

## **Handschriftliche Notizen des Arbeitgebers – ein Problem des Datenschutzes?**

Der Trend geht in Richtung auf die elektronische Personalakte. Traditionelle Urkunden, in einer „Akte“ zusammengefasst oder in einem Leitz-Ordner abgeheftet, treten immer mehr in den Hintergrund. Doch die „alten Techniken“ werden keineswegs völlig verdrängt. Auch heute noch gibt es in vielen Unternehmen neben der elektronischen die manuell geführte Personalakte, und in vielen Kleinbetrieben hat sich am überkommenen System überhaupt nichts geändert. Diese „Koexistenz“ von alter und neuer Technik findet sich im Übrigen nicht nur hier. Beim Lidl-Skandal standen zwar die versteckten Kameras im Mittelpunkt des öffentlichen Interesses, aber für die Betroffenen war es mindestens genauso schmerzlich, dass in vielen Niederlassungen „Warenhausdetektive“ aufgetaucht waren: angeblich sollten sie nur Diebstähle durch Kunden verhindern, in Wirklichkeit beobachteten sie die Beschäftigten und schrieben detaillierte Berichte.<sup>1</sup> „Verdeckte Ermittler“ dieser Art sind allemal klüger als so eine Kamera...

### **Wann schreibt man noch mit Hand?**

Die manuell geführte Personalakte, in der sich auch handschriftliche Vermerke befinden, ist nur eine Erscheinungsform der „alten Technik“. Daneben gibt es vier weitere Anwendungsfälle, um die man sich bisher so gut wie gar nicht gekümmert hat.

- Über viele Vorgänge im Betrieb werden mit Hand Notizen angefertigt, in denen sich selbstredend auch personenbezogene Daten befinden. Der Personalleiter notiert sich Stichworte während eines Gesprächs, die er später zu Rate zieht, wenn er definitiv über Versetzung oder Kündigung entscheiden muss. Der Pförtner schreibt die Kommens- und Gehenszeiten auf. Bei Sitzungen tragen sich alle in eine Liste ein, was die Anwesenheit dokumentiert und später in unterschiedlichsten Zusammenhängen Bedeutung gewinnen kann.

---

<sup>1</sup> S. den Bericht der baden-württembergischen Aufsichtsbehörde für den Datenschutz, abgedruckt in RDV 2008, 216

- Vorgesetzte machen sich Notizen über das Verhalten ihrer Untergebenen. Festgehalten wird z. B., wie oft jemand fehlte oder „Ausschuss“ produzierte. „Offiziell“ soll es nicht erfasst werden, weil dies Rückfragen aller Art provozieren würde und möglicherweise der Gedanke aufkäme, dass auch der Vorgesetzte nicht alles richtig gemacht habe. Aber Bescheid zu wissen und nachschauen zu können, ist immer gut...
- Bei manchen Schreiben wie z. B. bei Dienstzeugnissen wird zuerst ein handschriftlicher Entwurf gemacht. Der Gebrauch von Textbausteinen ist im Betrieb noch nicht Praxis; außerdem ist man vielleicht der gar nicht so abwegigen Ansicht, Zeugnisse müssten immer individuell gestaltet sein, da man nur so dem Beurteilten mit allen seinen Besonderheiten gerecht werden könne.
- Der Vorgesetzte oder ein Arbeitskollege schreibt ein Tagebuch über alles, was er so im Laufe eines Arbeitstags erlebt. Gewissermaßen Günter Wallraff im Kleinformat. Bei manchen dient es nur dem Festhalten von Erinnerungen, bei andern hat es auch oder vorwiegend den Sinn, bestimmte Vorgänge zu dokumentieren, um sie im Ernstfall besser beweisen zu können.

### **Der neue rechtliche Rahmen**

Das BDSG war bis auf kurzem in allen diesen Fällen nicht anwendbar. Nach seinem § 27 Abs.1 setzte es voraus, dass die personenbezogenen oder personenbeziehbaren Daten sich entweder in einer „Datenverarbeitungsanlage“ befanden oder jedenfalls aus einer Datei stammten. Bei letzterer muss es sich nach § 3 Abs.2 Satz 2 BDSG um eine „Sammlung personenbezogener Daten (handeln), die gleichartig aufgebaut ist und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann.“ Man muss also beispielsweise unschwer feststellen können, wer nach dem 31. 12. 1959 geboren ist oder wer über 5000 Euro im Monat verdient. Vor dem EDV-Zeitalter war dies z. B. mit Lochkarten möglich. Die bloße von Hand geführte Personalakte, bei der die einzelnen Dokumente in zeitlicher Reihenfolge eingeordnet sind, erfüllt den Dateibegriff nicht, so dass das BDSG keine Anwendung fand.<sup>2</sup> Erst recht galt dies natürlich für die anderen von Hand hergestellten Notizen und Papiere. Allerdings fand schon bisher auch in diesen Fällen § 83 BetrVG Anwendung, der dem

---

<sup>2</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften? 5. Aufl. 2010, Rn 58; Klug RDV 2001, 267; Schierbaum PersR 2001, 277; Wedde AiB 2001, 373.

Arbeitnehmer ein Recht auf Einsichtnahme in seine „Personalakte“ gewährt: Dieser Begriff wird nicht „formell“ (es steht „Personalakte“ drüber), sondern „materiell“ in dem Sinne interpretiert, dass alle auf den Einzelnen bezogenen Angaben darunter fallen, ohne dass es darauf ankommt, in welchem Kontext sie stehen.<sup>3</sup> Erfasst sind damit grundsätzlich auch handschriftliche Notizen, wobei für das echte „Tagebuch“ natürlich eine Ausnahme gilt.

Diese Rechtslage hat sich mit dem am 1. 9. 2009 in Kraft getretenen § 32 BDSG geändert, der erstmals den „Beschäftigtendatenschutz“ ausdrücklich regelt.<sup>4</sup> Nach dem Abs. 2 dieser Vorschrift ist der neu geschaffene § 32 Abs.1 BDSG auch anzuwenden, „wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“ Das ist zwar so formuliert, dass es auch den gutartigsten und lernwilligsten Menschen von einer näheren Befassung mit dem Datenschutz abhalten kann, aber der Sinn ist jedenfalls für Eingeweihte klar: Für Beschäftigtendaten spielt es keine Rolle mehr, ob sie in einer (elektronischen oder manuellen) Datei erfasst sind. Auch das schlichte Schreiben, mit dem Urlaub bewilligt wird, unterliegt von nun an dem § 32 Abs. 1 BDSG, und dasselbe gilt selbstredend für handschriftliche Notizen über Gespräche und für Anwesenheitslisten, weil beide personenbezogene Daten von Beschäftigten enthalten.

## **Konsequenzen**

Was folgt daraus, dass nunmehr § 32 Abs.1 BDSG auch für solche manuellen Daten gilt? Soweit ersichtlich, hat man sich darüber noch relativ wenig Gedanken gemacht, was nicht zuletzt damit zusammenhängen mag, dass viele Datenschützer durch gravierendere Problemstellungen wie Ortungssysteme, Erfassung biometrischer Merkmale, RFID-Einsatz und die altbekannte Videokamera absorbiert sind.

§ 32 Abs.1, der nunmehr auch für manuell erhobene Daten gilt, ist die „Grundnorm“ des neuen Beschäftigtendatenschutzes. Ähnlich wie der bisher auch den Arbeitnehmerdatenschutz erfassende § 28 Abs.1 Satz 1 BDSG stellt er in Satz 1 auf die „Erforderlichkeit“ der

---

<sup>3</sup> Für den materiellen Personalaktenbegriff BAG AuR 1981, 124 und zuletzt BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Personalakte; aus der Literatur s. die Nachweise bei Däubler/Kittner/KlebeWedde-Buschmann, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 83 Rn 2; Fitting, BetrVG, 25. Aufl. 2010, § 83 Rn 5.

<sup>4</sup> Zum Begriff des „Beschäftigten“, der viel weiter ist als der des Arbeitnehmers, s. § 3 Abs.11 BDSG und dazu Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 183.

Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten ab, und zwar auf die Erforderlichkeit für die „Begründung, Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses.“ Satz 2 enthält dann eine Sondervorschrift für die Aufdeckung von Straftaten; Erhebung, Verarbeitung und Nutzung sind zu diesem Zweck nur erlaubt, wenn „zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat.“ Sie ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von unmittelbarem Interesse.<sup>5</sup>

Die Unterstellung von handschriftlich festgehaltenen Daten unter § 32 Abs.1 Satz 1 hat zur Folge, dass sich die Erforderlichkeit nicht nur auf die Erhebung, sondern auf jede Art von Verarbeitung bezieht. Erfasst ist damit auch die Weitergabe an Dritte sowie die „Entsorgung“ im Papierkorb, die vom datenschutzrechtlichen Begriff der Löschung nach § 35 BDSG erfasst wird. Was nicht aus dem Computer gelöscht werden dürfte, darf auch nicht weggeworfen werden. Umgekehrt müssen unrichtige Aussagen vernichtet werden. Sie nur zu überkleben, würde nicht ausreichen.<sup>6</sup>

### **Anwendungsfall Personalakte und sonstige Aufzeichnungen**

Von Hand geschriebene Papiere in der Personalakte sind nicht anders als digitale zu behandeln. Auf Verlangen müssen sie dem Betroffenen nach § 83 BetrVG vorgelegt werden. Soweit andere Personen wie Familienangehörige erfasst sind, deren persönliche Daten z. B. für die Gewährung von Sozialleistungen erforderlich sind, greift das Auskunftsrecht nach § 34 BDSG ein. Zwar handelt es sich insoweit nicht unmittelbar um Beschäftigendaten, so dass § 32 Abs.2 BDSG an sich keine Anwendung findet. Dennoch ist der Sachzusammenhang so eng, dass eine Differenzierung schwer einleuchten würde. Entweder wendet man daher § 32 Abs.2 entsprechend an oder man leitet ein Einsichtsrecht des „Dritten“ aus allgemeinen Grundsätzen des Persönlichkeitsschutzes her.

Praktische Schwierigkeiten ergeben sich bei den Gesprächsnotizen und Listen, die in dienstlichem Zusammenhang angefertigt werden. Auch hier besteht ein Recht auf Kenntnisnahme bzw. Überprüfung, was sich schon bisher aus dem materiellen Personalaktenbegriff ergab und nunmehr durch § 32 Abs.2 BDSG bestätigt wird. Dies dürfte

---

<sup>5</sup> Zu den durch diese Vorschrift aufgeworfenen Fragen s. Däubler/Klebe/Wedde/Weichert-Wedde, BDSG, Kompaktcommentar, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn 125 ff. und Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 427a ff.

<sup>6</sup> So schon LAG Köln RDV 1989, 131 auf der Grundlage allgemeiner Prinzipien des Persönlichkeitsschutzes.

allerdings in den Betrieben noch wenig bekannt sein, so dass zusätzliche psychologische Schranken zu überwinden sind, wenn man mit dem geltenden Recht Ernst machen will.

Eine Änderung der Praxis ist weiter insoweit geboten, als die „privaten“ Notizen des Personalleiters nicht einfach im Papierkorb verschwinden dürfen. Vielmehr hat der Betroffene ein berechtigtes Interesse daran, durch genaue Lektüre Missverständnisse aufklären oder sachfremde Motive erkennen zu können. Personalverantwortliche werden dies mit wenig Begeisterung aufnehmen, zumal nicht erkennbar ist, ob der Gesetzgeber die Konsequenzen des § 32 Abs.2 BDSG in allen Einzelheiten bedacht hat. Eine gewisse Parallele mag man in der Dokumentationspflicht von Ärzten sehen, die sich gleichfalls auf handschriftliche Aufzeichnungen erstreckt.<sup>7</sup> Sinnvollerweise wird man die „Notizen“ zur Personalakte nehmen (sofern man nicht doch das rechtswidrige unkontrollierte „Verschwindenlassen“ vorzieht). Auch Listen über Kommens- und Gehenszeiten sowie über Anwesenheiten bei Sitzungen sind so lange aufzubewahren, wie daran ein Interesse der Betroffenen bestehen kann.

### **Dateien und Notizen des Vorgesetzten**

Ein Problem, das gleichermaßen die digitale wie die manuelle Datenerfassung und Datenverarbeitung betrifft, ist das Phänomen, dass Vorgesetzte auf eigene Faust Dateien über Untergebene anlegen bzw. sich Notizen machen, um so besser disponieren und kontrollieren zu können. Eine Rechtsgrundlage hierfür besteht nicht. Die „Durchführung des Arbeitsverhältnisses“ nach § 32 Abs.1 Satz 1 BDSG rechtfertigt nur eine Erhebung und Verarbeitung durch den Arbeitgeber und die in seinem Auftrag tätigen Personen. Soweit ein Vorgesetzter nicht „im Auftrag“, sondern auf eigene Initiative handelt, kann er sich nicht auf § 32 Abs.1 Satz 1 berufen; auch eine andere Rechtsgrundlage ist nicht ersichtlich, zumal auch die Einwilligung des Betroffenen nach § 4a BDSG angesichts der konkreten Umstände ausscheiden wird. Das Verhalten des Vorgesetzten kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass er „ausschließlich für persönliche oder familiäre“ Zwecke handeln würde. Zwar nimmt § 27 Abs.1 Satz 2 BDSG diese Fälle aus dem Anwendungsbereich des BDSG aus, doch ist im vorliegenden Zusammenhang der berufliche Zweck mit Händen zu greifen. Der Vorgesetzte (oder eine andere weisungsbefugte Person) handelt daher illegal<sup>8</sup> und macht sich einer Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs.1 Nr. 8 und nach § 43 Abs.2 Nr. 1 BDSG schuldig. Macht er geltend, mit Zustimmung seiner Vorgesetzten und damit „dienstlich“ gehandelt zu

---

<sup>7</sup> Überblick bei Palandt-Sprau, BGB, 69. Aufl. 2010, § 823 Rn 161 mwN

<sup>8</sup> Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 827

haben, so ist dies jedenfalls im Rahmen EDV-mäßiger Verarbeitung unglaubwürdig, wenn es an einer Verfahrensbeschreibung nach § 4g Abs. 2 Satz 1 BDSG fehlt und der betriebliche Datenschutzbeauftragte bekundet, den entsprechenden Aufgaben immer sorgfältig nachgekommen zu sein. Gleichwohl sind auch hier einige psychologische Hürden zu überwinden, um Recht und Rechtswirklichkeit zur Deckung zu bringen.

### **Umgang mit handschriftlichen Entwürfen**

Personenbezogene Daten finden sich selbstredend auch in handschriftlichen Entwürfen, die bei unterschiedlichen Anlässen erstellt werden. Auch insoweit das BDSG anzuwenden und zugunsten des Betroffenen volle Transparenz herzustellen, würde das Persönlichkeitsrecht der handelnden Person unangemessen zurücksetzen. Es ist gerade Sinn eines Entwurfs, auch mangelhafte, widersprüchliche und später wieder aufgegebenen Gedanken zum Ausdruck zu bringen, also – wenn man so will – vom eigenen Recht auf Irrtum Gebrauch zu machen. Dies muss in einer Weise möglich sein, die anderen verborgen bleibt; was man unter Vorbehalt (eben „als Entwurf“) schreibt und später selbst als Unsinn erkennt, soll man nicht anderen zugänglich machen müssen. Insoweit bestehen keine Bedenken dagegen, entsprechende Papiere wieder aus dem Verkehr zu ziehen und sie zu vernichten bzw. zu löschen. Rechtlich lässt sich dies mit § 27 Abs.1 Satz 2 BDSG rechtfertigen. Solange man noch Formulierungen sucht, handelt es sich um eine „persönliche“ Tätigkeit; erst das Produkt unterliegt dann in vollem Umfang dem Gesetz.

### **Umgang mit „Tagebüchern“**

Der Inhalt eines Tagebuchs gehört nicht nur zur Privat- sondern zur Intimsphäre, die grundsätzlich absoluten Schutz gegen Eingriffe durch Dritte genießt.<sup>9</sup> Allerdings muss es sich um ein wirkliches Tagebuch handeln, also um Aufzeichnungen, die nicht für Dritte bestimmt sind und von denen auch Dritten gegenüber kein Gebrauch gemacht werden soll. Der Gruppenleiter, der über das Verhalten der Gruppenmitglieder „Buch führt“, um besser Bescheid zu wissen, schreibt kein Tagebuch im Rechtssinne, sondern sammelt Informationen, von denen er bei Bedarf Gebrauch machen will. Letztlich kommt es also auf die Zielrichtung an, die ggf. aus den Umständen rückgeschlossen werden muss. Wer wirklich Tagebuch

---

<sup>9</sup> Palandt-Sprau § 823 Rn 96 m. w. N.

schreibt, bewegt sich im Rahmen des § 27 Abs.1 Satz 2 BDSG und hat grundsätzlich keinerlei Auskunfts- oder Berichtigungsansprüche zu fürchten.

Sieht sich ein Arbeitnehmer in der Rolle des „Gemobbten“ oder eines sonstwie ungerecht Behandelten, so wird er häufig gleichfalls Aufzeichnungen machen, die keinen Tagebuchcharakter haben, weil sie bei künftigen Auseinandersetzungen Verwendung finden sollen. In solchen Texten, die oft mit der Hand geschrieben sind, werden normalerweise zahlreiche personenbezogene Daten auftauchen („X hat mich nicht begrüßt“, „Y hat meinen Parkplatz okkupiert“). Soweit sich die Angaben auf das Verhalten von Vorgesetzten beziehen, dienen sie der „Durchführung“ des Arbeitsverhältnisses; § 32 Abs.1 Satz 1 BDSG ist nicht allein aus Sicht des Arbeitgebers und der Personalabteilung zu lesen. Soweit es um das Verhalten von Arbeitskollegen geht, besteht zwar ihnen gegenüber keine vertragliche Beziehung, doch dient das Festhalten bestimmter Vorgänge gleichwohl der Durchführung des Arbeitsverhältnisses: Nur so wird der Einzelne in die Lage versetzt, dem Arbeitgeber gegenüber Rechte wahrzunehmen, beispielsweise ein Versetzungsverlangen zu begründen oder einen Anspruch auf mehr Schutz geltend zu machen.

### **Probleme der Datensicherung**

§ 32 Abs.2 BDSG verweist nur auf Abs.1, will also nicht dateimäßig erfasste den in Dateien abgespeicherten Beschäftigtendaten gleichstellen. Nachdem der Gesetzgeber diesen Schritt getan hat, so wird man auch bei der Datensicherung nicht mehr differenzieren können und handschriftliche Aufzeichnungen ebenfalls den Anforderungen des § 9 BDSG unterwerfen.<sup>10</sup> Gerade im Bereich von Beschäftigtendaten erscheint dies auch inhaltlich geboten, da die Vertraulichkeit der Personalakte im materiellen Sinne nicht davon abhängt, oder mit oder ohne Dateien gearbeitet wird. So darf beispielsweise – wie der bayerische Datenschutzbeauftragte zu Recht festgestellt hat<sup>11</sup> - eine Abmahnung nicht in unverschlossenem Umschlag im Betrieb versandt werden, weil insbesondere die Mitarbeiter der Poststelle sonst unschwer Kenntnis von diesem Vorgang nehmen könnten.

### **Fazit**

---

<sup>10</sup> Andeutungen in diese Richtung bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn 183a; Däubler/Klebe/Wedde/Weichert-Wedde § 9 Rn 12 (der eine Ausnahme nur bei ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten machen will)

<sup>11</sup> LT-Drucksache 14/5348, S. 114 ff., wiedergegeben bei Köppen CF Heft 4/2001 S. 25.

§ 32 Abs.2 BDSG wirft eine Reihe bisher nicht wahrgenommener Probleme auf. Unlösbar sind sie nicht. Die Arbeitnehmerseite gewinnt dadurch eher bessere Möglichkeiten, die eigene Persönlichkeitssphäre zu schützen.