

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungs- und Literaturverzeichnis	XVII
I. Der Arbeitnehmerdatenschutz als Aufgabe für Gesetzgebung und Rechtsprechung	1
1. Ein Blick zurück – ein Blick nach vorne	1
2. Der Arbeitnehmerdatenschutz in der Entwicklung.....	2
3. Die Forderung nach einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz und der neue § 32 BDSG	3
II. Zwischen Scylla und Charybdis: Effektive Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung	7
1. Begriff und rechtliche Bedeutung.....	8
a) Begriff.....	8
b) Rechtliche Bedeutung	9
2. Das Pflichtenheft der Unternehmensleitung.....	10
a) Legalitätspflicht	11
b) Überwachungspflicht.....	12
aa) Grundzüge der Überwachungspflicht	12
bb) Mangelnde Überwachung als Eigenpflichtverletzung des Vorstandes	13
cc) Keine Pflicht zur Einführung eines allgemeinen Compliance-Systems.....	15
c) Sorgfaltspflicht i.e.S.....	17
d) Treuepflicht	17
3. Folgen einer Pflichtverletzung der Unternehmensleitung	18
a) Rechtsfolgen	19
aa) Folgen für die Gesellschaft.....	19
bb) Folgen für die Unternehmensleitung.....	21
b) Faktische Folgen.....	24
4. Bestandteile eines Compliance-Systems.....	25
5. Compliance im Konzern?	26
a) Ausdehnung der in der Einzelgesellschaft geltenden Tatbestände?	26
b) Eigenständiger Compliance-Tatbestand im Konzern?.....	29

6. Ein erstes Zwischenfazit	30
III. Zum System des Arbeitnehmerdatenschutzes	31
1. Bisherige <i>lex regia</i> : Das System des § 28 BDSG	31
2. Die Änderungen durch § 32 BDSG	32
a) § 32 Abs. 1 BDSG als Konkretisierung oder Modifizierung des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG?	33
aa) Erforderlichkeit der Datenerhebung	33
bb) Begrenztheit der Zweckbestimmung	35
(1) Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses	35
(2) Durchführung des Arbeitsverhältnisses	35
cc) Sonderregelung zur Aufdeckung von Straftaten	36
(1) Inhalt der Regelung	37
(2) Möglichkeiten präventiven Vorgehens	37
(3) Aufdeckung von Vertragsbrüchen	38
b) Verbleibende Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG	39
c) Verbleibende Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG	40
d) § 32 Abs. 2 BDSG: Von der einen Generalklausel zur anderen	41
e) Ein weiteres Zwischenfazit	41
3. Vorgehen nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG und § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG	42
a) Grundstruktur der Abwägung	42
b) Kriterien der Abwägung nach der Rechtsprechung des BVerfG	43
aa) Eine Sichtung der Rechtsprechung	43
bb) Grenzen der Übertragbarkeit	46
cc) Eine Zusammenschau mit § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG	47
4. Regelbarkeit durch Betriebsvereinbarung	48
a) Üblichkeit einer Regelung	48
b) Die Betriebsvereinbarung als Rechtsvorschrift im Sinne des § 4 BDSG	49
c) Die Bedeutung von § 32 Abs. 3 BDSG	51
d) Die Betriebsvereinbarung als gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 88 Abs. 3 S. 3, 2 Alt. TKG	52
e) Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung	56
5. Einwilligung des Arbeitnehmers	56
a) Datenschutzrechtliche Anforderungen	57
aa) Die informierte Einwilligung	57
bb) Zeitpunkt der Einwilligung	58
cc) Schriftform und besondere Hervorhebung	59
dd) Freiwilligkeit und Bestimmtheit	60

b) Grenzen der Einwilligung – Zwingendes Recht	64
c) AGB-rechtliche Anforderungen.....	65
aa) Verbot überraschender Klauseln.....	66
bb) Inhaltskontrolle	66
d) Das Problem der Widerruflichkeit	68
e) Mustereinwilligung	70
6. Schutz durch Verpflichtung auf das Datengeheimnis	70
a) § 5 BDSG und seine Funktion im Arbeitsverhältnis.....	72
b) Mustererklärung: Belehrung und Verpflichtung zur Wahrung des Datengeheimnisses	73
IV. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes:	
Der elektronische Datenabgleich.....	75
1. Geeignetheit.....	75
2. Erforderlichkeit.....	76
a) Erforderlichkeit: Generalverdacht vs. Einschränkung auf eine bestimmte Personengruppe	77
b) Erforderlichkeit: Notwendigkeit einer Unterrichtung oder Pseudonymisierung/Anonymisierung?	78
3. Angemessenheit.....	78
a) Üblichkeit.....	78
b) Gebrauch durch staatliche Stellen.....	79
aa) Sozialversicherungsrecht	79
bb) Steuerrecht.....	80
cc) BAföG	81
dd) Bundesrechnungshof	82
c) Gebrauch im privaten Bereich	82
d) Bewertung in der Literatur.....	85
e) Ein Seitenblick in das Europarecht	86
f) Üblichkeit der Einbeziehung von Angehörigen	88
4. Das Interesse der verantwortlichen Stelle.....	89
5. Das Interesse der betroffenen Arbeitnehmer	90
6. Angemessenheit im engeren Sinne	91
V. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes: Sichtung und Speicherung von Email-Logfiles und von Emails 93	
1. Prüfungsrahmen: BDSG oder TKG?	94
a) Subsidiarität des BDSG	94
b) Anwendbarkeit des TKG bei verbotener Privatnutzung	95
aa) Merkmale eines Anbieters i.S.d. §§ 88, 91 TKG.....	95
bb) Meinungsstand zum Arbeitgeber als Anbieter – Verbot privater Nutzung	97
c) Anwendbarkeit des TKG bei erlaubter Privatnutzung?	102
aa) Der Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	102

bb) Eine Gewichtung der Argumente.....	106
(1) Wortlaut.....	106
(2) Geschichte	109
(3) Systematik	110
(4) Teleologie.....	112
(5) Eine aktuelle Bestätigung.....	114
cc) Keine Anwendbarkeit des TKG auch bei erlaubter Privatnutzung	115
2. Rechtmäßigkeit nach BDSG.....	115
a) Erfordernis einer Rechtfertigung	115
aa) Email-Logfiles als personenbezogene Daten.....	115
bb) Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der personenbezogenen Daten.....	116
b) Rechtfertigung nach § 32 BDSG	118
aa) Ausschluss nach § 31 BDSG?	118
bb) Datenerhebung, Datensichtung und -archivierung.....	119
(1) Zweckbestimmung bei der Datenerhebung	119
(2) Anhaltspunkte für den Verdacht einer Straftat bei Datensichtung und -archivierung.....	120
(3) Legitimer Zweck für die Datenerhebung	121
(4) Legitimer Zweck für die Datensichtung und -archivierung.....	121
(5) Geeignet der Datenerhebung, der Datensichtung und -archivierung.....	122
(6) Erforderlichkeit der Datenerhebung, der Datensichtung und -archivierung.....	122
(7) Angemessenheitsprüfung	123
(a) Interesse der Arbeitnehmer	124
(aa) Fehlende Gestattung privater Nutzung	124
(bb) Gestattung privater Nutzung	127
(b) Interessenabwägung	127
c) Übersicht: Sichtung und Speicherung von Email-Logfiles.....	130
3. <i>Disputandi causa</i> : Rechtmäßigkeit nach dem TKG und StGB.....	130
a) Das Verhältnis von Fernmeldegeheimnis und Datenschutz	131
aa) Persönlicher Schutzbereich.....	131
(1) Fernmeldegeheimnis.....	131
(2) Datenschutzvorschriften	131
bb) Sachlicher Schutzbereich	131
(1) Fernmeldegeheimnis.....	131
(2) Datenschutzvorschriften	132
(3) Einordnung der verschiedenen Arten von Daten.....	133
cc) Abgrenzung der Schutzbereiche	135

b) Zulässigkeit der Speicherung der Verkehrsdaten	138
aa) Eingriff.....	138
bb) Rechtfertigung.....	139
(1) Erstmalige Erfassung.....	139
(2) Dauerhafte Speicherung	139
c) Zulässigkeit der Speicherung einer Betreffzeile	142
d) Strafrechtliche Bewertung	143
aa) Der Tatbestand des § 206 StGB.....	143
bb) Rechtfertigung der Weitergabe der Daten.....	144
cc) Folgerungen	145
4. Sichtung von Emails.....	145
a) Rechtfertigung nach § 32 Abs. 1 BDSG.....	145
b) <i>Disputandi causa</i> : Rechtfertigung nach dem TKG.....	149
aa) Rechtfertigung nach § 88 Abs. 3 S. 1 TKG i.V.m. § 100 Abs. 3 TKG.....	149
bb) Rechtfertigung nach § 88 Abs. 3 S. 3 TKG	150
5. Schematische Darstellung.....	150
VI. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes: Sichtung von Telefonverbindungsdaten	151
1. Rechtmäßigkeit nach dem BDSG	151
a) Rechtsprechung und Literatur zur generellen Erfassung	151
b) Vollständige Nummern erfassung	153
2. Rechtmäßigkeit nach dem TKG	154
VII. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes: Video-überwachung	155
1. Begriff und rechtliche Bedeutung.....	155
a) Begriff der Videoüberwachung.....	156
aa) Videoüberwachung i.S.d. § 6b Abs. 1 BDSG.....	156
bb) Videoüberwachung nach der Definition des BAG.....	158
b) Rechtliche Bedeutung	158
2. Prüfungsrahmen.....	159
a) EG-Datenschutzrichtlinie	159
b) Grundgesetz	159
c) BDSG	160
aa) Einwilligung nach §§ 4, 4a BDSG	160
bb) Eingriffsnorm des § 6b BDSG	161
cc) Eingriffsnormen der §§ 28, 32 BDSG	162
d) Sonstige Rechtsvorschriften	164
aa) Verhältnis zum TKG.....	164
bb) § 22 KUG	164
cc) Notwehr und Notstand.....	165
dd) „Hausrecht“	165

3. Voraussetzungen der offenen Videoüberwachung	166
a) Öffentlich zugänglicher Raum	166
aa) Systematik des § 6b BDSG.....	166
bb) Legitimer Zweck (§ 6b Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BDSG).....	167
cc) Geeignetheit und Erforderlichkeit (§ 6b Abs. 1 letzter Hs. BDSG)	168
dd) Angemessenheit (§ 6b Abs. 1 letzter Hs. BDSG)	168
ee) Hinweispflicht (§ 6b Abs. 2 BDSG).....	169
ff) Vorabkontrolle, Benachrichtigung und Löschung.....	169
b) Nicht öffentlich zugänglicher Raum.....	170
4. Voraussetzungen der heimlichen Videoüberwachung.....	172
a) Öffentlich zugänglicher Raum	172
aa) Kein Ausschluss durch § 6b BDSG.....	172
bb) Rechtsgrundlage	173
cc) Voraussetzungen.....	173
b) Nicht öffentlich zugänglicher Raum.....	174
aa) Rechtsgrundlage	174
bb) Voraussetzungen	174
5. Verarbeitung und Nutzung erhobener Daten	175
a) Daten aus öffentlich zugänglichen Räumen.....	175
b) Daten aus nicht öffentlich zugänglichen Bereichen.....	176
6. Prozessuale.....	176
7. Übersicht: Videoüberwachung	178

VIII. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes:

Fragerecht und Datennutzung bei Einstellung	179
1. Grenzen des BDSG.....	180
a) Grundregel des § 32 BDSG: Datennutzung nur bei Erforderlichkeit.....	180
b) Besondere Arten personenbezogener Daten	181
aa) Relevante Fallgruppen	181
bb) Erlaubnistratbestände.....	182
2. Reichweite des Fragerights: Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen.....	185
3. Frage nach der Schwangerschaft	189
4. Frage nach einer Behinderung und nach der Schwerbehinderteneigenschaft.....	190
5. Frage nach Religion, Weltanschauung und sexueller Identität	192
6. Frage nach Vorerkrankungen – Gesundheits- und Drogentests	193
7. Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit.....	195
8. Frage nach genetischen Merkmalen	195

9. Frage nach Vorstrafen und Führungszeugnis	196
10. Übersicht: Fragerecht des Arbeitgebers.....	199
IX. Datentransfer im Konzern und Zulässigkeit der Datenweitergabe an Dritte	201
1. Praktische Relevanz und rechtliche Bedeutung.....	201
a) Praktische Relevanz.....	201
b) Rechtliche Bedeutung.....	202
2. Änderungen im Zuge der 2. BDSG Novelle von 2009.....	203
3. Eine Klärung der Begrifflichkeiten	204
a) „Verantwortliche Stelle“ (§ 3 Abs. 7 BDSG)	205
b) „Dritter“ (§ 3 Abs. 8 BDSG)	206
4. Auftragsdatenverarbeitung – Eigenverarbeitung –	
Funktionsübertragung	206
a) Auftragsdatenverarbeitung.....	206
b) Handeln der verantwortlichen Stelle selbst.....	207
c) Funktionsübertragung	208
d) Zweckwidrige Nutzung der Daten durch den Auftragnehmer.....	211
5. Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer Auftragsdatenverarbeitung	211
a) Schriftlichkeit der Auftragerteilung	212
aa) Schriftlichkeitsbegriff des BDSG	212
bb) Umfang der Schriftlichkeit.....	213
b) Auswahl des Auftragnehmers.....	215
6. Besonderheiten der Datenübermittlung in Drittstaaten	216
a) Anwendbarkeit des BDSG	216
b) Voraussetzungen der Datenübermittlung in Drittstaaten	217
X. Informationspflichten bei Datenverarbeitung	219
1. Überblick über die einzelnen Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers und Auskunftsrechte des Arbeitnehmers	219
2. Änderungen durch die Gesetzesnovelle 2009	221
3. Die einzelnen Tatbestände.....	221
a) § 33 BDSG – Informationspflicht bei erstmaliger Speicherung von Daten.....	221
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen für die Benachrichtigungspflicht	224
(1) Erstmalige Speicherung.....	224
(2) Zweckänderung als erstmalige Speicherung –	
Sonderproblem Datenabgleich	225
(3) Speicherung <i>ohne Kenntnis</i> des Betroffenen.....	226
bb) Entbehrlichkeit der Benachrichtigung.....	228

(1) Vorhandene Kenntnis des Betroffenen – § 33 Abs. 2 Nr. 1 BDSG.....	228
(2) Unverhältnismäßiger Aufwand – § 33 Abs. 2 Nr. 2 BDSG	229
(3) Geheimhaltungsinteresse – § 33 Abs. 2 Nr. 3 BDSG	229
(4) Durch Gesetz vorgesehene Speicherung – § 33 Abs. 2 Nr. 4 BDSG.....	230
(5) Wissenschaftsprivileg – § 33 Abs. 2 Nr. 5 BDSG	231
(6) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit – § 33 Abs. 2 Nr. 6 BDSG.....	231
(7) Daten aus allgemein zugänglichen Quellen – § 33 Abs. 2 Nr. 7a BDSG.....	231
(8) Gefährdung eigener Geschäftszwecke der speichernden Stelle – § 33 Abs. 2 Nr. 7b BDSG.....	232
b) Auskunftsrecht des Betroffenen nach § 34 BDSG	234
aa) Tatbestandliche Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs	234
bb) Inhalt des Auskunftsanspruchs: Daten des Betroffenen und Herkunft der Daten	234
cc) Inhalt des Auskunftsanspruchs: Zweck der Speicherung.....	235
dd) Inhalt des Auskunftsanspruchs: Empfänger oder Kategorien von Empfängern	236
ee) Neuregelungen ab dem 1. 4. 2010	236
c) Informationspflicht vor Erhebung der Daten beim Betroffenen – § 4 Abs. 3 BDSG	237
d) Informationspflicht vor Erteilung einer Einwilligung – § 4a BDSG.....	238
e) Informationspflicht bei der Übermittlung ins Ausland – § 4b BDSG	238
f) Unterrichtungspflicht im Rahmen der Videoüberwachung – § 6b BDSG	239
g) Mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien – § 6c BDSG	239
h) Informationspflicht bei unrechtmäßiger Kenntniserlangung – § 42a BDSG	240
i) Meldepflicht vor Inbetriebnahme von Verfahren automatisierter Verarbeitung – § 4d BDSG.....	245
j) Meldepflicht bei Vorhaben automatisierter Verarbeitung – § 4g BDSG	247
k) Unterrichtungspflicht bei der Einrichtung automatisierter Abrufverfahren – § 10 BDSG.....	248

4. Drohende Sanktionen bei der Verletzung von Unterrichtungspflichten	248
5. Sonstige Auskunftsrechte und Informationspflichten	249
XI. Rechtsfolgen unerlaubter Datenverarbeitung	251
1. Gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund	251
a) Spezielle Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie	251
b) Allgemeine Vorgaben des EuGH	252
2. Zivilrechtliche Folgen.....	253
a) Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers.....	253
b) Schadensersatzansprüche.....	255
aa) §§ 7, 8 BDSG und Landesdatenschutzgesetze.....	255
bb) § 280 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB / § 311 Abs. 2 BGB	258
cc) §§ 823 Abs. 1 und 2, 824, 826 BGB.....	259
dd) Hilfspersonen	262
(1) Haftung für Hilfspersonen.....	262
(2) Haftung der Hilfsperson	263
ee) Konkurrenzen	263
c) Unterlassungs-, Beseitigungs- und Gegendarstellungsansprüche	264
d) Herausgabeansprüche und Gewinnabschöpfung	265
3. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Folgen	265
4. Beweisverwertungsverbot?.....	266
5. Umsetzungsdefizite des deutschen Rechts	267
XII. Betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Datenverarbeitung	269
1. Allgemeine Fragen des § 87 BetrVG.....	269
a) Persönlicher Anwendungsbereich.....	269
b) Erfordernis kollektiver Maßnahmen	270
c) Keine gesetzliche Regelung – Sperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG	271
2. Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.....	273
a) Zweck des Mitbestimmungsrechts	273
b) Umfang des Mitbestimmungsrechts	274
aa) Technische Einrichtung	274
bb) Zur Überwachung.....	275
(1) Überwachung als Erhebung, Verarbeitung und Auswertung	275
(2) Selbständige Kontrollwirkung.....	277
(3) Überwachung vs. Kontrolle?.....	278
(4) Durchführung der Überwachung durch Dritte	278
(5) Natur der einbezogenen Daten	279

(6) Von Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer	280
(7) Bestimmung zur Überwachung	282
3. Rechtsfolgen mitbestimmungswidrigen Handelns	283
a) Individualrechtliche Folgen	283
b) Beweisrechtliche Folgen	283
c) Unterlassungsansprüche	286
d) Straf- und Bußgeldvorschriften des BetrVG: § 119 BetrVG ..	286
aa) Störung oder Behinderung der Tätigkeit der Betriebsverfassungsorgane	287
bb) Tauglicher Täter	289
cc) Subjektiver Tatbestand	289
dd) Verschulden	290
ee) Antragsdelikt	290
ff) Verjährung	290
4. Übersicht: Datenschutzkompetenzen des Betriebsrat zum BetrVG	291
5. Muster-Betriebsvereinbarung IT	291
6. Parallele Regelungen des Personalvertretungsrechts	298
a) § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG	298
b) Negative Abweichung vom BDSG durch Dienstvereinbarung?	299
Stichwortverzeichnis	301