



BRÜSSOW & PETRI  
RECHTSANWÄLTE



Rainer Brüssow



Dirk Petri

## Mitarbeiterüberwachung: Der neue § 32 Bundesdatenschutzgesetz

von RA/FaStR Rainer Brüssow und RA/FaStR Dirk Petri  
Brüssow & Petri · Köln

**Durch die aktuelle Presseberichterstattung verstärkt sich in der breiten Öffentlichkeit der Eindruck, dass die Schwellen auf Seiten der Arbeitgeber immer niedriger werden, Mitarbeiter mit Videos, Detektiven, Hausbesuchen, E-Mail-, Internet- und Onlineüberwachung oder Kontendatenabfragen zu überwachen. Die Entwicklung der Arbeit zum knappen Gut wie auch die Wirtschaftskrise als solche führen dazu, dass der Interessenkampf zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern mit immer härteren Bandagen geführt wird.**

Die Deutsche Bahn, Lidl, Telekom und jüngst erst der Edeka-Marktbetreiber Peter Simmel, aber auch Daimler – durch die Blutentnahmen von Bewerbern – zeigen die immer stärker in den Fokus rückende zentrale Bedeutung des Arbeitnehmerdatenschutzes im heutigen Arbeitsleben. Dabei stehen sich die unterschiedlichen Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gegenüber. Der Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interesse am Schutz seiner Persönlichkeitsrechte und der damit einhergehenden Privat- und erst recht Intimsphäre. Der Arbeitgeber hingegen hat eine Fürsorgepflicht allen Mitarbeitern gegenüber, die im Einzelfall die Rechte des einzelnen Mitarbeiters zurücktreten lassen muss. Ein besonderes Interesse hat der Arbeitgeber auch daran, sich gegen Straftaten einzelner Mitarbeiter zu schützen, und unter Compliance-Gesichtspunkten sogar die Pflicht, Straftaten wie Angestelltenbestechungen oder aber wettbewerbsbeschränkende Absprachen zu verhindern. Besonderes Augenmerk muss dabei seitens der Unternehmen auch dem immer drohenden Geheimnisverrat und der Wirtschafts- und Industriespionage innerhalb und außerhalb der Informationstechnologie gelten.

Zudem ist in der Praxis leider zu konstatieren, dass die Zahl der sogenannten Innentäter, also der Mitarbeiter des Unternehmens, die bereit sind, die Angreifer zu unterstützen, immer mehr steigt. Zum Täterprofil solcher Innentäter ist anzumerken, dass nach einer Studie der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg aus dem Jahre 2009 der typische Täter überwiegend männlich, sozial unauffällig, nicht vorbestraft, überdurchschnittlich gebildet und bereits seit langen Jahren ohne Auffälligkeiten im Unternehmen ist. Aus Sicht der Unternehmen stehen heute folglich sämtliche Mitarbeiter unter einem Generalverdacht – ein Zustand, der weder den Arbeitgebern noch den Arbeitnehmern recht sein dürfte.

### **Strafrechtliche Konsequenzen in Millionenhöhe**

Eine Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes hat regelmäßig auch arbeitsstrafrechtliche Konsequenzen für die Arbeitgeberseite. Unter Compliance-Gesichtspunkten und wegen der erheblich gestiegenen Haftungsrisiken ist daher eine eingehende Befassung mit den jeweils aktuellen datenschutzrechtlichen Vorgaben zwingend geboten. So hat die Deutsche Bahn AG erst jüngst ein Bußgeld in Höhe von 1,1 Millionen Euro wegen des Vorwurfs des

jahrelangen Datenmissbrauchs akzeptiert, das durch den Berliner Datenschutzbeauftragten verhängt worden war.

Grundsätzlich ist das Datenschutzstrafrecht und damit der Arbeitnehmerdatenschutz nicht zuletzt nach den – echten oder vermeintlichen – Spitzelaffären einzelner Großunternehmen weiter im Fluss. Aufgrund dieser bekannt gewordenen Maßnahmen zur Mitarbeiterüberwachung war angedacht, ein umfassendes Arbeitnehmerdatenschutzgesetz neben dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu verabschieden. Der Gesetzgeber hatte in der abgelaufenen 16. Legislaturperiode den Arbeitnehmerdatenschutz auf die politische Agenda gesetzt. Diverse Vorschläge aus den einzelnen Fraktionen des Bundestages, die eine nachhaltige Kodifizierung des Arbeitnehmerdatenschutzes erreichen wollten, haben sich wegen der Vielschichtigkeit der Materie und den konträren Interessen zwischen Arbeitgebern undnehmern aber nicht durchsetzen können.

### Neues Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

Allerdings nahm am 3. Juli 2009 auf Vorschlag der damaligen Bundesregierung der nunmehr neu kodifizierte § 32 BDSG die parlamentarische Hürde. Er ist zum 1. September 2009 in Kraft getreten. Die Norm konkretisiert die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Arbeitnehmerdaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Die Verwendung der Daten ist dem Arbeitgeber dann gestattet, wenn dies für die Begründung oder nach der Begründung für die Fortführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen die personenbezogenen Daten aber nur dann abgefragt werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Arbeitnehmer im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat. Weiter müssen die Daten für die Aufdeckung erforderlich sein; ebenso dürfen schutzwürdige Belange des betroffenen Arbeitnehmers nicht entgegenstehen. Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten sind zwar *expressis verbis* nicht genannt; allerdings dokumentieren die Gesetzesmaterialien, dass auch diese Fragestellung sich nach § 32 BDSG richtet. Geht es um die Aufdeckung oder aber Verhinderung von Straftaten, dann sollte durch das Unternehmen eine lückenlose Dokumentation der Verdachtsmomente erfolgen. Neben der Einschaltung des Betriebsrats – sofern vorhanden – bietet sich auch immer die Einschaltung externer Strafrechtler an, zumal sich im Einzelfall sogar eine frühzeitig Anzeige bei den Ermittlungsbehörden anbieten kann. Die alsbaldige Einschaltung von Staatsanwaltschaften hat dabei den Vorteil, dass die Verantwortlichen des Unternehmens erst gar nicht in den Verdacht geraten, ihrerseits Straftaten entgegen dem 15. Abschnitt des Strafgesetzbuchs wegen der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geschäftsbereichs zu begehen. Die Kodifizierung von § 32 BDSG hat nach den Gesetzesmaterialien allerdings nicht zur Folge, dass sich an der bisherigen Rechtslage Grundlegendes ändert. So stellt zwar § 32 BDSG eine Spezialregelung zu §§ 28 ff. BDSG dar; allerdings kodifiziert § 32 BDSG tatsächlich nur geltendes Richterrecht.

- *Der Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interesse am Schutz seiner Persönlichkeitsrechte und der damit einhergehenden Privat- und erst recht Intimsphäre. Der Arbeitgeber hingegen hat eine Fürsorgepflicht allen Mitarbeitern gegenüber, die im Einzelfall die Rechte des einzelnen Mitarbeiters zurücktreten lassen muss.*

### Verletzung von Persönlichkeitsrechten

Für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist demnach das Verschweigen einer Körperbehinderung nur dann von Relevanz, wenn es erfahrungsgemäß die Eignung des Arbeitnehmers für die vorgesehene Tätigkeit beeinträchtigt. Ebenso ist der Arbeitnehmer auch nach seiner Einstellung verpflichtet, Fragen des Arbeitgebers zu seiner Vor- und Ausbildung zu beantworten, wenn davon auszugehen ist, dass die bei der Einstellung abgegebenen Erklärungen und danach erfolgte Ergänzungen nicht mehr vollständig vorhanden sind. Das in § 32 BDSG beinhaltetete verfassungsrechtlich geprägte Persönlichkeitsrecht kann durch die dauerhafte Aufbewahrung eines Personalfragebogens, der von einem erfolglos gebliebenen Stellenbewerber auf Verlangen der Firma ausgefüllt worden ist und der unter anderem auch Angaben über die Privat- und Intimsphäre enthält, verletzt sein. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts liegt aber dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse an der Aufbewahrung des Fragebogens hat. Die Absicht, den Fragebogen bei einer nochmaligen Bewerbung zu einem Datenvergleich heranzuziehen oder den Bewerber später zu einer nochmaligen Bewerbung anzuhalten, begründet ein solches berechtigtes Interesse allerdings nicht. Für die Durchführung oder aber Beendigung eines Arbeitsverhältnisses dürfen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange aus einem Personalfragebogen folgende Arbeitnehmerdaten gespeichert werden: Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse. Der Arbeitnehmer ist weiter auch nach seiner Einstellung verpflichtet, Fragen des Arbeitgebers zu seiner Vor- und Ausbildung zu beantworten, wenn davon auszugehen ist, dass die bei der Einstellung abgegebenen Erklärungen und danach erfolgte Ergänzungen nicht mehr vollständig vorhanden sind. Der Arbeitnehmer ist dabei aber nicht verpflichtet, außergerichtliche Erklärungen zu möglichen Kündigungsgründen abzugeben, soweit nicht besondere rechtliche Grundlagen hierfür bestehen.

### Unzulässige Videoüberwachung

Die zur Aufdeckung von Straftaten genutzte heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber begründet immer einen Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz (GG) geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Allerdings führt dieser Eingriff jedoch dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Video-Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.

Auch wenn die Videoüberwachung ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden ist, ergibt sich aus diesem Verstoß dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Ver-

- *Eine Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes hat regelmäßig auch arbeitsstrafrechtliche Konsequenzen für die Arbeitgeberseite.*

wendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt. Denn gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) ist der Betriebsrat zustimmungspflichtig. Die unzulässige Videoüberwachung kann auch den Straftatbestand des § 201a Strafgesetzbuch verwirklichen, wenn es sich um nicht öffentlich zugängliche Bereiche im Unternehmen handelt und es sich um Räumlichkeiten handelt, die nochmals gesondert Einblicke verwehren sollen. Es ist hier beispielsweise an Umkleide- oder Sozialräume in Unternehmen zu denken. Im Einzelfall können aber auch schon Büroräume – abhängig von der subjektiven Zweckbestimmung – besonders geschützte Räume sein. § 201a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder aber Geldstrafe geahndet. Daneben können Verstöße auch immer mit Bußgeldern geahndet werden, aufgrund einer fehlenden Verweisung von § 43 BDSG auf den neuen § 32 BDSG allerdings nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Dabei ist allerdings zu beachten, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht in der Höhe des zu verhängenden Bußgeldes nicht beschränkt ist. Anschaulichster Fall ist Siemens. Dort musste das Unternehmen 201 Millionen Euro an Bußgeld wegen der verheimlichten schwarzen Kassen zahlen. Einleitend war im Hinblick auf Verstöße im Rahmen der Mitarbeiterüberwachung auch schon auf das Bußgeld bei der Deutschen Bahn AG verwiesen worden. Dieses war ebenfalls nach dem OWiG und nicht nach dem BDSG verhängt worden. Geldbußen im Rahmen des BDSG belaufen sich „nur“ auf bis zu 250.000 Euro.

### **Datenerhebung erforderlich?**

Bei der Prüfung von § 32 BDSG stellt sich für das Unternehmen vor einer entsprechenden Maßnahme immer die Frage, ob die Datenerhebung erforderlich ist. Richtigerweise sollte dieses Tatbestandsmerkmal ähnlich dem bisher geltenden § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG verstanden werden. Danach ist die Datenerhebung erforderlich, wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist. Der Norm ist allerdings nicht zu entnehmen, wann eine Datenweitergabe an Dritte – etwa im Unternehmen oder außerhalb – gestattet ist. Die Weitervermittlung dürfte jedenfalls immer dann gestattet sein, wenn die Daten sich auf strafbare Handlungen, Ordnungswidrigkeiten oder aber auf arbeitsrechtliche Rechtsverhältnisse beziehen und die Erforderlichkeit der Datenerhebung bejaht worden ist.

### **Verantwortungsvollen Umgang sicherstellen**

Abschließend ist festzuhalten, dass nach der Maßgabe des § 32 BDSG neu eingestelltes Personal zu Beginn der Tätigkeit in besonderem Maß zu überwachen ist, da so dem Grunde nach sichergestellt werden kann, dass diese Mitarbeiter sich auch in der Zukunft pflichtgemäß verhalten werden. Allerdings verringert sich im Ergebnis mit der Dauer der Zugehörigkeit des Mitarbeiters zum Unternehmen nicht die Pflicht, diesen – jedenfalls stichprobenartig – im Bereich des rechtlich Möglichen zu überwachen. Denn wie die eingangs erwähnte Studie der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg leider

- *§ 32 BDSG: Die Verwendung der Daten ist dem Arbeitgeber dann gestattet, wenn dies für die Begründung oder nach der Begründung für die Fortführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.*

- *Bei der Prüfung von § 32 BDSG stellt sich für das Unternehmen vor einer entsprechenden Maßnahme immer die Frage, ob die Datenerhebung erforderlich ist.*

zeigt, ist weder die Zugehörigkeit, der steigende Qualifikationsgrad noch das „Großwerden“ im Unternehmen ein Garant dafür, dass sich Mitarbeiter nicht strafbar machen. Entscheidend ist somit nicht das Ob, sondern das Wie der vorzunehmenden Prüfungen. Dabei hat sich in Unternehmen immer stärker herauskristallisiert, dass die Mitarbeiterüberwachung als Unterfall des Datenschutzes im Unternehmen zunehmend eigenständig im Bereich der Compliance anzusiedeln ist. So hat nicht zuletzt die Deutsche Bahn AG einen eigenen Vorstandsposten für die Ressorts Compliance, Datenschutz und Recht geschaffen. In einem Unternehmen modernen Zuschnitts sollte daher gelten, dass sowohl der Datenschutz als auch die leider notwendige Überwachung der Mitarbeiter „Chefsache“ sein sollte, da nur so ein verantwortungsvoller Umgang mit diesen sensiblen und komplexen Fragen sichergestellt werden kann. Anders und mit Johann Wolfgang von Goethe formuliert: Es ist nicht genug, zu wissen, man muss auch anwenden; es ist nicht genug, zu wollen, man muss auch tun!