

# Rundbrief



## ARBEITNEHMERANWÄLTE

Die deutschlandweite Anwaltskooperation für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte.

# Daten

**Datenschutz**

**Der neue Datenschutz kommt! Woher, warum und wie?**

Einführung zur DSGVO und zum neuen BDSG. | Seite 3

**Beschäftigtendatenschutz auf neuen Füßen**

§ 32 BDSG und § 26 BDSG-neu im Vergleich. | Seite 9

**Teilzeit trotz Ablehnung des Arbeitgebers**

BAG: Formfehler kann Arbeitnehmern helfen. | Seite 15

**Überwachung am Arbeitsplatz**

EGMR und BAG stärken Privatsphäre von Arbeitnehmern. | Seite 17



Arbeitnehmer-  
Anwälte

in ganz Deutschland

→ Wir haben uns bundesweit zu einer Kooperation von Anwältinnen und Anwälten zusammengeschlossen.

Als Experten mit langjährigen Erfahrungen im Arbeitsrecht beraten und vertreten wir ausschließlich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Betriebs- und Personalräte, Mitarbeitervertretungen sowie Gewerkschaften. Über die anwaltliche Tätigkeit hinaus bringen sich die Mitglieder der Kooperation auch fallübergreifend in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion ein.

Kooperationskanzleien befinden sich in: Berlin, Bremen, Dortmund, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau, Hamburg/Kiel, Hannover, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart und Wiesbaden.

Kontaktdaten finden Sie am Ende dieses Rundbriefs und unter:

**[www.arbeitnehmer-anwaelte.de](http://www.arbeitnehmer-anwaelte.de)**

# Der neue Datenschutz kommt! Woher, warum und wie?

## Einführung zur DSGVO und zum neuen BDSG

Ab dem 25.05.2018 werden in Deutschland die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das neue, daran angepasste Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) gelten. In beiden Regelungen geht es um den Schutz personenbezogener Daten. Sie werden damit auch im Beschäftigungsverhältnis eine große Rolle spielen.



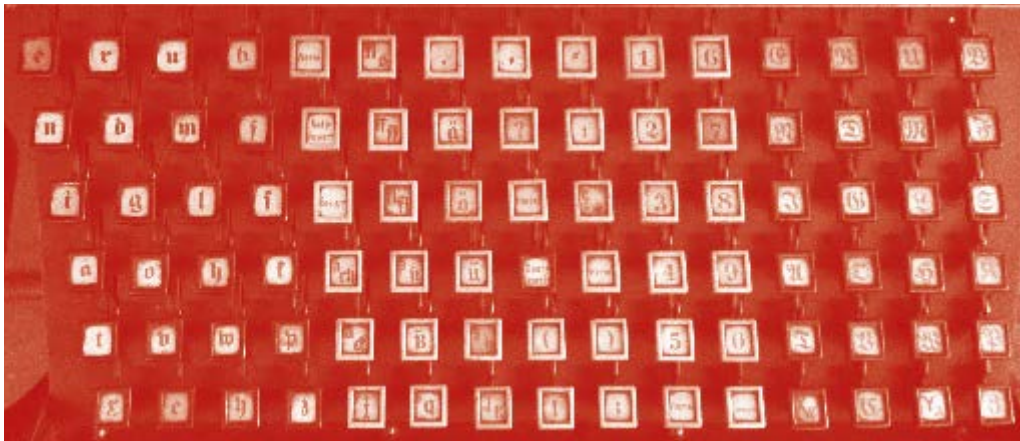
### → Datenschutz in der Geschichte

Das Phänomen Datenschutz ist schon lange bekannt und für bestimmte Berufsgruppen ein notwendiger Teil ihrer beruflichen Praxis. Schon der über tausend Jahre alte Eid des Hippokrates enthält einen Passus, der Ärzte zur Verschwiegenheit verpflichtet. Auch zum Beispiel Rechtsanwälte und Priester sind verpflichtet, über Inhalte ihrer Tätigkeit zu schweigen, oder sind davor geschützt, darüber Auskunft erteilen zu müssen.



Das Thema Datenschutz – wie er heute bekannt ist – gewann größere Bedeutung, als elektronische Datenverarbeitungsanlagen (Computer) allmählich in der Lage waren, größere Datenmengen zu verarbeiten. Diese neuen technischen Möglichkeiten brachten es mit sich, dass der Bund und die Länder das Sammeln, Speichern und Verwerten von personenbezogenen Informationen regeln mussten.

In Deutschland erließen zunächst die Bundesländer in den 1970er-Jahren Gesetze, die zum Teil bereits darauf gerichtet waren, die Risiken der Datenverarbeitung zu beherrschen. Einen Grundstein für den Datenschutz der heutigen Zeit legte jedoch erst das Bundesverfassungsgericht 1983 in seinem Urteil zur Volkszählung. Das Gericht entschied, dass der Einzelne ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung habe. Das bedeute, dass grundsätzlich jeder Mensch darüber bestimmen dürfe, welche seiner Daten preisgegeben oder verwendet werden. Dieses Recht gelte auch bei moderner Datenverarbeitung.



Das neue Grundrecht leitete das Gericht aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ab, das auf Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes gestützt wird. Einschränkungen des **Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung** seien nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig, müssten gesetzlich zugelassen und verhältnismäßig sein.

Trotz der weitreichenden Volkszählungs-Entscheidung wurde erst 1990 das **Bundesdatenschutzgesetz** (BDSG) erlassen, das das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützen sollte. Erst zu diesem Zeitpunkt wurde der Datenschutz also durch eine gesetzliche Regelung des Bundes normiert.

Die gesetzlichen Bestimmungen zum Datenschutz entwickelten sich über die folgenden Jahre weiter: 1995 erließ die Europäische Union eine Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG). Diese diente nicht nur dem Schutz natürlicher Personen, sondern auch dem freien Datenverkehr. 2001 wurde aufgrund dieser Richtlinie das BDSG überarbeitet.

## Beschäftigtendatenschutz

Ein spezielles Arbeitnehmerdatenschutzrecht gab es nicht. In den Jahren 2008 und 2009 kam es zu mehreren öffentlich beachteten Datenschutz-Skandalen: Berichtet wurde damals über die Bespitzelung von Arbeitnehmern eines Lebensmitteldiscounters und eines Eisenbahnunternehmens und über heimliche Überwachung bei einem Telekommunikationsunternehmen. Noch 2009 fügte der Bundestag deshalb in das BDSG den § 32 mit einer Regelung zum Beschäftigtendatenschutz ein. Die Norm dient dem Schutz von Arbeitnehmern und regelt die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Diese Regelungen gelten ausdrücklich auch für die nicht-automatisierte Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung. Letzteres führt zu einem weitreichenden Anwendungsbereich der Vorschrift. So müssen zum Beispiel auch Kontrollen von persönlichen Schränken der Arbeitnehmer den Anforderungen des § 32 BDSG genügen.

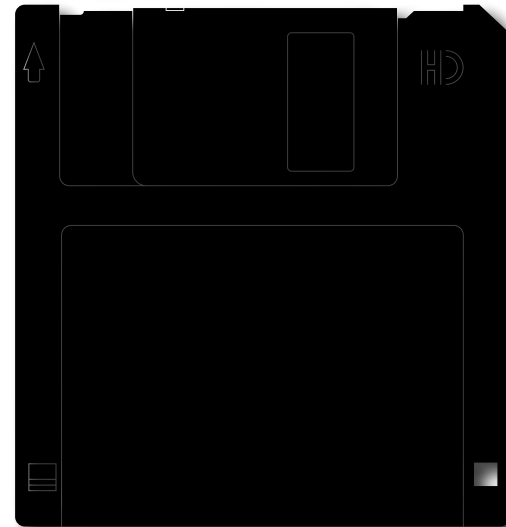
## Datenschutzgrundverordnung der EU

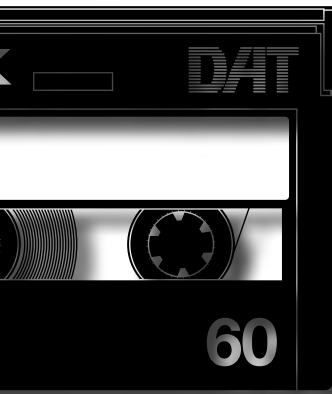
Nach Ansicht der EU konnte die Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) nicht verhindern, dass der Datenschutz in der EU unterschiedlich gehandhabt wird. Eine EU-Richtlinie wird von allen Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt, was natürlich zu unterschiedlichen Regelungen des Datenschutzes führt. Aus diesen Gründen wurde die EU erneut aktiv. In Artikel 16 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) haben die Mitgliedstaaten der EU die Kompetenz für die gesetzliche Regelung des Datenschutzes übertragen. In Artikel 114 AEUV haben sie der EU erlaubt, Regelungen zu erlassen, die die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben. Auf dieser Grundlage erließ die EU daher die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Im Unterschied zu einer Richtlinie ist eine Verordnung in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar wie ein Gesetz. Mit der DSGVO nutzt die EU ihre Kompetenz und versucht, den Datenschutz zu vereinheitlichen. Die Verordnung ist ab dem 25.05.2018 anwendbar und ersetzt dann die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG.

In den Erwägungsgründen für die DSGVO steht neben dem Hinweis auf die verbleibende unterschiedliche Handhabung des Datenschutzes in der EU auch, dass in der Öffentlichkeit die Meinung weit verbreitet sei, dass vor allem bei der Internetnutzung große Risiken für den Schutz persönlicher Daten bestünden.

## Neues Bundesdatenschutzgesetz

Gleichzeitig mit der DSGVO, die aus fast 100 einzelnen Artikeln besteht, gilt auch ein neues Bundesdatenschutzgesetz ab dem 25.05.2018 (BDSG-neu). Dieses ergänzt die DSGVO beispielsweise im Beschäftigtendatenschutz, wo in der DSGVO bewusst eine Lücke gelassen wurde.





Sowohl die Verordnung als auch das neue BDSG regeln nunmehr den Datenschutz in Deutschland. Weil die DSGVO unmittelbar und zwingend in allen EU-Ländern gilt und höherrangig ist, sind Gesetze, die mit ihr nicht vereinbar sind, nicht mehr anwendbar. Auch das neue BDSG gilt nur insoweit, als es dem EU-Recht in Gestalt der DSGVO nicht widerspricht. Deshalb wurde auch das bisher geltende BDSG überarbeitet und an die DSGVO angepasst, um die dort enthaltenen neuen Regelungen und Standards umzusetzen. Sollte es dennoch Widersprüche zur DSGVO geben, würde diese das BDSG neu verdrängen.

### Der Beschäftigtendatenschutz im neuen Recht

Der europäische Gesetzgeber hat mit Artikel 88 DSGVO – „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext“ – eine Vorschrift geschaffen, die den nationalen Gesetzgebern die Möglichkeit einräumt, den Beschäftigtendatenschutz selbst gesetzlich auszugestalten. Die Vorschrift lautet:

- (1) Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.
- (2) Diese Vorschriften umfassen angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.
- (3) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.

Artikel 88 Absatz 1 DSGVO räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, zuzulassen, dass durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Beschäftigtendatenschutzes vorgesehen werden können. Dies bedeutet, dass nicht nur Gesetze, sondern auch Tarifverträge und in Deutschland vor allem auch **Betriebsvereinbarungen als Rechtsgrundlage** zur Regelung des Datenschutzes in Betracht kommen. Sie können die Datenerhebung erlauben.

Daher können Betriebsräte den Datenschutz im Betrieb, Unternehmen oder Konzern mit- und ausgestalten. Sie müssen dabei aber nach Artikel 88 Absatz 2 die Würde, die berechtigten Interessen und die Grundrechte der Betroffenen beachten. Sämtliche Betriebsvereinbarungen zur Datenerhebung im Beschäftigtenkontext sollten also auf die Anforderungen des Artikel 88 Absatz 2 DSGVO hin geprüft werden.

Der Gesetzgeber hat von der in Artikel 88 Absatz 1 DSGVO enthaltenen Möglichkeit durch § 26 BDSG-neu Gebrauch gemacht. Diese Vorschrift wird im nachstehenden Beitrag gesondert vorgestellt.

### **Prüfung von Betriebsvereinbarungen**

Da BDSG-neu und DSGVO nebeneinander existieren, müssen die Betriebsparteien beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen ab dem 25.05.2018 in einem ersten Schritt prüfen, ob die Vereinbarungen den Anforderungen des § 26 BDSG-neu genügen. Dass die Mitgliedstaaten zum Beschäftigtendatenschutz eigene Regeln, wie den § 26 BDSG-neu, erlassen durften, bedeutet aber nicht, dass sie in diesem Bereich überhaupt nicht mehr an die allgemeinen Regeln der DSGVO gebunden sind. In ei-



nem zweiten Schritt müssen die Betriebsparteien also auch noch prüfen, ob ihre Betriebsvereinbarungen nicht gegen die DSGVO verstoßen.

Zu beachten sind dabei vor allem die allgemeinen Verarbeitungsgrundsätze, die Rechte der Betroffenen insgesamt (Kapitel 3, Artikel 12 ff.), die Transparenz der Verarbeitung, allgemeine Pflichten datenverarbeitender Stellen und die Sicherheit personenbezogener Daten, da diese Bereiche den Beschäftigtendatenschutz berühren. Die allgemeinen Verarbeitungsgrundsätze stehen in Artikel 5 der Verordnung: Personenbezogene Daten müssen hiernach zum Beispiel auf rechtmäßige Art und Weise, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und nachvollziehbar verarbeitet werden. Es sollen so wenige Daten wie möglich erhoben, diese regelmäßig aktualisiert und möglichst kurz gespeichert werden.

## Ausblick

Das in Deutschland geltende Datenschutzrecht wird unübersichtlicher. Die tatsächlichen Auswirkungen der DSGVO und die damit einhergehenden Veränderungen sind in ihrem Umfang und den sich daraus ergebenden Anforderungen für die Praxis noch nicht absehbar. Dies liegt daran, dass zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend feststeht, wie die Formulierungen der Verordnung zu verstehen sind. Diverse Rechtsbegriffe sind noch mit Inhalt zu füllen. Klarheit wird sich erst durch Gerichtsentscheidungen ergeben.

Positiv zu bewerten ist schon jetzt, dass die bevorstehende Rechtsänderung das wichtige Thema des Schutzes personenbezogener Daten weiter in den Fokus der Betriebsparteien rückt. Das gilt nicht nur im Zusammenhang mit IT-Systemen (§ 87 Absatz 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz), sondern bei allen Regelungen, die Beschäftigten – auch nicht-elektronischer Art – betreffen. Für Betriebsräte bietet sich die Chance, den Datenschutz von Grund auf anzugehen und einen wichtigen Beitrag für das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten zu leisten.

### Siehe:

- Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 15.12.1983, Aktenzeichen 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 440/83, NJW 1984, Seite 419; NJW 2017, Seite 3069 (Leitsatz; mit Anmerkung von Jürgen Kühling) – Volkszählung
- Franzen, Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, EuZA 2017, Seite 313 (347) – Grenzen für Betriebsvereinbarungen aus der DSGVO



Rechtsanwalt Jakob T. Lange

Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wiesbaden



Rechtsanwältin Julia Windhorst LL.M.

Wiesbaden

## → Schwerpunkt Datenschutz

Im nächsten Rundbrief:

**Das neue Datenschutzrecht kommt ...**

... und was ist mit den alten Betriebsvereinbarungen?

**Datenschutz im Betriebsratsbüro**

Was muss der Betriebsrat jetzt beachten?



# Beschäftigtendatenschutz auf neuen Füßen

## § 32 BDSG und § 26 BDSG-neu im Vergleich

Der Beschäftigtendatenschutz war schon nach bisherigem Recht nur rudimentär im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) geregelt. Vorhaben, ein umfassendes Beschäftigtendatenschutzrecht gesetzlich zu verankern, verliefen im Sande. Daran wird sich auch am 25.05.2018 nichts ändern.



### 1

#### Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

„Datenschutz ist ein Eckpfeiler des freiheitlichen Rechtsstaats“, wie der Richter des Bundesverfassungsgerichts Johannes Masing formuliert. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet nicht allein den Schutz der Privat- und Intimsphäre, sondern trägt in Gestalt des Rechts auf **informationelle Selbstbestimmung** auch den Datenschutzinteressen des Einzelnen Rechnung. Es gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. An diesem Grundrecht, das sich aus dem Grundgesetz ableitet, muss sich auch der Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis messen lassen.



## 2

### **Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**

Beschäftigtendatenschutz zeichnet sich auch künftig dadurch aus, dass derjenige, der ein Beschäftigtendatum – also eine einzelne Information mit Bezug auf einen Beschäftigten – erhebt oder (weiter-)verarbeitet, eine rechtliche Grundlage dafür haben muss. An der bisherigen Systematik wird sich demnach nichts ändern, da die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Beschäftigtendaten auch künftig nur zulässig sein wird, soweit

- das Bundesdatenschutzgesetz (im Wesentlichen § 26 Absatz 1 BDSG-neu)
- oder eine Kollektivvereinbarung dies erlaubt oder anordnet (§ 26 Absatz 4 BDSG-neu)
- oder der Betroffene eingewilligt hat (vergleiche § 26 Absatz 2 BDSG-neu).

Diese Erlaubnis-„Trias“ ist nach bisherigem Recht in §§ 4, 4a und § 32 BDSG geregelt.

## 3

### **§ 26 Absatz 1 BDSG-neu als Kernnorm des künftigen Beschäftigtendatenschutzes**

Bei der Spezialnorm zum Beschäftigtendatenschutz ändert sich inhaltlich außer der Nummer des Paragraphen nicht viel. Der Beschäftigtendatenschutz ist künftig nicht mehr in § 32, sondern in § 26 geregelt. Die Textveränderungen sind nachfolgend hervorgehoben.

### § 32 Absatz 1 BDSG alt ←

Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.

Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

### → § 26 Absatz 1 BDSG-neu

Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses **verarbeitet** werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung **oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten** erforderlich ist.

Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten **von** Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass **die betroffene Person** im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die **Verarbeitung** zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse **der oder** des Beschäftigten an dem Ausschluss der **Verarbeitung** nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Nach bisherigem Recht (§ 32 BDSG) dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies (1) für die Entscheidung über die **Begründung** eines Beschäftigungsverhältnisses oder (2) für dessen **Durchführung** oder (3) **Beendigung** erforderlich ist. Zur Aufdeckung von (4) **Straftaten** dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, und die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist.

Welche personenbezogenen Daten für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind, ist eine Frage des Einzelfalls

bzw. des jeweiligen personenbezogenen Datums; Gleiches gilt für die Frage, wann Daten zur Aufklärung von Straftaten herangezogen werden dürfen. Dazu gibt es zahlreiche Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, die auch nach dem 25.05.2018 zu beachten sind. Dazu gehört auch das schwierige Verhältnis von Satz 1 und 2 in § 32 Absatz 1 BDSG – das Bundesarbeitsgericht fasst präventive Kontrollen auf Fehlverhalten unter Satz 1, so dass die strengen Voraussetzungen des Satzes 2 nicht greifen sollen.

Die neue gesetzliche Regelung ist nahezu identisch mit der alten. Begriffliche Änderungen bezwecken eine Angleichung an die DSGVO. Der Inhalt wird lediglich insoweit erweitert, als die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auch zulässig sein wird, wenn dies „zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich“ ist. Werden beispielsweise in einer Betriebsvereinbarung Kontrollrechte für Betriebsräte eingeräumt (etwa in Form von Leserechten), so ist die damit einhergehende Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch den Betriebsrat von der Gesetzeserweiterung unzweifelhaft legitimiert.

Auch künftig ist der Umgang des Arbeitgebers mit personenbezogenen Daten nur zulässig, wenn die Verarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses **erforderlich** ist. Dies setzt ein **berechtigtes Interesse** an der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung voraus, das aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis herrühren muss. Es muss ein Zusammenhang mit der Erfüllung der vom Arbeitnehmer geschuldeten vertraglichen Leistung, seiner sonstigen Pflichtenbindung oder mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers bestehen. Die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung darf ferner **keine übermäßige Belastung** für den Arbeitnehmer darstellen. Sie muss der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen. Greift eine Maßnahme – wie zumeist – in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein, muss der Eingriff einer Abwägung der beiderseitigen Interessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten.

Gerechtfertigt kann eine Maßnahme nach bisherigem und künftigem Recht demnach nur sein, wenn sie für ihren Zweck **geeignet, erforderlich und angemessen** ist. Mit anderen Worten: Dem Arbeitgeber dürfen keine ebenso effektiven, den Arbeitnehmer weniger belastenden Möglichkeiten zur Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Außerdem muss die Art und Weise der Kontrolle als solche den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahren.

## **4 Die Betriebsvereinbarung als Grundlage für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten**

Die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten – einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten – für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ist auch künftig auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig (§ 26 Absatz 4 BDSG-neu).



Der Gesetzgeber hat damit zum Ausdruck gebracht, dass **Betriebsvereinbarungen** taugliche Rechts-/Ermächtigungsgrundlagen für die Verarbeitung personenbezogener Daten bleiben werden. Die Betriebsparteien agieren dabei aber nicht im rechtsfreien Raum, sondern müssen über § 75 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz auch künftig die Grundaussagen des Beschäftigtendatenschutzes und damit des § 26 BDSG-neu beachten. Denn auch die Betriebsparteien müssen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer wahren.



## 5

### Einwilligung in die Datenverarbeitung

Schließlich kommt als Rechtfertigung für die Verarbeitung personenbezogener Daten die **Einwilligung** von Beschäftigten in Betracht. Möchte etwa das Unternehmen mit Fotos eines Mitarbeiters auf der Unternehmenswebseite werben, kommt als Rechtsgrundlage in der Regel nur dessen Einwilligung in Betracht. Die Anforderungen an eine wirksame Einwilligung sind tendenziell gestiegen: Die Einwilligung muss in der Regel durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Dies kann schriftlich, aber auch elektronisch erfolgen.

Die Verschärfung der Anforderungen an die Einwilligung zeigt sich auch im Gesetzeswortlaut:

#### § 4a BDSG ←

Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Er ist auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung sowie, soweit nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder auf Verlangen, auf die Folgen der Verweigerung der Einwilligung hinzuweisen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.

#### → § 26 Absatz 2 BDSG-neu

Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

## 6

### Fazit

Die Änderungen in der besonderen Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG sind gering und teilweise nur klarstellend. Verschärft wurden die Anforderungen an eine Einwilligung durch Betroffene. Bisherige Rechtsprechung und Literatur zum BDSG sind weitgehend übertragbar.

Abzuwarten sind jedoch Verschiebungen durch das Zusammenspiel des BDSG mit der ebenfalls unmittelbar anwendbaren DSGVO, wie es im ersten Beitrag dieses Rundbriefs umrissen wurde. Inwieweit das neue Recht Änderungsbedarf bei Betriebs- und Dienstvereinbarungen auslöst, wollen wir im nächsten Rundbrief beleuchten.

#### Siehe:

- Masing, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, Seite 2305 - »Datenschutz ist ein Eckpfeiler des freiheitlichen Rechtsstaats.«
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06.2017, Aktenzeichen 2 AZR 597/16, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) - zum Verhältnis von § 32 Absatz 1 Satz 1 und 2 BDSG

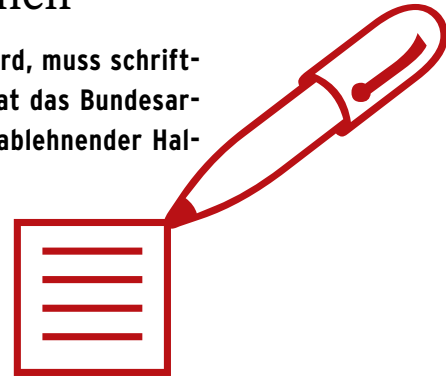


Rechtsanwalt Dr. Lukas Middel  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

## Teilzeit trotz Ablehnung des Arbeitgebers

### BAG: Formfehler kann Arbeitnehmern helfen

Die Mitteilung des Arbeitgebers, mit der ein Teilzeitantrag abgelehnt wird, muss schriftlich abgefasst werden und ist daher nur mit Unterschrift gültig. Dies hat das Bundesarbeitsgericht kürzlich bestätigt. – Eine Chance für Arbeitnehmer, trotz ablehnender Haltung des Arbeitgebers ihre Arbeitszeit zu reduzieren.



- Nach der Elternzeit streben viele Eltern zunächst eine Teilzeitstelle an, um selbst ihre Kinder zu betreuen. Aber auch aus anderen Gründen haben viele Arbeitnehmer den Wunsch, ihre Arbeitszeit zu verringern. Ein Rechtsanspruch hierauf steht grundsätzlich allen Arbeitnehmern zu, die länger als sechs Monate in einem Betrieb mit mehr als 15 Arbeitnehmern beschäftigt sind.

Der Antrag auf Arbeitszeitverringerung muss spätestens **drei Monate vor Beginn** der gewünschten Arbeitszeitverringerung eingereicht werden. Die **Schriftform** sieht das Gesetz hier **nicht** vor. Das heißt, der Antrag kann auch mündlich oder per E-Mail gestellt werden. Aus Beweisgründen ist von einem mündlichen Antrag aber abzuraten.

Will der Arbeitgeber den Antrag ablehnen, muss er hierfür einerseits bestimmte betriebliche Gründe haben. Andererseits muss er auch eine Formalie einhalten: Spätestens **einen Monat** vor dem gewünschten Beginn der Arbeitszeitverringerung muss er dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsschreiben zukommen lassen. Geschieht dies nicht, so verringert sich die Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer gewünschten Umfang automatisch.

Wegen dieses Automatismus empfiehlt es sich nicht, den Arbeitgeber zu drängeln, endlich zu antworten. „**Nichts tun und abwarten**“, dies eröffnet die Möglichkeit, dass der Antrag schon durch Fristversäumnis als genehmigt gilt. So erspart man sich auch den Streit um die Ablehnungsgründe.

Aber auch, wenn der Arbeitgeber rechtzeitig ein Ablehnungsschreiben schickt, kann er Fehler machen, die dem Arbeitnehmer helfen. Dies hat eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Sommer 2017 verdeutlicht:

Für die Ablehnung des Arbeitgebers sieht das Teilzeit- und Befristungsgesetz ausdrücklich vor, dass sie „**schriftlich**“ erklärt wird. Bislang war umstritten, ob diese Schriftform-Vorgabe im strengen Sinn zu verstehen ist, das heißt als Papier und Unterschrift. Teilweise wurde hiergegen damit argumentiert, dass auch der Antrag des Arbeitnehmers nicht schriftformbedürftig sei.



Im Streitfall ging es um eine Stewardess, die nach fünf Jahren Elternzeit einen Antrag auf Arbeitszeitverringerung stellte. Der Arbeitgeber lehnte den Antrag mit einem maschinell erstellten und nicht unterzeichneten Schreiben ab, woraufhin die Stewardess auf Beschäftigung entsprechend ihrem Teilzeitantrag klagte. Das für die Berufung zuständige Hessische Landesarbeitsgericht gab der Klage im Wesentlichen statt. Es war der Ansicht, dass der Arbeitgeber den Antrag nicht schriftlich, sondern per nicht unterzeichnetes Formschreiben abgelehnt hatte und so die von der Klägerin beantragte Teilzeit wirksam vereinbart war. Das BAG sah dies genauso: Die Ablehnung eines Teilzeitantrages nach dem TzBfG sei eine Willenserklärung, für die nach dem Gesetz die Schriftform gelte. Der Arbeitgeber hätte das Ablehnungsschreiben also zum Beispiel durch einen dazu bevollmächtigten Personalverantwortlichen unterzeichnen lassen müssen.



### Fazit

Auf Grund dieser Rechtsprechung sollte der Arbeitgeber weder gedrängt werden, auf den gestellten Teilzeitantrag zu reagieren, noch sollte ihm gesagt werden, dass eventuell die Schriftform nicht eingehalten wurde. Dies insbesondere dann nicht, wenn bereits klar ist, dass der Arbeitgeber der Teilzeittätigkeit – bzw. überhaupt der Rückkehr aus einer Elternzeit ins Unternehmen – ablehnend gegenübersteht. Hat man einen Monat vor dem gewünschten Teilzeitbeginn keine formgerechte Ablehnung vorliegen, ist die verringerte Arbeitszeit genehmigt.

#### Siehe:

- § 8 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG), [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 27.06.2017, Aktenzeichen 9 AZR 368/16, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)



**Rechtsanwältin Kerstin Rogalla**

Fachanwältin für Arbeitsrecht, Dortmund



# Überwachung am Arbeitsplatz

## EGMR und BAG stärken Privatsphäre von Arbeitnehmern

Das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz (Artikel 8 EMRK) gilt auch im Arbeitsleben und ist auch dann zu beachten, wenn der Arbeitgeber die private Nutzung des Internets ausdrücklich untersagt hat. Arbeitnehmer sind außerdem zu informieren, bevor sie überwacht werden. Das hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im letzten Herbst festgestellt. Die Entscheidung hat auch für deutsche Arbeitsverhältnisse Bedeutung.



### **1 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)**

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) hat im Herbst 2017 der Beschwerde eines rumänischen Arbeitnehmers stattgegeben. Dieser hatte auf Anweisung seines Arbeitgebers einen Yahoo-Messenger-Account angelegt (der Fall geht auf das Jahr 2007 zurück), um mit den Kunden des Arbeitgebers zu kommunizieren. Der Arbeitgeber hatte generell jede private Nutzung der arbeitgebereigenen Kommunikationseinrichtungen untersagt.

Der Arbeitnehmer korrespondierte in der Folgezeit auch mit seinem Bruder und seiner Verlobten über den Instant Messenger. Der Arbeitgeber kündigte ihm nach einiger Zeit deswegen. Der Arbeitnehmer ging gegen diese Kündigung gerichtlich vor und bestritt die private Nutzung des Messengers. Vor Gericht legte der Arbeitgeber ein Transskript der Chat-Protokolle vor. Die rumänischen Arbeitsgerichte hielten die Kündigung für rechtmäßig.

Die 2008 erhobene Beschwerde wurde 2016 von der Kammer des EGMR (dies ist die „1. Instanz“ des EGMR) abgewiesen, da keine Verletzung europäischer Menschenrechtsstandards zu erkennen sei. Die Große Kammer hat dagegen nunmehr festgestellt, dass die Entscheidung der rumänischen Gerichte das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung seines Privatlebens und seiner Korrespondenz aus Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verletzt.

### Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die EMRK bindet zunächst nur ihre Unterzeichnerstaaten direkt und definiert Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR begründen die in der EMRK festgelegten Menschenrechte darüber hinaus auch positive Verpflichtungen des Staates, diese Rechte zu schützen. Wie sie dies tun, liegt weitgehend im Ermessen der Staaten. Als Minimum muss der Staat aber unter anderem sicherstellen, dass das Privatleben und die Korrespondenz der Bürger auch am Arbeitsplatz ausreichend vor Missbrauch geschützt sind. Dem ist Rumänien im vorliegenden Fall nicht ausreichend nachgekommen, da es die privaten Chat-Protokolle als Beweis vor Gericht zuließ.

#### → Artikel 8 EMRK

##### „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) ...“

### Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des EGMR

Der EGMR hat sechs Kriterien herausgearbeitet, nach denen zu bemessen ist, ob ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz am Arbeitsplatz durch den Arbeitgeber gerechtfertigt sein kann. Diese gelten ganz ausdrücklich auch, wenn dem Arbeitnehmer der private Gebrauch der dienstlichen Kommunikationseinrichtungen untersagt wurde!

- 1** Der Arbeitnehmer muss im Vorhinein eindeutig und verständlich davor gewarnt worden sein, dass seine Korrespondenz überwacht werden wird.
- 2** Welchen Umfang hat die Überwachung (zeitlich, räumlich, bezogen nur auf Verbindungsdaten oder auch Inhalte)?
- 3** Mit welcher Begründung wurde die Überwachung gerechtfertigt? Werden Inhaltsdaten ausgewertet oder überwacht, muss die Begründung schwerwiegender sein.
- 4** Gab es Überwachungsmöglichkeiten, die weniger stark in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz eingreifen?

**5** Welche Folgen hatte die Überwachung, und wurden die Ergebnisse tatsächlich für die Erreichung der angegebenen Ziele genutzt?

**6** Gab es angemessene Schutzmaßnahmen? Insbesondere muss sichergestellt sein, dass der Arbeitgeber vom Inhalt der Kommunikation nur Kenntnis nehmen darf, wenn der Arbeitnehmer im Vorhinein über diese Möglichkeit informiert worden ist.

Darüber hinaus seien das Interesse des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Privatsphäre und das Interesse des Arbeitgebers, durch Überwachung einen reibungslosen Arbeitsablauf sicherzustellen, in jedem konkreten Fall durch die Gerichte gegeneinander abzuwägen. Dem sind die rumänischen Gerichte nicht ausreichend nachgekommen.

## **2 Keylogger-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts**

Ebenfalls 2017 hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden, dass ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer nicht anlasslos mittels eines Keyloggers überwachen darf, und ein Verwertungsverbot für die so erfassten Daten angenommen. Ein Keylogger zeichnet alle Tastaturanschläge eines Computers auf. Zusätzlich hatte das eingesetzte Programm in regelmäßigen Abständen Bildschirmfotos gemacht. So gesammelte Daten dürften im Kündigungsschutzprozess nicht verwertet werden. Die Datenerhebung sei nicht durch § 32 Absatz 1 BDSG ( $\triangleq$  § 26 BDSG-neu) gerechtfertigt gewesen und habe den Kläger in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz) verletzt. Durch die Zulassung der Daten im Prozess wäre die „begangene Grundrechtsverletzung perpetuiert und vertieft“ worden.

Das BAG stellt dabei vor allem auf die Intensität des Eingriffs ab. Der Einsatz eines Keyloggers sei insoweit mit verdeckter Videoüberwachung vergleichbar. Der Arbeitgeber habe keinen Anfangsverdacht für Straftaten oder eine schwere Pflichtverletzung nachweisen können, welcher der Überwachung vorausgegangen wäre. Zu Recht folgert das BAG, dass damit der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unverhältnismäßig ist.

Als großer Fortschritt ist zu werten, dass das BAG mit unter anderem dieser Entscheidung von seiner bisherigen Rechtsprechung abgerückt ist, wonach es bei rechtswidriger Datenerhebung allenfalls ein Beweisverwertungsverbot, nicht aber ein „Sachvortragsverwertungsverbot“ geben könne. Der Unterschied ist sehr bedeutsam, weil die aufgezeichneten Überwachungsdaten in der Regel vom Arbeitnehmer nicht bestritten werden; nur bei bestrittenem Vorbringen nützt ein Beweisverwertungsverbot. Bei einem Sachvortragsverwertungsverbot dagegen darf eine Tatsache selbst dann nicht verwertet werden, wenn sie angesichts der erhobenen Daten eingeräumt wird. Dennoch besteht Nachjustierungsbedarf: Gemessen an dem nun vorliegenden Urteil des EGMR – siehe oben – diskutiert das BAG nicht ausreichend, ob der Arbeitnehmer im Vorfeld der Überwachung vor dieser gewarnt wurde. Dies geschieht lediglich bei der Frage, ob der Arbeitnehmer evtl. in die Überwachung (konkulent) eingewilligt habe (§ 4a BDSG). Dies hatte der Arbeitnehmer nicht, da ihm die Überwachung zumindest in ihrem Ausmaß nicht bekannt war (und auch nicht bekannt sein



konnte). Nimmt man das EGMR-Urteil und insbesondere die vom EGMR aufgestellten Kriterien, die in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten sind, ernst, wird zukünftig die Frage, ob der Arbeitgeber die Arbeitnehmer ausreichend über mögliche Überwachung informiert hat, ein wichtiger Aspekt werden. Dies steht wegen des Transparenzgebots der DSGVO (Artikel 12 ff., Artikel 88 DSGVO) ohnehin an. Im prozessualen Kontext wird darüber hinaus vor allem die Frage, ob im konkreten Fall aus Artikel 8 EMRK ein Verwertungsverbot folgt, eine tragende Rolle spielen. An Bedeutung verlieren wird hingegen die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmern überhaupt die Privatnutzung zum Beispiel des Internets gestattet hat. Der EGMR hat klargestellt, dass der Schutz von Artikel 8 EMRK hiervon unabhängig zu gewähren ist.

### **3 Urteil des LAG Berlin-Brandenburg zu Browserverlaufsdaten**

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat Anfang 2016 die Berufung eines Arbeitnehmers zurückgewiesen. Diesem war gekündigt worden, weil er die „IT-Nutzerrichtlinie“ seines Arbeitgebers massiv verletzt habe. Die „IT-Nutzerrichtlinie“ untersagte ausnahmslos jede private Nutzung des Internets. Der Arbeitsvertrag und die Richtlinie sahen jeweils eine „stichprobenartige Überprüfung der Daten“ vor. Aus dem Urteil des LAG geht leider nicht hervor, von welchen Daten genau die Rede ist. Als Beweis für die Verletzung der „IT-Nutzerrichtlinie“ wurde insbesondere eine manuelle Auswertung des Browser-Verlaufs vorgelegt. Die Auswertung hatte der Arbeitgeber vornehmen lassen, nachdem vom Computer des Arbeitnehmers ein stark erhöhtes Datenaufkommen gemessen worden war. Dafür hatte er die Festplatte des Arbeitsrechners ausbauen und analysieren lassen.

#### **Verbindungsdaten und Inhaltsdaten**

Das LAG ließ die Auswertung als Beweis zu. Ein Beweisverwertungsgebot scheide aus, da das Vorgehen des Arbeitgebers von § 32 Absatz 1 Satz 1 BDSG gestattet werde. Es deckt sich mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, diese Vorschrift auch für Kontrollmaßnahmen heranzuziehen.

Eine Besonderheit des Falls gegenüber dem Fall des EGMR und dem Keylogger-Fall des BAG ist, dass sich das LAG allein auf Verbindungsdaten stützen kann. Die Speicherung und Kontrolle solcher Daten sieht das BAG als deutlich schwächeren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers als etwa die Auswertung von Nachrichteninhalten. Im Keylogger-Urteil wird ausdrücklich zustimmend auf das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg Bezug genommen (Randnummer 31 im Keylogger-Urteil).

Bei der Differenzierung zwischen Verbindungs- und Inhaltsdaten wird allerdings bislang oft verkannt, welche Bedeutung URLs (Internetadressen) heute haben, und die Menge an Informationen, die sich aus diesen Adressen aufgerufener Websites gewinnen lässt. Sucht man zum Beispiel bei Google™ nach „Betriebsrat gründen“, so lautet die Adresse (URL) der Ergebnisseite: [https://www.google.de/search?client=\[...\]&q=betriebsrat+gründen&\[...\].](https://www.google.de/search?client=[...]&q=betriebsrat+gründen&[...].) Die Adresse eines Artikels der IG Metall lautet <http://www.dgb.de/mobbing-am-arbeitsplatz-was-tun-bei-mobbing-durch-chef-oder-kollegen>.





Darüber hinausgehende weitere Inhaltsdaten, die in ihrer Eingriffsintensität höher liegen, sind hier kaum noch notwendig. Eine formale Unterscheidung zwischen Verbindungsdaten und Inhaltsdaten ist bei Webbrowsern ungeeignet, um die Eingriffsintensität und somit auch die Rechtmäßigkeitsanforderungen zutreffend zu erfassen.

### **Fall des LAG Berlin-Brandenburg am Maßstab des EGMR**

Misst man das Urteil des LAG an den vom EGMR aufgestellten Kriterien, treten einige Diskrepanzen hervor. Das LAG analysiert nicht tiefergehend, ob und inwieweit der Arbeitnehmer tatsächlich eindeutig und verständlich vor einer Überwachung gewarnt wurde. Es schreibt lediglich allgemein, dass sowohl die „IT-Nutzerrichtlinie“ als auch der Arbeitsvertrag stichprobenartige Kontrollen vorsähen. Es ist aber zweifelhaft, ob der Arbeitnehmer damit gerechnet hat bzw. damit rechnen musste, dass seine Festplatte aus dem Arbeitscomputer ausgebaut und intensiv untersucht werden würde.

Weiterhin ist das LAG der Auffassung, dass ein Arbeitnehmer, auch wenn die Privatnutzung des Bürointernets zulässig ist, **„keine Vertraulichkeit [bezüglich der hierbei anfallenden Daten] erwarten“** kann. Dies gelte zumindest dann, wenn arbeitsvertraglich oder in einer allgemein gültigen Richtlinie darauf hingewiesen wird, „dass eine Überprüfung der entstehenden technischen Daten im Rahmen einer stichprobenartigen Kontrolle stattfindet“. Hat der Arbeitgeber die private Nutzung seiner Kommunikationseinrichtungen insgesamt verboten, soll, mit der bisher wohl herrschenden Meinung, auch ohne Androhung von Kontrollen eine Überwachung sämtlicher Daten erlaubt sein. Dies hatte auch die EGMR-Kammer noch so gesehen (und im Streitfall angenommen, der Beschwerdeführer habe vernünftigerweise keine Vertraulichkeit erwarten können) – bevor die Große Kammer dies korrigierte.

## **4 Fazit**

Die Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg und zum Teil auch die des BAG ist mit den aktuellen Vorgaben des EGMR zu Artikel 8 EMRK nicht vereinbar. Ja, ein Arbeitnehmer kann unter Umständen auf sein Recht auf Achtung seines Privatlebens und seiner Korrespondenz verzichten. Er tut dies aber keinesfalls automatisch, sobald er seinen Arbeitsplatz betritt. Dies hat das BAG zum Beispiel bei verdeckter Videoüberwachung ebenso gesehen. Gleiches muss auch für das „digitale Leben“ des Arbeitnehmers gelten. Artikel 8 EMRK und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlieren am Werkstor keineswegs ihre Gültigkeit – und zwar unabhängig davon, ob die Privatnutzung des Computers oder Internets am Arbeitsplatz erlaubt war oder nicht. Das LAG Berlin-Brandenburg hat es sich insbesondere in der Erforderlichkeitsprüfung (§ 32 Absatz 1 BDSG) zu leicht gemacht, indem es dort den Artikel 8 EMRK nicht ausreichend in seine Abwägung einbezogen hat (Randnummer 109 des Urteils).

Urteile des EGMR haben anders als solche des Bundesverfassungsgerichts keine Gesetzeskraft. Ist aber eine Auslegung der für eine Entscheidung relevanten Gesetze im Sinne der EMRK möglich, sind alle deutschen Gerichte angehalten, entsprechend zu entscheiden. Dies wäre im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung in § 32 BDSG und

bei der ohnehin grundrechtlich geprägten Frage nach Verwertungsverboten im Arbeitsgerichtsprozess ohne weiteres möglich. Das LAG Berlin-Brandenburg wird seine Rechtsprechung ändern müssen. Das BAG wird zumindest seine Prüfungsschwerpunkte anpassen müssen.

Das Urteil des EGMR ist nicht revolutionär. Es könnte aber zu einer signifikanten Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes führen. Die Arbeitsgerichte werden in Zukunft die Verhältnismäßigkeit der Überwachung von Arbeitnehmern intensiv begutachten müssen, auch wenn dem Arbeitnehmer die Privatnutzung von Computern generell verboten war. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass Arbeitgeber ihre Mitarbeiter in Zukunft deutlich klarer und verständlicher über etwaige Überwachungsmaßnahmen informieren werden. Andernfalls drohen ihnen Verwertungsverbote, die es ausschließen, eine Kündigung auf die Ergebnisse verdeckter Überwachungsmaßnahmen zu stützen.

Die Betriebs- und Personalräte betrifft das Thema unmittelbar im Rahmen der Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen (§ 87 Absatz 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz bzw. § 75 Absatz 3 Nr. 17 PersVG und Landespersonalvertretungsgesetze). Auch wenn die Interessenvertretung kein Mitbestimmungsrecht beim Datenschutz hat: durch die Mitbestimmung zu technischen Einrichtungen redet sie bei den Arbeitsbedingungen der Beschäftigten wesentlich mit. Die Einflussmöglichkeiten sind nicht zu unterschätzen, zumal die Arbeitgeber auf eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung als Rechtsgrundlage der Verarbeitung von Beschäftigtendaten oft angewiesen sind.

Konstellationen wie in den drei vorgestellten Fällen sollten in den Verhandlungen von vornherein berücksichtigt werden.

**Siehe:**

- [www.bmjbv.de/DE/Themen/Menschenrechte/EGMR/EGMR\\_node.html](http://www.bmjbv.de/DE/Themen/Menschenrechte/EGMR/EGMR_node.html) (u. a. Text der EMRK)
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Große Kammer), Urteil vom 05.09.2017, Aktenzeichen 61496/08, NZA 2017, 1443 (Instant Messenger)
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 27.07.2017, Aktenzeichen 2 AZR 681/16, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) (Keylogger)
- Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.01.2016, Aktenzeichen 5 Sa 657/15, [www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de](http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de) (Browserverlaufsdaten)
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 29.06.2017, Aktenzeichen 2 AZR 597/16, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) (§ 32 Absatz 1 Satz 1 BDSG als Rechtsgrundlage für Kontrollmaßnahmen, keine Sperrwirkung des Satzes 2)
- Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.10.2015, Aktenzeichen 9 AZR 743/14, [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de) (EMRK-freundliche Auslegung unter Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR)



**Rechtsanwalt Marek Beck LL.M.**  
Hamburg

## Zur Beachtung

- Soweit in diesem Rundbrief rechtliche Hinweise gegeben werden, ist dies nur als allgemeine, vereinfachende Orientierung zu verstehen und kann keine rechtliche Beratung im konkreten Fall ersetzen. Für rechtliche Beratung und Vertretung wenden Sie sich bitte an eine der im Folgenden aufgeführten Kanzleien.

## Unsere Kanzleien

### **10405 Berlin | dka Rechtsanwälte | Fachanwälte**

Marion Burghardt\*, Christian Fraatz\*, Dieter Hummel\*, Mechtild Kuby\*, Nils Kummert\*, Sebastian Baunack\*, Dr. Lukas Middel, Sandra Kunze\*, Dr. Silvia Velikova\*, Damiano Valgolio\*, Anne Weidner\*, Gerd Denzel, Norbert Schuster, Mara Neele Künkel, Daniel Weidmann\*, Dr. Raphaël Callsen, Dr. Vera Finger

**Immanuelkirchstraße 3-4**

**10405 Berlin**

**Telefon: 030 446792-0**

**Fax: 030 446792-20**

**info@dka-kanzlei.de | www.dka-kanzlei.de**

### **22303 Hamburg | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**

Klaus Müller-Knapp\*, Jens Peter Hjort\*, Manfred Wulff\*, Andreas Bufalica\*, Dr. Julian Richter\*, Heiner Fechner\*, Christopher Kaempf, Dr. Ragnhild Christiansen\*, Daniela Becker, Marek Beck

**Kaemmererufer 20**

**22303 Hamburg**

**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 650666999**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**

### **24103 Kiel | Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft (Zweigstelle)**

Dr. Julian Richter\*

**Kleiner Kuhberg 2-6**

**24103 Kiel**

**Telefon: 0431 90880123 | Fax: 0431 90880124**

**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de | www.arbeitsrechtsanwaelte-kiel.de**

### **28195 Bremen | Rechtsanwälte Dette Nacken Ögüt & Kollegen**

Dieter Dette\*, Michael Nacken\*, Dr. jur. Pelin Ögüt\*, Markus Barton, Simon Wionski, Christoph Gottbehüt, Sven Bleck-Vogdt LL.M. (Köln/Paris I)

**Bredenstr. 11**

**28195 Bremen**

**Telefon: 0421 6990150 | Fax: 0421 69901599**

**kanzlei@dnoe.de | www.anwaelte-fuer-arbeitsrecht.de**

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht

**30159 Hannover | Kanzlei Detlef Fricke und Joachim Klug**

Detlef Fricke, Joachim Klug\*, Olivia Günter

Goseriede 12

30159 Hannover

Telefon: 0511 70074-0 | Fax: 0511 70074-22

post@fricke-klug.de | www.fricke-klug.de

**44137 Dortmund | Kanzlei für Arbeitsrecht Ingelore Stein**

Ingelore Stein\*, Iris Woerner\*, Kerstin Rogalla\*

Kampstraße 4A (Krügerpassage)

44137 Dortmund

Telefon: 0231 822013 | Fax: 0231 822014

arbeitsrecht@ingelore-stein.de | www.ingelore-stein.de

**60313 Frankfurt am Main | Büdel Rechtsanwälte**

Detlef Büdel\*, Udo Rein\*, Nina Krüger\*, Dr. Patrick Fütterer\*, Christine Zedler\*

Anne-Kathrin Rothhaupt

Petersstraße 4

60313 Frankfurt am Main

Telefon: 069 1338581-0 | Fax: 069 1338581-14

anwaelte@fbb-arbeitsrecht.de | www.fbb-arbeitsrecht.de

**60318 Frankfurt am Main | franzmann. geilen. brückmann.  
fachanwälte für arbeitsrecht**

Armin Franzmann\*, Yvonne Geilen\*, Jan Brückmann\*,

Kathrin Poppelreuter, Kathrin Schlegel\*

Falkensteiner Str. 77

60322 Frankfurt

Telefon: 069 15392820 | Fax: 069 15392821

mail@arbeitnehmer-kanzlei.de | www.arbeitnehmer-kanzlei.de

**65185 Wiesbaden | Schütte, Lange & Kollegen**

Reinhard Schütte\*, Jakob T. Lange\*, Simon Kalck\*, Julia Windhorst, LL.M.

Adolfsallee 22

65185 Wiesbaden

Telefon: 0611 950011-0 | Fax: 0611 950011-20

rae@wiesbaden-arbeitsrecht.com | www.wiesbaden-arbeitsrecht.com

**68161 Mannheim | Kanzlei für Arbeitsrecht - Dr. Growe & Kollegen**

Dr. Dietrich Growe\*, Andrea von Zelewski, Mirjam Scherm\*

Q 7, 23

68161 Mannheim

Telefon: 0621 862461-0 | Fax: 0621 862461-29

mail@kanzlei-growe.de | www.kanzlei-growe.de

\* Fachanwälte für Arbeitsrecht



**70176 Stuttgart | Bartl & Weise - Anwaltskanzlei**

Ewald Bartl\*, Dirk Weise, Benja Mausner\*, Maike Hellweg\*,  
Diana Arndt-Riffler\* (in Bürogemeinschaft)

**Johannesstraße 75**

**70176 Stuttgart**

**Telefon: 0711 6332430 | Fax: 0711 63324320**

**info@bartlweise.de | www.bartlweise.de**

**79098 Freiburg | Anwaltsbüro im Hegarhaus**

Michael Schubert\*, Ricarda Ulbrich\* (auch Fachanwältin für Sozialrecht und  
Mediatorin), Cornelia Czuratis\*, Dr. Lisa Moos, Dr. Sergio Fortunato\*

**Wilhelmstraße 10**

**79098 Freiburg**

**Telefon: 0761 3879211 | Fax: 0761 280024**

**kanzlei@anwaltsbuero-im-hegarhaus.de | www.anwaltsbuero-im-hegarhaus.de**

**80336 München | kanzlei huber.mücke.helm - Menschenrechte im Betrieb**

Michael Huber, Matthias Mücke\*, Dr. Rüdiger Helm, Susanne Gäbelein,  
Christine Steinicken\*, Gerd Nies

**Schwanthalerstraße 73**

**80336 München**

**Telefon: 089 51701660 | Fax: 089 51701661**

**kanzlei@kanzlei-hmh.de | www.menschenrechte-im-betrieb.de**

**90429 Nürnberg | Manske & Partner**

Jürgen Markowski\*, Ute Baumann-Stadler\*, Beate Schoknecht\*, Sabine Feichtinger\*,  
Thomas Müller\*, Dr. Sandra B. Carlson\*, LL.M., Judith Briegel\*, Andreas Bartelmeß\*,  
Georg Sendelbeck\*, Axel Angerer\*, Magdalena Wagner, Sebastian Lohneis;  
Berater der Kanzlei: Wolfgang Manske

**Bärenschanzstraße 4**

**90429 Nürnberg**

**Telefon: 0911 307310 | Fax: 0911 307319800**

**kanzlei@manske-partner.de | www.manske-partner.de**

\* Fachanwältinnen für Arbeitsrecht

## Impressum

- ➔ Der Rundbrief der Anwaltskooperation **ArbeitnehmerAnwälte** wird herausgegeben von dem Rechtsanwaltsbüro
  - **Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft**  
**Kaemmererufer 20**  
**22303 Hamburg**  
**Telefon: 040 65066690 | Fax: 040 65066699**  
**kanzlei@arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**www.arbeitsrechtsanwaelte-hamburg.de**  
**Partnerschaftsregister: AG Hamburg, PR 816**
  - Verantwortlicher Redakteur: Rechtsanwalt Dr. Julian Richter

Die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Rechtsanwaltsbüros Müller-Knapp · Hjort · Wulff Partnerschaft sind Mitglieder der Hanseatischen Rechtsanwaltskammer (Hamburg) und führen die Berufsbezeichnung Rechtsanwältin bzw. Rechtsanwalt, die ihnen in Deutschland verliehen wurde. Aufsichtsbehörde ist gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 4 BRAO die Hanseatische Rechtsanwaltskammer, Bleichenbrücke 9, D-20354 Hamburg.

Die für die Berufsausübung maßgeblichen Regelungen – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, Fachanwaltsordnung – können im Internetangebot der Bundesrechtsanwaltskammer ([www.brak.de](http://www.brak.de)) eingesehen werden.

Dieser Rundbrief enthält in seiner elektronischen Fassung externe Hyperlinks zu Internetangeboten, die nicht von uns zur Verfügung gestellt werden.

- Gestaltung, Layout & Fotos: formation\_01 · netzwerk für digitale gestaltung  
[www.formation01.com](http://www.formation01.com)
- Autorenportraits: Autoren