

# Aktuelles zum Arbeitnehmerdatenschutz – politische Glasperlenspiele?

**Dr. Anja Mengel, LL.M.**

Rechtsanwältin und  
Fachanwältin für Arbeitsrecht

Universität Karlsruhe (TH), ZAR

20. Oktober 2009

WILMERHALE®  SM

WILMER CUTLER PICKERING HALE AND DORR LLP ©



# Übersicht

- Fakten
- Rechtsgrundlagen
- Praxisprobleme bei E-Mail und Internet
- Weitere Praxisprobleme beim Arbeitnehmerdatenschutz



## Fakten

- Verdeckte Kameraüberwachung
- Verdeckte Raumüberwachung mit Mikrofon
- Abhören von Telefonaten
- Auswertung von Telefonverbindungsdaten
- Auswertung von E-Mail-Verbindungsdaten
- Abgleich von Kontodaten
- Sammlung von Krankendaten
- Entsorgung von ungeschredderten Krankendaten
- Massenanfrage zu Bonität
- Massenprofile durch Detektei
- Einsatz von „Lockvogel“ und „Spion“



## Rechtsgrundlagen

- § 201 StGB – Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes
- § 201a StGB – Verletzung durch Bildaufnahmen
- § 202 StGB – Verletzung des Briefgeheimnisses
- § 202a StGB – Ausspähen von Daten
- § 202b StGB – Abfangen von Daten
- § 206 StGB – Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses
- § 28, § 32 BDSG – Datenverarbeitung (im Arbeitsverhältnis)
- § § 88 ff. TKG – Fernmeldegeheimnis und Datenschutz



# Praxisprobleme bei E-Mail und Internet I

- Gestattung der Privatnutzung
- **Laufende Kontrollen**
- **Anlasskontrollen**
- Rechtfertigung arbeitsrechtlicher Maßnahmen



## Praxisprobleme bei E-Mail und Internet II

### Praxisfall:

Mandant meldet sich im Juli 2009, weil Führungskraft nach eigener Aussage seit Jahren freiberufliche Nebentätigkeit in erheblichem Umfang ohne Zustimmung ausführt (Einnahmen etwa EUR 120.000,00 jährlich). In dienstlichem Mail-Account finden sich zahlreiche private Mails, auch zu der Nebentätigkeit. Daraus ergibt sich, dass die Führungskraft die Nebentätigkeit zu erheblichem Anteil während der Arbeitszeit erledigt und dazu auch die Assistentin während ihrer Arbeitszeit eingesetzt hat. Eine Rundmail der Geschäftsführung aus dem Jahr 2000 untersagt die private E-Mail- und Internet-Nutzung am Arbeitsplatz. Betriebsrat besteht.



# Laufende Kontrollen I

- **Einwilligung - § 4 Abs. 1 und § 4a BDSG**
  - vorherige Zustimmung
  - ausdrücklich (insbes. besondere personenbez. Daten)
  - schriftlich (nur ausnahmsweise andere Form)
  - besondere Hervorhebung (wenn mit anderen Erklärungen)
  - „frei“ (ohne – wirtschaftlichen – Zwang) ?
  - informiert (nach Hinweis auf Zweck und weitere Umstände)
  
- **Auch für Fernmeldegeheimnis**
  - nach § 91 Abs. 2 TKG
  - auch im elektronischen Verfahren - § 94 TKG
  
- **Nicht im Arbeitsverhältnis ?**



## Laufende Kontrollen II

- **Betriebsvereinbarung**

- § 4 Abs. 1 BDSG: „andere Rechtsvorschrift“ ?
- Ja (h. L.) und BAG v. 27.5.1986 (1 ABR 48/84) sowie BAG v. 30.8.1995 (1 ABR 4/95)
- Aber: höchstpersönliches Grundrecht – keine Abweichungen zu Lasten der AN vom BDSG (h. L. u. BAG v. 27.5.1986 (1 ABR 48/84), juris Rn. 47 ff.)

- **Gesetzliche Rechtsgrundlagen**

- § 28, § 32 BDSG
- § 88 Abs. 3, § § 95 ff. TKG





## Laufende Kontrollen III

- **Verhältnis von BDSG und TKG**
  - Vorrang des TKG als Spezialgesetz
  - Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG
    - Jeder Diensteanbieter - § 3 Nr. 6 TKG:  
*„Jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig  
a) Telekommunikationsdienste erbringt oder  
b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt“*
    - Inhalt und Umstände der Telekommunikation
    - Telekommunikation - § 3 Nr. 22 TKG:  
*„der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“*
  
- **Arbeitgeber als Diensteanbieter?**



## Laufende Kontrollen IV

- **Arbeitgeber als Diensteanbieter !**

- Ja (h. L.), wenn AG die Privatnutzung erlaubt, da dann freiwillige Mitwirkung an der Erbringung von Telekommunikationsdiensten
- Nein, bei (durchgesetztem) Verbot der Privatnutzung

- **Begriff der Telekommunikation**

- Bisher: alle Daten (Verkehrsdaten, § 3 Nr. 30 TKG) und Inhalte sowie weitere Umstände ( § 88 Abs. 1 TKG), auch „die Inbox“ und „gelöschte Mails“
- Nunmehr: nur noch Daten „bei der Übertragung“, nicht mehr danach, also nicht für eingegangene Mails?
- VGH Hessen v. 19.5.2009 (6 A 2672/08.Z), juris Rn. 16 f.
- BGH v. 31.3.2009 (1 StR 76/09) juris
- BVerfG v. 16.6.2009 (2 BvR 902/06), juris Rn. 47
- Folge: Anwendbarkeit des BDSG mit Ausstrahlung der Grundrechte (Art. 10 und Art. 2 iVm Art. 1 GG) ? !



# Dienstliche Mails I

- **Maßstab BDSG**
  - Kontrolle der Verkehrsdaten
  - Kontrolle der Inhalte – analog zu Dienstpost - § 130 BGB und § 257 HGB („*Handelsbrief*“)
- **Problem:** Arbeitsgerichte erlauben keinen Dauerüberwachungsdruck, keine Pauschalkontrolle
  - Was gilt für Firewall, Virentfilter, Spamfilter, Suchprogramme
  - Kontrolle unmittelbar durch Menschen? (vgl. aber OLG Karlsruhe v. 10.1.2005, 1 Ws 152/04 zu einem Sonderfall)
- **Problem:** Erfassen auch privater Mails?
  - Kein Vertrauensschutz (h. L.)
  - Rechtfertigung gemäß § 34 StGB?



## Dienstliche Mails II

- Erforderlichkeit gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG?
- Problem: Kontrolle des externen Dritten?
- Mitbestimmung des Betriebsrats - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG



## Private Mails I

- **Maßstab TKG:** Anwendung auf private Mails und Mischsysteme (Infizierung) – bisher h. M.
- **Problem:** keine Eingriffsnormen für Kontrolle der Telekommunikation ( § 88 Abs. 3 und § § 96 ff. TKG)
  - Keine Kontrolle der Verbindungsdaten – außer für Abrechnung ( § 96 - § 99 TKG) oder Missbrauch ( § 100 TKG)
- **Folge:** Keine Kontrolle der Inhalte
  - Ausnahme für Sicherheitsmaßnahmen (Firewall, Virenfilter) – § 88 Abs.3 und § 109 TKG
  - Ausnahmen für Spamfilter? (vgl. OLG Karlsruhe v. 10.1.2005, 1 Ws 152/04 zu einem Sonderfall)
  - Ausnahme bei schweren Pflichtverletzungen (Straftaten), h. L., vgl. auch LAG Hamm v. 4.2.2004 (9 Sa 502/03) ?
  - Rechtfertigung gemäß § 34 StGB?



## Private Mails II

- Keine Anwendung mehr auf eingegangene private Mails, insbesondere nach Öffnen durch AN
- Maßstab der Erforderlichkeit nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG unter Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes ?
  - konkret: Kontrolle der Verkehrsdaten?
  - konkret: Stichprobenartige Inhaltskontrollen auf Missbrauch?
  - konkret: unverändertes Kontrollverbot mit Ausnahme für Verdacht auf schwere Pflichtverletzungen?
- Mitbestimmung des Betriebsrats
  - § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Ordnungsverhalten)
  - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (technische Überwachung)



# Anlasskontrollen I

- Einwilligung
- Betriebsvereinbarung
- Gesetzliche Erlaubnis (BDSG und TKG)



## Anlasskontrollen II - § 32 BDSG

- **Dienstliche Mails:** Maßstab BDSG - voller Kontrollumfang wie bei Laufenden Kontrollen
- **Private Mails:** Anwendungsbereich § 32 BDSG
  - Anfangsverdacht auf Pflichtverletzung – Abs. 1 Satz 1 (BT-Drs 16/13657 v. 1.7.2009, Seite 36)
  - Anfangsverdacht zu Straftat – Abs. 1 Satz 2 (orientiert an § 100 TKG und Rspr. - BT-Drs 16/13657 v. 1.7.2009, Seite 36 f.)
- **Pflichtverletzung:**
  - „personenbezogene Daten“ - § 3 Abs. 1, § 32 Abs. 2 (!)
  - Erheblichkeit der Pflichtverletzung
  - „Erforderlichkeit“ (keine Verhältnismäßigkeit?) der Kontrolle gemessen an „Durchführung“ und „Beendigung“ des AV
- Kontrolle der Verkehrsdaten und gezielter Inhalte
- Aussparen irrelevanter Privatmails ( § 3a BDSG)





## Anlasskontrollen III - § 32 BDSG

- **Straftat:**

- personenbezogene Daten“ - § 3 Abs. 1, § 32 Abs. 2 BDSG
- „Straftat im Arbeitsverhältnis“
- StGB und Nebengesetze sowie Spezialgesetze
- Anfangsverdacht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte – kein „Generalverdacht“
- Dokumentation des Verdachts
- Verhältnismäßigkeitsprüfung
- Kontrolle der Verkehrsdaten und gezielter Inhalte
- Aussparen



## Praxisprobleme bei E-Mail und Internet II – Praxisfall Revisited

- Anwendung der Maßstäbe für Dienstmails (BDSG) wegen Privatnutzungsverbot?
  - Schriftliches Verbot
  - aber keine Durchsetzung seit 2000
  - auch keine Mitbestimmung für etwaige Regelung der geduldeten Privatnutzung
- Anwendung des TKG – Nein mit neuer Rspr.?
- Maßstäbe des § 28 / § 32 BDSG für Straftaten?
- Beweisverwertungsverbot ?  
(vgl. auch BAG v. 13.12.2007, 2 AZR 53/06)



## Weitere Praxisprobleme I

- Nutzung allgemein zugänglicher Daten  
(vgl. § 28 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 6 Nr. 2 BDSG)
- Konzernstrukturen – Erforderlichkeit der  
Datenübermittlung an anderes Unternehmen?
- Internationaler Datentransfer - § 4b und § 4 c BDSG
- Verknüpfung mit GPS-Techniken



## Weitere Praxisprobleme II – Beschäftigtendatenschutzgesetz 2011

- Fiktion der Privatnutzungserlaubnis ( § 14 Abs. 1)
- Starke Einschränkung der Kontrolle von Dienstmails - selbst bei Privatnutzungsverbot nur stichprobenartige oder anlassbezogene Kontrolle der Inhalte ( § 14 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2)
- Absolutes Kontrollverbot für Inhalte von Privatmails ( § 14 Abs. 4)



Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!  
Fragen? Bitte an:

**Dr. Anja Mengel, LL.M.**

Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht

**WilmerHale**

Friedrichstraße 95

10117 Berlin

Tel: 030-20 22 6400

Fax: 030-20 22 6500

[anja.mengel@wilmerhale.com](mailto:anja.mengel@wilmerhale.com)

[www.wilmerhale.com](http://www.wilmerhale.com)