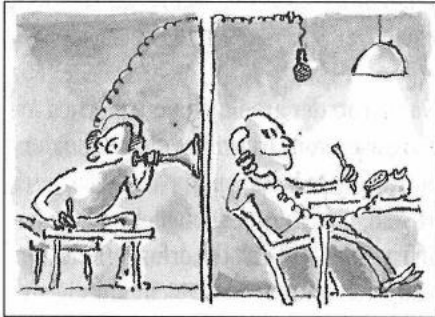


Das Fernsprechgeheimnis des Arbeitnehmers¹⁾



Telefonkontrolle entwürdigt Opfer und Täter.

Die Technik macht's möglich, daß Telefongespräche in nahezu unbegrenzter Weise kontrolliert werden können. Aber nicht alles, was die Technik zuläßt, ist erlaubt. Das Mithören und das Aufzeichnen von Telefongesprächen sowie die Zielnummerspeicherung unterliegen zahlreichen Beschränkungen.

Tücken des Telefons

Telefon als Arbeitsmittel

Viele Arbeitnehmer verbringen einen beträchtlichen Teil ihrer Arbeitszeit am Telefon. Nur bei oberflächlicher Betrachtung ist dies Ausdruck eines besonders ausgeprägten Bedürfnisses nach Kommunikation. Im Regelfall steht nicht der „Schwatz an der Strippe“, sondern die notwendige Abstimmung mit anderen im Vordergrund. Dies mag Ausdruck der Expansion des Dienstleistungssektors sein²⁾, hängt sicherlich aber auch damit zusammen, daß die zwischenbetriebliche Arbeitsteilung weiter verfeinert wird, was sich u. a. in der Verringerung der „Produktionstiefe“ niederschlägt³⁾.

Technische Veränderungen

Das immer häufiger benutzte Mittel „Telefon“ ist seinerseits gravierenden technischen Veränderungen ausgesetzt. Die Digitalisierung der Übertragung und der Vermittlungstechnik schafft zahlreiche neue „Leistungsmerkmale“ der Telefonanlagen⁴⁾. Die mögliche Verkoppelung mit betrieblichen DV-Systemen erweitert die Verarbeitungsmöglichkeiten von Telefonaten ins Unermeßliche. Es geht nicht mehr allein darum, Beginn und Ende eines Gesprächs nach Datum und Uhrzeit, vertelefonierten Einheiten und Zielnummer zu erfassen⁵⁾, vielmehr bietet die aktuelle Technik sehr viel weitergehende Möglichkeiten, die Kommunikation per Telefon festzuhalten und auszuwerten. Einige Beispiele mögen genügen⁶⁾:

- Die Installierung eines Lautsprechers beim Empfänger macht es für den Anrufer völlig unkontrollierbar, wer im einzelnen auf der anderen Seite am Gespräch teilhat.
- Durch Aufschaltanlage oder „Direktansprechen“ eines bestimmten Apparats kann „mitgehört“ werden, ohne daß einer der Gesprächsteilnehmer davon weiß.
- Die Nutzung des Merkmals „Anrufumleitung“ läßt Rückschlüsse über die Anwesenheit am Arbeitsplatz zu.
- In bezug auf einzelne Anschlüsse kann ein Nutzungsprofil erstellt werden, das sämtliche Anrufversuche, alle eingehenden Gespräche und alle hausinternen Verbindungen sowie eine gegebenenfalls praktizierte Anrufabschottung dokumentiert. Bei bestimmten Tätigkeiten kann eine Korrelation „am Telefon verbrachter Zeit“ zu „Umsatzerlösen“ von Interesse sein.

● Der Anrufer wird mit Hilfe eines elektronischen Telefonbuchs identifiziert; das Gespräch geht automatisch zu einem bestimmten Sachbearbeiter. Dieser erhält auf dem Bildschirm eine Reihe von Daten, die für das Gespräch mit dem Kunden nützlich sind.

Niemand wird behaupten wollen, daß überall von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird. Auch erlauben sie eine unterschiedliche Einschätzung. Während etwa das letztgenannte Beispiel prima facie als Arbeitserleichterung erscheint, besteht in den anderen Fällen das Problem, daß sich einzelne Beschäftigte in unangemessener Weise überwacht und kontrolliert fühlen. Dies kann sich negativ auf ihre Einstellung zur Arbeit auswirken; wer unter einem ständigen „Überwachungsdruck“ steht, wird Eigeninitiativen möglichst beschränken, um so immer auf der „sicheren Seite“ zu sein⁷⁾. Die Sensibilität gegenüber potentieller oder realer Überwachung ist im übrigen um so ausgeprägter, je stärker der einzelne einen Autonomiespielraum für sich beanspruchen kann und sich selbst als Experte, Wissen-

1) Der Beitrag wurde der Zeitschrift „Computer und Recht“, Heft 12/1994, S. 754, entnommen.

2) Linnenkohl, RDV 1992, 206.

3) Dazu etwa Däubler, Mitbestimmung und logistische Kette, in: Staehle-Sydow (Hrsg.), Managementforschung 3, Berlin 1993, S. 1 ff.; Wedde/Klöver, CR 1993, 93; vgl. auch Eickhoff/Kaufmann, BB 1990, 914: Immer bedeutendere Geschäfte am Telefon.

4) Dazu etwa Rofsnagel, CR 1993, 507 ff.; Wulf/Pordes, DuD 1993, 438.

5) So die traditionellen „Telefonaten“, wie sie etwa der Entscheidung BAG Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 zugrunde liegen.

6) Näher die in FN 4 zitierte Literatur.

7) Vgl. Simittis, NJW 1985, 403: „Wer ständig damit rechnen muß, daß jede seiner Handlungen registriert und bewertet wird, ist letztlich nur noch darauf bedacht, sich reflexions- und diskussionslos dem jeweils vorgegebenen und auf seine Einhaltung kontrollierten Verhaltensschema zu fügen.“

schaftler usw. sieht, der für seine Arbeit Verantwortung trägt⁸⁾.

Rechtliche Schranken

Diese personalpolitischen Erwägungen, die einem Einsatz des vorhandenen Überwachungspotentials Grenzen setzen, reichen als „Schutzschild“ für die Beschäftigten nicht aus. Beim „Mithören“ wie bei der Erfassung von „Telefondaten“ muß der Arbeitgeber vielmehr rechtliche Schranken beachten, die hier im einzelnen skizziert werden sollen. Die Tatsache, daß so gut wie keine „Abhörskandale“ aus dem Bereich der gewerblichen Wirtschaft oder gegenüber öffentlichen Bediensteten bekannt werden, legt die Vermutung nahe, daß die Arbeitgeberseite in aller Regel das bestehende Recht nicht nur respektiert, sondern seine Einhaltung auch als „vertrauensbildende Maßnahme“ versteht.

Zugriff auf Dienstgespräche

Mithören durch andere Personen

1. Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre

Nach einer neueren Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* kann sich ein Arbeitnehmer auch dann auf sein „Recht am eigenen Wort“ berufen, wenn er Dienstgespräche führt⁹⁾. Das Mithören stellt einen Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre dar, der der Rechtfertigung bedarf. Wann eine solche vorliegen kann, hat das *BVerfG* als Frage des einfachen Rechts nicht entschieden und insoweit lediglich auf eine „Güterabwägung“ verwiesen. Wichtig ist jedoch die weitere Aussage, der grundrechtliche Schutz des gesprochenen Wortes könne durch die bloße Kenntnis von einer Mithörmöglichkeit nicht beseitigt werden.

2. Drittwirkung und Art. 10 GG

Der Entscheidung liegt ein zutreffendes Bild von der abhängigen Arbeit zugrunde: Diese vollzieht sich nicht in einem grundrechtsfreien Raum, gewissermaßen einem besonderen Gewaltverhältnis privatrechtlicher Natur; auch bei der Arbeit selbst ist der Beschäftigte als Person und Grundrechtsträger zu achten. Der einfache Gesetzgeber hat dies unter anderem in § 75 Abs. 2 BetrVG ausdrücklich anerkannt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, zu dessen konkreten Erscheinungsformen auch das Recht am eigenen Wort gehört, ist dabei nichts anderes als ein Stück „Grundrechtsdrittwirkung“, das von der Rechtsprechung relativ früh entwickelt und dann auch ins Arbeitsrecht übernommen wurde¹⁰⁾. Insoweit bestand kein Anlaß, zur allgemeinen Drittwirkungsproblematik Stellung zu nehmen. Verwunderung kann allenfalls die Tatsache erwecken, daß das Fernsprecheheimnis des Art. 10 GG keine Erwähnung fand. Dies mag damit zusammenhängen, daß im konkreten Fall der Arbeitgeber Inhaber des Anschlusses war, Art. 10 GG aber nicht die Beziehungen zwischen verschiedenen Benutzern eines Anschlusses regelt¹¹⁾.

Auf der anderen Seite wäre es durchaus denkbar, Art. 10 GG jedenfalls dann bei der Bestimmung von Rechten und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen, wenn sich der Arbeitgeber oder eine von ihm beauftragte Person in die Rolle des heimlichen Überwachers begibt. Letztlich kann diese Frage freilich dahinstehen, da bei der Abwägung zwischen dem Recht am eigenen Wort und etwaigen konkurrierenden Rechtsgütern des Arbeitgebers oder der Allgemeinheit durchaus die Maßstäbe berücksichtigt werden können, die Art. 10 GG für Eingriffe vorsieht.

3. Handlungsgrundsätze

Legt man die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* zugrunde, so be-

steht zumindest keine allgemeine arbeitsvertragliche Pflicht, andere bei eigenen Telefongesprächen mithören zu lassen¹²⁾. Ebenso eindeutig entfällt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, sofern der Arbeitnehmer freiwillig seine Zustimmung erteilt¹³⁾.

Wann trotz der arbeitnehmertypischen Abhängigkeit von „freiwilliger“ Entscheidung die Rede sein kann, mag im Einzelfall streitig sein, kann hier jedoch nicht weiter vertieft werden¹⁴⁾. Fehlt die erforderliche Einwilligung, so muß das Recht am eigenen Wort nur dann zurücktreten, wenn andernfalls die Funktionsfähigkeit des Unternehmens beeinträchtigt wäre¹⁵⁾ — eine Voraussetzung, die nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen dürfte. Auch dann ist der Arbeitnehmer zu informieren; eine heimliche Einschaltung ist als weitergehender Eingriff in die Persönlichkeits-sphäre nur aus Gründen der Notwehr oder des Notstandes, z. B. dann zulässig, wenn drohende Straftaten wie etwa der Verrat von Geschäftsgeheimnissen auf andere Weise nicht verhindert werden können¹⁶⁾.

8) Vgl. *Wendeling-Schröder*, Autonomie im Arbeitsrecht, Möglichkeiten und Grenzen eigenverantwortlichen Handelns in der abhängigen Arbeit, Frankfurt/Main 1994.

9) *BVerfG* CR 1992, 498 ff., auch zum folgenden.

10) Näher *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, 254 ff.

11) In diese Richtung jedenfalls *BAG* EZA § 87 BetrVG 1972, Nr. 16, S. 152.

12) Ebenso *Blomeyer*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (im folgenden: *MünchArbR*), Bd. 1, München 1992, § 95 Rdnr. 9.

13) Vgl. *BGH* DB 1988, 1011.

14) Einige Überlegungen dazu bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Aufl., Köln 1993, Rdnr. 136 ff.

15) Ebenso *Linneknob*, RDV 1992, 205 sowie *Däubler* (FN 14), Rdnr. 113 ff. für Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht. *Wiese* (GK-BetrVG, 4. Aufl., Neuwied 1990, § 87 Rdnr. 391) verlangt ein unabweisbares Bedürfnis.

16) *LAG Berlin* DB 1988, 1024; *Wiese* (FN 15), § 87 Rdnr. 391.

Ein besonderes Maß an Vertraulichkeit genießt die Kommunikation mit der Personalabteilung; hier müssen die gleichen Grundsätze wie in bezug auf den Inhalt der Personalakte gelten, deren besonders sensible Teile unter Umständen nur ein oder zwei Sachbearbeitern zugänglich sein dürfen¹⁷⁾.

Informationen, die unter Verletzung der hier skizzierten Grundsätze gewonnen wurden, dürfen nicht in einen Prozeß eingeführt werden, da dies die Verletzung der Persönlichkeitssphäre perpetuieren würde¹⁸⁾. Insoweit besteht ein Verwertungsverbot.

Ergänzend sei noch darauf verwiesen, daß Routineansagen und -auskünfte nichts mit der Individualität des Sprechers zu tun haben und deshalb nicht unter den Schutz des Rechts am eigenen Wort fallen¹⁹⁾.

4. Information des Gesprächspartners

Die Rechtfertigung gegenüber dem Arbeitnehmer wirkt nicht gegenüber dem Gesprächspartner am anderen Ende der Leitung: Wird er nicht informiert, daß seine Worte von mehr als einer Person zur Kenntnis genommen werden, liegt ein unerlaubter Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre vor, sofern keine Notwehr- oder Notstandssituation gegeben ist.

Aufnahme auf Datenträger

Einen vergleichbaren Eingriff in das Recht am eigenen Wort stellt es dar, wenn nicht mitgehört, sondern das Gesagte auf Tonband festgehalten wird. Während im ersten Fall dem Sprechenden ein nichtgewollter Adressat aufgedrängt wird, wird hier eine Art Dauerhaftigkeit und Endgültigkeit geschaffen, die bei mündlichen Äußerungen nicht gewollt ist. Dies rechtfertigt es, dieselben Zulässigkeitsgrundsätze anzuwenden²⁰⁾. Auch § 201 StGB (Strafbarkeit der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) behandelt beide Fälle gleich.

Eine Notwehrsituation ist unter anderem dann gegeben, wenn Drohanrufe zu besorgen sind und die Aufnahme auf Datenträger die einzige Möglichkeit bietet, den Täter ausfindig zu machen und/oder die Ernsthaftigkeit der Drohung zu überprüfen. Allerdings darf in einem solchen Fall das Maß des Erforderlichen nicht überschritten werden; in der Praxis werden Tonbänder verwendet, auf die im Nichtbedrohungsfall niemand Zugriff hat und die die aufgenommenen Gespräche automatisch wieder löschen, daß neue Anrufe auf demselben Band aufgenommen werden.

Sehr viel weniger Probleme scheint die Erfassung der „äußeren Umstände“ aufzuwerfen, unter denen ein Telefongespräch geführt wird. Nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*²¹⁾ erfaßt der Schutzbereich des Art. 10 GG (Fernmeldegeheimnis) auch die Begleitumstände wie Existenz, Zeitpunkt und Dauer des Gesprächs, doch hat man — von der Ausnahme des *Verwaltungsgerichts Bremen* einmal abgesehen²²⁾ — auch insoweit nie ernsthaft versucht, die im Bürger-Staat-Verhältnis geltenden Grundsätze auf das Arbeits- oder Beamtenverhältnis zu übertragen²³⁾.

Telefondatenerfassung

1. Erfassung „äußerer Umstände“

Das Recht am eigenen Wort ist ersichtlich nicht betroffen; es liegt lediglich ein relativ geringfügiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Dieser läßt sich unschwer mit dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers rechtfertigen, Kosten zu sparen und das Arbeitsverhalten zu kontrollieren. Rechtsprechung und Literatur

sind sich deshalb im wesentlichen einig darüber, daß Tag und Uhrzeit des Gesprächs einschließlich Beginn und Ende sowie der vertelefonierten Einheiten per EDV festgehalten werden dürfen²⁴⁾. Dies ist zwar keineswegs über jede Kritik erhaben²⁵⁾, doch sind die Chancen gering, angesichts einer gefestigten Rechtsprechung und einer verbreiteten Praxis einen Wandel zu bewirken.

2. Speicherung von Zielnummern

Etwas offener ist die Situation im Hinblick auf die Frage, ob auch die Nummer des angerufenen Teilnehmers gespeichert werden darf. Das BAG hat die Frage zunächst dahinstehen lassen, da eine Betriebsvereinbarung über Telefondatenerfassung nicht am Maßstab der Grundrechte Dritter

17) Siehe den Fall BAG NZA 1988, 55: Nervenärztliche Zeugnisse müssen gegebenenfalls getrennt und in verschlossenem Umschlag aufbewahrt werden, um einen Zugriff auf solche Mitarbeiter der Personalabteilung zu beschränken, die diese Unterlagen bei ihren Entscheidungen benötigen. Eine Sonderbehandlung sehen die §§ 90 a BBG, 56 a BRRG für sogenannte Beihilfedaten der Beamten vor.

18) BAG NJW 1983, 1692 = DB 1983, 1827 = BB 1983, 1727. Die strafrechtliche Seite (§ 201 Abs. 2 StGB) soll hier ausgeklammert bleiben.

19) BGH DB 1988, 1011/12; *Eickhoff/Kaufmann*, BB 1990, 916; *Linnenkohl*, RDV 1992, 207.

20) LAG Berlin, DB 1988, 1024; *Wiese* (FN 15), § 87 Rdnr. 391.

21) BVerfGE 67, 157, 172.

22) VG Bremen NJW 1978, 66.

23) Siehe die ablehnende Entscheidung OVG Bremen NJW 1980, 606, die das Urteil des VG Bremen (FN 22) aufhob.

24) Siehe etwa BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrollleinrichtung Nr. 16; VGH Mannheim RDV 1991, 145; MünchArbR-Blomeyer, § 95 Rdnr. 10; *Wiese* (FN 15), § 87 Rdnr. 393 m. w. N.

25) *Däubler*, Gläserne Belegschaften? (FN 14), Rdnr. 486; *Latendorf*, CR 1987, 244.

zu messen sei²⁶⁾, gleichzeitig aber ausgeführt, das Fernsprechegeheimnis des Angerufenen schütze diesen nicht davor, daß das Gespräch als solches vom Anrufer festgehalten werde. Später ist dann die Zielnummernspeicherung ausdrücklich bejaht worden²⁷⁾, ohne daß dabei überhaupt auf die Rechtsstellung des Angerufenen eingegangen worden wäre. Dies hat scharfe Kritik provoziert²⁸⁾.

In der Tat hat das BAG verkannt, daß es einen Unterschied ausmacht, ob der einzelne Anrufer ein gelegentliches Gespräch im Notizbuch festhält oder ob mit Hilfe von Informationstechnologien jeder Anruf automatisch festgehalten wird: Persönlichkeitsgefährdungen sind im zweiten, nicht aber im ersten Fall zu besorgen. Auch eine datenschutzrechtliche Grundfrage ist nicht ersichtlich. Da man im Regelfall keine vertragliche oder vertragsähnliche Beziehung unterstellen kann, läßt sich die Speicherung nur mit der „Wahrung berechtigter Interessen der speichernden Stelle“ nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG rechtfertigen. Ein solches ist jedoch nicht ersichtlich; ob es sich wirklich um ein Dienstgespräch gehandelt hat und dieses im Rahmen der Arbeitsaufgaben notwendig war, läßt sich auch dann klären, wenn die Zielnummer nicht vollständig, sondern nur insoweit erfaßt wird, daß dem Anrufenden auf Rückfrage eine Identifizierung möglich bleibt.

3. Erstellung von Totalprofilen

Wenig erörtert ist die weitere Frage, ob auch alle zusätzlichen Daten, die durch die Umstellung auf ISDN und durch die Verknüpfung mit DV-Systemen anfallen²⁹⁾, gespeichert werden dürfen. Das Kostenargument spielt insoweit keine Rolle, so daß eine Rechtfertigung allein mit dem Kontrollaspekt in Betracht kommt. Wollte man hier alle Schleusen öffnen, könnte in bezug auf manche Arbeitsplätze ein totales „Arbeitsprofil“ erstellt werden. Ein wenig einflußreicher Personalleiter könnte dem ein-

zelnen Beschäftigten vorhalten, er habe das Gespräch mit X zu lange ausgedehnt und überdies Leute angerufen, die sich von selbst gemeldet hätten. Denkbar wäre auch der Vorwurf, man habe nicht oft genug versucht, eine andere Person anzurufen — auch derartige läßt sich ja festhalten.

Das Arbeitsrecht hat bislang keine sehr klaren Grenzen entwickelt, bis zu denen hin das Arbeitsverhalten kontrolliert werden darf. Dies mag damit zusammenhängen, daß die vorhandenen Kontrollkapazitäten aus gutem Grund bei weitem nicht ausgeschöpft werden, so daß Beschwerden wegen eines Übermaßes an Kontrolle in der betrieblichen Praxis relativ selten sind. Kommt es gleichwohl zu einem Konflikt, wird es dem Arbeitgeber schwerfallen, eine über die traditionelle Telefondatenerfassung hinausgehende Speicherung zu rechtfertigen: Je intensiver und fühlbarer die Kontrolle und damit der Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, um so gravierender muß das unternehmerische Interesse sein, das nur auf diesem Wege befriedigt werden kann. Dies hat etwa zur Folge, daß eine technische Aufzeichnung des gesamten Arbeitsverhaltens praktisch immer ausscheidet³⁰⁾. Den Arbeitnehmer zu zwingen, unter Bedingungen dauernder Überwachung zu arbeiten, würde überdies den Rahmen des Direktionsrechts verlassen, das keine „unbilligen“ Maßnahmen rechtfertigt³¹⁾.

4. Speicherdauer

Die Speicherung der Telefondaten darf nicht länger dauern, als dies vom Erhebungszweck her gerechtfertigt ist. Geht es nur um Kostenkontrolle, ist nach Ende einer Abrechnungsperiode kein Grund für die Fortdauer der Speicherung mehr ersichtlich, es sei denn, es wären Meinungsverschiedenheiten aufgetaucht. Soll gleichzeitig oder primär das Arbeitsverhalten kontrolliert werden, ist nach ein bis

zwei Monaten gleichfalls eine Löschung vorzunehmen, sofern sich keine Auffälligkeiten ergeben haben. Der einzelne Arbeitnehmer kann nach § 34 Abs. 1 S. 1 BDSG jederzeit einen Ausdruck der Daten verlangen³²⁾.

Zugriff auf Privatgespräche

Zulässigkeit von Privatgesprächen

1. Grundsatz

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, von Dienstapparaten aus Privatgespräche zu führen³³⁾. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Erwägung, daß die Sachen des Arbeitgebers in der Regel nur für Zwecke der Arbeit zur Verfügung stehen. Von diesem Prinzip gibt es allerdings eine Reihe nicht unwichtiger Ausnahmen.

2. Ausnahmen

Zum einen darf der Arbeitnehmer in Notfällen und bei Pflichtenkollisionen einen Dienstapparat auch für private Zwecke

26) BAG EzA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16, S. 161. Dies ist alles andere als überzeugend; so würde man etwa einer Betriebsvereinbarung, die strafbare Eingriffe in Rechte Dritter ermöglicht (z. B. das Anbringen von „Wanzen“ mit dem Segen der betrieblichen Interessenvertretung versieht), sicherlich die rechtliche Anerkennung versagen.

27) BAG RDV 1991, 79 = DuD 1992, 41.

28) Siehe insbesondere *Woblgemuth*, AuR 1991, 190 ff.

29) Siehe die Beispiele oben I.

30) Einzelheiten bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften? (FN 14), Rdnr. 116 ff., 173 ff.

31) Zur Ausübung des Direktionsrechts nach billigem Ermessen siehe zuletzt BAG DB 1994, 482 m. w. N.

32) Einzelheiten bei *Däubler*, CR 1991, 478 ff.

33) LAG Nürnberg LAGE § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 9; *Matthes*, CR 1987, 112; *Wiese* (FN 15), § 87 Rdnr. 135.

verwenden. Dies folgt aus der ungeschriebenen arbeitsvertraglichen Nebenpflicht, auf wesentliche Interessen des jeweiligen Partners Rücksicht zu nehmen³⁴. Auch der Gesetzgeber hat diesem Gedanken an verschiedenen Stellen Rechnung getragen. So kann nach § 14 ArbZG³⁵ in außergewöhnlichen Fällen von den Beschränkungen der Arbeitszeit abgewichen werden. Weiter kann der Arbeitnehmer nach § 616 BGB sogar Fortzahlung der Vergütung verlangen, wenn er wegen kollidierender Pflichten (z. B. Pflege erkrankter Kinder) nicht zur Arbeit in der Lage ist³⁶. In der Praxis machen solche Fälle kaum Schwierigkeiten; daß man im Krankenhaus anrufen darf, um sich nach dem Befinden eines Angehörigen zu erkundigen, oder daß man eine dringende Behördenangelegenheit telefonisch abklären kann, unterliegt keinem Zweifel. Dem Arbeitgeber steht es frei, statt dessen die Benutzung eines Münzfernsprechers während der Arbeitszeit zu gestatten.

Zum zweiten sind sogenannte Privatgespräche aus dienstlichem Anlaß zulässig. Paradebeispiele sind die sich in die Länge ziehende Sitzung oder die überraschend anberaumten Überstunden und der daraufhin erfolgende Anruf bei der Familie, man komme heute erst später nach Hause³⁷.

Zum dritten ist es in vielen Betrieben üblich, daß das Führen von Privatgesprächen (in der Regel) gegen Kostenübernahme gestattet ist. Bei Ortsgesprächen wird dabei oft eine Pauschale vereinbart, um so einen übermäßigen Abrechnungsaufwand zu verhindern. Die Erlaubnis kann ausdrücklich erklärt sein oder sich daraus ergeben, daß monatliche oder vierteljährliche Abrechnungen verschickt werden.

Schließlich ist — viertens — an den Fall zu denken, daß privates Telefonieren kraft Betriebsübung erlaubt ist, ohne daß eine Kostenübernahme durch die Beschäftigten erfolgt. Naheliegend ist Entsprechendes

insbesondere für Ortsgespräche, doch ist auch eine „Tolerierung“ von Ferngesprächen nicht von vornherein ausgeschlossen. Dabei muß man allerdings berücksichtigen, daß nicht schon das tatsächliche Verhalten der Beschäftigten eine „Betriebsübung“ begründet. Anders als bei der Gewährung von Sozialleistungen (wo diese Rechtsfigur entwickelt wurde) wird hier ein wirtschaftlicher Wert „angeeignet“ und nicht vom Arbeitgeber bewußt übertragen. Dies bedeutet, daß nur dann eine Betriebsübung in Betracht kommt, wenn der Arbeitgeber die Praxis kannte und während längerer Zeit (vier bis sechs Monate) nicht dagegen einschritt. Die Änderung des so geschaffenen Zustands ist nur im Konsens, notfalls mit Hilfe von Änderungskündigungen möglich³⁸. Auch im Beamtenverhältnis kann nicht einfach ein Verbot durch Verwaltungsakt ausgesprochen werden³⁹.

Schutz des Gesprächsinhalts

Angesichts des privaten Charakters der Gespräche kommt ein „Mithören“ oder eine Tonbandaufnahme noch weniger als bei Dienstgesprächen in Betracht. Eine Ausnahme ist lediglich in Situationen der Notwehr oder des Notstands denkbar.

Telefondatenerfassung

1. Notfälle

Ob und inwieweit Gesprächsdaten erfaßt werden dürfen, ist je nach Fallgruppe unterschiedlich zu beurteilen. In den „Notfällen“ wird typischerweise keine Regelung über das Führen von Privatgesprächen vorhanden sein, so daß die Erfassung wie die Kostentragung in gleicher Weise wie bei Dienstgesprächen erfolgt. Die Erfassung der Zielnummer stellt hier einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre dar, der sich — schon wegen der

relativen Seltenheit dieser Gesprächsart — schwerlich mit Kosten- oder Arbeitskontrollgesichtspunkten rechtfertigen läßt.

Die oben vertretene Unzulässigkeit der Zielnummernspeicherung bei Dienstgesprächen erhält hier zusätzliche Bestätigung: Solange beide Gesprächsarten nicht getrennt sind, ist eben auch der Fall des Privatgesprächs zu beachten.

2. Dienstlich veranlaßte Privatgespräche

Bestand ein dienstlicher Anlaß, so soll nach BAG⁴⁰ eine volle Gleichstellung mit Dienstgesprächen erfolgen, was — so BAG — auch die Erfassung der Zielnummer zur Folge hat. Zwar werde dadurch die Privatsphäre des Arbeitnehmers berührt, doch überwiege das Kontrollinteresse des Arbeitgebers; der Arbeitnehmer könne ja in reine Privatgespräche ohne Zielnummern Erfassung ausweichen.

Dem ist Verschiedenes entgegenzuhalten. Zum einen besteht die vom BAG genannte Ausweichmöglichkeit nur dann, wenn Privatgespräche generell gestattet sind; fehlt es hieran, dürfte das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers auch aus der

34) Zu den Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis grundlegend BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = DB 1985, 2197.

35) BGBI. 1994 I, 1171.

36) Überblick über die einzelnen Fälle bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2 (FN 10) unter 7.2.5.2.; Palandt/*Putzo*, BGB, 53. Aufl., München 1994, § 616 Rdnr. 6 ff.

37) Zu dieser Kategorie von Gesprächen siehe BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16, S. 159.

38) Zur Änderung der Betriebsübung siehe die Nachweise bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2 (FN 10), unter 3.4.6.

39) Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen RiA 1993, 202 sowie dazu den Kommentar von *Beckmann-Vable*, RiA 1993, 178 ff.

40) BAG EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16, S. 159 f.

Sicht des Gerichts überwiegen. Zum zweiten ist nicht einzusehen, den Arbeitnehmer auf die ihn finanziell belastende Alternative des reinen Privatgesprächs zu verweisen, wenn die Ursache für sein Aktivwerden in der Sphäre der Arbeit liegt. Nach allgemeinen Grundsätzen ist es Sache des Arbeitgebers, alle Geräte und anderen Mittel auf eigene Kosten bereitzustellen, die der Arbeitnehmer zur Erfüllung seiner Funktionen braucht⁴¹⁾. Dazu zählt auch die Möglichkeit, mit der Umwelt zu kommunizieren, um bei plötzlichen Änderungen Arbeit und „sonstiges Leben“ einigermaßen koordinieren zu können⁴²⁾. Die vom BAG genannte Ausweichmöglichkeit besteht daher nicht; die Zielnummernspeicherung ist auch insoweit unzulässig. Mißbräuche sind nicht zu besorgen; solange die Gesprächsdauer erfaßt wird, gerät der Arbeitnehmer in einen erheblichen Erklärungsnotstand, wenn er den Grund für längere Gespräche plausibel machen will.

3. Privatgespräche mit Kostenübernahme

Ist — wie in vielen Fällen — das private Telefonieren gegen Kostenerstattung erlaubt, scheidet auch nach Auffassung des BAG⁴³⁾ die Erfassung der Zielnummer aus. In der Tat ist hier kein irgendwie geartetes Interesse des Arbeitgebers an einer Kenntnisnahme ersichtlich. Ergeben sich Schwierigkeiten bei der Abrechnung, weil der Arbeitnehmer mit Gesprächen belastet wird, die er nicht selbst geführt hat oder an die er sich nicht erinnert, so kann er eine Zielnummernspeicherung verlangen; von dem Ausdruck darf allerdings neben der Abrechnungsstelle nur er selbst Kenntnis bekommen⁴⁴⁾.

Was die übrigen Telefondaten betrifft, so könnte es plausibel erscheinen, zumindest Beginn und Ende des Gesprächs dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen, der dadurch erfährt, welcher Teil der Arbeitszeit für private Zwecke verwendet wurde.

Auf der anderen Seite scheint es ein wenig widersprüchlich, Privatgespräche zu gestatten und sich gleichwohl darauf bezogene Kontrollrechte vorzubehalten: Wenn man schon die private Kommunikation freigibt, liegt darin eine Vertrauensbekundung des Inhalts, daß die Erledigung der Arbeitsaufgaben nicht leidet. Ob diese Erwartung zutrifft, läßt sich gegebenenfalls auf anderem Wege als über die Telefondaten erfassung feststellen. Es spricht daher mehr dafür, lediglich die Anzahl der vertelefonierten Einheiten zu erfassen und die entsprechenden Angaben nach Bezahlung umgehend zu löschen.

4. Privates Telefonieren kraft Betriebsübung

In der vierten Fallgruppe besteht in der Regel das Problem, daß keine unterschiedlichen Grundsätze zur Erfassung von Dienst- und von Privatgesprächen existieren werden. Wer privates Telefonieren in derart großzügiger Weise erlaubt, hat damit vertragliche Ansprüche geschaffen, deren Ausübung nur auf freiwilligem Wege einer EDV-mäßigen Kontrolle unterworfen werden kann — es sei denn, diese habe schon bei Entstehung der Betriebsübung bestanden. Allerdings ist dann für die Fallgruppen 1 und 2 (oben 1. und 2.) gegebenenfalls eine Regelung zu treffen, die eine Erfassung der Zielnummer ausschließt.

Bei Privatgesprächen darf nicht maschinell erfaßt werden, inwieweit zusätzliche Leistungsmerkmale, wie Weiterleitung von Gesprächen, aktiviert wurden.

Arbeitnehmer mit

Sonderstatus

Schutz von Berufsgeheimnissen

Sonderregelungen gelten in bezug auf solche Arbeitnehmer, die ihr dienstlich er-

worbenes Wissen gemäß § 203 StGB (Strafbarkeit wegen der Verletzung von Privatgeheimnissen) nicht an Dritte weitergeben dürfen. Zu diesen Dritten zählt auch der Arbeitgeber. Nach der Rechtsprechung des BAG ist es deshalb unzulässig, bei den von einem angestellten Psychologen geführten Telefongesprächen die Zielnummern zu erfassen, da dies Rückschlüsse auf die Identität der betreuten Personen zulassen würde⁴⁵⁾. Dasselbe ist bei Ärzten und Angehörigen anderer Heilberufe sowie bei Ehe-, Erziehungs- und Jugendberatern, bei Beratern für Suchtfragen sowie bei staatlich anerkannten Sozialarbeitern und Sozialpädagogen anzunehmen, da sie von § 203 Abs. 1 StGB in gleicher Weise erfaßt sind.

Soweit Gerichtsreferendare oder Hochschullehrer die Funktion eines Rechtsanwalts ausüben — was u. a. nach § 138 StPO im Strafverfahren in Betracht kommt —, sind auch sie vor einer Erfassung der Zielnummern zu schützen. Dasselbe gilt in bezug auf Journalisten bei Presse, Rundfunk und Fernsehen: Das ihnen in den §§ 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO und 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO eingeräumte Zeugnisverweigerungsrecht, darf nicht dadurch unterlaufen werden, daß durch Zielnummernspeicherung (oder gar durch Speicherung eingehender Gespräche) Rückschlüsse auf die Informationsquelle ermöglicht werden. Dem entspricht die Vorschrift des § 41 Abs. 3 S. 2 BDSG, wonach selbst ein durch die Berichterstattung in seinem Persönlichkeits-

41) BAG DB 1976, 827: Keine Kostenbeteiligung der Arbeitnehmer an Sicherheitsschuhen; vgl. weiter BAG BB 1983, 637; LAG Düsseldorf BB 1978, 611.

42) Das BAG (FN 40, S. 159) hält es immerhin für möglich, daß der Arbeitgeber zur Kostentragung verpflichtet sein könnte.

43) Siehe FN 40.

44) Siehe den Fall OVG Nordrhein-Westfalen RIA 1993, 202; wie hier MünchArbR-Blomeyer, § 95 Rdnr. 11.

45) BAG DB 1987, 1153.

recht Verletzter die Mitteilung des Informanten nicht verlangen kann.

Auch in bezug auf Geistliche dürften dieselben Grundsätze gelten — ob das BDSG auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften als für alle geltendes Gesetz anwendbar ist⁴⁶⁾, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, da Berufsgeheimnisse sowieso nach § 1 Abs. 4 Satz 2 BDSG den Vorrang haben⁴⁷⁾.

Beschäftigte mit fachlicher Unabhängigkeit

Die vom BAG bei Dienstgesprächen gebilligte Erfassung der Zielnummer stößt auch dann auf Bedenken, wenn dadurch die Tätigkeit von Beschäftigten kontrolliert werden kann, die fachliche Unabhängigkeit besitzen und insoweit auch gegen „Vorhaltungen“ im Sinne unzumutbaren Verhaltens geschützt sind. Zu denken ist dabei in erster Linie an die Richter⁴⁸⁾, die niemandem darüber Rechenschaft zu geben haben, weshalb sie in einer bestimmten Rechtssache eine Auskunft eingeholt oder mit einem Prozeßvertreter telefoniert haben.

Auch beim betrieblichen Datenschutzbeauftragten sowie bei den Immissionschutz- und Störfallbeauftragten⁴⁹⁾ darf die Unabhängigkeit in der Ausübung der Fachkunde nicht durch eine Reglementierung des Telefonverhaltens beschränkt werden. Besteht den Umständen nach der Verdacht des Mißbrauchs, ist nicht anders als bei sonstigen Pflichtverletzungen zu verfahren; werden in Wahrheit massenhaft Privatgespräche geführt, ist dies genau wie entsprechendes innerbetriebliches Verhalten oder schlichte Untätigkeit zu behandeln.

Wissenschaftler

Einen spezifischen Schutz gegen Kontrolle vermittelt auch das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG.



Am Telefon arbeiten ohne Angst, das geht nur ohne Kontrolle.

Dies in zweifacher Hinsicht. Zum einen ist die Datenerhebung für wissenschaftliche Zwecke in gewissem Umfang privilegiert, was zur Folge hat, daß die so gewonnenen Daten nur zu Zwecken der Forschung verwendet werden dürfen⁵⁰⁾. Konkret bedeutet dies, daß nicht-wissenschaftliche Stellen keinen Zugriff auf diese Daten nehmen dürfen. Die Haushaltsabteilung einer Universität darf daher Telefondaten nur insoweit erfassen, als daraus keine Rückschlüsse auf Interviewpartner möglich sind. Weiter muß die Speicherung von Forschungsergebnissen so erfolgen, daß eine Verknüpfung mit anderen Daten ausscheidet.

Neben diesem „Informantenschutz“ steht der Schutz des Wissenschaftlers selbst, der seine Methoden grundsätzlich frei wählen kann und dem ein unentziehbares Recht auf wissenschaftliche Kommunikation zusteht⁵¹⁾.

Auch insoweit muß eine Zielnummernerfassung ausscheiden, obwohl einzuräumen ist, daß weder in Hochschulen noch in Industriebetrieben entsprechend verfahren wird. Dem Arbeitgeber bleibt jedoch das Recht, quantitative Grenzen zu ziehen und bei Überschreitung einer be-

stimmten Kostenhöhe eine besondere Begründung zu verlangen.

Betriebliche Interessenvertretungen

Eigener Telefonanschluß

Für Betriebsräte wie für Personalräte stellt sich als erstes die Frage, inwieweit ein eigener Amtsanschluß oder eine eigene Nebenstelle mit Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zum notwendigen Geschäftsbedarf nach § 40 BetrVG gehört. Nach ganz überwiegender Auffassung ist dies zu

46) Dazu *Dammann*, in: *Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*, Kommentar zum BDSG, Loseblatt (Stand: Juli 1994), § 2 Rdnr. 82 ff.

47) *Ordemann/Schomerus/Gola*, BDSG, 5. Aufl., München 1992, § 39 Anm. 1.1.

48) Die Frage blieb dahingestellt in *VGH Baden-Württemberg* RDV 1991, 145.

49) Zu ihrer Rechtsstellung *Ebrich*, DB 1993, 1772.

50) § 40 BDSG; dazu *Däubler*, *Gläserne Belegschaften?* (FN 14), Rdnr. 181 a.

51) Dazu *Wendeling-Schröder* (FN 8), S. 215 ff.; *Däubler* NZA 1989, 945 ff.



Wer kontrolliert mit wem und wie wir telefonieren, dem gegenüber sind wir bloßgestellt. Vor dieser Situation soll uns der verfassungsrechtliche Schutz der Persönlichkeitssphäre bewahren.

bejahen; lediglich in Kleinbetrieben ist die (unkontrollierte) Mitbenutzung eines Arbeitgeberanschlusses ausreichend⁵²). Nur in einem Sonderfall hat das BAG eine abweichende Position vertreten⁵³, insoweit aber heftige Kritik erfahren⁵⁴). Mit Rücksicht auf die Funktion des Betriebsrats, die sich nicht auf die Regulierung von Betriebsinterna beschränkt⁵⁵, ist dieses Ergebnis unabweisbar. Auch würde es die Unabhängigkeit vom Arbeitgeber beeinträchtigen, müßte für jedes Telefongespräch erst eine Genehmigung eingeholt werden⁵⁶.

Zugriff auf den Gesprächsinhalt

Keine zusätzlichen Probleme wirft das Recht der Betriebsrats- und Personalratsmitglieder am eigenen Wort auf; der Arbeitgeber kann ebensowenig wie bei Privatgesprächen mithören oder eine unbemerkte Tonbandaufnahme veranlassen⁵⁷.

Telefondatenerfassung

Bei der Telefondatenerfassung hat das BAG eine wenig einsichtige Differenzie-

rung vorgenommen: Bei Ferngesprächen soll auch die Zielnummer festgehalten werden dürfen, während dies bei Gesprächen im Orts- und Nahbereich ausscheiden soll⁵⁸). Der Hinweis auf die unterschiedlichen Kosten kann als Rechtfertigung nicht ausreichen, da sowohl der Persönlichkeitsschutz wie auch die Unabhängigkeit der Interessenvertretung nicht davon abhängen, ob es um DM 30 oder DM 200 im Monat geht. Schließt man nicht — wie dies hier vertreten wird⁵⁹ — die Erfassung der Zielnummer von vornherein aus, so lassen sich Maßstäbe anhand anderer Konstellationen gewinnen, in denen der Arbeitgeber mit den Kosten der Betriebsratsarbeit belastet wird, ohne deshalb jedoch eine Totalkontrolle praktizieren und so die Unabhängigkeit und damit auch die Kontrollfunktion des Betriebsrats bzw. Personalrats aushöhlen zu können:

Meldet sich ein Betriebsratsmitglied vom Arbeitsplatz ab, muß die beabsichtigte Betriebsratsstätigkeit nur in „groben Zügen“ angegeben werden⁶⁰). Bei der Kostenverursachung im Rahmen des § 40 BetrVG kommt es nicht darauf an, ob diese erforderlich waren, sondern allein darauf, ob der Betriebsrat sie „für erforderlich halten durfte“⁶¹). Legt man diese Kompromißlinie

zwischen „Kostenkontrolle“ und „Unabhängigkeit“ zugrunde, so geht es letztlich darum, eine inhaltliche Kontrolle des Betriebsratshandelns durch den Arbeitgeber zu verhindern. Diese würde jedoch ermöglicht, stünde dem Arbeitgeber eine Aufstellung der angerufenen Nummern zur Verfügung. Wollte man auf der anderen Seite keinerlei „Beteiligung“ des Arbeitgebers zulassen, könnte der Betriebsrat in beliebigem Umfang Gespräche führen, die mit seiner Funktion nichts zu tun haben.

Sinnvoll ist deshalb allein eine Lösung, die dem Betriebsrat eine bestimmte Pauschalsumme für Telefonkosten zuweist, auf die Erfassung der Zielnummern jedoch verzichtet. Bei der Bestimmung der Summe hat der Betriebsrat — ähnlich wie in anderen Fällen des § 40 BetrVG — eine Einschätzungsprärogative, die sich insbesondere darauf stützen wird, was sich in der Vergangenheit als notwendig erwiesen hat. Fehlen solche Daten, muß der Betriebsrat „in groben Zügen“ beschreiben, welche Art von Gesprächen er voraussichtlich im Rahmen eines Monats oder eines Viertel-

52) *Blanke*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Schneider* (im folgenden: *DKKS*) *BetrVG*, Kommentar für die Praxis, 4. Aufl., Köln 1994, § 40 Rdnr. 79; *Hess/Schlochbauer/Glaubitz* (im folgenden: *HSG*), Kommentar zum *BetrVG*, 4. Aufl., Neuwied 1993, § 40 Rdnr. 85, jeweils m. w. N.

53) *BAG* RDV 1991, 79. Es ging um einen Personalrat bei den amerikanischen Streitkräften, der über einen Hauptanschluß im militärischen Netz verfügte und auch einen Hauptanschluß für das Netz der *Deutschen Bundespost* haben wollte.

54) *Woblgemuth*, *ArbuR* 1991, 191.

55) *Plander*, *ArbuR* 1993, 161.

56) Näher dazu *Däubler*, in: *DKKS* (FN 52), Einl. Rdnr. 68.

57) *HSG* (FN 52), § 40 Rdnr. 85.

58) *BAG* RDV 1991, 79.

59) Oben II. 3.

60) *BAG* AP Nr. 36 zu § 37 *BetrVG* 1972; weitere Nachweise bei *Blanke*, in: *DKKS* (FN 52), § 37 Rdnr. 44.

61) Siehe etwa *Weiss-Weyand*, *BetrVG*, 3. Aufl., Baden-Baden 1994, § 40 Rdnr. 2.

jahres führen wird; soweit dadurch nicht der Bereich des Vertretbaren überschritten wird, hat er Anspruch auf ein entsprechendes finanzielles Kontingent. Angesichts der weitgehenden Übereinstimmung von § 44 BPersVG mit § 40 BetrVG kann für den Personalrat nichts Abweichendes gelten⁶².

Veränderungen des Verarbeitungsrahmens durch Kollektivvertrag

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Der Datenschutz am Arbeitsplatz ist denkbarer Gegenstand eines Tarifvertrags, da es sich um eine „Arbeitsbedingung“ handelt⁶³. In der Praxis sind jedoch Betriebsvereinbarungen ungleich bedeutsamer. Da die Telefondatenerfassung unter § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bzw. unter § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG fällt⁶⁴, kann eine Regelung notfalls mit Hilfe der Einigungsstelle erzwungen werden.

Einschränkung des Verarbeitungsrahmens

Keine rechtlichen Bedenken bestehen dagegen, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung die Telefondatenerfassung und -auswertung zu beschränken, z. B. nur die Erhebung der vertelefontierten Einheiten zuzulassen. Entsprechende tarifliche Regelungen (die allerdings in der Praxis — soweit ersichtlich — nicht vorkommen), würden nicht an Grundrechten des Arbeitgebers scheitern, zumal in manchen Betrieben noch immer so verfahren wird und außerdem auch die Bundespost über Jahrzehnte hinweg nur die Gebühren als solche erfaßte. Auch ein entsprechender Einigungsstellenspruch wäre nicht ermessensmißbräuchlich, es sei denn, im Betrieb bzw. in der Dienststelle wäre in der

Vergangenheit nachweislich in weitem Umfang mißbräuchlich für private Zwecke telefoniert worden⁶⁵.

Erweiterung des Verarbeitungsrahmens

Sehr viel mehr Probleme wirft die Frage auf, ob der Verarbeitungsrahmen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung auch erweitert werden kann.

Das BAG hat eine solche „Grenzverschiebung“ mit dem Argument zugelassen, die Betriebsvereinbarung sei eine „Erlaubnisnorm“ im Sinne des § 3 S. 1 Ziffer 1 BDSG 1977 (= § 4 Abs. 1 BDSG 1990)⁶⁶. Dem wird allgemein insoweit zugestimmt, als Betriebsvereinbarungen (und Tarifverträge) unter § 4 Abs. 1 BDSG subsumiert werden⁶⁷, doch wird von einem Teil der Literatur vertreten, eine Unterschreitung des Schutzniveaus des BDSG sei nicht möglich⁶⁸. Dabei stellt sich dann allerdings die Frage, worin überhaupt die Funktion einer solchen Zulassungsnorm bestehen kann; allenfalls kommt in Betracht, daß sie den Schutz gleichzeitig in einer Hinsicht erweitert, in einer anderen jedoch einschränkt.

Geht man diesen Weg, ergeben sich ungewöhnlich schwierige Abgrenzungsprobleme, für die der Streit um das Parallelproblem der „Günstigkeit“ im Arbeitsrecht reichliches Anschauungsmaterial liefert⁶⁹. Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen, da auch nach Auffassung des BAG und des ihm insoweit folgenden Teils der Lehre jedenfalls das zwingende Recht zu beachten ist, wozu unter anderem auch der Persönlichkeitsschutz nach § 75 Abs. 2 BetrVG zählt. Deshalb sind kaum Fälle denkbar, in denen das Schutzniveau des BDSG eindeutig unterschritten würde⁷⁰. So kann etwa das Mitihören oder die heimliche Aufnahme auf Tonband nicht durch Betriebsvereinbarung (oder Tarifvertrag) festgelegt wer-

den⁷¹. Auch eine unzulässige Zielnummernerkennung kann nicht auf diese Weise legalisiert werden, da den Betriebs- wie den Tarifparteien insoweit jede Legitimation fehlt⁷². Der gesetzliche „Normalstandard“ bietet einen angemessenen Ausgleich zwischen den Kontroll- und Kosteninteressen des Arbeitgebers und dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler,
Universität Bremen

62) Einzelheiten bei *Altwater* u. a., Bundespersonalvertretungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1990, § 44 Rdnr. 27 ff. m. w. N.

63) *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rdnr. 823, 885; *Wohlgemuth*, WSI-Mitt. 1979, 442.

64) *BAG* Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 15 (zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG); *BVerwG* PersR 1985, 75 und *OVG Nordrhein-Westfalen* PersR 1992, 410 (zu § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG); aus der Lit. siehe etwa *Rofsnagel*, CR 1993, 507.

65) Zu Gestaltungsmöglichkeiten durch Betriebsvereinbarung vgl. *Klebe*, in: *DKKS* (FN 52), § 87 Rdnr. 166 m. w. N.; siehe weiter *Fangmann*, AiB 1994, 135 ff., 203 ff.

66) *BAG* Eza § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16.

67) Siehe die Nachweise bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften? (FN 14), Rdnr. 478 FN 290 sowie bei *Simitis*, in: *Simitis* u. a. (FN 46), § 4 Rdnr. 11.

68) Siehe die Nachweise bei *Simitis* (FN 67), § 4 Rdnr. 16.

69) Überblick über den Diskussionsstand bei *Däubler*, Tarifvertragsrecht (FN 63), Rdnr. 188 ff.; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, Rdnr. 156 ff.

70) Richtig *Ordemann/Schomerus/Gola* (FN 47), § 4 Anm. 2.5.

71) *Wiese* (FN 15), § 87 Rdnr. 391 a. E.

72) Zur Bindung an das informationelle Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Arbeitnehmer siehe *Däubler*, Gläserne Belegschaften? (FN 14), Rdnr. 479 ff.