

Deutscher Bundestag
Mitglieder des Innenausschusses
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Az
V3.1

Zeichen
DrV/sm

Durchwahl
5290

Datum
17.05.2011

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des
Beschäftigtendatenschutzes (BT-Drs. 17/4230)
Anhörung am 23. Mai 2011**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in der Anlage übersenden wir Ihnen unsere Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, den die Bundesregierung im vergangenen Sommer vorgelegt hat (BT-Drs. 17/4230).

Die Versicherungswirtschaft unterstützt das Ziel des Gesetzentwurfs, den Beschäftigtendatenschutz zu regeln und damit die Rechtssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgeber zu verbessern. Die Vorschläge schießen jedoch in Teilen deutlich über das Ziel hinaus und blockieren notwendige und sinnvolle Betriebsabläufe.

Erhebliche Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung des Gesetzes zeigen sich insbesondere in folgenden Bereichen:

- Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung und Abschluss sonstiger Versicherungsverträge zugunsten der Beschäftigten, z. B. Unfallversicherungen oder Manager-Haftpflichtversicherungen.
- Steuerung der telefonischen Erreichbarkeit sowie Qualitäts- und Kostenkontrolle in Servicecentern.
- Zuverlässigkeitsprüfung, z. B. für Versicherungsmathematiker und Versicherungsvermittler,
- Erfüllung von Compliance-Anforderungen, unter anderem nach Artikel 41 der Solvency-II-Rahmenrichtlinie,
- Zulässigkeit von Einwilligungen und Betriebsvereinbarungen,
- Datenverarbeitung im Konzern und Einschaltung von Dienstleistern.

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5000
Fax: +49 30 2020-6000

60, avenue de Cortenberg
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

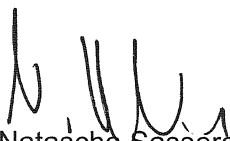
E-Mail: m.vomhof@gdv.de

www.gdv.de

Einzelheiten entnehmen Sie bitte der Stellungnahme, der eine Zusammenfassung vorangestellt ist.

Sollten Sie Rückfragen haben, können Sie sich gerne an uns wenden
(Tel. 030 2020-5290; E-Mail m.vomhof@gdv.de).

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Natascha Sasserath-Alberti



Dr. Martina Vomhof

Anlage

Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.08.2010
zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes
unter Berücksichtigung
der Stellungnahme des Bundesrates
und der Gegenäußerung der Bundesregierung**

**Gesamtverband der Deutschen
Versicherungswirtschaft e. V.**

Wilhelmstraße 43 / 43 G, 10117 Berlin
Postfach 08 02 64, 10002 Berlin
Tel.: +49 30 2020-5290
Fax: +49 30 2020-6290

60, avenue de Cortenbergh
B - 1000 Brüssel
Tel.: +32 2 28247-30
Fax: +32 2 28247-39

Ansprechpartner:
Dr. Martina Vomhof
Leiterin
Datenschutz/Grundsatzfragen

E-Mail: m.vomhof@gdv.de

www.gdv.de

Die Versicherungswirtschaft unterstützt das Ziel des Gesetzentwurfs, den Beschäftigtendatenschutz zu regeln und damit die Rechtssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgeber zu verbessern. Die Vorschläge schießen jedoch in Teilen deutlich über das Ziel hinaus und blockieren notwendige und sinnvolle Betriebsabläufe.

Als Wirtschaftsverband möchten wir einige Aspekte herausgreifen, die in der praktischen Anwendung des Gesetzes zu erheblichen Schwierigkeiten führen können.

- Ein plakatives Beispiel dafür, dass der Gesetzentwurf nicht nur die Datenverwendung zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses regelt, sondern in die Betriebsabläufe der Unternehmen eingreift, ist § 32i BDSG. Die **telefonische Erreichbarkeit** ist in **Dienstleistungsbranchen** wie der Versicherungswirtschaft von essentieller Bedeutung. Dazu gehört, dass Organisationseinheiten je nach Telefonbedarf entsprechend besetzt sind. Um die Auslastung auszuwerten und damit den Personalbedarf zu bestimmten Servicezeiten und für bestimmte Versicherungssparten ermitteln zu können, müssen Verbindungsdaten dauerhaft – auch personenbezogen – erhoben und gespeichert werden. Eine jederzeitige Erreichbarkeit, eine **kundentreue Steuerung** in der Bearbeitung von Anrufen und eine Qualitäts- und Kostenkontrolle sind auf der Basis des § 32i BDSG-E nicht mehr möglich. Durch Anpassung von § 3 Abs. 12 und § 27 Abs. 3 BDSG-E sollten die §§ 32 ff. eindeutig auf die Datenverwendung zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses beschränkt (dazu 1.a) und § 32i BDSG-E entsprechend eingeschränkt werden (dazu 1.b).
- §§ 32, 32b und 32c BDSG-E erlauben eine Datenerhebung zur Prüfung der Eignung des Beschäftigten. In der Versicherungswirtschaft werden zahlreiche Mitarbeiter beschäftigt, für die im Interesse der Versicherungskunden eine **Zuverlässigkeitsprüfung** vorgesehen ist. Das gilt schon heute für Geschäftsleiter (§ 7a VAG), Aktuarien (§ 11a VAG) und Versicherungsvermittler (§ 17 Ziff. 1 des MTV für das private Versicherungsgewerbe in Anlehnung an § 80 VAG i.V.m. § 34d Abs. 2 Nr. 1 GewO). Nach Artikel 42 der Solvency II - Rahmenrichtlinie 2009/138/EG vom 25.11.2009 muss künftig auch die Zuverlässigkeit und Integrität von Mitarbeitern in Schlüsselfunktionen gewährleistet sein. Im Hinblick darauf müssen die Normen dringend auf die Überprüfung der Zuverlässigkeit ausgeweitet werden (dazu 2.a bis 2.c).
- Die Versicherungswirtschaft schlägt Ausweitungen von § 32d Abs. 3 und § 32e Abs. 2 BDSG-E vor (dazu 2., insbes. 2.d und 2.e), damit die Versicherungsunternehmen bestehende Compliance-Anforderungen einhalten können. Nach Artikel 41 der Solvency-II-Rahmenrichtlinie müssen Versicherungsunternehmen über ein wirksames Governance-System verfügen, das ein solides und vorsichtiges Management des Geschäfts gewährleistet und ein **wirksames internes Kontrollsystem** gemäß Artikel 46 (Compliance-Funktion) umfasst. Weitere Sorgfaltspflichten, die durch das Screening von Bewerber- und Beschäftigtendaten erfüllt werden können,

werden darüber hinaus aus §§ 91 Abs. 2 AktG, 130 OWiG, 33 Abs. 1 WpHG, 25a KWG und § 9 Abs. 1 GWG abgeleitet. Diese Vorgaben sind auf der Basis des Gesetzentwurfs nicht mehr erfüllbar. So ist es z. B. nicht mehr möglich, eine automatisierte Untersuchung durchzuführen, wenn sie nicht als Screening im Sinne von § 32d Abs. 3 BDSG-E verstanden werden kann.

- Die Konkretisierung des Gesetzes durch **Betriebsvereinbarungen** muss möglich bleiben, um den Besonderheiten einzelner Unternehmen Rechnung zu tragen, auch wenn sie in einzelnen Punkten zu Lasten von Beschäftigten geht (dazu 3.)
- Viele Arbeitgeber gewähren **Leistungen der betrieblichen Altersversorgung** oder schließen zugunsten ihrer Beschäftigten sonstige **Versicherungsverträge**, z. B. Unfallversicherungen oder Manager-Haftpflichtversicherungen, ab. Hierzu muss der Arbeitgeber einfache Beschäftigtendaten erheben, speichern und an die Versicherung weitergeben. Da das Arbeitsverhältnis auch ohne eine Versicherung durchführbar wäre, ist nicht davon auszugehen, dass die Erhebung und Speicherung dieser Daten von § 32c und d BDSG-E gedeckt ist. Einer Datenerhebung auf der Basis einer **Einwilligung** steht § 32I Abs. 1 BDSG-E entgegen. Das widerspricht vehement dem Interesse der Beschäftigten. Es bedarf dringend einer Lockerung des § 32I Abs. 1 BDSG-E (dazu 4.)
- Die Versicherungswirtschaft begrüßt den Vorschlag des Bundesrates, eine **Regelung zum Konzerndatenschutz** voranzutreiben. Eine Regelung im Beschäftigtendatenschutzrecht kann aber nur ein erster Schritt sein. Es bedarf einer rechtssicheren Regelung auch für die Verarbeitung von Kundendaten im Unternehmensverbund und die inzwischen übliche Einschaltung von Dienstleistern (dazu 5., 6. und Anlage).

1. Kein Eingriff in Geschäftsprozesse der Unternehmen

a) § 3 Abs. 12 und § 27 Abs. 3 BDSG-E

Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, umfassende gesetzliche Regelungen für den Beschäftigtendatenschutz zu schaffen. Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz sind sinnvoll, soweit private Daten des Beschäftigten betroffen sind oder Arbeitsergebnisse zur Bewertung des Mitarbeiters herangezogen bzw. sonst im Rahmen des Arbeitsverhältnisses verwertet werden. Es darf jedoch nicht dazu kommen, dass normale Geschäftsprozesse, wie die Kommunikation des Versicherungsunternehmens mit seinen Kunden, die Prüfung von Risiken und Ansprüchen, die Planung des

Einsatzes von Servicecentern etc. durch unklare Vorschriften behindert werden.

Diese Gefahr besteht nach Ansicht der Versicherungswirtschaft, weil der Anwendungsbereich der Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz nicht klar umgrenzt ist.

Nach § 3 Absatz 12 des Gesetzentwurfs sind Beschäftigtendaten „personenbezogene Daten von Beschäftigten“. Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1 BDSG „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer natürlichen Person“. Diese Regelung wird von vielen Datenschutzbehörden und Stimmen in der datenschutzrechtlichen Literatur sehr weit ausgelegt. Daher ist anzunehmen, dass künftig alle Arbeitsergebnisse des Arbeitnehmers und Zwischenschritte zu diesen Ergebnissen als Beschäftigtendaten verstanden werden könnten. Die Telefonnotiz eines Sachbearbeiters könnte ebenso darunter fallen wie das Gutachten eines Versicherungsjuristen. Der Formulierungsvorschlag des Bundesrates, der Beschäftigtendaten auf Daten eingrenzt, „die im Zusammenhang mit der Anbahnung, der Begründung, der Durchführung, der Beendigung oder der Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden“ (BR-Drs. 535/10 (B), Ziffer 2, Seite 6), ist zwar konkreter, schafft aber in diesem Punkt auch keine Klarheit.

Der Bundesrat weist im Zusammenhang mit der Begriffsbestimmung darauf hin, dass die Regelungen nur für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses gelten sollen. Dann wäre es konsequent, dies in den Gesetzestext aufzunehmen.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 3 Abs. 12 BDSG-E** wie folgt zu fassen:

„Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten über Personen nach Absatz 11, die zu Zwecken der Anbahnung, der Begründung, der Durchführung, der Beendigung oder der Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.“

Auch aus der Überschrift des zweiten Unterabschnitts ergibt sich, dass nur die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ geregelt werden soll. Das folgt auch aus § 27 Abs. 3 Satz 1 des Entwurfs, insbesondere wenn man die Gesetzesbegründung heranzieht. Die Normen des zweiten Unterabschnitts selbst lassen aber Zweifel daran entstehen, wie weit der Regelungsumfang reicht. Ein plakatives Beispiel ist die Regelung zu § 32i BDSG, der gerade nicht nur Datenverarbeitungen zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses regelt, sondern darüber hinausgeht. Auf die Ausführungen hierzu verweisen wir.

Um eine Einschränkung von Geschäftsprozessen zu vermeiden, schlägt die Versicherungswirtschaft folgende Klarstellung in **§ 27 Abs. 3 Satz 3 BDSG-E** vor:

„Die Regelungen des zweiten Unterabschnitts des dritten Abschnitts lassen die Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsbefugnisse, soweit sie die Durchführung ordnungsgemäßer Geschäftsprozesse bezwecken, unberührt.“

b) § 32i BDSG-E (Telekommunikation)

Ein Beispiel dafür, dass die geplanten Regelungen – anders als in § 27 Abs. 3 BDSG-E beabsichtigt - über die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses hinausgehen, ist **§ 32i Abs. 1 BDSG-E**. In dieser Norm betrifft Nr. 3 eine Nutzung von Verbindungsdaten zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses. In Nr. 1 und 2 wird dagegen geregelt, inwieweit diese Daten zu sonstigen betrieblichen Zwecken genutzt werden dürfen.

Nach derzeitiger Rechtslage dürfen personenbezogene Daten eingehender und ausgehender Gespräche in der telefonischen Kundenbetreuung bzw. in Service-/Call-Centern sowohl zur Einsatzsteuerung (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG) als auch zur allgemeinen Leistungskontrolle (§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG) verwendet werden, selbstverständlich unter Berücksichtigung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Das BAG hat es für zulässig angesehen, wenn der Arbeitgeber im Rahmen einer automatisierten Telefondatenerfassung Zahl und Dauer der eingehenden Anrufe registriert und in Form eines Bedienerplatzreports auswertet (vgl. BAG, NZA 1996, 218).

Die telefonische Erreichbarkeit ist in Dienstleistungsbranchen wie der Versicherungswirtschaft von essentieller Bedeutung. Dazu gehört, dass Organisationseinheiten je nach Telefonbedarf entsprechend besetzt sind. Um diese Auslastung und die damit einhergehende Ermittlung des Personalbedarfs zu bestimmten Servicezeiten ermitteln zu können, müssen entsprechende Verkehrsdaten dauerhaft – auch personenbezogen – erhoben und genutzt werden.

Durch § 32 i Abs. 1 BDSG-E würde die telefonische Betreuung von Kunden erheblich erschwert, wenn die Verwendung von Verkehrsdaten bei ausschließlich dienstlicher Nutzung von Telekommunikationsdiensten lediglich für die enumerativ dargestellten Zwecke zulässig wäre. Die Verteilung von Anrufen in Servicecentern und Abteilungen nach den Ergebnissen einer Bedarfsanalyse und einer laufenden Auslastungskontrolle wären nicht mehr möglich. Denn hierbei wird die Tatsache, dass ein Mitarbeiter gerade eine Telefonverbindung hat und wie lange er telefoniert, bekannt. Nur so kann aber die telefonische Erreichbarkeit in kundenorientierten Versicherungsunternehmen sichergestellt werden. Die Erhaltung dieser Möglichkeiten ist von essentieller Bedeutung für reibungslose Abläufe im Interesse der Kunden.

Die Unternehmen müssen weiterhin auch in der Lage sein, ein Kostencontrolling durchzuführen und Maßnahmen zur Kostenoptimierung umzusetzen. Das Kostencontrolling ist dabei nicht auf die in der Gesetzgebung zu § 32i Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E angeführten „anfallenden Entgelte“ je Anschluss beschränkt, sondern wird in Service-/Call-Centern vielmehr mit der Zielsetzung einer optimalen betriebswirtschaftlichen Auslastung durchgeführt. Diese Steuerungsinstrumente wären nach neuer Rechtslage nicht mehr umsetzbar.

Auch könnten nach dem Entwurf Mobilfunkverträge nicht mehr an das tatsächliche Nutzungsverhalten des jeweiligen Beschäftigten angepasst werden.

Auch die Umsetzung variabler Vergütungsmodelle auf Basis der telefonischen Erreichbarkeit (im Rahmen individueller Zielvereinbarungen) oder der Zahl der entgegen genommenen Telefonate wäre ausgeschlossen, da § 32i Abs. 1 Nr. 3 BDSG lediglich eine stichprobenartige oder anlassbezogene Leistungs- und Verhaltenskontrolle zulässt. Daher ist eine Erweiterung des § 32i Abs. 1 Nr. 3 BDSG dergestalt erforderlich, dass eine dauerhafte Erhebung von Verbindungsdaten zur Messung der telefonischen Erreichbarkeit oder der Zahl der entgegengenommenen Telefonate als Grundlage für die Ermittlung variabler Vergütungsbestandteile für Arbeitnehmer auch weiterhin möglich bleiben muss. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach dem derzeitigen Entwurf Betriebsvereinbarungen als Gestaltungsinstrument de facto abgeschafft werden sollen.

Um eine ungewollte Einschränkung von Geschäftsprozessen zu vermeiden, schlägt die Versicherungswirtschaft – wie oben dargelegt – eine Klarstellung in § 27 Abs. 3 Satz 3 BDSG-E vor, dass Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsbefugnisse, soweit sie die Durchführung ordnungsgemäßer Geschäftsprozesse bezwecken, unberührt bleiben.

Konsequenterweise dürften dann in § 32i Abs. 1 BDSG-E nur noch Regelungen enthalten sein, die die Nutzung der Daten zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses betreffen, also nicht solchen nach § 32i Abs. 1 Nr. 1 und 2 BDSG-E. Die Nutzung zu diesen und anderen geschäftlichen Zwecken würde sich nach allgemeinen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes, insbesondere § 28 BDSG, richten.

Jedenfalls muss in § 32i Abs. 1 BDSG-E eine Einschränkung enthalten sein, die die Durchführung allgemeiner Geschäftsprozesse ermöglicht. Die Norm könnte sich an der Formulierung in § 32i Abs. 4 BDSG-E orientieren.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32i Abs. 1 BDSG-E** wie folgt zu ändern:

„Die bei der Nutzung von Telekommunikationsdiensten anfallenden personenbezogenen Daten darf der Arbeitgeber nur erheben, verarbeiten oder nutzen, soweit dies erforderlich ist

1. zur Durchführung des ordnungsgemäßen Dienst- und Geschäftsbetriebs, insbesondere zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit und zu Abrechnungszwecken,
2. zu einer stichprobenhaften oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle oder
3. zur Umsetzung von Vergütungsmodellen.“

Gemäß **§ 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E** darf der Arbeitgeber Inhaltsdaten verwenden, soweit dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist. Es sollte klargestellt werden, dass auch eine Datenerhebung- und -verwendung für den ordnungsgemäßen Dienst- und Geschäftsbetrieb hierunter fällt, damit z. B. auch die Aufzeichnung von Gesprächsinhalten zu Beweis Zwecken gegenüber dem Kunden eindeutig erfasst wird. Bei Beschäftigten, deren Kundengespräche zwecks Beweis-sicherung häufig oder stets aufgezeichnet werden, sollte eine Information genügen. Jedenfalls ist eine Einwilligung im Einzelfall nicht praxistauglich. Die Regelung zur Information der Kommunikationspartner gehört nicht ins Beschäftigtendatenschutzgesetz und ist im Übrigen bereits im TKG geregelt.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E** wie folgt zu ändern:

„Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten darf der Arbeitnehmer nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist und der Beschäftigte vorher darüber informiert worden ist und darin eingewilligt hat.“

Im Bereich der Telefonie in Versicherungsunternehmen werden häufig Regelungen durch Betriebsvereinbarung getroffen. Dies muss weiterhin möglich bleiben (dazu unter 3.).

2. Compliance-Maßnahmen

Angesichts der Vielzahl bekannt gewordener Datenschutzverletzungen ist es verständlich, dass die Regelungen der Datennutzung zur Aufdeckung von Straftaten und Pflichtverletzungen einer Überprüfung unterzogen werden. Dabei ist es zu begrüßen, dass andererseits auch die Notwendigkeit einer effektiven Korruptionsbekämpfung und der Durchsetzung von Compliance-Anforderungen gesehen wird (Regierungsentwurf, Begründung zu § 32d Abs. 3). Wie die Bundesregierung zutreffend feststellt, bedeutet Compliance dabei die Einhaltung aller relevanten Gesetze, Verordnungen, Richtlinien und Selbstverpflichtungen eines Unternehmens.

Auch für die Versicherungswirtschaft gelten zahlreiche Normen, die Überprüfungen in den Unternehmen erfordern. So müssen sie nach Artikel 41 der Solvency II-Richtlinie 2009/138/EG vom 25.11.2009 über ein wirksames Governance-System verfügen, das ein solides und vorsichtiges Management des Geschäfts gewährleistet und ein wirksames internes Kontrollsystem gemäß Artikel 46 (Compliance-Funktion) umfasst. Artikel 42 bestimmt zusätzlich, dass die Zuverlässigkeit und Integrität von Mitarbeitern in Schlüsselfunktionen gewährleistet sein muss. Für Aktuarien besteht das Erfordernis der Zuverlässigkeitsprüfung bereits nach § 11a VAG, für Geschäftsleiter von Versicherungsunternehmen nach § 7a VAG. Für diese Prüfung sind das Führungszeugnis, ein Gewerbezentralregisterauszug sowie weitere Unterlagen, aber auch die Untersuchung bestimmter charakterlicher Voraussetzungen erforderlich (vgl. Präve in: Prölss, Kommentar zum VAG, 12. Aufl., § 7a Rn. 9 ff. und § 11a Rn. 17 m.w.N.). Außerdem wenden die Unternehmen § 17 Ziff. 1 des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe sowie die für gewerbsmäßige Versicherungsvermittler nach § 80 VAG i.V.m. § 34d Abs. 2 Nr. 1 GewO geltenden Maßstäbe auf die Prüfung der Zuverlässigkeit angestellter Versicherungsvertreter an und orientieren sich dabei an den Vorgaben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) in ihrem Rundschreiben 9/2007 vom 23.11.2007. Unter anderem werden Auskünfte der Auskunftsstelle über Versicherungs-/Bausparkassenaußendienst- und Versicherungsmakler in Deutschland e. V. eingeholt sowie im Laufe des Beschäftigungsverhältnisses Meldungen an die AVAD erteilt. Damit wird im Interesse der Kunden sichergestellt, dass jederzeit Vermittler tätig sind, die den Kunden seriös beraten. Weitere Sorgfaltspflichten, die durch das Screening von Bewerber- und Beschäftigtendaten erfüllt werden können, werden darüber hinaus aus §§ 91 Abs. 2 AktG, 130 OWiG, 33 Abs. 1 WpHG, 25a KWG und § 9 Abs. 1 GWG abgeleitet. Die Einheit der Rechtsordnung erfordert, dass das Datenschutzrecht nicht der Erfüllung dieser Verpflichtungen im Wege steht. Nachfolgend wird dargestellt, inwieweit die Bestimmungen des Gesetzentwurfs angepasst werden müssen, um den Compliance-Anforderungen gerecht zu werden.

a) § 32 BDSG-E

Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E darf der Arbeitgeber vor der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses neben dem Namen und den Kontaktdaten des Beschäftigten lediglich die für die Feststellung der Eignung für die vorgesehene Tätigkeit erforderlichen Daten erheben. Es fehlt hingegen eine Rechtsgrundlage im BDSG, um die Daten zum Zwecke eines nach gesetzlichen Vorschriften erforderlichen Abgleichs von Bewerberdaten oder zur Überprüfung der Zuverlässigkeit von Personen in bestimmten Positionen erheben zu können (siehe Beispiele oben vor a).

Um eine Rechtsgrundlage zu schaffen, schlägt die Versicherungswirtschaft vor, **§ 32 Absatz 1 BDSG-E** um einen **Satz 4** zu ergänzen:

„Zum Zweck der Umsetzung rechtlicher Vorgaben, zum Beispiel zur Bekämpfung von Geldwäsche, zur Korruptionsbekämpfung und zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anforderungen, darf der Arbeitgeber Daten eines Beschäftigten bei diesem oder Dritten erheben.“

Bestehende Sorgfaltspflichten dürfen nicht durch die Beschränkung in **§ 32 Absatz 2 BDSG-E** behindert werden. § 8 Abs. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), auf den die Vorschrift verweist, lässt eine unterschiedliche Behandlung nur zu, wenn der Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Nur unter diesen Voraussetzungen sollen die in § 32 Abs. 2 BDSG-E gegenüber dem AGG noch weiter gefassten Datenarten künftig erhoben werden dürfen. Nicht eindeutig ist, ob die bei bestimmten Beschäftigten durchzuführende Zuverlässigkeitsprüfung (siehe oben vor a), für die die in Abs. 2 genannten Angaben zu den Vermögensverhältnissen sowie zu Vorstrafen und laufenden Ermittlungsverfahren benötigt werden, den Anforderungen des § 8 Abs. 1 AGG genügen würde. Hier sollte eine Klarstellung erfolgen. Gesetzestechnisch nicht gelungen erscheint der Verweis auf eine Norm außerhalb des BDSG.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32 Abs. 2 BDSG-E** wie folgt zu ändern:

Vermögensverhältnisse, Vorstrafen und laufende Ermittlungsverfahren werden aus Satz 1 gestrichen. Die Erhebung – auch bei Dritten – wird an die Erforderlichkeit für die Prüfung einer Eignung oder Zuverlässigkeit geknüpft.

b) § 32b BDSG-E

Gemäß § 32b Abs. 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten, die er nach den § 32 oder § 32a BDSG-E erhoben hat, nur verarbeiten und nutzen, um die Eignung des Beschäftigten festzustellen oder um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden. Auch hier fehlt eine Rechtsgrundlage im BDSG, um die Prüfung der Zuverlässigkeit von Personen in bestimmten Personen oder einen Abgleich von Bewerberdaten durchführen zu können, wenn dieser nach gesetzlichen Vorschriften erforderlich ist.

Um eine Rechtsgrundlage zu schaffen, schlägt die Versicherungswirtschaft vor, **§ 32b Absatz 1 BDSG-E** wie folgt zu ändern:

„...um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten festzustellen, um über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses zu entscheiden und zur Umsetzung rechtlicher Vorgaben, z. B. zur Bekämpfung von Geldwäsche, zur Korruptionsbekämpfung und zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anforderungen.“

In **Absatz 2** sollte Nr. 1 ebenfalls angepasst werden:

„1. dies erforderlich ist für die in Absatz 1 genannten Zwecke und“

c) 32c Abs. 1 BDSG-E

Auch im bestehenden Beschäftigungsverhältnis kann es zur Erfüllung von Sorgfaltspflichten (dazu oben vor a) erforderlich sein, Daten zu erheben. So kann es nötig sein, Hinweisen auf das Fehlen der Zuverlässigkeit durch weitere Datenerhebungen nachzugehen. Es ist davon auszugehen, dass diese Datenerhebungen für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind. Hilfreich wäre hier eine Klarstellung.

Weiter sollte klargestellt werden, dass die Vorschrift insoweit auch die Datenerhebung bei Dritten ermöglicht. Dies ist aufgrund der Verweisung auf § 32 Abs. 6 nicht eindeutig.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32c Abs. 1 BDSG-E** um den folgenden Satz zu ergänzen:

„Zur Umsetzung rechtlicher Vorgaben, z. B. zur Bekämpfung von Geldwäsche, zur Korruptionsbekämpfung und zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anforderungen ist auch die Datenerhebung bei Dritten zulässig.“

d) § 32d Abs. 3 BDSG-E

§ 32d Abs. 3 BDSG-E soll die Zulässigkeit des Abgleichs von Beschäftigtendaten mit vom Arbeitgeber geführten Dateien in anonymisierter oder pseudonymisierter Form regeln.

Die Regelung im Kabinettsentwurf ist aus mehreren Gründen zu eng formuliert.

Zum ersten ist sie nur auf Straftaten und schwerwiegende Pflichtverletzungen begrenzt Gerade die Prüfung der Zuverlässigkeit von Mitarbeitern, die mit Solvency II neben Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern auch weitere Führungskräfte erfassen wird, kann nicht auf Straftaten oder Pflichtverletzungen begrenzt sein, die in ihrer Schwere den Regelbeispielen vergleichbar sind. Ein Hinweis auf eine Unzuverlässigkeit, dem nachgegangen werden muss, kann schon in weniger schwerwiegenden Fällen anzunehmen sein.

Zweitens ist es häufig nicht möglich, die Daten zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren. So wird zum Beispiel in Versicherungsunternehmen routinemäßig und automatisiert überprüft, ob Schadenzahlungen, die Mitarbeiter bis zu einer bestimmten Höhe selbständig den Geschädigten anweisen dürfen, auf Mitarbeiterkonten fließen. Wenn sich ein Treffer herausstellt, wird der Mitarbeiter identifiziert und der Sachverhalt überprüft.

Ob die Kontonummer aber als pseudonymes Datum bezeichnet werden kann, ist äußerst fraglich.

Drittens werden Prüfungen oft nicht in Form eines „Abgleichs mit vom Arbeitgeber geführten Dateien“, sondern automatisiert und pseudonymisiert auf andere Weise durchgeführt. Wenn Mitarbeiter Ersatzleistungen bis zu einem bestimmten Betrag anweisen dürfen, wird z. B. geprüft, ob ein höherer Schadenbetrag zeitnah in mehrere Teilbeträge aufgeteilt wird, die auf dasselbe Konto fließen. Das kann ein Hinweis darauf sein, dass ein Mitarbeiter seine Befugnis missbraucht. Ferner wird geprüft, ob Schadenzahlungen ständig knapp unter der Grenze der Regulierungsbefugnis liegen. Dies kann ein Hinweis dafür sein, dass ein höherer als der tatsächlich entstandene Schaden angegeben wurde und sich der Geschädigte und der Mitarbeiter den Überschuss teilen. Wenn Mitarbeiter befugt sind, Verpflichtungen für das Versicherungsunternehmen einzugehen, wird automatisiert und pseudonymisiert kontrolliert, ob ein Mitarbeiter zeitnah mehrmals hintereinander die Vollmachtsgrenzen knapp unterschreitet. Auch dies kann ein Hinweis auf Betrug sein. Automatisiert geprüft wird auch, ob Mitarbeiter im Außendienst besonders hohe Rabatte vereinbart haben oder besonders hohe Portokosten oder Spesen abrechnen. Diese Maßnahmen erfüllen zum einen den Zweck, begangene Pflichtverletzungen und Straftaten aufzudecken, zeigen aber zum anderen auch eine präventive Wirkung, soweit der Arbeitgeber aufgrund seiner Erkenntnisse Maßnahmen treffen kann, um künftige Verfehlungen zu verhindern.

Auch präventive Maßnahmen müssen somit möglich sein. Keinesfalls akzeptabel ist deswegen der Vorschlag des Bundesrates zu § 32d Abs. 3 BDSG-E, ein Screening erst „bei Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte ...“ zuzulassen. Der Änderungsvorschlag würde jede Datenverarbeitung im Rahmen von rein präventiven Compliance-Maßnahmen verhindern. Es bestehen aber legitime Interessen seitens der Unternehmen an solchen "Screening-Maßnahmen", um sich gegen kriminelles Verhalten ihrer Mitarbeiter zu schützen. Alle empirischen Untersuchungen bestätigen, dass den Unternehmen durch wirtschaftskriminelles Verhalten von einzelnen Mitarbeitern große Schäden entstehen. Den Bedarf von Regelungen für eine Kontrolle ohne das Vorliegen eines Verdachts auf eine Straftat erkennt die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zutreffend an.

Die Versicherungswirtschaft schlägt folgende Formulierung des **§ 32d Abs. 3 Satz 1 BDSG-E** vor:

„Der Arbeitgeber darf auch ohne konkrete Anhaltspunkte eine automatisierte Überprüfung von Beschäftigtendaten durchführen

1. zur Aufdeckung von Straftaten, insbesondere von Straftaten nach §§ 266, 299, 331 bis 334 des Strafgesetzbuches,
2. zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen sowie
3. zur Umsetzung rechtlicher Vorgaben, z. B. zur Bekämpfung von Geldwäsche, zur Korruptionsbekämpfung und zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anforderungen.

Die Überprüfung ist, soweit dadurch ihr Zweck nicht gefährdet wird, in anonymisierter oder pseudonymisierter Form durchzuführen.“

Der Vorschlag des Bundesrates, ein Screening nur zur Aufdeckung schwerwiegender Straftaten zu erlauben und im Übrigen Verfahren zur „Erfüllung gesetzlicher Prüf- und Kontrollpflichten“ zuzulassen, erscheint der Versicherungswirtschaft zu kurz gegriffen. Die oben (vor a) genannten Normen begründen keine konkreten gesetzlichen Pflichten zur Durchführung präventiver Compliance-Maßnahmen. Die konkrete Ausgestaltung der Zuverlässigkeits- oder Compliance-Prüfung bleibt dem Unternehmen überlassen. Ein Rückgriff auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen oder aufsichtsrechtlichen Compliance-Organisationspflichten, die entsprechende Maßnahmen in das Ermessen des Vorstands stellen, bieten den Unternehmen nicht die erforderliche Rechtssicherheit. Im Rahmen der Umsetzung der Solvabilitätsregelungen für die Versicherungswirtschaft (Solvency II) sind zudem Regelungen unterhalb der Ebene eines förmlichen Gesetzes zu erwarten. Es darf also nicht nur auf Gesetze abgestellt werden. Daher ist zu begrüßen, dass die Bundesregierung den Vorschlag ablehnt.

Nach § 32d Abs. 3 S. 4 BDSG-E müssen die Betroffenen über den automatisierten Datenabgleich informiert werden. Nicht eindeutig geregelt ist, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Informationspflicht besteht. Eine umfassende Information aller Betroffenen könnte die Zwecke des Abgleichs gefährden und außerdem den Betriebsfrieden erheblich stören. Daher sollte die Informationspflicht nur gegenüber denjenigen Mitarbeitern bestehen, deren Daten aufgrund eines Treffers im Einzelfall überprüft werden. Es reicht die Regelung des § 32e Abs. 5 Satz 5 BDSG-E aus.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor

§ 32d Abs. 3 Satz 4 BDSG-E zu streichen.

e) § 32e BDSG

Die Vorschrift greift insoweit zu kurz, als sie nur auf die Datenerhebung abstellt und die Verarbeitung und Nutzung nicht regelt. Auch vorhandene Daten müssen bei konkretem Anfangsverdacht verwendet werden können.

Bei Vorliegen von Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat oder schwerwiegenden Pflichtverletzung begründen, müssen Maßnahmen unabhängig davon möglich sein, ob vorher schon eine Straftat oder Pflichtverletzung begangen wurde oder nicht. Der aktuelle Entwurf stellt hingegen nur auf Datenerhebungen ab, die sich auf begangene Taten oder Pflichtverletzungen beziehen. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Datenerhebung Straftaten verhindern soll, die im Zusammenhang mit bereits begangenen Straftaten stehen. Sofern – z. B. aufgrund von Hinweisen einer Strafverfolgungsbehörde oder aus den Reihen der Mitarbeiter – zu befürchten ist, dass ein Beschäftigter oder eine Gruppe von Be-

schäftigten künftig Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen begehen wird, muss das Unternehmen die Möglichkeit haben, sich davor zu schützen. Der Änderungsvorschlag des Bundesrates zu § 32e Abs. 2 Nr. 2 BDSG-E, demzufolge die Datenerhebung ohne Kenntnis des Betroffenen nun nicht mehr zulässig sein soll, um Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen zu verhindern, ist daher abzulehnen.

Allein anhand von Tatsachen, die einen Verdacht für eine Straftat oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung begründen, kann in vielen Fällen nicht mit Bestimmtheit von einer berechtigten außerordentlichen Kündigung ausgegangen werden. Diese Beurteilung erfordert die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, eine Interessenabwägung sowie die Prüfung der Zumutbarkeit. Weiter ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, sodass der Arbeitgeber erst prüfen muss, ob mildere Mittel wie eine Abmahnung oder eine Versetzung in Betracht kommen. Im Vorfeld einer verdeckten Datenerhebung lässt sich diese Prüfung nicht vornehmen.

Eine Regelung, die die Erfüllung von gesetzlichen oder aufgrund eines Gesetzes bestehenden Compliance-Anforderungen ermöglicht (dazu oben vor a), ist zu ergänzen.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32e Abs. 2 BDSG-E** wie folgt zu fassen:

„Der Arbeitgeber darf Beschäftigtendaten ohne Kenntnis des Beschäftigten nur erheben, wenn

- Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder eine andere schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat oder begehen wird, die den Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen könnte und
- die Erhebung erforderlich ist, um die Straftat oder die andere schwerwiegende Pflichtverletzung aufzudecken oder um ~~damit im Zusammenhang stehende weitere~~ Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen des Beschäftigten zu verhindern oder
- die Datenerhebung zur Umsetzung rechtlicher Vorgaben, z. B. zur Bekämpfung von Geldwäsche, zur Korruptionsbekämpfung und zur Erfüllung aufsichtsrechtlicher Anforderungen erforderlich ist.“

Nach § 32e Abs. 5 BDSG-E sind die den Verdacht begründenden Tatsachen sowie die näheren Umstände der Datenerhebung zu dokumentieren. Um den Aufwand hierfür einschätzen zu können, sollte der Gesetzgeber die Dokumentationspflichten konkretisieren.

3. Regelungsmöglichkeiten durch Betriebsvereinbarungen

Der Gesetzgeber kann die Belange einzelner Betriebe in ihrer Vielfalt nicht alle in seine Erwägungen einbeziehen. Um unbestimmte Rechtsbegriffe im Hinblick auf die konkreten betrieblichen Gegebenheiten auszulegen, aber auch, um Rechtsunklarheiten zu beseitigen, muss es möglich sein, dass das Gesetz durch Betriebsvereinbarungen konkretisiert wird. Je enger die Vorschriften gefasst sind, desto mehr muss auch eine Abweichung vom Gesetzestext möglich sein.

Betriebsvereinbarungen sind insbesondere in folgenden Bereichen sinnvoll, weil sie deutlich flexibler als eine gesetzliche Regelung sind und damit im Interesse beider Seiten den Belangen des Betriebes Rechnung tragen. Regelungsgegenstand können die private und dienstliche Nutzung von Internet- und Telekommunikation, die Arbeitszeitüberwachung, Außerbetriebliche Arbeitsplätze/Heimarbeitplätze/Bereitschaftsarbeitsplätze und die Verhinderung und Aufdeckung von Pflichtverletzungen und Straftaten, z. B. in Form eines automatischen Abgleichs von Bewerberdaten, der Überprüfung von Aktivitäten des Beschäftigten auf Unregelmäßigkeiten anhand von Algorithmen (z. B. Eingehung von Verpflichtungen und Verfügungen im Namen der Unternehmen) sowie das weitere Vorgehen bei Verdacht auf Straftaten oder Pflichtverletzungen sein.

In § 4 Abs. 1 BDSG-E wird erfreulicherweise klargestellt, dass Rechtsvorschriften im Sinne des BDSG auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind. Die Regelung nimmt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf, nach der auch Betriebsvereinbarungen den Regelungen des BDSG vorgehen können, selbst wenn sie zu Ungunsten der Beschäftigten vom Gesetz abweichen. Diese Bestimmung läuft jedoch für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes wegen des § 32 I Abs. 5 BDSG-E weitgehend leer. Denn die Regelung, dass von den Vorschriften des Unterabschnitts nicht zu Ungunsten des Beschäftigten abgewichen werden darf, erfasst nach ihrer Begründung auch Abweichungen durch Betriebsvereinbarungen.

Gerade, wenn das Gesetz enge Zulässigkeitsvoraussetzungen enthält, sollten hier die Regelungsmöglichkeiten durch Arbeitgeber und Betriebsrat nicht beschränkt werden. Eine Grenze ist ohnehin dadurch gesetzt, dass nach herrschender Meinung bei der Abfassung der Betriebsvereinbarungen die grundlegenden Wertungen des BDSG, wie z. B. Zweckbindung und Datenvermeidung, beachtet werden müssen. Von § 32 I Abs. 5 BDSG-E sollten daher Betriebsvereinbarungen ausgenommen werden.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor, **§ 32 I Abs. 5 BDSG-E** um folgenden Satz zu ergänzen:

„Abweichende Betriebsvereinbarungen sind zulässig, soweit sie den grundlegenden Wertungen dieses Gesetzes nicht entgegenstehen.“

4. Zulässigkeit von Einwilligungen/ Keine Einschränkung von Maßnahmen der betrieblichen Altersversorgung und des Abschlusses von Versicherungen durch den Arbeitgeber

Es bestehen Bedenken, ob die Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit europarechtskonform ist, weil Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG die Einwilligung neben den weiteren dort bezeichneten Möglichkeiten ohne jede Einschränkung, somit als gleichwertige Erlaubnisgrundlage für die Datenverarbeitung nennt. Nach Artikel 5 der Richtlinie bestimmen die Mitgliedsstaaten die Voraussetzungen näher, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig ist. Demzufolge dürfen die Vorgaben der Richtlinie durch den nationalen Gesetzgeber präzisiert (Erwägungsgrund 22), nicht jedoch gestrichen werden.

Die Beschränkung der Einwilligungsmöglichkeit der Beschäftigten wird mit einem Verhandlungsungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass jede Einwilligung, die vor oder im Beschäftigungsverhältnis abgegeben wird, nicht freiwillig ist. Eine Lösung über Positivfallgruppen, in denen eine Einwilligung eingeholt werden darf, führt zu erheblichen Lücken des Gesetzesvorschlags wie folgendes Beispiel aus der Versicherungswirtschaft zeigt:

Datenerhebungen können zum Abschluss von Versicherungen nötig sein, die zwar nicht im engeren Sinne für die Durchführung, Abwicklung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind, aber im direkten Interesse des Beschäftigten liegen. Häufig vorkommende Beispiele sind Versicherungen, die ein Arbeitgeber im Rahmen seiner Zusage auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zugunsten seiner Arbeitnehmer abschließt (Direktversicherung gem. § 1b Abs. 2 BetrAVG, Versicherung/Versorgung in einer Pensionskasse / einem Pensionsfonds gem. § 1b Abs. 3 BetrAVG, Rückdeckungsversicherung bei Pensionszusagen oder Unterstützungskassenzusagen). Oftmals ist in diesen Versicherungen, die vom Arbeitgeber und/oder per Entgeltumwandlung vom Arbeitnehmer finanziert werden, auch die Absicherung gegen Berufs-/Erwerbsunfähigkeit eingeschlossen. Auch zur Absicherung der Guthaben auf Arbeitszeitkonten, die gegen den Insolvenzfall gesichert werden müssen; ist eine Rückdeckung durch Lebensversicherungen auf das Leben des Arbeitnehmers gebräuchlich. Weitere Beispiele sind Unfallversicherungen, Manager-Haftpflichtversicherungen (D&O-Versicherung) und Haftpflichtversicherungen, die der Arbeitgeber zugunsten seines Arbeitnehmers abschließt. Insbesondere bei Entsendung ins Ausland werden auch Krankenversicherungen für Arbeitnehmer abgeschlossen. Neben den typischen Gruppenversicherungen gibt es auch individuelle Versicherungen in der bAV, bei denen der Arbeitgeber Versicherungsnehmer und der Arbeitnehmer Versicherter ist. Denkbar sind auch Versicherungen, bei denen der Arbeitnehmer Versicherter ist, aber die Versicherung an die Eigenschaft als Mitarbeiter des Unternehmens anknüpft. In allen Fällen müssen personenbezogene Daten, z. B. der Name des Mitarbeiters, vom Arbeitgeber erhoben und verarbeitet werden. Gesundheitsdaten erheben die Versicherer immer direkt beim Arbeitnehmer. Diese Versicherungen

werden im Interesse des Beschäftigten abgeschlossen. Es wäre widersinnig und allein zum Nachteil des Beschäftigten, wenn auch mit seiner Einwilligung keine Datenerhebungen zu diesem Zweck mehr möglich wären.

Ob der Abschluss von Versicherungsverträgen in den genannten Fällen von § 32c und d BDSG-E gedeckt ist, scheint unsicher, da dies zumeist nicht unbedingt für das Arbeitsverhältnis erforderlich ist. Das Arbeitsverhältnis ist z.B. auch durchführbar, wenn der Mitarbeiter nicht auf seiner Dienstreise unfallversichert ist. Es handelt sich vielmehr um zusätzliche soziale Leistungen des Arbeitgebers im Interesse des Arbeitnehmers. Einer alternativ denkbaren Datenerhebung auf der Basis einer Einwilligung stünde jedoch § 32I Abs. 1 BDSG-E entgegen.

Weitere Beispiele, in denen die Datenerhebung und/oder Verarbeitung mit Einwilligung eines Arbeitnehmers sinnvoll erscheint, sind spezielle Ausgestaltungen von außerbetrieblichen Arbeitsplätzen, Heimarbeitsplätzen und Bereitschaftsarbeitsplätzen, die Teilnahme an Auswahlverfahren, die Veröffentlichung von Arbeitserfolgen, die z. B. bei Versicherungsvermittlern üblich ist und die Prüfung der Zuverlässigkeit von Mitarbeitern (sofern hierfür keine datenschutzrechtliche Grundlage geschaffen wird, Punkt 2. a-d).

Die Möglichkeit der Einwilligung muss daher im Interesse der Beschäftigten, insbesondere im Hinblick auf vom Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers abgeschlossene Versicherungen, bestehen bleiben.

Die Versicherungswirtschaft schlägt vor,

§ 32I Abs. 1 BDSG-E zu streichen und lediglich zu normieren, wann keine Einwilligung möglich ist (Negativliste).

Alternativ wäre es sinnvoll, die Anforderungen an eine Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis speziell zu regeln und dabei sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wird, um so dem in bestimmten Fällen bestehenden Verhandlungsungleichgewicht Rechnung zu tragen.

Falls trotz der vorgebrachten Bedenken die Vorschrift beibehalten werden soll, schlägt die Versicherungswirtschaft vor, § 32I Abs. 1 BDSG-E wie folgt zu fassen:

„Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber aufgrund einer Einwilligung des Beschäftigten ist abweichend von § 4 Absatz 1 zulässig, soweit dies in den Vorschriften dieses Unterabschnitts ausdrücklich vorgesehen ist oder dem Beschäftigten hierdurch ein Vorteil erwächst, insbesondere

- zum Zwecke der betrieblichen Altersversorgung und des Abschlusses von Versicherungsverträgen durch den Arbeitgeber.
- (...).“

Weitere Fallgruppen wie die oben genannten Beispiele müssten ergänzt werden.

5. Datenschutz im Konzern

Die Versicherungswirtschaft unterstützt die Aufforderung des Bundesrates an die Bundesregierung, die Fragen des Konzerndatenschutzes bei den auf EU-Ebene anstehenden Verhandlungen zur Überarbeitung der EG-Datenschutzrichtlinie einzubringen und einen Gesetzentwurf zur Regelung der Datenübermittlung in Konzernen vorzulegen. Die Versicherungswirtschaft begrüßt zudem, dass die Bundesregierung die Problematik des Konzerndatenschutzes im Rahmen der Überarbeitung der EU-Datenschutzrichtlinie thematisieren will. Dabei sollte eine umfassende Lösung gefunden werden, die auch Bereiche außerhalb des Beschäftigtendatenschutzes erfasst.

Die Versicherungswirtschaft ist aufgrund des für sie geltenden Sparten-trennungsprinzips gezwungen, bestimmte Sparten in verschiedenen Unternehmen zu betreiben. Sie ist daher von den mit der derzeitigen datenschutzrechtlichen Situation verbundenen Nachteilen in besonderem Maße betroffen. Sinn der Sparten-trennung ist lediglich eine Trennung der Haftungsmassen im Interesse der Versicherungsnehmer, was einer datenschutzrechtlichen Regelung der Datenverarbeitung im Konzern nicht im Wege steht.

Für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes ist eine Regelung dringend erforderlich, wenn – wie im Gesetzesentwurf vorgesehen – die Möglichkeit der Einwilligung eingeschränkt wird. Die gängigen Datenverarbeitungen im Konzern, wie z. B. die Zentralisierung der Personalverwaltung oder der IT, beruhen zurzeit auf Einwilligungen der Arbeitnehmer. Sie wären nach der Neuregelung nicht mehr zulässig.

Ebenso wie es möglich bleiben muss, die Anwerbung und Einstellung von Mitarbeitern, die Personalverwaltung und die Personalentwicklung konzernübergreifend vorzunehmen, muss dies z. B. auch für die Führung von Kundendaten und die Postversendung gelten.

Einen Vorschlag für eine spezialgesetzliche Regelung im Versicherungsaufsichtsgesetz, der die Datenverarbeitung im Konzern sowie unter Einschaltung von Dienstleistern allgemein und nicht begrenzt auf den Beschäftigtendatenschutz regelt, enthält das anliegende Papier, das bereits den Bundesministerien des Innern und der Justiz vorliegt (**Anlage¹**). Dieser Vorschlag könnte als Grundlage für eine allgemeine Regelung im BDSG genutzt werden.

¹ Die in dem Papier erwähnten Anlagen werden hier zugunsten der besseren Übersicht nicht beigefügt.

6. Datenverarbeitung in Drittstaaten

Den Vorschlag des Bundesrates zur Änderung des § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG (BT-Drs. 17/4230, Ziff. 2 a) unterstützt die Versicherungswirtschaft ebenfalls. Er bewirkt, dass die Weitergabe von Beschäftigtendaten in ein Drittland mit angemessenem Datenschutzniveau als Datenverarbeitung im Auftrag und nicht wie bisher als Datenübermittlung eingestuft werden kann. Auf diese Weise wird die Datenverarbeitung in internationalen Konzernen erleichtert. Auch wenn der Vorschlag – wie von der Bundesregierung vorgesehen – nicht in das Beschäftigtendatenschutzrecht aufgenommen wird, sollte er unbedingt im Rahmen der Novellierung des BDSG weiter verfolgt werden.

Dabei ist zu bedenken, dass aufgrund der Beschränkung auf Staaten mit angemessenem Schutzniveau der Anwendungsbereich der Vorschrift sehr gering ist. Die Europäische Datenschutzrichtlinie privilegiert auch die Weitergabe von Daten, wenn Standardvertragsklauseln angewendet werden. Darüber hinaus erscheint eine entsprechende Regelung für den Anwendungsbereich bindender Unternehmensregeln sinnvoll, die nach § 4c Abs. 2 BDSG ebenfalls die Datenverarbeitung in einem Drittland legitimieren kann.

Der Vorschlag des Bundesrats zu § 3 Abs. 8 Ziffer 4 sollte aufgenommen und es sollte eine **weitere Ziffer** wie folgt ergänzt werden:

„Dritte sind nicht der Betroffene sowie Personen und Stellen, die (...)

5. in einem Drittland auf der Grundlage von Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission gemäß Art. 26 Abs. 4 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr oder auf der Basis von verbindlichen Unternehmensregelungen personenbezogene Daten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen.“

7. Löschung von Daten

Die Löschungspflichten in § 32b Abs. 3 und § 32 e Abs. 6 BDSG-E sind zu strikt formuliert. Es können gesetzliche Aufbewahrungspflichten bestehen oder die Daten können erforderlich sein, um Ansprüche des Betroffenen, etwa wegen Verstoßes gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, abzuwehren. Daher sollte auf diese Regelungen verzichtet werden, so dass § 35 BDSG Anwendung finden kann.

8. Verbot des Erstellens eines Gesamtbildes

Nach der Begründung zu § 32d Abs. 5 BDSG-E soll das Verbot das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Beschäftigten flankierend

schützen. Völlig unbestimmt bleibt, ab wann ein Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustandes angenommen wird. Es steht zu befürchten, dass die Vorschrift etwa auch das Führen von elektronischen Personalakten erfasst oder beispielsweise ein IT-gestütztes Talent-Management behindert. Daher sollte auf diese Regelung verzichtet werden.

9. Unterrichtungspflicht nach § 32j BDSG-E

Die Vorschrift stellt gegenüber der Informationspflicht nach § 42a BDSG insoweit verschärfte Anforderungen auf, als dem Beschäftigten *jegliche* unrechtmäßige Datenübermittlung oder Kenntniserlangung Dritter mitzuteilen ist. Diese Pflicht sollte im Gleichlauf mit § 42a BDSG auf Fälle beschränkt werden, in denen schwerwiegende Beeinträchtigungen für die Rechte oder die schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten drohen. Sofern keine schwerwiegende Beeinträchtigung droht, weil etwa die Daten stark verschlüsselt sind (siehe auch FAQ-Papier zu § 42a BDSG der Berliner Datenschutzaufsicht Teil A, 5., abrufbar unter <http://www.datenschutz-berlin.de/content/themen-a-z/informationspflicht-nach-42-a-bdsg>, Stand 16.05.11), sollte daher von einer Informationspflicht abgesehen werden.

Durch die zusätzliche Einschränkung der Informationspflicht nach § 42a BDSG auf Fälle, in denen die nach Satz 1 genannten Datenarten betroffen sind, hat der Gesetzgeber entschieden, dass er eine Information nur für erforderlich hält, wenn bestimmte, besonders sensible Daten aus dem Verfügungsbereich der verantwortlichen Stelle betroffen sind. Diese Regelung ist sinnvoll und erleichtert den Adressaten die Anwendung der Norm. Ein Einschränkung auf bestimmte Datenarten, wie sensible Daten aus der Personalakte, Gehaltsangaben oder Leistungsbewertungen, sollte daher auch für § 32j BDSG-E übernommen werden. Alternativ könnte in den Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz auf § 42a BDSG verwiesen werden.

10. Verhältnismäßigkeit

Da die zulässigen Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungszwecke in den Vorschriften genau beschrieben und eingrenzt werden, zudem jeweils die Erforderlichkeit der geregelten Datenverwendungen betont wird, ist der Normadressat bereits ausreichend dafür sensibilisiert, Beschäftigtendaten vorsichtig und unter Beachtung der Interessen der Betroffenen zu verwenden. Der Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit wie zum Beispiel in §§ 32 Abs. 7, 32c Abs. 4 und 32d Abs. 3 BDSG-E kann daher gestrichen werden.

Wir schließen uns im Übrigen der Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände an.

Berlin, den 16. Mai 2011

Datenschutzrechtliche Regelung für die Datenverarbeitung im Konzern sowie die Einschaltung von Dienstleistern in der Versicherungswirtschaft

Der Wettbewerb zwingt Versicherungsunternehmen dazu, sich auf ihre Kernkompetenzen zu konzentrieren. Um Synergien zu erzielen, werden innerhalb von Versicherungsgruppen Serviceaufgaben delegiert und zentralisiert. Service-Gesellschaften übernehmen zum Beispiel die Posteingangs- und Postausgangsbearbeitung für alle Unternehmen der Gruppe, verwalten die Stammdaten der Versicherten an zentraler Stelle und betreiben ggf. ein Call-Center. Außerdem werden Dritte für die Erfüllung von Spezialaufgaben herangezogen. Das gilt z.B. für die EDV. Aber auch bei der Risikoeinschätzung wird externer medizinischer Sachverstand konsultiert. Im Leistungsbereich wird mit Hilfe von Experten versucht, den Leistungsempfängern den problemlosen und kostengünstigen Zugang zu Heilmitteln und medizinischen Leistungen sowie die Wiedereingliederung ins Arbeitsleben zu ermöglichen. Im Rahmen von vereinbarten Assistenzleistungen, wie etwa bei der Heilbehandlung im Ausland oder einem notwendigen Krankenrücktransport, werden externe Spezialisten eingeschaltet.

Diese Fallgestaltungen sind nach dem neu in das Versicherungsaufsichtsgesetz eingefügten § 64 a Abs. 4 VAG versicherungsaufsichtsrechtlich zulässig. Ob und in welchem Umfang die Vorgehensweise datenschutzrechtlich und strafrechtlich zulässig ist, ist jedoch stark umstritten. Der Versicherungswirtschaft wird immer wieder vorgeworfen, mit der Weitergabe der Daten an Dienstleister gegen das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) sowie in der Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung gegen § 203 StGB zu verstoßen.

Das Bundesdatenschutzgesetz erlaubt die Weitergabe von Gesundheitsdaten nur im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG. In vielen Fällen ist jedoch streitig, ob eine Tätigkeit eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine Funktionsausgliederung ist. Für Funktionsausgliederungen findet sich nur in wenigen Konstellationen eine datenschutzrechtliche Ermächtigungsgrundlage in § 28 BDSG. Unabhängig davon, ob es sich um Gesundheitsdaten handelt, wird nach wohl noch herrschender Meinung die Datenweitergabe durch Unternehmen der Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung ohne Schweigepflichtentbindung nach § 203 StGB selbst dann als unzulässig angesehen, wenn es sich um eine Auftragsdatenverarbeitung handelt.

Die Einwilligung sämtlicher Versicherungsnehmer in die organisatorische Maßnahme einzuholen, ist nicht nur zeit- und kostenaufwändig. Es ist auch praktisch zumeist nicht durchführbar, weil die Mehrzahl der Betroffenen auf die Bitte zur Erklärungsabgabe schlichtweg nicht reagiert. Zudem wären die Versicherer gezwungen, angesichts der fortwährenden Veränderungen der Geschäftsprozesse immer wieder jeden einzelnen Versicherungsnehmer um Einwilligung zu bitten.

Es bedarf daher dringend eines gesetzgeberischen Aktes, um das Datenschutzrecht und den strafrechtlichen Geheimnisschutz nach § 203 StGB im Bereich der Versicherungswirtschaft den wirtschaftlichen Entwicklungen der vergangenen Jahre und den aktuellen Gegebenheiten anzupassen. Damit würde auch eine Benachteiligung deutscher Versicherungsunternehmen gegenüber ausländischen Wettbewerbern beseitigt, da andere Rechtsordnungen weder ein Spartentrennungsprinzip noch eine § 203 StGB entsprechende Regelung kennen.

Entsprechendes gilt für das Hinweis- und Informationssystem (HIS), das die Versicherungswirtschaft zur Identifizierung erhöhter Risiken und zur Bekämpfung von Versicherungsbetrug

betreibt und das in Abstimmung mit den Datenschutzaufsichtsbehörden gegenwärtig als Auskunft im Sinne des § 29 BDSG umgestaltet wird. Es werden zwar keine Gesundheitsdaten an das System gemeldet. Sofern Daten aus der Lebens-, Kranken- oder Unfallversicherung an das HIS übermittelt werden, kann aber wegen § 203 StGB eine Schweigepflichtentbindung erforderlich sein. Da gerade Versicherungsbetrüger diese Einwilligung wohl kaum erteilen würden, könnte das Ziel des Systems unterlaufen werden. Für eine ansonsten datenschutzrechtlich zulässige Weitergabe der Daten an den Betreiber des Informationssystems bedarf es daher einer entsprechenden gesetzlichen Rechtfertigung. Das gilt auch für den Datenaustausch zwischen zwei Unternehmen auf der Basis von Treffern, die im System angezeigt werden. Nur in diesem Fall kann es auch zum Austausch von Gesundheitsdaten kommen.

Die deutsche Versicherungswirtschaft regt an:

§ 64 a VAG wird durch einen neuen Absatz 4a ergänzt. Der Vorschlag sieht anstelle der Einwilligung andere Schutzmechanismen für die Betroffenen vor, insbesondere Anforderungen an die Auswahl der Vertragspartner und die Ausgestaltung der Vereinbarungen. In einer Folgeänderung des § 203 StGB werden die Dienstleister ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Formulierungsvorschlag für einen neuen § 64 a Abs. 4a VAG

(4a) Soweit ein Erst- oder Rückversicherungsunternehmen anderen Unternehmen oder Personen im Rahmen von Absatz 4 personenbezogene Daten zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung im Auftrag (§ 11 BDSG) oder zur eigenverantwortlichen Erfüllung von Datenverarbeitungs- oder sonstigen Aufgaben überlässt, ist die Weitergabe und anschließende Verarbeitung dieser Daten einschließlich besonderer Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG insbesondere Gesundheitsdaten, sowie sonstiger Privatgeheimnisse im Sinne von § 203 StGB zu dem vom Versicherungsunternehmen bestimmten Zweck ohne Einwilligung des Betroffenen unter den nachfolgenden Voraussetzungen zulässig. Die anderen Unternehmen oder Personen sind unter Berücksichtigung der Eignung der von ihnen zu Datenschutz und Datensicherheit getroffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen sorgfältig auszuwählen. Es ist vertraglich zu vereinbaren, dass der Geheimnis- und Datenschutz bei den anderen Unternehmen oder Personen in gleicher Weise gewährleistet ist wie bei dem Versicherungsunternehmen.

Zulässig sind auch die Weitergabe personenbezogener Daten sowie von Privatgeheimnissen im Sinne von § 203 StGB an ein Unternehmen, welches ein Hinweis- und Informationssystem zur Identifizierung erhöhter Risiken und zum Schutz vor Versicherungsbetrug betreibt und die anschließende Verarbeitung der Daten durch dieses Unternehmen. Zulässig ist auch ein Datenaustausch zwischen zwei Unternehmen auf Basis in dem System angezeigter Treffer, der auch besondere Arten personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 9 BDSG, insbesondere Gesundheitsdaten, erfassen kann.

Folgeanpassung des § 203 StGB

§ 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB wird wie folgt geändert (Erweiterung der Schweigepflicht auf die Dienstleister):

- „6. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung sowie der Unternehmen und Personen, deren sich die vorgenannten Versicherungsunternehmen im Rahmen von Funktionsausgliederungsverträgen oder sonstigen Dienstleistungsverträgen bedienen, Mitarbeitern von Unternehmen, die Hinweis- und Informationssysteme der Versicherungswirtschaft betreiben oder einer privatärztlichen Verrechnungsstelle“

Beseitigung EU-rechtlicher Hindernisse

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Europäische Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995) in ihrer aktuellen Ausgestaltung einer derartigen Regelung entgegensteht. Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, sollte eine klarstellende Regelung in die EU-Richtlinie aufgenommen werden:

In der Europäischen Datenschutzrichtlinie könnte in Artikel 8 Abs. 2 Buchst. b) hinter den Worten „des Arbeitsrechts“ „und des Versicherungsrechts“ eingefügt werden.

Dies entspricht einem Vorschlag der deutschen Datenschutzbehörden, der aus den anliegenden Schreiben des Vorsitzenden der AG Versicherungswirtschaft der Behörden, Herrn Dr. Weichert, ersichtlich ist (**Anlagen 1 und 2**). Damit würde dem deutschen Gesetzgeber ein weitgehender Regelungsspielraum eröffnet. Die neue Regelung würde es ermöglichen, die Verarbeitung von Gesundheitsdaten in der Versicherungswirtschaft insgesamt auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen und damit Einwilligungserklärungen, die nach übereinstimmender Auffassung der Datenschutzbehörden, von Verbraucherschutzverbänden und der Branche nur sehr schwer transparent darzustellen sind, entbehrlich zu machen. Sofern in der Richtlinie eine detaillierte Regelung gewünscht ist, könnte der Vorschlag aufgegriffen werden, den die Versicherungswirtschaft der EU-Kommission unterbreitet hat (**Anlage 3**, Seite 17 f.)

Berlin, den 2. November 2010