

Compliance für die Praxis

Beschäftigtendatenschutz und Compliance

Effektive Compliance im Spannungsfeld von BDSG, Persönlichkeitsschutz und betrieblicher Mitbestimmung

von

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Dr. Gerrit Forst, Dr. Thomas Granetzny, Dr. Stephan Pötters, Dr. Johannes Traut

2. Auflage

[Beschäftigtendatenschutz und Compliance – Thüsing / Forst / Granetzny / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Einzelne arbeitsrechtliche Gesetze: Allgemeines](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62820 7

auch vor dem Inkrafttreten des AGG nicht. Die Rechtsprechung sah das Fragerecht des Arbeitgebers vielmehr im Wesentlichen darauf beschränkt, ob eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes vorliegt, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist oder die wegen der mit ihr verbundenen Ansteckungsgefahr zukünftige Kollegen oder Kunden gefährden könnte. Zulässig sollte überdies die Frage danach sein, ob zum Zeitpunkt des Dienstantritts bzw. in absehbarer Zeit mit einer Arbeitsunfähigkeit zu rechnen ist, z.B. durch eine geplante Operation, eine bewilligte Kur oder auch durch eine zur Zeit bestehende akute Erkrankung.⁶¹⁹

Zukünftig ist zu beachten, dass bestimmte, in der Vergangenheit ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Krankheit thematisierte Erscheinungen wie beispielsweise die Neigung zu epileptischen Anfällen⁶²⁰ nunmehr dem **Behinderungsbegriff** des § 1 AGG unterfallen können.⁶²¹ Damit steigen regelmäßig die an die Zulässigkeit einer entsprechenden Frage zu stellenden Anforderungen. Sofern sie dem Diskriminierungsschutz behinderter Beschäftigter unterfällt, ist sie nur zulässig, wenn der Arbeitgeber nach einer Einschränkung fragt, deren Fehlen eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für die Tätigkeit ist. Die Feststellung eben jener Prämisse kann im Einzelfall allerdings mit nicht unwesentlichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein, weil der Arbeitgeber gerade nicht nach einer Behinderung fragt, sondern sich über das – prinzipiell in weiterem Rahmen zulässige – Vorliegen einer Krankheit erkundigt. Krankheit und Behinderung sind wiederum nicht deckungsgleich, und Fragen nach ihnen folgen jeweils eigenen Regeln; sie können sich aber im Einzelfall überschneiden. In diesem Fall gelten die strengeren Anforderungen an Fragen nach einer Behinderung. Fragt der Arbeitgeber dementsprechend nach einer Krankheit, die ausschließlich bei Menschen mit einer bestimmten Behinderung auftritt, diskriminiert er verdeckt unmittelbar wegen einer Behinderung mit der Folge, dass die Frage unzulässig ist. Schwieriger sind die Sachverhalte zu beurteilen, in denen die Krankheit zwar behinderte wie nicht behinderte Menschen betrifft, Erstere allerdings überproportional häufig. Die Frage nach entsprechenden Vorerkrankungen ist immer dann unzulässig, wenn sie zugleich als mittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung zu qualifizieren ist. Unterstellt man Fälle der materiellen Benachteiligung wegen einer Behinderung dem mittelbaren Diskriminierungsbegriff, würde dies die bisherige Rechtsprechung des *BAG* zur Reichweite des Fragerechts nach Vorerkrankungen in weiten Bereichen obsolet machen. Nach vielen Krankheiten könnte nur dort gefragt werden, wo sich der Arbeitgeber zugleich nach dem Vorliegen einer Behinderung erkundigen dürfte.

Unzulässig können auch **Drogentests** als Bedingung zur Einstellung sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn durch den Drogentest auch ein lange zurückliegender Drogenkonsum überprüft werden kann, der aktuell keine Auswirkungen mehr auf die Fähigkeit der Arbeitsleistung hat. Auch ein **Gesundheitstest** als Voraussetzung für die Einstellungszusage kann ein Indiz i.S. des § 22 AGG sein, wenn er dazu geeignet ist auch Vorerkrankungen, die als Behinderungen einzustufen sind, dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen, der sie seinerseits als Kriterium der Einstellungsentscheidung nutzen könnte. Wie weit hier die Indizwirkung reicht, wird vor allem davon abhängen, wann der Drogenkonsum oder eine Krankheit als Behinderung einzuordnen sind. Dar-

⁶¹⁹ BAG v. 7.6.1984 – 2 AZR 270/83, NJW 1985, 645; HWK/Thüsing, BGB § 123 Rn. 19 m.w.N.

⁶²⁰ LAG Hamm v. 22.1.1999 – 5 Sa 702/98, BehindertenR 1999, 170.

⁶²¹ So auch BAG v. 17.12.2009 – 8 AZR 670/08, NZA 2010, 383.

über hinaus ist zu beachten, dass **Bluttests** auch datenschutzrechtlich regelmäßig unzulässig sind.⁶²²

5. Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit

- 30 Die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit wird als Vorbedingung der *Einstellung* allgemein für unzulässig gehalten, da die Nichteinstellung aufgrund Gewerkschaftszugehörigkeit eine Maßnahme i. S. des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG wäre⁶²³ und sie die auch durch Art. 28 EU-GRCh verbürgte Koalitionsfreiheit unverhältnismäßig einschränkt. Im *laufenden* Arbeitsverhältnis kann der Arbeitgeber jedoch ein berechtigtes Interesse an der Antwort auf diese Frage haben, insbesondere wenn er Organisierten und Nichtorganisierten unterschiedliche Arbeitsbedingungen gewährt: Eine Schlechterstellung der Organisierten ist nicht zulässig, wohl aber deren Besserstellung⁶²⁴ oder deren gleichwertige Andersbehandlung.⁶²⁵ Auch ist die Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit nach der Einstellung zulässig, wenn in einem Betrieb mehrere Tarifverträge gelten (**Tarifpluralität**).⁶²⁶

6. Frage nach genetischen Merkmalen

- 31 Eine besondere Ausprägung der Fragerechtsproblematik offenbart sich, wenn der Arbeitgeber Fragen über die genetischen Merkmale von Bewerbern stellt. Zwar ist der durchschnittliche Beschäftigte gegenwärtig in der Regel nicht mit seinen genetischen Merkmalen vertraut, die Grundlage für spätere Erkrankungen darstellen können oder ihn für eine bestimmte Tätigkeit möglicherweise ungeeignet erscheinen lassen.⁶²⁷ Angesichts der steigenden Zahl **genetischer Untersuchungen**⁶²⁸ – nicht zuletzt aufgrund sinkender Kosten – wird sich die Situation aber ändern und so hat sich der Gesetzgeber zum 1.1.2010 zum Handeln entschieden. Die §§ 19–21 GenDG enthalten spezielle Regelungen zu genetischen Untersuchungen im Arbeitsleben,⁶²⁹ wobei § 19 GenDG ein grundlegendes Zugriffsverbot hinsichtlich der genetischen Merkmale für den Arbeitgeber statuiert:

Der Arbeitgeber darf von Beschäftigten weder vor oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

1. die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen oder
2. die Mitteilung von Ergebnissen bereits vorgenommener genetischer Untersuchungen oder Analysen verlangen, solche Ergebnisse entgegennehmen oder verwenden.

- 32 Dem Fragerecht des Arbeitgebers steht § 19 Nr. 2 GenDG entgegen. Untersuchungen über die genetische Veranlagung einer Person lässt Rückschlüsse auch darüber zu,

⁶²² Forst, RDV 2010, 8 ff. Zu psychologischen Tests ausführlich Franzen, NZA 2013, 1 ff.

⁶²³ HWK/Thüsing, BGB § 123 Rn. 14.

⁶²⁴ Unzulässig ist eine in einem Tarifvertrag vereinbarte, automatische Anpassung der den Organisierten zugesagten Leistungen an eine arbeitsvertragliche Besserstellung der Nichtorganisierten („Spannensicherungsklausel“), BAG v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, BAGE 137, 231.

⁶²⁵ Löwisch/Rieble, TVG, § 3 Rn. 228; ähnlich Rieble, GS Heinze, 2005, S. 687, 695; s. auch MünchArbR/Löwisch/Rieble, § 245 Rn. 71; ähnlich Picker, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, 1997, S. 113 ff., 146 ff.

⁶²⁶ Ausführlich Forst, ZTR 2011, 587, 589 ff. Dem folgend LAG Hessen v. 7.11.2012 – 12 Sa 654/11, ZTR 2013, 665 (n. rk., anhängig: 1 AZR 257/13).

⁶²⁷ Wiese, BB 2009, 2198, 2202.

⁶²⁸ Vgl. Düwell, FA 2009, 168, 170.

⁶²⁹ Einen Überblick geben Fischinger, NZA 2010, 65; Genenger, NJW 2010, 113.

welche Prädispositionen nicht nur für bereits bestehende, sondern auch für – möglicherweise – später auftretende Erkrankungen vorhanden sind. Diesen Erkenntnissen fehlt nicht nur der unmittelbare Bezug zum Arbeitsverhältnis, weil die Erkrankung möglicherweise die Ausübung der konkreten Tätigkeit gar nicht verhindert. Vielmehr kann auch nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, ob und wenn ja wann die genetische Veranlagung tatsächlich zu einer späteren Erkrankung führt und ob zu diesem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis überhaupt noch besteht.⁶³⁰ Darüber hinaus ist die genetische Veranlagung unmittelbar mit der Person des Betroffenen verbunden. Ein faktischer Zwang zur Bereitstellung der Information stellt einen Eingriff in den **Kernbereich der Persönlichkeit** dar.⁶³¹

Stellt der Arbeitgeber trotz der Unzulässigkeit die Frage nach genetischen Merkmalen, hat der Beschäftigte wie auch sonst das **Recht zur Lüge**.⁶³² Dies nützt ihm allerdings nicht viel, weil die Gene nicht lügen und die Verweigerung, an einem Test teilzunehmen, für sich schon zur Ablehnung führen kann. § 21 GenDG, der zur Ergänzung des Schutzes aus § 19 GenDG dient,⁶³³ erklärt aus diesem Grund die §§ 15, 22 AGG für entsprechend anwendbar. Damit kommt neben materiellem Schadensersatz auch eine **Entschädigung** in Betracht. Eine zusätzliche Absicherung findet dadurch statt, dass der Arbeitgeber **ordnungswidrig** nach § 26 Abs. 1 Nr. 8 GenDG handelt, wenn er entgegen § 19 Nr. 2 GenDG die Mitteilung über eine genetische Untersuchung verlangt. Dies kann mit einer Geldbuße von bis zu 50 000 EUR geahndet werden, § 26 Abs. 2 GenDG. 33

7. Frage nach Vorstrafen und Ermittlungsverfahren, Führungszeugnis

Auch für die Frage nach Vorstrafen gilt: Eine Frage ist nur zulässig, wenn sie einen Bezug zum Arbeitsplatz aufweist und nicht unverhältnismäßig in das Persönlichkeitsrecht des Bewerbers eingreift. Daraus folgt, dass der Arbeitgeber **nicht wahllos** nach Vorstrafen fragen darf. Er ist vielmehr auf solche Vorstrafen begrenzt, die Auskunft darüber geben, dass die Vertragsdurchführung mit dem Bewerber erschwert sein kann.⁶³⁴ Ein Bankangestellter kann damit nach Vermögensstraftaten gefragt werden, nicht aber der Kindergärtner. Bei diesem ist dafür die Frage nach einer Vorstrafe wegen § 171 StGB grundsätzlich zulässig. Trotz des Ziels der Resozialisierung muss der Bewerber hinnehmen, dass aus seinem früheren Verhalten Schlüsse auf seine (fehlende) Qualifikation für eine bestimmte Tätigkeit gezogen werden.⁶³⁵ Diese arbeitsplatzbezogene Einschränkung des Fragerechts hat das BAG auch nach Inkrafttreten des Bundeszentralregistergesetzes aufrecht erhalten.⁶³⁶ 34

Selbst bei einer Relevanz der Vorstrafe für die auszuübende Tätigkeit kann nicht jede Frage gestellt bzw. muss sie nicht beantwortet werden. **Begrenzungen** ergeben sich hier unter anderem aus dem **BZRG**. So findet nicht jede Verurteilung Eingang in 35

⁶³⁰ BT-Drucks. 16/10532, S. 37.

⁶³¹ Wiese, BB 2009, 2198, 2201.

⁶³² Wiese, BB 2009, 2198, 2203.

⁶³³ BT-Drucks. 16/10532, S. 39.

⁶³⁴ BAG v. 5.12.1957 – 1 AZR 594/56, BAGE 5, 159, 163 f.; v. 7.2.1964 – 1 AZR 251/63, NJW 1964, 1197, 1198; v. 15.1.1970 – 2 AZR 64/69, BB 1970, 803; v. 20.5.1999 – 2 AZR 320/98, NZA 1999, 975, 976; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2010, § 611 Rn. 220 f.; Schaub/Linck, ArbeitsR-HdB, § 26 Rn. 35.

⁶³⁵ MünchArbR/Buchner, § 30 Rn. 342.

⁶³⁶ BAG v. 6.9.2012 – 2 AZR 270/11, NJW 2013, 1115; v. 20.5.1999 – 2 AZR 320/98, NZA 1999, 975, 976; zustimmend Moritz, NZA 1987, 329, 334; kritisch Hofmann, ZfA 1975, 1, 30 ff.

das Führungszeugnis. Namentlich Geldstrafen von nicht mehr als 90 Tagessätzen werden zwar im Zentralregister geführt, werden in das Führungszeugnis aber nicht aufgenommen, § 32 Abs. 2 BZRG.⁶³⁷ Was aber im Führungszeugnis nicht eintragungspflichtig ist, kann auch nicht Gegenstand einer zulässigen Frage des Arbeitgebers sein.⁶³⁸ Selbst wenn eine Eintragung vorliegt, führt dies nicht immer zu einem Fragerecht. So sieht § 53 BZRG vor, dass sich eine Person als unbestraft bezeichnen kann, wenn die Eintragung zu tilgen ist oder eine Eintragung von vorneherein nicht stattfindet. Dieses Verwertungsverbot würde unterlaufen, wenn die Frage des Arbeitgebers nach einer entsprechenden Vorstrafe zulässig wäre.⁶³⁹

- 36** Entsprechendes gilt bei der unspezifizierten Frage nach **abgeschlossenen Ermittlungsverfahren**. Das BAG erkennt zwar ein berechtigtes Interesse des öffentlichen Arbeitgebers an, sich bei einem Bewerber um ein öffentliches Amt nach *anhängigen* Straf- und Ermittlungsverfahren zu erkundigen, wenn bereits ein solches Verfahren Zweifel an der persönlichen Eignung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Tätigkeit begründen kann. Anders wertet es aber für *abgeschlossene* Ermittlungsverfahren. Die Frage nach diesen verstößt nach Ansicht des BAG gegen die Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 53 BZRG. Zulässig ist eine solche Frage wiederum nur, wenn die Vertragsdurchführung mit dem Bewerber gefährdet sein kann.⁶⁴⁰
- 37** Die Vorstrafenproblematik kann sich für den Beschäftigten aber nicht nur in Form einer Frage im Vorstellungsgespräch manifestieren. Denkbar und praktisch relevant ist es nämlich auch, dass sich der Arbeitgeber nicht auf die Aussagen des Bewerbers verlassen möchte, sondern die Vorlage eines **Führungszeugnisses** verlangt. Bei Anwendung der Kriterien, die das BAG für das Fragerecht entwickelt hat, ist das Verlangen des Arbeitgebers nach einem Führungszeugnis regelmäßig **rechtswidrig**, denn das Führungszeugnis enthält auch Eintragungen über Vorstrafen, die **nicht arbeitsplatzbezogen** sind.⁶⁴¹ Die Übertragung dieser Rechtsprechung ist auch zutreffend, denn durch die Vorlage eines Führungszeugnisses würden die für das Fragerecht des Arbeitgebers erarbeiteten Differenzierungen umgangen werden.
- 38** Der vorbestrafte Beschäftigte befindet sich in einer misslichen Situation, wenn der Arbeitgeber die Vorlage des Führungszeugnisses verlangt. Anders als im Fragerecht kann er sich hier kaum dem Informationswunsch des Arbeitgebers entziehen. Überreicht er das Führungszeugnis nicht, wird er die Stelle nicht erhalten. Überreicht er das Führungszeugnis, das die einzutragenden Vorstrafen enthält, so erfährt der Arbeitgeber auch über die Vorstrafen, die nicht arbeitsplatzrelevant sind. Ein „**Führungszeugnis für Arbeitgeber**“, das nur arbeitsplatzrelevantes enthält, gibt es nur

⁶³⁷ S. aber für das Führungszeugnis für Behörden § 32 Abs. 3, 4 BZRG.

⁶³⁸ Vgl. BAG v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719.

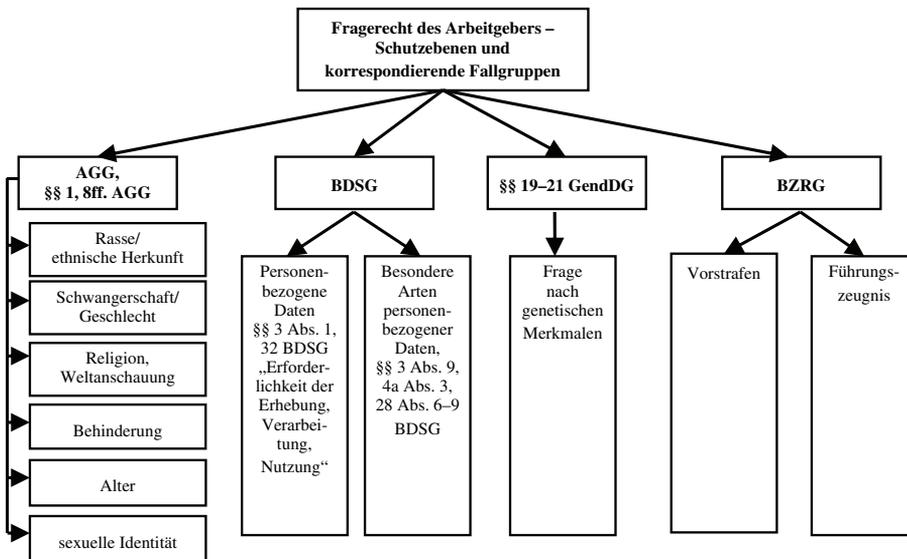
⁶³⁹ Vgl. BAG v. 6.9.2012 – 2 AZR 270/11, NJW 2013, 1115; v. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719; Staudinger/Richardi/Fischinger, BGB, 2010, § 611 Rn. 220; Hofmann, ZfA 1975, 1, 33; MünchArbR/Richardi/Buchner, § 34 Rn. 23; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 281; Moritz, NZA 1987, 329, 334; vorsichtiger BAG v. 27.7.2005 – 7 AZR 508/04, BAGE 115, 296, 303.

⁶⁴⁰ Zum Ganzen BAG v. 15.11.2012 – 6 AZR 339/11, NZA 2013, 429.

⁶⁴¹ Wohlgemuth, DB Beil. 21/1985, S. 1, 8 f.; Gola, DuD 1985, 269, 271; Götz/Tolzmann, BZRG, Einl. Rn. 37; AR-Blattei SD-Reinfeld, Vorstrafen Rn. 137; D/K/K/W/Klebe, BetrVG, § 94 Rn. 17; Thum/Szczesny, BB 2007, 2405, 2406; a.A.: Hohenstatt/Hinrichs/Stamer, NZA 2006, 1065, 1067; Mülthaler, Das Fragerecht des Arbeitgebers nach den Vorstrafen des Bewerbers, 2006, S. 202; vgl. auch OLG Hamm v. 9.8.1985 – 1 VAs 64/85, NStZ 1985, 558, 559.

sehr begrenzt.⁶⁴² Dem Beschäftigten neben einem „**Recht zur Lüge**“ auch ein „**Recht zur Fälschung**“ zuzubilligen, geht aber doch zu weit. So stellt sich also die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten infolge der Eintragungen im Führungszeugnis (die nicht arbeitsplatzrelevant sind) nicht einstellt. Hier kommt ein Schadensersatzanspruch aus Vertragsanbahnungsverhältnis in Betracht. Hinsichtlich eines **materiellen Schadensersatzanspruches** wird man den Beschäftigten nach den Grundsätzen der Naturalrestitution so stellen müssen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung unterblieben wäre.⁶⁴³ Blickt man zurück und vergegenwärtigt sich noch einmal, dass das BAG seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit und Grenzen des Fragerechts an dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten festgemacht hat,⁶⁴⁴ so drängt sich auch die Frage nach **immateriellem Schadensersatz** auf. Besonderheiten zeigen sich hier zum einen darin, dass die Verletzung und die Kompensation nicht primär – wie üblich – im Zusammenhang mit § 823 Abs. 1 BGB, sondern primär im vorvertraglichen Schuldverhältnis zu diskutieren ist. Dies kann etwa bei der im Zusammenhang mit § 280 BGB einschlägigen Verschuldensvermutung relevant werden.

IV. Übersicht: Fragerecht des Arbeitgebers



⁶⁴² Vgl. § 30a BZRG, der am 1.5.2010 in Kraft getreten ist. Dort ist ein erweitertes Führungszeugnis in Bezug auf leichtere Sexualdelikte vorgesehen. Der Antrag auf ein erweitertes Führungszeugnis kann unter anderem gestellt werden, wenn der Antragsteller in Kontakt mit Minderjährigen gelangt. Vgl. auch zu einem ähnlichen gesetzgeberischen Änderungsversuch, der allerdings nicht tätigkeitsbezogen war, BT-Dr 16/9021.

⁶⁴³ Bis hin zum Vertragsschluss: BGH v. 19.5.2006 – V ZR 264/05, BGHZ 168, 35. Die Begründung zu § 15 Abs. 6 AGG nennt als „anderen Rechtsgrund“ freilich nur den tariflichen Bewährungsaufstieg, was gegen einen Beschäftigungsanspruch aus § 249 BGB spricht, MüKoBGB/Thüsing, § 15 AGG Rn. 52.

⁶⁴⁴ BAG v. 7.6.1984 – 2 AZR 270/83, NJW 1985, 645; v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94, NJW 1996, 2323.

beck-shop.de

§ 8. Der elektronische Datenabgleich

Literatur: *Albers, Felicitas*, Compliance der Compliance, Elektronische Analyseverfahren personenbezogener Daten zur Prävention und Aufdeckung geschäftsschädigender Handlungen im Unternehmen, Forschungsbericht 2009, FHS Düsseldorf; *Barton, Dirk*, Risiko-/Compliance-Management und Arbeitnehmerdatenschutz – eine nach wie vor unbefriedigende Kollisionslage – Anmerkung zu § 32 BDSG, RDV 2009, 200; *Brandt, Jochen*, Compliance und Datenschutz, AiB 2009, 288; *Diller, Martin*, Kontenausspäh-Skandal bei der Deutschen Bahn, Wo liegt das Problem?, BB 2009, 438; *Hampel, Volker*, Handlungsempfehlungen beim Datenabgleich zur Aufdeckung wirtschaftskrimineller Handlungen durch die Interne Revision, ZIR 2009, 99; *Hehlmann, Karoline/Sachs, Bärbel*, Europäische Compliance- Vorgaben und ihr Konflikt mit dem deutschen Datenschutzrecht, EuZW 2012, 527; *Kock, Martin/Francke, Julia*, Mitarbeiterkontrolle durch systematischen Datenabgleich zur Korruptionsbekämpfung, NZA 2009, 646; *dies.*, „Mitarbeiter-Screenings“ zur internen Korruptionsbekämpfung, ArbRB 2009, 110; *Krapp, Katharina*, BAföG-Rasterfahndung, ZRP 2004, 261; *Maschmann, Frank*, Compliance versus Datenschutz, NZA-Beil. 2012, 50; *Möllenhoff, Ulrich/Ovie, Talke*, Mitarbeiterscreening aufgrund Embargolisten?, AW-Prax 2010, 136; *Otto, Björn*, Terrorabwehr im Spannungsfeld von Mitbestimmung und Datenschutz, NZA 2011, 1134; *Schmid, Bernd*, Arbeitnehmerschutz gemäß § 32 BDSG – Eine Neuregelung (fast) ohne Veränderung der Rechtslage, RDV 2009, 193; *Schnabel, Christoph*, Zur Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch maschinellen Abgleich von Kreditkartenabrechnungen – Mikado, CR 2009, 384; *Steinkühler, Bernhard/Raif, Alexander*, Arbeitnehmerüberwachung – „Big Brother“ am Arbeitsplatz, AuA 2009, 213; *Ventura-Heinrich, Denise*, Einführung in das Datenschutzrecht der betrieblichen Praxis, JA 2013, 130; *Wybitul, Tim*, Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen, BB 2009, 1582; *Zilkens, Martin*, Datenschutz im Sozialrecht, ZfF 2008, 25.

Die Geschäftsleitung hat nicht nur das Recht sondern sogar die **Pflicht, Gesetzesverstöße** in „ihrem“ Unternehmen **zu verhindern und aufzuklären**. Dabei wird es vielfach darum gehen, Vermögenstraftaten, Korruption oder sonstiges unternehmensschädigendes Verhalten nach Vorliegen entsprechender Indizien **aufzudecken und zu ahnden** (repressiver Datenabgleich) oder von vornherein solche Verhaltensweisen **zu verhindern** (präventiver Datenabgleich). Insbesondere bei größeren Unternehmen und der Vielzahl der zu untersuchenden Sachverhalte stellt sich daher die Frage, wie eine solche Untersuchung kosteneffizient und mittels eines vertretbaren zeitlichen und finanziellen Aufwands vorgenommen werden kann. Ein möglicher Weg stellt dabei der sog. Datenabgleich dar, bei dem mittels spezieller Software die Daten von Beschäftigten mit den Daten eines weiteren Personenkreises, insbesondere von Lieferanten, abgeglichen werden. Ziel einer solchen Maßnahme ist es festzustellen, ob Beschäftigte für Leistungen, die in Wirklichkeit gar nicht oder zumindest nicht vollständig erbracht worden sind, Unternehmensgelder auf ihre eigenen Konten überwiesen haben.⁶⁴⁵ Das kann durch den Datenabgleich relativ zuverlässig festgestellt werden, wenn die Kontodaten eines angeblichen Lieferanten mit denen eines Beschäftigten übereinstimmen. Auch können sich Anhaltspunkte für Fehlverhalten daraus ergeben, dass Buchungen zu ungewöhnlichen Zeiten erfolgt sind oder selten genutzte Konten verwendet werden.⁶⁴⁶

Wird ein solcher Datenabgleich vorgenommen, steht außer Frage, dass es sich hierbei um einen datenschutzrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Vorgang handelt. Zen-

⁶⁴⁵ Zur Einordnung des Datenabgleichs („Screening“) als Teil des sog. Datamining, das eine Vielzahl automatisierter Untersuchungsvorgänge beschreibt, vgl. auch *Gola/Wronka*, Rn. 1199 ff.

⁶⁴⁶ *Gola/Wronka*, Rn. 1203.

traler Rechtfertigungsmaßstab ist hierbei § 32 BDSG. Zwar verlangt § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG lediglich, dass die Datenverarbeitung für die dort genannten Zwecke „erforderlich“ ist. Wie dargelegt (s. oben § 3 Rn. 17), ist diese Bestimmung aber i.S.e. Verhältnismäßigkeitsklausel auszulegen. Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet ist, ein milderes, gleich effektives Mittel nicht existiert und die Maßnahme auch bei Abwägung aller Belange des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Rechte des Betroffenen als angemessen zu bewerten ist.⁶⁴⁷ Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung kann somit nur nach Maßgabe des Einzelfalls erfolgen. Generalisierungen sind deshalb nur fallgruppenartig möglich, insbesondere für bestimmte, immer wieder angewandte Verfahren der Risikoüberwachung. Ein solches Verfahren bildet etwa der elektronische Datenabgleich.

I. Geeignetheit

- 3 Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie der Erreichung des angestrebten Ziels **objektiv förderlich** ist. An die Geeignetheit einer Maßnahme dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden, es genügt, dass sie überhaupt zur Erreichung des angestrebten Ziels beiträgt.⁶⁴⁸ Der Arbeitgeber versucht regelmäßig mit einem elektronischen Datenabgleich Hinweise auf gesetzeswidriges Verhalten von Unternehmensangehörigen zu erhalten, um aufgrund eines Anfangsverdachts konkrete Ermittlungen aufnehmen zu können. Ein elektronischer Datenabgleich ist mithin grundsätzlich geeignet, dieses aufgrund der Pflicht der Geschäftsleitung zu rechtmäßigem Verhalten legitimierte Ziel zu erreichen, wenn er Verdachtsmomente tatsächlich offengelegt hat.

II. Erforderlichkeit

- 4 Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn **kein milderes Mittel, das gleich geeignet ist, existiert**, um das angestrebte Ziel zu erreichen.⁶⁴⁹ Kann der Datenabgleich alle Unternehmensangehörigen erfassen, auch wenn nicht für alle Personen gleichermaßen Verdachtsmomente vorliegen? § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG lässt aufhorchen: Die hier genannten Einschränkungen betreffen allein die Erforderlichkeit, nicht die Geeignetheit. Ein gleich geeignetes Mittel muss einen identischen Personenkreis erfassen. Eine Einschränkung des untersuchten Personenkreises auf Personen in besonders gefährdeten Stellen, im Hinblick auf Korruption zum Beispiel im Einkauf oder in der Buchhaltung, vermag nicht den Sachverhalt im Hinblick auf alle Beschäftigten aufzuklären und stellt damit keine gleich geeignete Maßnahme dar. Ob aus Gründen der Angemessenheit der Personenkreis einzuschränken ist, steht auf einem anderen Blatt und ist deshalb gesondert zu untersuchen (s. sogleich § 8 Rn. 6). Mussten aber alle Unternehmensangehörigen einer Kontrolle unterzogen werden, ist nicht ersichtlich, wie dies – so jedenfalls im Regelfall – weniger belastend durchgeführt werden soll als mit einem elektronischen Datenabgleich. Eine persönliche Befragung aller Unternehmensangehörigen hätte dieselben Daten zum Gegenstand gehabt und wäre damit gleich belastend. Allerdings dauert eine Befragung wesentlich länger und sähe sich der Gefahr von Manipulationen durch Falschantworten ausgesetzt. Zudem ist bei einer solchen Befragung auch kein

⁶⁴⁷ Exemplarisch BVerfG v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/58, NJW 1989, 2525, 2527 f., st. Rspr.; jüngst wieder in: BVerfG v. 28.2.2012 2 BvE 8/11; NJW 2012, 1419 f.

⁶⁴⁸ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 Rn. 194.1.

⁶⁴⁹ BeckOK-GG/Huster/Rux, Art. 20 Rn. 196; in Bezug auf das BDSG: ErfK/Franzen, § 32 BDSG Rn. 6.