

## Aufsätze

RA Dr. Jan Tibor Lelley LL.M. (Suffolk) / Rechtsreferendar Florian Müller, Essen\*

### Ist § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E verfassungsmäßig?

*Das Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes läuft. Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 25.08.2010 (BR-Drs. 535/10) hat jetzt der Bundesrat am 05.11.2010 Stellung genommen und Änderungen angeregt (Drs. 535/10). Die erste Lesung im Bundestag fand am 25.02.2011 statt (BT-Drs. 17/4230). Neben der Kritik an einzelnen Bestimmungen des Entwurfs ergeben sich nun mehr und mehr grundsätzliche Fragen z.B. zur Vereinbarkeit mit EG-Recht (vgl. Forst, RDV 2010, 150 ff.) oder auch zur Verfassungsmäßigkeit von Teilen des Gesetzesentwurfs. Einer der Fragen, nämlich der Verfassungsmäßigkeit der geplanten Beschränkung von Recherche in sozialen Netzwerken, geht dieser Beitrag nach.*

#### I. Einleitung

„In einer Zeit, die das normative Band zwischen Erwarten und Verhalten schlaff werden, ja sogar zum Teil getrost reißen lässt, findet man erstaunlicherweise eine höchst aktive Gesetzgebung, die genau darauf wieder zu vertrauen scheint“<sup>1</sup>. Und so haben sich nach den Verabredungen im Koalitionsvertrag vom 26.10.2009 CDU/CSU und FDP darauf verständigt, den Beschäftigtendatenschutz gesetzlich zu regeln. Das Bundeskabinett hält es hier für erforderlich, ein eigenes Kapitel zum Beschäftigtendatenschutz in das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) aufzunehmen. Am 25.08.2010 wurde vom Kabinett ein Regierungsentwurf zur Änderung des BDSG beschlossen<sup>2</sup>.

Der bisherige § 32 BDSG regelt die Datenerhebung durch Arbeitgeber für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Diese Regelung soll nach dem Regierungsentwurf durch die §§ 32 bis 32l BDSG-E ersetzt werden. Durch den vorliegenden Beitrag wird der Inhalt des geplanten § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E näher auf seine Verfassungsmäßigkeit hin beleuchtet.

Der vom Kabinett beschlossene Entwurf des § 32 Abs. 6 BDSG-E betrifft den rechtlichen Rahmen der zulässigen Internetrecherchen durch Arbeitgeber hinsichtlich eines Bewerbers vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses<sup>3</sup>. Gemäß § 32 Abs. 6 Satz 1 BDSG-E sollen die Beschäftigtendaten zukünftig unmittelbar bei dem Beschäftigten zu erheben sein. Die Vorschrift stellt somit eine Ausprägung des Grundsatzes der Direkterhebung im Sinne des § 4 Abs. 2 BDSG dar. Wenn Arbeitgeber Beschäftigte<sup>4</sup> vor der Datenerhebung darauf hinweisen, dürfen sie sich gemäß § 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG-E in diesem Zusammenhang

\* Der Autor Lelley ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei Buse Heberer Fromm, der Autor Müller ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 Luhmann, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung? in: Ausdifferenzierung des Rechts – Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt/M. 1999, S. 73 (88 ff.).

2 Kabinettsbeschluss vom 25.08.2010; Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vom 25.08.2010, BR-Drs. 535/10.

3 [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzes-texte/Entwuerfe/Entwurf\\_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzes-texte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 16.11.2010).

4 Schon nach aktueller Gesetzlage gelten Bewerber terminologisch wohl etwas intransparent datenschutzrechtlich als Beschäftigte, vgl. § 3 Abs. 11 Nr. 7 BDSG.

zwar über Bewerber aus allen allgemein zugänglichen Quellen, also auch dem Internet, informieren. In Zukunft soll diese Möglichkeit jedoch auf Grund der Gesetzesänderung eine Einschränkung im Hinblick auf soziale Netzwerke erfahren, soweit diese der elektronischen Kommunikation dienen. Beispielhaft wären hierbei facebook, StudiVZ oder StayFriends zu nennen<sup>5</sup>. Derartige Netzwerke dürfen nach dem Gesetzesentwurf von Arbeitgebern nicht mehr als Informationsmöglichkeit herangezogen werden. Von der Beschränkung ausdrücklich ausgenommen sind dagegen gemäß § 32 Abs. 6 Satz 3, Hs. 2 BDSG-E solche sozialen Netzwerke, die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind, etwa Xing oder LinkedIn<sup>6</sup>. Auf diese Weise will der Gesetzgeber nach seiner Vorstellung einer Ausforschung privater, nicht zur Veröffentlichung bestimmter Daten entgegenwirken. Die geplante Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E erscheint aber vor einem verfassungsrechtlichen Hintergrund bedenklich. Denn durch die Neueinführung könnte speziell die grundgesetzlich garantierte Informationsfreiheit der Arbeitgeber gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG verletzt sein.

## II. Allgemeine Zugänglichkeit von Daten und das Grundrecht auf Information

Der § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E ist verfassungsrechtlich bedenklich, da die Einschränkung der Informationsmöglichkeit für Arbeitgeber, sich im Internet über Bewerber zu informieren, sowohl vom persönlichen als auch sachlichen Schutzbereich der durch die Verfassung garantierten Informationsfreiheit umfasst ist<sup>7</sup>.

Im Hinblick auf den persönlichen Schutzbereich der Informationsfreiheit hat jeder das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. „Jeder“ ist hierbei jede natürliche oder juristische Person, die *sich selbst* informieren will<sup>8</sup>. Potentielle Arbeitgeber sind in der Regel gesellschaftsrechtlich organisiert. Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ist der persönliche Schutzbereich für sie als inländische juristische Personen eröffnet, da das Grundrecht der Informationsfreiheit seinem Wesen nach auch auf Unternehmen anwendbar ist<sup>9</sup>. Als „Quelle“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG gelten alle Träger von Informationen, unabhängig davon, ob die Informationen eher Meinungen bzw. Tatsachen enthalten oder ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten betreffen<sup>10</sup>. Auf den Online-Plattformen der sozialen Netzwerke werden die Informationen der Mitglieder gespeichert. Sie dienen als Informationsträger und stellen mithin Quellen dar. Diese müssten allgemein zugänglich sein. Das ist zu bejahen, wenn eine Informationsquelle geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu beschaffen<sup>11</sup>. Dabei entscheidet derjenige über die Zugänglichkeit und die Art der Zugangseröffnung, der nach der Rechtsordnung über ein entsprechendes Be-

stimmungsrecht verfügt<sup>12</sup>. Als allgemein zugänglich gelten zumindest alle Daten, die im Internet bei bestimmungsgemäßer Nutzung abrufbar sind<sup>13</sup>. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn sie über die Funktionen einer Suchmaschine, etwa Google oder Yahoo<sup>14</sup>, auffindbar sind<sup>15</sup>.

Gegen die allgemeine Zugänglichkeit von Bewerberinformationen in sozialen Netzwerken im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG könnte aber sprechen: Die Mitglieder (Nutzer) nahezu aller gängigen sozialen Netzwerke haben im Rahmen ihrer netzwerk-internen Einstellungsfunktionen die Möglichkeit, ihre persönliche Profildatei nur für solche Personen sichtbar zu machen, die sich in ihrer sogenannten „Freundesliste“ befinden. Des Weiteren können die Mitglieder gemeinsam individuell bestimmen, ob ihr Profilfoto sowie ihre Profildatei in den Trefferlisten der Internet-Suchmaschinen erscheinen soll oder nicht<sup>16</sup>. Wird eine solche eingeschränkte Sichtbar- bzw. Aufspürbarkeit des eigenen Profils ausgewählt, so sind Daten für Dritte im Internet gerade nicht mehr ohne Weiteres auffindbar. Vielmehr ist es dann notwendig, um sich eine Profildatei eines Bewerbers anzusehen, selbst zumindest im jeweiligen sozialen Netzwerk als Nutzer angemeldet zu sein. Hinzu tritt dann gegebenenfalls für nur stark eingeschränkt sichtbare Profile gar das Erfordernis, mit dem jeweiligen Profilinhaber befreundet d.h. verlinkt zu sein. Es bietet sich demnach für die Bestimmung der Grenzen des sachlichen Schutzbereiches an, danach zu differenzieren, ob die Bewerber-/Nutzer-Daten in den sozialen Netzwerken von Suchmaschinen aufgefunden werden können oder nicht<sup>17</sup>. Nur im ersteren Fall sind sie als allgemein zugänglich im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG anzusehen.

## III. Eingriff in die Informationsfreiheit der Arbeitgeber

Nach der geplanten Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E dürfen sich potentielle Arbeitgeber nicht durch die in den der elektronischen Kommunikation dienenden sozialen Netzwerken eingestellten Daten

5 <http://de-de.facebook.com/>; <http://www.studivz.net/>; <http://www.stayfriends.de>.

6 <https://www.xing.com/>; <http://www.linkedin.com>.

7 Däubler/Klebe/Weichert, BDSG 3. Aufl. 2010, § 29 Rn. 2; Weichert, AuR 2010, 100 (104).

8 Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 18; Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rn. 81.

9 Arass/Pieroth, Art. 5 Rn. 18.

10 BVerfGE 27, 71, 81 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 15.

11 BVerfGE 27, 71, 83; Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 16.

12 BVerfGE 103, 44, 60; Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 16.

13 Entwurfsbegründung, S. 12; Gola/Schomerus, BDSG 10. Aufl. 2010 § 28 Rn. 31 ff.; Beckschulze/Natzel, BB 2010, 2368 (2370).

14 <http://www.google.de/>; <http://de.yahoo.com>.

15 Vgl. Entwurfsbegründung, S. 12; Forst, NZA 2010, 427 (430); 1043 (1045).

16 Vgl. <http://www.facebook.com/privacy/explanation.php>.

17 Vgl. Forst, NZA 2010, 427 (430).

über ihre Bewerber informieren. Auf diese Weise würden die Arbeitgeber in ihrer Freiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten, eingeschränkt. Ein Eingriff liegt in jeder staatlichen Maßnahme, durch die dem Träger des Grundrechts ein grundrechtlich geschütztes Verhalten unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird<sup>18</sup>. Damit ist ein Eingriff in die Informationsfreiheit der Arbeitgeber gemäß Art. 5 Abs 1 Satz 1, Hs. 2 GG zu bejahen.

### 1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung vs. Informationsfreiheit

Die geplante Neuregelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E ist lediglich dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der Eingriff gerechtfertigt ist. Schranke der Informationsfreiheit sind gemäß Art. 5 Abs. 2 GG die allgemeinen Gesetze. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG werden unter allgemeinen Gesetzen alle Gesetze verstanden, die sich nicht gegen die Meinungsfreiheit oder die Freiheit von Presse und Rundfunk an sich oder gegen die Äußerung einer bestimmten Meinung richten, sondern die vielmehr dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen<sup>19</sup>. Das BDSG und auch der BDSG-E richten sich nicht gegen einen bestimmten Informationsinhalt und stellen damit ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG dar. Neben der Schranke der allgemeinen Gesetze ist das Grundrecht der Informationsfreiheit durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt. In Betracht kommt hier das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Beschäftigten. Dieses Recht stellt einen Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dar<sup>20</sup>. Auf Grund seiner unmittelbaren Verbindung zu Art. 1 GG kommt diesem Grundrecht bereits seiner Natur nach eine hervorragende Bedeutung zu. Allerdings wird das Allgemeine Persönlichkeitsrecht hier nicht auf einer seiner ersten beiden Stufen, der Intim- bzw. Privatsphäre, betroffen, sondern auf seiner dritten – der Individualsphäre<sup>21</sup>. Unter die Individualsphäre fällt auch das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung. Dieses schützt seine Träger gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf sie bezogenen individualisierten oder individualisierbaren Daten<sup>22</sup>. Ebendies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers, die er mit der Neuregelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E zu verfolgen sucht. Dieses Grundrecht der Beschäftigten ist bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne gegen die Informationsfreiheit der Arbeitgeber abzuwägen.

#### 1.1 Zweckmäßigkeit und Erforderlichkeit der Neuregelung

Durch die Neuregelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, bestimmte Daten der

Beschäftigten, die nicht zur Veröffentlichung bestimmt sind, zu schützen. Dies ist ohne Zweifel ein legitimes Ziel. Die Erforderlichkeit einer Grundrechtsbeschränkung bestimmt sich danach, ob ein anderes milderes Mittel zur Verfügung steht, durch das das angestrebte Ziel ebenso wirkungsvoll erreicht werden könnte. Es müsste anstelle der Einführung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E ein Mittel geben, durch das die potentiellen Arbeitgeber dazu veranlasst werden könnten, bestimmte Daten ihrer Bewerber aus den der elektronischen Kommunikation dienenden Netzwerken in ihre Erwägungen nicht mit einzubeziehen. Dies würde voraussetzen, dass Arbeitgeber es aus eigenem Antrieb vermeiden, bestimmte Daten ihrer Bewerber zu erfassen und in ihre Entscheidung hinsichtlich einer späteren Anstellung mit einfließen zu lassen. Die praktische Umsetzung erscheint jedoch vor dem Hintergrund problematisch, dass es ohne eine zwingende Vorschrift keinerlei Kontrolle des Staates hinsichtlich der Beachtung und Umsetzung dieser Einschränkung geben würde. Allein das Vertrauen auf die freiwillige Einschränkung der Informationsbeschaffung stellt kein Mittel dar, mit dem das Ziel des Beschäftigtendatenschutzes ebenso wirkungsvoll erreicht werden kann. Der Eingriff ist mithin erforderlich, sofern man die Bedenken für derart erdrückend hält.

#### 1.2 Abwägung zwischen informationeller Selbstbestimmung und Informationsfreiheit

Er müsste schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne, also angemessen sein. Die Frage der Angemessenheit lässt sich nur anhand einer Rechtsgüterabwägung im Einzelfall beantworten. Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit einer Einschränkung der Informationsmöglichkeiten im Sinne des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E ist ein Überwiegen des schutzwürdigen Interesses des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung gegenüber dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers. Nach der Auffassung des Gesetzgebers, die sich in der Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 3, Hs. 1 BDSG-E widerspiegelt, ist ein solch überwiegendes Interesse der Beschäftigten dann gegeben, wenn es sich um Daten aus sozialen Netzwerken handelt, die der elektronischen Kommunikation dienen<sup>23</sup>. Im konkreten Falle steht auf der einen Seite das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, das der Gesetzgeber nach dem Sinn und Zweck seiner Maßnahme schützen möchte. Dieses Grundrecht kollidiert mit der arbeitgeber-

18 BVerfGE 66, 39, 60; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 21. Aufl. 2005, Rn. 581.

19 BVerfGE 7, 198, 209; 97, 125, 146; 62, 230, 243 f.

20 BVerfGE 65, 1, 43.

21 Vgl. BVerfGE 27, 344, 351; 89, 69, 82.

22 BVerfGE 103, 21.

23 Entwurfsbegründung, S. 12.

berseitigen Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG.

Die Bedeutung des Grundrechts auf Informationsfreiheit ist in der vorliegenden Konstellation insbesondere entsprechend seiner exponierten Stellung in unserer Verfassung als Ausfluss der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG zu würdigen. Die Informationsfreiheit ist von grundlegender Bedeutung für die freiheitlich-demokratische Ausrichtung der Bundesrepublik Deutschland, die auf ständige geistige Auseinandersetzung als Kennzeichen einer lebenden parlamentarischen Demokratie angewiesen ist<sup>24</sup>. Die Bildung einer aussagekräftigen Meinung ist ohne eine vorherige umfassende Recherche im Rahmen der jeweiligen Thematik kaum möglich. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die Meinungsbildung über einen potentiellen Beschäftigten im eigenen Unternehmen. Der Informationsfreiheit zur Beschaffung von für die Einstellung einer Bewerberin oder eines Bewerbers relevanten Informationen kommt dabei eine ganz herausragende Bedeutung zu. Gerade in der heutigen Zeit hat das Internet als neues Informationsmedium einen enormen Einfluss<sup>25</sup>. Arbeitgebern müssen die Vorzüge dieses Mediums zur Informationsbeschaffung so weit wie möglich zur Verfügung stehen. Und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos. Der Einzelne muss sich Einschränkungen dieses Grundrechts gefallen lassen<sup>26</sup>. Das gilt vor allem im arbeitsrechtlichen Bereich, wenn grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Arbeitgeberseite (z.B. Privatautonomie in Form der Vertragsabschlussfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG und Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG) Grundrechten von Beschäftigten gegenüberstehen<sup>27</sup>. Nichts anderes muss gelten, wenn für die Arbeitgeberseite nicht in erster Linie die Privatautonomie oder die Berufsfreiheit, sondern das Grundrecht auf Informationsfreiheit eingreift. Daher ist es auch anerkannt, dass die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sich aus überwiegendem Allgemeininteresse, und zwar in Form von kollidierenden Grundrechten, ergeben kann<sup>28</sup>. Und diese Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist so neu nicht. Sie wird in Rechtsprechung und Literatur seit den achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts thematisiert<sup>29</sup>. Entscheidend ist, dass spezifische Interessen in bestimmten Fällen die Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung rechtfertigen – ohne dabei zu einer Verallgemeinerung zu kommen<sup>30</sup>. Die so erforderliche Abwägung kann beispielsweise die besondere Stellung der Arbeitgeber in gesellschaftlicher Hinsicht berücksichtigen, dass sie nämlich durch ihr Zur-Verfügungstellen von Arbeitsplätzen einen überaus wichtigen Teil zu einer funktionierenden Marktwirtschaft beitragen. Weiter kann die Informationsbeschaffung in sozialen Netzwerken, die auf Kommunikation ausgerichtet sind, dazu dienen,

die für eine freiheitliche Demokratie denknötwendige Meinungsvielfalt zu sichern.

Dem stehen Interessen der Beschäftigten/Bewerber gegenüber. Denn in der heutigen Zeit medialer Vielfalt, in der Informationen über eine Person auf verschiedenste Weise gespeichert und der Öffentlichkeit preisgegeben werden, laufen Beschäftigte/Bewerber tatsächlich leichter Gefahr, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu verlieren. In der Abwägung der beiden Grundrechte wäre auch zu berücksichtigen, dass das Veröffentlichende von personenbezogenen Daten in sozialen Netzwerken positiv betrachtet eine Ausübung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist. Denn dieses umfasst ja ausdrücklich auch die Preisgabe von persönlichen Daten<sup>31</sup>. Hier überschneidet sich also die aktive Grundrechtsausübung der Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglicher Quelle mit der aktiven Grundrechtsausübung der Veröffentlichung eigener personenbezogener Daten.

Doch in der Begründung zum Gesetzesentwurf findet sich eine Abwägung der beiden Grundrechtspositionen zurzeit nicht. Die Entwurfsbegründung enthält dazu nur Ausführungen, nach denen die Erhebung allgemein zugänglicher Beschäftigtendaten aus sozialen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen, für Arbeitgeber grundsätzlich unzulässig sein soll<sup>32</sup>. Doch woraus leitet sich dieser Grundsatz ab? Und wo erfolgt die Abwägung zwischen der arbeitgeberseitigen Informationsfreiheit und dem Recht der Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung? Ohne solche Abwägung ist die Beschränkung des Grundrechts auf Informationsfreiheit durch ein Gesetz wie das BDSG sicher unverhältnismäßig. Und damit dann verfassungswidrig.

### 1.3 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Netzwerke

Im Hinblick auf die freizeitorientierten Netzwerke verweist die Begründung des Gesetzesentwurfs auch auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Netzwerke, die regeln, dass eine Informationsbeschaffung durch Arbeitgeber nicht erlaubt ist<sup>33</sup>. Sofern Ar-

24 BVerfGE 7, 198, 208.

25 Vgl. die Studie „Social Media Governance 2010“, nach der 54% der dort befragten Unternehmen, Behörden und Non-Profit-Organisationen soziale Netzwerke für Kommunikationszwecke nutzen, GmbHR 2010, R 333 ff.

26 Däubler/Klebe/Weichert, a.a.O., Einl. Rn. 10; Simitis, BDSG 6. Aufl. 2006, § 1 Rn. 86 ff.

27 Vgl. zu den datenschutzrechtlichen Aspekten solcher Grundrechtsabwägung im Arbeitsverhältnis: Lelley, Compliance im Arbeitsrecht, Rn. 184 ff.

28 Simitis, a.a.O., § 1 Rn. 90 ff. m.w.N.

29 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 13.10.1987 – 1 VAs 53/97, juris; Breitfeld, Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung; Langer, Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung.

30 Däubler/Klebe/Weichert, a.a.O., Einl. Rn. 29; Simitis, a.a.O., § 1 Rn. 93.

31 BVerfGE 65, 1, 43; Simitis, NJW 1984, 422; Däubler/Klebe/Weichert, a.a.O., Einl. Rn. 10.

32 Entwurfsbegründung, S. 11f.

33 Vgl. Entwurfsbegründung, S. 12.

beitgeber im Rahmen der Informationsbeschaffung gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Netzwerksbetreibers verstößt, so soll in der Regel das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Datenerhebung überwiegen<sup>34</sup>. Sofern Benutzer-Daten jedoch über Suchmaschinen im Internet auffindbar und damit für jedermann allgemein zugänglich sind, können die AGB der Netzwerkbetreiber gegenüber Arbeitgebern keine Geltung beanspruchen<sup>35</sup>. Denn im Falle der Auffindbarkeit durch Suchmaschinen können potentielle Arbeitgeber bereits mit Hilfe der Suchmaske auf die offen gelegten Daten zugreifen, ohne selbst bei einem sozialen Netzwerk angemeldet zu sein. Ohne eine solche Registrierung können die AGB des Netzwerks gegenüber recherchierenden Arbeitgebern überhaupt keine Wirkung entfalten. Wie bereits eingangs festgestellt wurde, ist der Schutzbereich der Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG lediglich bei Bejahung der Auffindbarkeit der Bewerber/Nutzer-Daten durch Suchmaschinen eröffnet<sup>36</sup>.

Sieht man sich aber einmal die AGB des Netzwerks facebook näher an, so spielt in der Praxis die Unterscheidung zwischen Netzwerken, die der elektronischen Kommunikation dienen, und denen für die Präsentation gegenüber potentiellen Arbeitgebern gar keine so große Rolle. Denn facebook erwähnt in seinen Datenschutzrichtlinien unter der Überschrift „Informationen über dich selbst“, dass die Nutzer bei der Registrierung im Netzwerk nicht nur mit Freunden, sondern auch mit Arbeitgebern in Kontakt treten<sup>37</sup>. Die in § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E zu findende Differenzierung zwischen sozialen Netzwerken an sich und sozialen Netzwerken, die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation der Mitglieder bestimmt sein sollen, findet in den Nutzungsbedingungen des weltweit größten Netzwerks facebook keine Stütze<sup>38</sup>. Im Gegenteil: die Nutzungsbedingungen wenden sich neben Privatpersonen ausdrücklich an Unternehmen oder andere Organisationen<sup>39</sup>. Ein Rechercheverbot für Arbeitgeber ist dort nicht ersichtlich. Ein Rechercheverbot würde auch den facebook-Grundsätzen widersprechen. Nach denen hat es sich das Netzwerk zum Ziel gesetzt, die Welt offener und transparenter zu machen. Das Netzwerk will dem freien Informationsfluss und Informationszugang für jede Person (darunter fallen nach der facebook-Definition natürliche und juristische Personen) dienen, und eben nicht dem Zweck, Informationsbarrieren aufzubauen<sup>40</sup>. Das am 25.08.2010 im Hintergrundpapier zum Gesetzesentwurf erwähnte soziale Netzwerk StayFriends weist in seinen Datenschutzbestimmungen ausdrücklich darauf hin, dass die eingestellten personenbezogenen Daten (Eintrag) der Nutzer öffentlich und frei zugänglich sind. Damit ist vor allem die freie Einsehbarkeit der Daten über Suchmaschinen im Internet, beispielsweise Google, gemeint<sup>41</sup>. Beschränkungen der Recherche sind in den dortigen AGB nicht ersichtlich. Die gleichfalls im Zusammenhang mit dem Gesetzesentwurf erwähnten sozialen

Netzwerke schülerVZ und studiVZ beschränken demgegenüber die Nutzung auf Schüler bzw. Studierende. Die Datenerhebung durch Arbeitgeber ist dort ausdrücklich untersagt<sup>42</sup>.

#### IV. Freiwillige Veröffentlichung von Daten als Einwilligung des Bewerbers

Es ergibt sich dann weiter die Frage, ob nicht diejenigen, die ihre personenbezogenen Daten in sozialen Netzwerken veröffentlichen und sich nicht mit Hilfe besagter Option vor der Einsichtnahme ihres Profils durch Dritte abschotten, auf ihr Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung verzichten oder dieses zumindest eigenmächtig beschränken. Den unterschiedlichen Begrifflichkeiten eines Grundrechtsverzichts oder einer Einwilligung kommt dabei im Wesentlichen die gleiche inhaltliche Bedeutung zu<sup>43</sup>. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf der Stufe der Individualsphäre ist grundsätzlich disponibel. Denn die freie Persönlichkeitsentfaltung bedeutet auch gleichzeitig ein Recht auf freies Belieben<sup>44</sup>.

Fraglich ist, ob ein Bewerber als Mitglied eines sozialen Netzwerkes, das der elektronischen Kommunikation dient, überhaupt damit rechnen muss, dass seine häufig zu rein privaten Zwecken eingestellten Daten und Informationen auch von potentiellen Arbeitgebern eingesehen werden. Dies könnte insbesondere vor dem Hintergrund verneint werden, dass die Diskussion oft zwischen den freizeit- und den berufsorientierten Netzwerken unterscheidet. Bei letzteren legt es der Nutzer gerade darauf an, dass die eigenen Daten zur Darstellung der beruflichen Qualifikationen von Dritten eingesehen werden. Solche Netzwerke, die vor beruflichem Hintergrund der Bewerbung oder dem Knüpfen von Kontakten dienen sollen, sind von der Neuregelung des § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E explizit ausgeschlossen.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass eben jene Daten, auf die sich die Regelung des § 32 Abs. 6 BDSG-E bezieht, vom jeweiligen Nutzer auf rein frei-

34 Entwurfsbegründung, S. 12.

35 Forst, NZA 2010, 427 (430).

36 Vgl. oben unter II. 1.

37 [www.facebook.com/policy.php](http://www.facebook.com/policy.php) unter Ziff. 2. Informationen, die wir erhalten (Stand: 05.10.2010).

38 Das Nachrichtenmagazin "SpiegelOnline" berichtet am 21.07.2010 über weltweit 500 Million Nutzer bei facebook, vgl. <http://bit.ly/bgKDac>.

39 [www.facebook.com/terms\\_pages.php](http://www.facebook.com/terms_pages.php) (Stand: 13.09.2010).

40 [www.facebook.com/principles.php](http://www.facebook.com/principles.php) (Stand: 13.11.2010).

41 <http://j.mp/d7NISJ> (Stand: 23.03.2010).

42 Ziffer 5.4 der AGB von schülerVZ: [www.schuelervz.net/l/terms\\_new](http://www.schuelervz.net/l/terms_new) (Stand: 16.02.2007); Ziffer 5.4.1 der AGB von studiVZ: [www.studivz.net/l/terms](http://www.studivz.net/l/terms) (Stand: 20.12.2007).

43 Schwenke, Individualisierung und Datenschutz, 2006, S. 223.

44 Vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Dieterich, 10. Aufl. 2010, Einleitung Rn. 63.

williger Basis in die sozialen Netzwerke online eingestellt wurden. Es wurde schon richtig darauf hingewiesen, dass in der Veröffentlichung eigener personenbezogener Daten im Internet datenschutzrechtlich eine Weitergabe durch den Betroffenen selber liegt. Und diese Weitergabe erfolgt durch den Betroffenen genau in der Erwartung, dass diese Daten von einer Vielzahl Dritter erhoben werden – auch von potentiellen Arbeitgebern<sup>45</sup>. Daher greifen hier keine schutzwürdigen Interessen der Betroffenen ein. Und das Direkterhebungsgebot (§ 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG) greift hier auch nicht. Denn es liegt der gesetzliche Ausnahmetatbestand vor, wo personenbezogene Daten ohne Mitwirkung des Betroffenen erhoben werden dürfen, weil eine Rechtsvorschrift dies vorsieht. Bei der Bewerberrecherche in sozialen Netzwerken sind sogar direkt zwei Rechtsvorschriften einschlägig: § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG (Erhebung allgemein zugänglicher Daten für eigene Geschäftszwecke) sowie § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG (Datenerhebung für die Entscheidung zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses)<sup>46</sup>. Und bei der Erhebung von Bewerberdaten kommt eine Besonderheit zum Tragen, die das datenschutzrechtliche Direkterhebungsgebot dann entfallen lässt, wenn Bewerberdaten unvollständig oder vielleicht unrichtig sind<sup>47</sup>. Denn andernfalls wären Arbeitgeber auf möglicherweise bewusst unvollständige oder falsche Informationen durch Bewerber angewiesen – ein mit der verfassungsrechtlich garantierten Informationsfreiheit nicht zu vereinbarendes Ergebnis.

Dabei bringt es das Wesen des Internets mit sich, dass keineswegs die Sicherheit dafür besteht, dass Angaben, die jemand online veröffentlicht, nur von einem bestimmten abgrenzbaren Personenkreis eingesehen werden. Vielmehr muss sich jeder Nutzer der Gefahr bewusst sein, dass eventuell auch Dritte auf diese Daten zugreifen können, z.B. in einem Bewerbungsverfahren. Aus diesem Grund bieten die meisten sozialen Netzwerke, unabhängig davon, ob sie eher privat- oder berufsorientiert sind, die Einstellungsoption an, mit der jedes Mitglied selbstständig entscheiden kann, für welchen Personenkreis seine eingerichtete Profildate einsehbar sein soll. So besteht etwa beim sozialen Netzwerk facebook für das Mitglied die Möglichkeit, die eigene Profildate generell im Internet und damit auch über die Trefferlisten der Suchmaschinen auffindbar zu machen. Alternativ hierzu können die Nutzer aber auch einstellen, dass das eigene Profil lediglich für andere facebook-Mitglieder bzw. sogar nur für die „befreundeten“ Mitglieder sichtbar ist<sup>48</sup>. Potentielle Arbeitgeber haben demnach ohnehin nur bei einem solchen Bewerber, der von obiger Einstellungsoption keinen Gebrauch gemacht hat, die Möglichkeit, Einsicht in dessen Profil und die dortigen Daten zu nehmen. Im Übrigen ist mangels ihrer Auffindbarkeit über Suchmaschinen die allgemeine Zugänglichkeit der Daten zu verneinen mit der Folge,

dass bereits der Schutzbereich im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG überhaupt nicht eröffnet ist<sup>49</sup>.

Die Funktion in den sozialen Netzwerken, eine Sperre für Suchmaschinen im Internet einzurichten, steht jedem Mitglied zur Verfügung<sup>50</sup>. Zum Nutzen dieser Option ist kein besonderes Know-How erforderlich. Sie ist somit auch für jeden Nutzer anwendbar. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung kann von jedem Mitglied, das sich in sozialen Netzwerken anmeldet, erwartet werden, dass es sich des Gebrauchs oder Nicht-Gebrauchs dieser Einstellungsfunktion bewusst ist. Mithin steht auch das Merkmal der Freiwilligkeit der Annahme einer eigenverantwortlichen Beschränkung des Grundrechts seitens der Nutzer nicht entgegen. Und schließlich ist auch kein Verstoß gegen die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG ersichtlich, so dass auf Grund eines Verzichts keine Aushöhlung des Wesenskerns des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu befürchten ist. Selbst wenn man jedoch einen zulässigen und wirksamen Grundrechtsverzicht verneint, so wäre zumindest seitens der Mitglieder, die ihre Profildate für jedermann sichtbar halten, von einer Einwilligung in den möglichen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung auszugehen. Es muss berücksichtigt werden, dass der Bewerber die eigenen Daten selbstständig und eigenverantwortlich nicht nur online gestellt, sondern gerade auch als für Dritte auffindbar gestaltet hat. Damit hat er zumindest konkludent in den Zugriff durch Dritte im Internet eingewilligt.

Im Bereich des Arbeitsrechts ist jedoch problematisch, dass der Arbeitgeber den Beschäftigten gemäß § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG auf den Zweck der Datenerhebung und die Folgen einer verweigerten Einwilligung hinweisen muss. Die Einwilligung muss also in Kenntnis des Zwecks erfolgen. Ist ein dementsprechender Hinweis nicht erfolgt, ist die erteilte Einwilligung unwirksam<sup>51</sup>. Dies zieht die Folge nach sich, dass sodann regelmäßig auch eine bereits erfasste Datenverarbeitung mangels rechtlicher Grundlage rechtswidrig ist<sup>52</sup>. Hier ist aber zu beachten, dass eine Hinweispflicht auf den Zweck der Datenerhebung und die Folgen einer möglichen Einwillungsverweigerung auf Nutzer, die freiwillig eigene personenbezogene Daten im Internet veröffentlichen und weitergeben, nicht recht passt. Es gehört heute zum common sense, dass im Internet veröffentlichte Daten einem weltweiten Publikum den

45 Lelley, Compliance im Arbeitsrecht Rn. 189; Weichert, AuR 2010, 100 (104).

46 Gola/Schomerus, BDSG 10. Aufl. 2010 § 28 Rn. 35a; Lelley, a.a.O., Rn. 190 f.

47 Eschenbacher, Datenerhebung im arbeitsrechtlichen Vertragsanbahnungsverhältnis, S. 159.

48 Vgl. <http://www.facebook.com/privacy/explanation.php>.

49 Vgl. oben unter II.

50 <http://www.facebook.com/privacy/explanation.php>.

51 Däubler, Gläserne Belegschaften?, 5. Aufl., § 4 Rn. 142.

52 Däubler, a.a.O.

Zugriff erlauben<sup>53</sup>. Daher ist die Hinweispflicht in § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG wegen der Anwendbarkeit des Informationsfreiheits nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1, Hs. 2 GG bei im Internet selber veröffentlichten personenbezogenen Daten im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung nicht anwendbar<sup>54</sup>. Berechtigte Interessen der Nutzer sind ausreichend geschützt. Denn sie können Einstellungen wählen, die das eigene Profil lediglich für andere Mitglieder des Netzwerkes bzw. sogar nur für die „befreundeten“ Mitglieder sichtbar werden lässt<sup>55</sup>. Und grundsätzlich besteht daneben derzeit die Möglichkeit der Einwilligung eines potentiellen Arbeitnehmers in die Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe von Information aus sozialen Netzwerken.

## V. Möglichkeit der Einwilligung nach Einführung des § 32l Abs. 1 BDSG-E?

Eine solche Einwilligung könnte jedoch künftig auf Grund des ebenfalls geplanten § 32l Abs. 1 BDSG-E nicht selten unwirksam sein. Nach dieser Vorschrift ist vorgesehen, dass Beschäftigte die Einwilligung in die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung ihrer personenbezogenen Daten in Abweichung von § 4 Abs. 1 BDSG lediglich in gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen erteilen darf. Diese geplante Einschränkung des Einwilligungstatbestands ist insbesondere im Hinblick auf die Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG äußerst brisant<sup>56</sup>. Denn Art. 7 lit. a) EG-Datenschutzrichtlinie sieht als Rechtfertigungsgrund für die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten gerade das Institut der Einwilligung durch den Beschäftigten vor<sup>57</sup>. Soll eine wirksame Einwilligung fortan nur noch in gesetzlich vorgesehenen Fällen möglich sein, würde der Arbeitnehmer in seiner Dispositionsfreiheit beschnitten werden.

Ein wesentliches Kriterium für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist das Merkmal der Freiwilligkeit. So muss der Arbeitnehmer gemäß Art. 2 lit. h) EG-Datenschutzrichtlinie seine Bekundung frei von Willensmängeln sowie in Kenntnis der Verwendung der personenbezogenen Daten abgeben. Würde dem Beschäftigten die Möglichkeit der Einwilligung nun von Gesetzgeberseite abgeschnitten, so käme dies einer Entmündigung der Beteiligten ohne einen zureichenden Grund gleich<sup>58</sup>. Die geplante Beschränkung durch § 32l Abs. 1 BDSG-E erfolgt nicht anhand einer Abwägung im konkreten Einzelfall, sondern beruht vielmehr auf Erwägungen rein abstrakter Natur. Hierin ist ein Verstoß gegen die EG-Datenschutzrichtlinie zu sehen. Auf Grund ihrer Ausprägung bewirkt die Richtlinie eine Vollharmonisierung, wodurch Deutschland als Mitgliedsstaat das Rechtfertigungsinstrument der Einwilligung nicht beschränken darf, um der besonderen Situation der Beschäftigten im Arbeitsverhältnis Rechnung zu tragen<sup>59</sup>.

## VI. Grenze zwischen freizeit- und berufsorientierten Netzwerken?

Nach dem Gesetzesentwurf werden gemäß § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E solche sozialen Netzwerke von der Beschränkung der Informationsbeschaffung ausdrücklich ausgenommen, die zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind. Selbst wenn man von einem überwiegenden Interesse der Bewerber ausgeht und auch eine rechtfertigende Einwilligung ablehnt, schließt sich sodann die Frage nach der Differenzierung der verschiedenen Netzwerk-Typen an. Die Einteilung der Netzwerke in freizeit- und berufsorientierte erscheint äußerst problematisch. Diese Schwierigkeit lässt sich insbesondere am Beispiel des weltweit größten sozialen Netzwerks facebook aufzeigen. Zwar mag dieses von seiner Grundidee her in erster Linie der Pflege der weltweiten Kontakte sowie der Unterhaltung seiner Mitglieder zu dienen bestimmt sein. Mittlerweile wird facebook jedoch auch verstärkt in beruflicher Hinsicht genutzt. Viele Unternehmen und sogar Staatsoberhäupter nutzen die Möglichkeit, sich mit ihrem Profil einer großen Mitgliederanzahl bei facebook zu präsentieren. Prominente Beispiele sind in diesem Zusammenhang etwa die facebook-Profile von Barack Obama als Präsident der USA, Nicolas Sarkozy als Präsident der Französischen Republik oder auch des deutschen Bundespräsidenten Christian Wulff<sup>60</sup>. Auf Grund dieser Präsenz ergibt sich zwangsläufig für Privatleute die Gelegenheit, in den Kontakt mit Unternehmen als potentiellen Arbeitgebern zu treten und umgekehrt. Im Rahmen der Zuordnung der eigenen Person zu einer Gruppe ist neben dem Merkmal etwa der Universität oder des aktuellen Wohnorts auch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Betrieb oder Unternehmen möglich. Eine strikte Abgrenzung ist auch nicht lebensnah. Denn in dem angeblich eher freizeitorientierten Netzwerk facebook ist z.B. eine große deutsche Luftfahrtgesellschaft mit einer mehrere zehntausend Mitglieder zählenden Community präsent. Bewerber lädt man ein, dort auch Mitglied zu werden. Eine klare Abgrenzung dürfte daher in der Praxis kaum durchführbar sein. Über das Problem der klaren Zuordnung helfen auch die Ausführungen der Gesetzesbegründung nicht hinweg, da ihnen diesbezüglich keinerlei Lösungsansätze zu ent-

53 Vgl. die Jugendkampagne „Watch your Web“ des Bundesministeriums für Verbraucherschutz aus dem Jahr 2009, die junge Menschen zum verantwortlichen Umgang mit personenbezogenen Daten im Internet animiert: <http://bit.ly/bhK8zq>.

54 Vgl. zur gleichgelagerten Problematik der verfassungskonformen Unanwendbarkeit von § 29 Abs. 2 BDSG: Däubler/Klebe/Weichert, a.a.O., § 29 Rn. 44.

55 Vgl. <http://www.facebook.com/privacy/explanation.php>.

56 Vgl. grundlegend dazu: Forst, RDV 2010, 150 ff.

57 Vgl. etwa <http://www.jurpc.de/aufsatz/19980037.htm>.

58 Thüsing, RDV 2010, 147 (148).

59 Forst, RDV 2010, 150 (153).

60 Alle einsehbar unter: <http://de-de.facebook.com/> (Stand: 21.10.2010).

nehmen sind. Bei einem Inkrafttreten des § 32 Abs. 6 BDSG-E in seiner geplanten Fassung sind zukünftig vor den Gerichten kaum lösbare Abgrenzungsschwierigkeiten zu befürchten.

## VII. Fazit

Art. 5 Abs. 1 GG stellt mit der Informationsfreiheit als Ausdruck unseres Demokratieverständnisses gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein ebenso gewichtiges Grundrecht dar. Die geplante Regelung in § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E zur Beschränkung der Recherche in sozialen Netzwerken ist ein verfassungsrechtlich zweifelhafter Eingriff in die Informationsfreiheit für Arbeitgeber.

Weiter ist die Unterscheidung zwischen „Netzwerken der Kommunikation“ und „Netzwerken zur Darstellung der beruflichen Qualifikation“ nicht praxisnah. Die digitale Lebenswirklichkeit der Beschäftigten sieht anders aus. Dort ist eine Differenzierung zwischen Kommunikation und Darstellung der Qualifikation oft nicht möglich, ja oft gar nicht gewünscht.

Insofern erscheint die geplante Regelung als geradezu unnötig. Im Rahmen der Abwägung sind ohnehin nur solche Bewerber-Daten zu berücksichtigen, die von Dritten, also auch von den Unternehmen, im Internet mit Hilfe von Suchmaschinen auffindbar sind. Sofern ein Bewerber gerade die Auffindbarkeit des ei-

genen Profils gewählt hat, ist es verfassungsrechtlich bedenklich, dass sich potentielle Arbeitgeber nicht über ebensolche frei zugänglichen Daten informieren dürfen sollen. Schließlich steht es Bewerbern vollkommen frei, auch durchaus vorteilhafte Informationen über sich selbst zur Verfügung zu stellen. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Mitgliedern, die von der einschränkenden Option keinen Gebrauch machen, ihre Profildaten gerade auch potentiellen Arbeitgebern gegenüber offenlegen wollen. Derartige Daten würden dann gegebenenfalls seitens der Unternehmen als positiv bewertet werden und können dem Bewerber mithin ebenso zum Vorteil gereichen.

Zum Ende noch ein kurzer Blick auf Grundsätzliches: Den Regelungen des BDSG wird schon lange ein „erheblicher Abschreckungswert“ für die Praxis vorgeworfen. Andere weisen darauf hin, dass der Gesetzestext lesbare und überschaubare Regelungen weitgehend konterkariert<sup>61</sup>. Ändert der neue Gesetzesentwurf hier etwas? Kaum. Im Gegenteil, der Bundesrat meint zu Recht in seiner Stellungnahme am 05.11.2010, die Regelung des Entwurfs seien teilweise nur schwer zur erschließen<sup>62</sup>. Hier hat man wohl, um's mit Golo Mann zu sagen, mehr als zuviel getan. ■

61 Vgl. Lelley, GmbHR 2009, R 209.

62 Drucksache 535/10 (Beschluss) vom 05.11.2010, S.2, Ziff. 1e)

Prof. Peter Gola, Königswinter\*

## Von Personalakten- und Beschäftigtendaten

### 1. Definitionen des Begriffs der Beschäftigtendaten

Das BDSG enthält seit der Novellierung zum 1.9.2009<sup>1</sup> mit § 32 BDSG eine Regelung zur Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses. Den Begriff der Beschäftigtendaten definiert das Gesetz nicht. Anders ist es in dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigungsverhältnisses vom 25. 8. 2010<sup>2</sup> bzw. den hierzu ergangenen Empfehlungen des Bundesrats vom 5.11.2010<sup>3</sup>.

Die Bundesregierung beschränkte sich in § 3 Abs. 12 E-BDSG auf den lapidaren Satz: „Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten von Beschäftigten“. In der Gesetzesbegründung heißt es: „Absatz 12 stellt klar, dass es sich bei den Beschäftigtendaten um per-

sonenbezogene Daten von Beschäftigten handelt“. Mit dieser Begriffsdefinition werden somit alle personenbezogenen Daten von Betroffenen erfasst, die zu dem in § 3 Abs. 11 BDSG aufgezählten Personenkreis zählen. Dass diese Daten der Zweckbestimmung des § 32 BDSG bzw. der §§ 32 ff des Gesetzesentwurfs dienen sollen, ist nicht gesagt.

Der Bundesrat formulierte anders, und zwar den Begriff auf den Zweckzusammenhang der §§ 32 ff E-BDSG eingrenzend, wie folgt: „Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten über Personen nach Abs. 11, die im Zusammenhang mit der Anbahnung, der Be-

\* Der Autor ist Vorstandsvorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V.

1 Gesetz vom 14. 8. 2009, BGBl I, S. 2814.

2 Abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de>; BR-Drs 535/10 vom 3.9.2010.

3 BR-Drs. 535/10 (Beschluss).