *Kort*, NZG 2008, 81; *Campos Nave/Bonenberger*, BB 2008, 734; *Schneider*, ZIP 2003, 645 (650).

4 *Hauschka/Greeve*, BB 2007, 165; *Mengel/Hagemeister*, BB 2007, 1386.

vor missbräuchlicher Verwendung. Subjekt des Schutzes ist der einzelne Betroffene, der vor den Gefahren, die die Datenverarbeitung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit mit sich bringt, geschützt werden soll.⁵ Das Datenschutzrecht regelt damit den Konflikt zwischen Zugänglichkeit und Vertraulichkeit von personenbezogenen Daten unter den Bedingungen einer hoch technisierten Informationsgesellschaft.⁶ Grundsätzlich betrifft dies jedoch das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Auch im Arbeitsverhältnis, das durch eine Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber gekennzeichnet ist, kommt dem Datenschutz erhebliche Bedeutung zu. Hervorzuheben ist der grundrechtliche Bezug: Geschützt werden muss auf der einen Seite das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers als Ausdruck seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses Recht wurde vom Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Volkszählungsurteil“ entwickelt und fand mit § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG seinen Einzug in den arbeitsrechtlichen Normenkomplex.⁷ Auf der anderen Seite stehen die Unternehmergrundrechte des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG, die grundlegend für ein marktwirtschaftliches Verständnis sind. Zu beachten ist dabei die mittelbare Drittewirkung der Grundrechte zwischen Privaten, da auch der Arbeitgeber als Unternehmer trotz seiner vielfältigen gesellschaftlichen Funktionen in der sozialen Marktwirtschaft rechtlich gesehen Privater bleibt. Diese gegensätzlichen Interessen gilt es im Rahmen der Gesetzgebung zum Ausgleich zu bringen.

Die wichtigste gesetzliche Grundlage findet sich im Bundesdatenschutzgesetz. Ausgangspunkt der regulativen Überlegungen ist das im allgemeinen Teil (§ 4 Abs. 1) des Bundesdatenschutzgesetzes normierte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Danach ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich verboten und nur ausnahmsweise erlaubt. Die Möglichkeit der Erlaubnis lässt sich auf verschiedene Art und Weise regeln: namentlich durch gesetzliche Erlaubnistatbestände, durch Einwilligung und – im Falle der betrieblichen Datenverarbeitung – auch durch Betriebsvereinbarungen. Diese drei Regelungstechniken der Erlaubnis bilden den gesetzlichen Rahmen für Datenschutz und Compliance. Die wichtigste gesetzliche Rechtfertigungsmöglichkeit der Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis ist der noch junge § 32 BDSG, der mit der Bundesdatenschutzgesetz-Novelle 2009 in das Gesetz eingeführt wurde und erstmals den Beschäftigten als datenschutzrechtliches Subjekt explizit erwähnt. Ausgehend von dieser vielfach als „Notlösung“ verstandenen ersten Reaktion auf die vergangenen Datenskandale sind die Bestrebungen zur (Neu-) Regelung der Materie in den Blick zu nehmen. Die Gesetzesentwürfe der Fraktionen von CDU, CSU, FDP, der SPD-Fraktion und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, von denen sich der erstgenannte bereits im Gesetzgebungsverfahren befindet, betreffen insbesondere das Regelungsinstrument der gesetzlichen Erlaubnistatbestände. Diese nehmen zu Recht den größten

5 Hold, RDV 2006, 249 (251); MüHdbArbR/Reichold, 3. Aufl. 2009, § 88 Rn. 1.

6 D/K/W/W, BDSG, 3. Aufl. 2010, Einl. Rn. 29.

7 BVerfG v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419.

Raum in der Diskussion des Gesetzgebungsprozesses ein, da sie zuvorderst die Diktion der Legislative darstellen und gleichzeitig den Rahmen und die Grenze für die anderen Regelungsinstrumente vorgeben. Die im Zusammenhang mit einem Gesetzgebungsprojekt zu treffenden Grundsatzentscheidungen sind die zwischen Gesetzesheit und Gesetzesmehrheit und insbesondere diejenige zwischen einer generalklauselartigen und einer fallspezifischen Normierung.

Es stellt sich damit die grundlegende Frage, inwieweit die Institute Compliance und Arbeitnehmerdatenschutz für die Rechtsanwendung regelkonform übereingebracht werden können. Dies ist im Hinblick darauf zu präzisieren, wie sich ein Gesetzentwurf – als gesetzliche Realität unterstellt – auf die Durchführung von datenschutzrechtlich relevanten Compliance-Maßnahmen auswirkt.

I. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Das mit der grundlegenden Frage beschriebene Thema ist für die hier folgende wissenschaftliche Untersuchung entsprechend zu begrenzen. Der Untersuchungsgegenstand ergibt sich dabei aus der Schnittmenge der zunächst unabhängig voneinander dargestellten Institute Compliance und Datenschutz im Arbeitsverhältnis. Dreh- und Angelpunkt sind die Regelungstechniken der Erlaubnis. In den drei Kategorien – gesetzliche Erlaubnistatbestände, Einwilligung und Betriebsvereinbarung – sollen die bisherige Regelung und die möglichen neuen Regelungen untersucht, verglichen und einer Bewertung zugeführt werden. Der *Blick auf den Arbeitnehmerdatenschutz*, wie ihn der Titel der Arbeit vorsieht, soll ein dogmatisch-abstrakter sein – der Beobachtungsposten dieser wissenschaftlichen Untersuchung steht auf der Seite der Regulierer und nicht auf jener der Regulierten.

Der Untersuchungsgegenstand ist demnach begrenzt auf die legislativen Möglichkeiten der Vereinbarkeit von Compliance und Arbeitnehmerdatenschutz, während die Auslotung der technischen Möglichkeiten für die Rechtsanwender anderen Untersuchungen vorbehalten bleibt. Dabei wird sich die Analyse nicht an der Konzeption der Gesetzesentwürfe orientieren, sondern anders herum die Bewertung der Entwürfe anhand vorher aufgestellter Kriterien vorgenommen werden. So sollen die Überlegungen zur Gesetzestechnik unabhängig von der technischen Fortentwicklung möglicher Überwachungsmaßnahmen anhand der drei Regelungstechniken erfolgen. Obgleich eine *effektive Personalführung* grundsätzlich mit der Auswahl und Einstellung der Mitarbeiter beginnt, ergibt sich aus der Schnittmengenbildung, dass die Thematik des Fragerights des Arbeitgebers anderswo zu verorten ist, als die rechtliche Verknüpfung von Datenschutz und Compliance. Der Untersuchungsgegenstand erfährt damit insoweit eine Einschränkung, als er nur datenschutzrechtlich relevante Compliance-Maßnahmen im bestehenden Arbeitsverhältnis umfasst, während die neueren Entwicklungen zur Datenerhebung und -verarbeitung im Bewerbungsverfahren auf dem Terrain des materiellen Persönlichkeitsrechtsschutzes einer anderen Untersuchung vorbehalten bleiben.

Im Rahmen einer Analyse und Bewertung der Regelung durch gesetzliche Erlaubnistatbestände ergibt sich aus den benannten Begrenzungen die Fokussierung auf die Mitarbeiterkontrolle durch den Arbeitgeber sowie präventive und repressive Maßnahmen zur Korruptions- und Kriminalitätsbekämpfung. Der Schwerpunkt liegt hier auf dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (Fraktionen der CDU, CSU und FDP), da dieser sich mit der Ersten Lesung im Bundestag bereits im Gesetzgebungsverfahren befindet.⁸ Darüber hinaus ergeben sich aus der Schnittmenge weitere Problemkreise, die als bestehende Regelungslücken den Überlegungen zur Gesetzestechnik zugeführt werden sollen.

8 BT-Drucks. 17/4230; Erste Lesung am 25.2.2011; Plpr.-Nr. 17/94.

II. Gang der Untersuchung

Die Arbeit wird einer Dreiteilung folgen: Im ersten Teil (B) wird die Ausgangssituation in Realität und Gesetz dargestellt, wie sie sich im Jahr 2012 zeigt, im zweiten Teil (C) erfolgt eine Analyse des gesetzlichen Rahmens für Compliance und im dritten Teil (D) sollen weiterhin bestehende Regelungslücken untersucht werden.

Die Darstellung der Ausgangssituation dient der gedanklichen Vorbereitung auf Analyse, Abwägung und Vorschläge im weiteren schwerpunktmäßigen Verlauf der Arbeit. Begriffliche Implikationen der zum Ausgleich zu bringenden Institute „Compliance“ (Teil B I.) und „Datenschutz“ (Teil B II.) sollen hier in ihrer arbeitsrechtlichen Ausprägung dargestellt werden.

Im zweiten Teil (C) soll der Schwerpunkt der Untersuchung – die Möglichkeit einer effektiven Compliance – auf ihre datenschutzrechtliche Zulässigkeit hin geprüft werden. Unter der Überschrift „Gesetzlicher Rahmen für Compliance“ wird zunächst die grundsätzliche Frage nach der Notwendigkeit eines neuen Gesetzes zu stellen sein (Teil C I.). Theoretische Grundlage und damit entscheidender Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Auseinandersetzung mit den Regelungstechniken der Erlaubnis (Teil C I. 1.). Danach erfolgt die Übertragung dieser abstrakten Erwägungen auf die Ebene der konkreten Normgestaltung und deren Anwendung. Dabei finden die Gliederungspunkte des Teils C I.1. zu den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen (a), der Einwilligung (b) und der Betriebsvereinbarung (c) ihren Wiederhall in den Abschnitten II., III. und IV. Im Abschnitt über die gesetzlichen Erlaubnistatbestände (Teil C II.) liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf der legislativen Verknüpfung von Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance bei der Mitarbeiterkontrolle durch den Arbeitgeber (Teil C II. 3.a) sowie den präventiven und repressiven Maßnahmen zur Korruptions- und Kriminalitätsbekämpfung (Teil C II. 3.b). Um diese Datenverwendung im Arbeitsverhältnis umfassend bewerten zu können, sollen zuvor die bisherige Rechtslage (Teil C II. 1.) sowie die von den Bundestagsfraktionen vorgelegten Gesetzesentwürfe (Teil C II. 2.) vorgestellt werden. Da der Arbeitgeber im Rahmen einer umfassenden Rechtstreueverantwortung dafür Sorge zu tragen hat, dass jeglicher Umgang mit den Daten der Arbeitnehmer den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ist neben der arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Arbeitnehmerdatenschutz auch in der Facette der Datenverwendung durch die Mitarbeitervertretung in den Blick zu nehmen (Teil C II. 3. c). Der Abschnitt schließt mit einer umfassenden Bewertung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (Teil C II. 3. d). Nachdem die Regelung durch gesetzliche Erlaubnistatbestände als größtes Betätigungsfeld der Legislative umfassend untersucht wurde, haben die beiden folgenden Abschnitte des zweiten Teils die Regelungsinstrumente der Einwilligung (Teil C III.) und der Betriebsvereinbarung (Teil C IV.) zum Gegenstand. Eine Untersuchung erfolgt hier jeweils hinsichtlich der bisherigen Rechtslage (1), der geplanten Neuregelung (2) und schließt ebenfalls mit einer Bewertung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (3).

Über die vorhandenen Vorschläge einer gesetzlichen Regelung hinausgehend, werden im dritten Teil (D) zwei weiterhin bestehende Regelungslücken den Überlegungen zur Gesetzes-technik zugeführt. Zum einen wird der Datenaustausch im Konzern (Teil D I.) einer genauen Prüfung nach der bisherigen Rechtslage unterzogen (Teil D I. 1.) und ein eigener Normie-rungsvorschlag ausgearbeitet (Teil D I. 3.) Zum anderen rückt die Beweisverwertung bei un-zulässiger Datenerhebung (Teil D II.) in den Fokus, wenn ein Arbeitgeber gegen Mitarbeiter vorgehen möchte, die im Rahmen der Compliance negativ aufgefallen sind. Hierbei erfolgt ein Rückgriff auf die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (Teil D II. 1.-3.). An deren Bewertung und Ausblick (Teil D II. 4.) schließt sich in einem letzten Teil (E) das Fazit an.