

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>V</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>Abkürzungs- und Literaturverzeichnis</b>	<b>XVII</b>
<b>I. Der Arbeitnehmerdatenschutz als Aufgabe für Gesetzgebung und Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
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
<b>II. Zwischen Scylla und Charybdis: Effektive Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung</b>	<b>7</b>
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:**

<b>Der elektronische Datenabgleich .....</b>	<b>75</b>
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 .....**

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 .....**

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: Videoüberwachung.....**

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. Prozessuales .....	176
7. Übersicht: Videoüberwachung .....	178

## **VIII. Konfliktfelder des Arbeitnehmerdatenschutzes:**

<b>Fragerecht und Datennutzung bei Einstellung .....</b>	<b>179</b>
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) Erlaubnistatbestände .....	182
2. Reichweite des Fragerechts: 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**

<b>Datenweitergabe an Dritte.....</b>	<b>201</b>
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 Auftragserteilung .....	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
<b>XI. Rechtsfolgen unerlaubter Datenverarbeitung .....</b>	<b>251</b>
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
<b>XII. Betriebsverfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Datenverarbeitung .....</b>	<b>269</b>
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
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>301</b>