

Berlin, im Juni 2010  
Stellungnahme Nr. 29/2010

abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Ausschuss Informationsrecht**

**zum**

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung des  
Beschäftigtendatenschutzes**

**(Stand: 28.05.2010, Az. BMI - V II 4 - 191 521-5/1)**

Mitglieder des Informationsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender und Berichterstatter)

Rechtsanwalt Niko Härting, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
  
- Landesjustizverwaltungen
  
- Bundesrat
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
  
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft
  
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- Deutscher Steuerberaterverband
- GRUR
- BITKOM
- DGRI
- Bundesverband der Freien Berufe
  
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
  
- Redaktion NJW
- JUVE-Verlag
- ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

Der Deutsche Anwaltverein nimmt durch seinen Informationsrechtsausschuss unter spezifischen datenschutzrechtlichen und informationsrechtlichen Gesichtspunkten zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigungsdatenschutzes vom 28.05.2010 wie folgt Stellung:

1. Der Ausschuss Informationsrecht hegt erhebliche Zweifel, ob die Regelung des Beschäftigungsdatenschutzes innerhalb des Bundesdatenschutzgesetzes systematisch an der richtigen Stelle erfolgt, weil eine ganze Reihe von Bestimmungen geregelt werden, die über das Datenschutzrecht hinausgehen, auch wenn sie persönlichkeitschutzrechtlichen Einschlag haben.

Unabhängig davon sollen die folgenden Anmerkungen gemacht werden.

2. Die datenschutzrechtliche Einordnung der Normen führt dazu, dass zumindest für Landes- und Kommunalbeamte und diesen gleichgestellten öffentlich-rechtlich Beschäftigte Schwierigkeiten auftauchen. Dies ergibt sich aus der gesetzgeberischen Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes. Im Einzelnen gilt Folgendes:

§ 32a und § 32b BDSG-E regeln die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses, § 32c und § 32d BDSG-E die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis. Hierzu ist in Bezug auf Beamtenbewerber und Beamte sowie Bewerber um ein Richteramt und Richter anzumerken:

- a) Beschäftigte sind gemäß § 3 Abs. 11 Nr. 8 BDSG auch Beamtinnen, Beamte, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldaten und Soldatinnen sowie Zivildienstleistende. Die Regelungen der §§ 32a bis 32d BDSG-E gelten somit auch für die in § 3 Abs. 11 Nr. 8 BDSG genannten Personen vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses und im Beschäftigungsverhältnis.

- b) Die Regelungen der §§ 32a bis 32d BDSG-E gelten jedoch nicht für Beamte der Länder und Kommunen und für Richter im Landesdienst und entsprechende Bewerber. § 50 BeamtStG regelt in datenschutzrechtlicher Hinsicht nur Grundzüge des Personalaktenrechts, um die Möglichkeiten der Beamten beim Dienstherrnwechsel zu gewährleisten. Eine einheitliche bundesgesetzliche Regelung wurde vom Gesetzgeber nicht für erforderlich gehalten, da die unmittelbar geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben ohnehin zu beachten sind (vgl. BT-Drs. 17/4027, S. 35).

Damit entsteht die verfassungs- wie europarechtlich bedenkliche Situation, dass Bewerber um eine und Inhaber einer Stelle im Anstellungsverhältnis im öffentlichen Dienst der Länder einen besseren gesetzlichen Schutz genießen als Bewerber um eine und Inhaber einer Beamtenstelle im Landes- oder Kommunaldienst oder einer Richterstelle im Landesdienst. Die Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis stellt im Hinblick auf datenschutzrechtliche Mindeststandards keinen sachlichen und hinreichend prägnanten Unterschied zur Gruppe der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst dar und kann daher zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht herangezogen werden. Dies erweist schon die Gleichstellung von Beamten des Bundes und Angestellten im öffentlichen Dienst des Bundes. Auch vor der Richtlinie 95/46/EG ist diese unterschiedliche Behandlung nicht zu rechtfertigen.

Nicht zuletzt auch aus rechtspolitischen Gründen ist daher zu fordern, auch Bewerber für den und Stelleninhaber im beamteten Dienst der Länder und Kommunen sowie Bewerber für den und Stelleninhaber im Landesrichterdienst in den Anwendungsbereich der §§ 32a bis 32d BDSG-E aufzunehmen. Anderenfalls entstehen im Konzept des Beschäftigtendatenschutzes erhebliche Lücken.

- c) Soweit es die Datenverarbeitung und -nutzung angeht, laufen §§ 32b und 32d BDSG-E leer, wenn die Datenhaltung nicht in Dateien, sondern (wie noch häufig) in Personalakten erfolgt. Hierdurch entsteht eine erhebliche Regelungslücke:

Soweit die Datenhaltung nicht in klassischen Personalakten, sondern in Dateien erfolgt, enthalten die Beamtengesetze des Bundes und der Länder (vgl. §§ 106 ff. BBG und z.B. §§ 113 ff. LBG BW) eigenständige Regelungen der Rechte und Pflichten von Dienstherr und Beamten. Diese gelten auch für Richter (vgl. § 46 DRiG und z.B. § 8 LRiG BW). Bei diesen Regelungen zum Personalaktenrecht

handelt es sich um bereichsspezifisches Datenschutzrecht (Battis, BBG, 4. Aufl. 2009, § 106 Rn. 2 m.w.N.). Ihr Verhältnis zu den Regelungen des BDSG ist völlig ungeklärt. Unterschiede bei den Schutzstandards ergeben sich insbesondere im weitreichenden Verzicht des Personalaktenrechts auf die Einwilligung des Betroffenen, aber auch im Hinblick auf den Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit gemäß § 3a BDSG. Auch mit der Richtlinie 95/46/EG ist dies nicht zu vereinbaren.

Aus europarechtlichen wie aus rechtspolitischen Gründen ist daher zu fordern, auch die Datenverarbeitung und -nutzung in klassischen Personalakten den Regelungen in § 32b und § 32d BDSG-E zu unterwerfen. Anderenfalls entstehen im Konzept des Beschäftigtendatenschutzes erhebliche Lücken.

3. Darüber hinaus gibt es erhebliche systematische Bedenken dahingehend, dass andere Zwecke als die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, die im Rahmen der Verarbeitung von Beschäftigungsdaten für den Arbeitgeber sehr wohl eine wichtige Rolle spielen, nämlich das Verhältnis zu seinen Kunden, zu öffentlichen Behörden usw. im Gesetz kaum vorkommen.

Da datenschutzrechtlich die Zweckbestimmung von erheblicher Bedeutung ist, ergeben sich erhebliche Zweifel daran, ob die Regelungen die Bedürfnisse der Praxis erfüllen.

Dies ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

Die erlaubte Datenverarbeitung, die nach dieser Vorschrift dem Arbeitgeber noch verbleibt, ist zu begrenzt. Es erscheint mehr als fraglich, ob der Gesetzgeber die mehr oder weniger zwangsläufige Verarbeitung der Daten der Mitarbeiter im Zusammenhang mit der normalen Geschäftstätigkeit, ohne dass es um die Handhabung des Beschäftigungsverhältnisses geht, absolut verbieten wollte. Ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften scheidet allerdings aus. § 32 Abs. 2 BDSG E 2010 würde die Anwendung anderer Vorschriften des BDSG erlauben, kommt aber nur zum Zuge, soweit nicht eine konkrete Regelung in diesem 2. Unterabschnitt, §§ 32 ff., vorgenommen wird.

Die Begründung besagt zwar zu § 32 Abs. 1: „*Sollen Beschäftigtendaten für andere Zwecke erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, gelten nicht die Vorschriften der §§ 32 bis 32i, sondern die übrigen Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes.*“

*Übermittlungen von Beschäftigungsdaten für außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses bestehende Zwecke sind daher u. a. nach § 28 zu beurteilen" (S. 22 oben). Dies ergibt sich zum einen nicht zweifelsfrei aus § 32 Abs. 1 i.V.m. der Definition von „Beschäftigtendaten“. Zudem besteht der Bedarf mehr noch als hinsichtlich der Übermittlung für die Nutzung der Beschäftigtendaten beim Arbeitgeber. Um die Unsicherheit zu beseitigen, wäre eine entsprechende Formulierung im Gesetzestext wünschenswert. Dazu müsste aber auch § 32 Abs. 2 geändert oder um den obigen Text aus der Begründung – mit zusätzlicher Nennung der Verarbeitung und Nutzung - ergänzt werden: § 32 Abs. 2 betrifft den gesamten Unterabschnitt, also auch Abs. 1. Insofern werden die Vorschriften des Unterabschnitts als vorrangig bestimmt. Die §§ 32a ff behandeln bzw. regeln *Beschäftigtendaten*, für die sie nach § 32 Abs. 2 Spezialregelungen sind, die vorgehen. Soweit Daten Beschäftigtendaten sind, wäre eine zusätzliche Erlaubnis über § 28 bei anderer Zweckbestimmung nicht gegeben, jedenfalls nicht vom Wortlaut. Demnach müsste zur Vermeidung evtl. zirkulärer Argumentation Abs. 2 die obige Klarstellung erhalten, wonach der Vorrang nicht gilt, soweit die dem Unterabschnitt an sich unterfallenden Beschäftigtendaten auch für andere Zwecke verarbeitet oder genutzt werden.*

§ 32c BDSG E 2010 nimmt eine konkrete Regelung für die Beschäftigtendaten vor, und zwar für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Die Datenerhebung ist der Filter, den die Daten, die dann im Übrigen verarbeitet und genutzt werden (dürfen), zulässigerweise passieren müssen. Was nicht zulässigerweise erhoben wurde, wird keiner weiteren Art von Verwendung zugeführt werden können. Der Rückgriff auf Daten aus §§32a und v. a. 32b erscheint nicht zulässig, wie auch § 32b nicht erlauben würde, Daten zu erheben, die erst für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sein würden.

Die Abfolge von § 32a bis einschließlich § 32d BDSG E 2010 orientiert sich an der Abfolge der Schritte sowohl der Datenverarbeitung generell als auch der Entwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses. Dabei kommt § 32b im Hinblick auf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses besondere Bedeutung zu.

Zwar regelt § 32b Abs. 3 den Fall, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht begründet wird, enthält aber keine Vorschrift, die den Übergang zum eigentlichen Beschäftigungsverhältnis bzw. dessen Durchführung darstellen würde. Ebenso wenig greift, und dies ist die Kritik, § 32c die durch § 32b erlaubten Datenverarbeitungsvorgänge und deren Ergebnisse wieder auf. Die Angaben aber, die

der Beschäftigte im Rahmen von § 32a und § 32b gegenüber dem Arbeitgeber getätigt hat, sind für die Beurteilung, insbesondere auch im Hinblick auf die Wahrheitsmäßigkeit von dessen Angaben und arbeitsrechtliche Maßnahmen, wenn die Angaben sich als unrichtig erweisen würden, von erheblicher Bedeutung. § 32c und d bieten insoweit aber keine Möglichkeit, unmittelbar das Datenspektrum von § 32b weiter zu verwenden. Es fehlt die Berechtigung solcher Dokumentation i. S. einer Befundsicherung.

Gemäß Begründung zu § 32c ist Abs. 1 die Grundnorm für die Erhebung von Beschäftigtendaten. Das Verhältnis von § 32c zu § 32b ist zumindest unklar. Im Ergebnis könnte dies bedeuten, dass die Erhebung mehrfach zu erfolgen hat, nicht zuletzt im Hinblick auf die Vorschrift der Notwendigkeit der Direkterhebung beim Betroffenen (über § 32c Abs. 1 Satz 3 gilt § 32a Abs. 8 entsprechend).

Der Begriff "Beschäftigtendaten" knüpft nicht an das Beschäftigungsverhältnis an, sodass es etwa personenbezogene Daten von Mitarbeitern gäbe, die nicht Beschäftigtendaten wären. Vielmehr soll gerade § 3 Abs. 12 BDSG E 2010 ausdrücklich regeln "*Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten von Beschäftigten*", ohne dass es auf das Beschäftigungsverhältnis ankäme. "*Beschäftigter*" ist in § 3 Abs. 11 bereits geregelt.

Der Anwendungsbereich des gesetzlich Zulässigen nach § 32c BDSG E 2010 ist also sehr schmal bzw. zu schmal. Ein Blick auf § 28 BDSG soll dies schematisch verdeutlichen. § 28 Abs. 1 Satz 1 BDSG staffelt in den Nrn. 1, 2 und 3 verschiedene Arten von Daten. Nach Ziffer 1 geht es um die Daten für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses, nach Ziffer 2 um die Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle. Im zweiten Fall darf für die Zulässigkeit kein Grund für die Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.

Diese zweite und dritte Alternative fehlen praktisch. Die dritte Alternative, Ziffer 3, soll hier nicht weiter vertieft werden.

Praktisch heißt dies, dass erlaubte Beschäftigtendaten nur solche sind, die für das Beschäftigungsverhältnis erhoben werden (§ 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG E 2010). Satz 2 erläutert dies und zwar für die Fälle, wonach die Erforderlichkeit spezifiziert wird. Die

Erforderlichkeit wird etwa bejaht für gesetzliche oder aufgrund eines Gesetzes bestehende Erhebungs- u. ä. Pflichten, für Pflichten gegenüber dem Beschäftigten, für nachwirkende Pflichten, die auch über das Beschäftigungsverhältnis hinaus zu erfüllen sind und zur Wahrung der Rechte bei der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses (Ziffer 1 mit 4).

Das bedeutet, dass über die aus dem bilateralen Vertragsverhältnis zulässigen Datenvolumina gemäß dem Beschäftigungsverhältnis hinaus das Spektrum noch etwas ausgedehnt wird für gesetzliche oder aufgrund eines Gesetzes bestehende Pflichten, Fürsorgepflichten, nachwirkende Pflichten und die speziell für die Wahrnehmung der speziell für das Beschäftigungsverhältnis bestehenden Rechte.

Soweit ein Arbeitgeber die Beschäftigtendaten erheben will, weil er sie (auch) für Datenverarbeitungsvorgänge benötigt, die er in seinem eigenen Interesse durchführen will, besteht ohne die oben zu § 32 Abs. 1 und 2 dargelegte Klarstellung keine Erlaubnis. Soweit die Erhebung nur den Arbeitgeberinteressen dient, wäre über § 32 Abs. 1 der Unterabschnitt nicht anwendbar. Ein Rückgriff auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG wäre ansonsten aufgrund der expliziten Regelung des § 32c BDSG E 2010 nicht (sicher) möglich. Auch eine analoge Anwendung des § 28 BDSG scheidet naturgemäß aus, weil eine Lücke überhaupt nicht beabsichtigt ist. Erst recht ist sie nicht versehentlich entstanden. Deshalb empfiehlt sich die Ergänzung zu Abs. 2, dass die Verarbeitung und Nutzung zu anderen Zwecken unberührt bleibt, sodass der Begründungstext insoweit Gesetzestext würde.

Beispielsweise kann ein Arbeitgeber ein sich aus der Art des Arbeitsverhältnisses durchaus ergebendes Interesse haben, dass der Mitarbeiter für bestimmte Darlegungszwecke gegenüber den Kunden und Lieferanten seine Daten einsetzt, wenn es um einen Beleg, eine E-Mail o. Ä. geht. Schon die banalste Auftragsbestätigung enthält naturgemäß den Namen, die Telefonnummer, die E-Mail-Adresse, die Faxnummer u. Ä., was den Bearbeiter betrifft. In allen stark durchorganisierten Betrieben mit erheblicher IT-Einrichtung gibt es zahlreiche Verzeichnisse (elektronischer Art), in denen die Mitarbeiterdaten bis hin zum Automobilkennzeichen für eine spätere Verwendung in Verzeichnissen (damit z. B. erkannt werden kann, welches Auto auf einem falschen Parkplatz steht und der Mitarbeiter benachrichtigt werden kann) erhoben werden.

Solche Verzeichnisse sind für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses nicht unbedingt erforderlich. In der Regel sind auch andere Maßnahmen möglich, evtl. stellt

sich das Thema Beschäftigungsverhältnis nicht. Es geht auch um Belege und Protokolle, um die interne Durchführung von Aufträgen, um Verträge mit Dritten, also Vertrieb und Einkauf, zum Teil auch um Kontrollen, wie etwa Materialprüfung, Wareneingangsprüfung u. Ä. Der wesentliche Teil der Daten besteht aber aus solchen, die für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben wurden. Zudem dienen für sekundäre Maßnahmen, insbesondere Prüfungen, Abrechnungen u. Ä. die Beschäftigtendaten stets der Zweckbestimmung aus dem Beschäftigungsverhältnis.

Es dürfte unstrittig sein, dass für vorgenannte Zwecke naturgemäß auch das Erforderlichkeitsprinzip gelten soll. Auch Zweckbindung soll gegeben sein. Jedoch reicht das Beschäftigungsverhältnis als Zulässigkeitsmaßgabe nicht.

Es wäre theoretisch denkbar, dass die Erhebung etwas weiter gefasst werden muss, wenn die Verarbeitung und Nutzung im Beschäftigungsverhältnis ihrerseits weiter definiert wäre. Tatsächlich enthält aber § 32d BDSG E 2010 keine weitere, sondern eine eher noch engere Regelung. Zum einen rekurriert die Regelung auf die Erhebung (§ 32b Abs. 1 Nr. 1 BDSG E 2010, rechtmäßige Erhebung für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses). Dann heißt es aber, was scheinbar erweiternd wirkt, dass die Daten erforderlich sind zur Erfüllung der Zwecke, für die sie erhoben wurden (was noch keine Erweiterung darstellt), *"oder zur Erfüllung eines anderen Zwecks, für die der Arbeitgeber sie nach den Vorschriften dieses Unterabschnitts hätte erheben dürfen, und (3) dies nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck nicht unverhältnismäßig ist."* Auch hier wäre wieder Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber die Daten hätte erheben dürfen.

Es folgen etwa in § 32d Abs. 2 bestimmte Möglichkeiten, auch ist in Abs. 3 eine Möglichkeit genannt, innerhalb derer Dritte Daten erlangen könnten, indem sie ihnen übermittelt wurden. Tatsächlich aber fehlt überhaupt die Regelung, mittels derer die Übermittlung an den Dritten hätte erfolgen können.

Folgerichtig fehlen bislang Übermittlungsregeln, die § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 BDSG und Abs. 2 entsprechen würden. Ob ein Rückgriff auf § 28 zulässig wäre, erscheint aber zumindest unklar, wie dargelegt. Deshalb sollte die vorgeschlagene Klarstellung diese Regelungen umfassen.

4. Ein weiterer Komplex betrifft die Regelungen zu den Telekommunikationsdiensten.

Hier scheinen die Regelungen über das Datenschutzrecht deutlich hinauszugehen. Auch greifen die Regelungen noch völlig ungeklärte informationsrechtliche Fragestellungen auf.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

- a) Die Regelungen der Telekommunikationsdienste außerhalb des Telefonverkehrs im Entwurf des Gesetzes zur Beschäftigtendatenverarbeitung greifen in mehrerer Hinsicht zu kurz. Hinsichtlich des Telefonverkehrs sind die Regelungen durchaus angemessen.
- b) Es fragt sich zunächst schon, ob es bei der bisherigen Zweiteilung in die Nutzung von Telekommunikationsmedien in der Form bleiben kann, dass in einem Falle die Nutzung der Telekommunikation zu Privatzwecken verboten und im anderen Falle eine solche Nutzung erlaubt ist. Diese Regelung wird heute daraus abgeleitet, dass der Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung dem Arbeitnehmer gegenüber Telekommunikationsdienste im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG erbringt. Unabhängig davon, ob diese Schlussfolgerung telekommunikationsrechtlich korrekt ist, stellt sich schon die Frage, ob allein darin datenschutzrechtlich bereits ein Grund zur Unterscheidung gesehen werden kann.

Sicher ist es richtig, wenn bei erkennbarer Privatkommunikation auch dem Arbeitgeber gegenüber das auch grundrechtlich geschützte Fernmeldegeheimnis eingreift, das in § 88 TKG auch ins Privatrecht übertragen worden ist. All diese Nutzungen werden aber von arbeitsrechtlichen Komponenten überlagert, die eine besondere Bedeutung auch im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern dann erlangen, wenn im Zusammenhang mit Medien, die auch dienstlich genutzt werden, eine Privatnutzung erlaubt ist.

Es sollte zunächst auch gesetzlich angestrebt werden, dass eine möglichst klare Trennung beider Kommunikationsformen erfolgt. Dies kann z. B. durch eine klare Kennzeichnung jedenfalls der ausgehenden Kommunikationsakte als *privat* und *nicht privat* geschehen. Bei eingehenden E-Mails wird man möglicherweise vermuten können, dass sie dienstlicher Natur sind, wenn nicht der Absender oder

in der Folge der Arbeitnehmer klarmachen, dass es um private Kommunikation geht.

Eine solche Möglichkeit sollte gesetzlich jedenfalls angedacht und ggf. vorgesehen werden. Sie sollte nicht Betriebsvereinbarungen überlassen bleiben.

Dies alles gilt umso mehr, als dass sich ein vollständiges Verbot privater Nutzung der Telekommunikationsdienste heute kaum noch durchsetzen lässt. Jedenfalls den Empfang privater E-Mails unter dienstlichen E-Mail-Adressen wird kaum ein Arbeitgeber verhindern können. Es mögen sich auch private und dienstliche Kommunikationsinhalte in einzelnen E-Mails verknüpfen.

Aus praktischen Gründen erscheint die Trennung zwischen einem aktiven Telekommunikationsvorgang und den abgeschlossenen Telekommunikationsvorgängen schwierig. Geht man von dem hier sicherlich das gesetzgeberische Leitbild bestimmenden E-Mail-Kommunikationsvorgang aus, so stellt sich die Frage, wann ein Kommunikationsvorgang abgeschlossen ist. Ist er abgeschlossen, wenn die E-Mail eingegangen ist oder erst dann, wenn nach zahlreichen Antworten und Rückantworten letztendlich die Kommunikation zum Ruhen gekommen ist? Denkbar ist auch, dass der Vorgang dann beendet ist, wenn der Arbeitnehmer die E-Mail gelesen hat. Zumindest der letztere Vorgang dürfte so ohne Weiteres nicht erkennbar sein.

Auch die Interpretation oder gesetzgeberische Klarstellung, dass der Telekommunikationsvorgang beendet ist, wenn das E-Mail zum Abruf bereit oder in der sonstigen Empfangseinrichtung des Beschäftigten eingegangen ist, kann nicht empfohlen werden. An einer solchen Regelung bestehen angesichts des hohen Rangs des Fernmeldegeheimnisses erhebliche Zweifel, zumal das BVerfG (grundlegend: Urteil v. 02.03.2006, 2 BvR 2099/04; bestätigt: Beschluss v. 16.06.2009, 2 BvR 902/06) den Schutz des Art. 10 GG erst enden lässt, wenn ein E-Mail auf einer im unmittelbaren Einflussbereich des Geschützten befindlichen IT-Einrichtung gespeichert ist. Vorher endet dieser Schutz auch dann nicht, wenn der Empfänger das E-Mail gelesen hat.

Es mag sein, dass dies durch entsprechende Archivierungsvorschriften innerhalb der einzelnen Unternehmen klar geregelt ist, wann ein Telekommunikationsvorgang beendet ist. Darauf kann sich das Gesetz, das ja auch kleinere Unternehmen

betrifft, nicht ohne Weiteres verlassen. Die Unterscheidung zwischen laufender und nicht laufender Kommunikation ist daher bei einer asynchronen Kommunikation wie dem E-Mail-Verkehr wenig geeignet.

Es sollten einheitliche Regeln für die laufende und die abgeschlossene Kommunikation gelten.

- c) Weniger nachvollziehbar ist es, wenn die Telekommunikation (außerhalb des Telefonverkehrs) auch dann, wenn eine Privatnutzung verboten ist, nur dann vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommen werden kann, wenn keine schutzwürdigen Belange der Beschäftigten betroffen sind.

Schließlich liegt es im vitalen Interesse des Arbeitgebers, jede geschäftliche oder betriebliche Kommunikation zu speichern, selbst zu lesen oder anderen Mitarbeitern zur Verfügung zu stellen, damit die Zwecke des Betriebs erfüllt werden können. Dies gilt ja auch für die herkömmliche postalische Erledigung der gleichen Dinge.

Eine Einschränkung dieser Kenntnisnahmezwecke erscheint nicht notwendig. Im Prinzip ist ein E-Mail hier nicht anders als ein Brief zu behandeln.

Anders ist dies möglicherweise nur bei ungewollter Privatkommunikation. Dies lässt sich aber möglicherweise durch eine Kennzeichnung, ggf. auch durch Löschen, erreichen. Die generelle Einbeziehung schutzwürdiger Belange erscheint hier falsch. Es mag sein, dass die ungewollte Privatkommunikation besonderer Regelung bedarf.

- d) Auch dann, wenn die Nutzung der Telekommunikation zu Privatzwecken erlaubt ist, muss es dem Arbeitgeber möglich sein, die dann dennoch eingehende geschäftliche Korrespondenz vollständig zur Kenntnis zu nehmen und zu lesen. Die bloße Erlaubnis der Arbeitgeber, auch privat E-Kommunikation zu nutzen, kann nicht dazu führen, dass die dann ebenfalls erfolgende geschäftliche Kommunikation nur in eingeschränktem Maße zur Kenntnis genommen werden darf. Dies ist weder mit betrieblichen Zwecken noch mit sonstigen Pflichten des Arbeitgebers (z. B. zur Aufbewahrung von Geschäftskorrespondenz) vereinbar.

Es wäre als gesetzliche Regelung z. B. denkbar, die Korrespondenz zugänglich zu erklären, die nicht als Privatkorrespondenz kenntlich gemacht ist. Auch hier scheint die gesetzliche Regelung zu kurz gegriffen zu sein.

- e) In diesem Zusammenhang soll noch angemerkt werden, dass eine weitere, sich auf Telemedien beziehende Regelung noch Probleme aufwirft. Es handelt sich dabei um § 32a Abs. 8 des Gesetzes.

Dort geht es um allgemein zugängliche Daten über den Beschäftigten. Solche Beschäftigtendaten darf der Arbeitgeber auch erheben, ohne an dem Vorgang der unmittelbaren Datenerhebung beim Beschäftigten gebunden zu sein.

In der Begründung wird hier auch auf soziale Netzwerke abgestellt.

Ob die dort aufgestellten Behauptungen, dass nämlich Daten, die nur einer ausgewählten Zahl von Freunden zugänglich sind, nicht allgemein zugänglich sind, wirklich zutreffen, mag durchaus dahingestellt bleiben (vgl. dazu AG Menden, NJW 2010, 1614), insbesondere dann, wenn es um eine Vielzahl von Freunden geht, die in verschiedenen sozialen Zusammenhängen zum Betroffenen stehen und untereinander wiederum keinerlei Verbindungen haben. Der Begriff „Freund“ ist ja hier auch eher in vielen Fällen euphemistisch.

Die Frage, welche in sozialen Netzwerken gespeicherten Daten im klassischen Sinne allgemein zugänglich sind und welche nicht, ist in Rechtsprechung und juristischer Literatur noch so wenig geklärt, dass eine genauere Regelung nicht möglich erscheint. Hier bleibt ein weiterer Spielraum für Debatten, zumal auch die Frage, ob man für das Heraufladen etwa von Fotos Dritter der Einwilligung der Dritten bedarf, auch kunsturheberrechtlich nach wie vor nicht vollständig geklärt ist.

Auch hier geht es um die Frage, ob durch ein solches Heraufladen eine Veröffentlichung erfolgt oder nicht.

Angesichts der großen Unklarheiten sollte es allerdings bei der gesetzlichen Regelung bleiben.

5. Die oben genannten Bedenken sollten durch systematischere Regelungen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens aufgewandt werden.

Insgesamt dürfte eine detaillierte Regelung des Beschäftigungsdatenschutzes zu gewissen Fortschritten führen. Eine endgültige Regelung der in Rechtsprechung und Literatur diskutierten praktischen Probleme wird durch ein Gesetz allerdings nicht zu erreichen sein.