

Deutscher Bundestag  
Innenausschuss

Ausschussdrucksache  
17(4)252 C Anlage

## ***Datenschutz im Betrieb übersichtlich und klar gestalten***

***Bewertung der Anregungen im Arbeitspapier der Berichterstatter der Koalitionsfraktionen zu der öffentlichen Anhörung am 23. Mai 2011 zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes - BT-Drs. 17/4320***

20. Mai 2011

## Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25. August 2010 zum Beschäftigtendatenschutz weist mehrere Regelungsvorschläge auf, die einer klaren praxistauglichen Anwendung des Datenschutzes im Betrieb entgegenstehen. Die im Arbeitspapier der Berichterstatter aufgeworfenen Fragen und Hinweise machen dies deutlich. Die ebenfalls im Papier enthaltenen Anregungen bedeuten eine sinnvolle Weiterentwicklung des Regierungsentwurfs, beantworten aber nicht alle mit dem in Entwurf enthaltenen Vorschlägen.

## Im Einzelnen

### 1. §§ 3 Nr. 12, 27 Abs. 3 BDSG-E - Anwendungsbereich der Regelungen, begriff des Beschäftigtendatums

Vorschlag: Aufnahme einer klarstellenden Eingrenzung des Beschäftigtendatums anhand der Zweckbestimmung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten.

Bewertung: Die Vorschläge zu §§ 3 Abs. 12 und 27 Abs. 3 machen zu Recht deutlich, dass zwischen Beschäftigtendaten auf der einen und zu Betriebszwecken benötigten Daten auf der anderen Seite unterschieden werden muss. Das gilt in besonderer Weise für ein Dauerschuldverhältnis. Daher muss bereits im Gesetz geregelt werden, dass es für primär geschäftlichen Zwecken dienenden Daten bei der Anwendung insbesondere von § 28 BDSG bleibt

### 2. §§ 4 Abs. 1, 32I Abs. 3, 5 BDSG-E – Zulässigkeit und Umfang von Betriebsvereinbarungen

Vorschlag: Einführung einer Positivliste oder einer Negativliste zur Zulässigkeit einer Betriebsvereinbarung auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers.

Bewertung: Es ist richtig, die Betriebsvereinbarung als Regelungsinstrument für den Datenschutz zu erhalten. Auf Grund der ohnehin starken Stellung des Betriebsrates, die z. B. durch das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG untermauert ist,

und wegen der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer durch die Betriebspartner entwickelt hat, bedarf es einer Einschränkung nicht. Selbst eine Negativliste ist daher überflüssig. Eine Positivliste erlaubter Regelungsmaterien für Betriebsvereinbarungen kann in keinem Fall alle denkbaren Fälle abdecken, die einer betrieblichen Ergänzung des Gesetzes bedürfen.

### 3. § 32 Abs. 2 BDSG-E – Zulässiger Umfang von Fragerechten

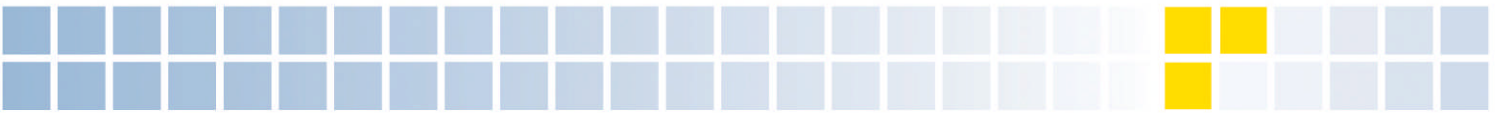
Vorschlag: Anknüpfung der Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung mit Blick auf das Fragerecht zu Vermögensverhältnissen, zu Ermittlungsverfahren und zu Vorstrafen (lediglich) an das Vorliegen eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers, um so eine faktische Ausweitung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu verhindern.

Bewertung: Die Erwägungen zum zulässigen Umfang des Fragerechts in § 32 Abs. 2 BDSG machen deutlich, dass die in Absatz 2 genannten Daten ohnehin durch das AGG in besonderer Weise geschützt sind.

### 4. § 32 Abs. 6 BDSG-E – Bewerberrechte in webbasierten sozialen Netzwerken

Vorschlag: Differenzierung zwischen öffentlich zugänglichen Informationen und solchen Informationen, die der betroffene Bewerber nur einem eingeschränkten Adressatenkreis zur Verfügung gestellt hat. Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der öffentlich zugänglichen Informationen soll zulässig sein.

Bewertung: Es ist angemessen, den Zugriff auf Informationen in sozialen Netzwerken grundsätzlich zu erlauben und nur dort einzuschränken, wo der Bewerber sich geschützt im Netz bewegt. Das ist insbesondere dort der Fall, wo er den Zugriff auf seine Daten nur für „registrierte Freunde“ zulässt. Bei Daten, die ein Bewerber öffentlich zugänglich im Netz präsentiert, muss man davon ausgehen können, dass er die Kenntnisnahme freiwillig und eigenverantwortlich in Kauf nimmt. Darüber hinaus präsentieren einige Bewerber, gerade im Zuge der fort-



schreitenden Technisierung, bewusst Informationen frei zugänglich im Internet (so u.a. selbst gestaltetet homepages zur Präsentation technischer Fähigkeiten oder Listen wissenschaftlicher Veröffentlichungen). Es liegt nicht im Interesse gut qualifizierter Bewerber, wenn der Arbeitgeber weniger qualifizierte Bewerber einstellt, weil ihm gängige Erkenntnisquellen versperrt sind.

#### **5. § 32c Abs. 3 BDSG-E – Zweifel an der fortdauernden Eignung**

Vorschlag: Aufnahme einer Einschränkung auf „ernsthafte“ Zweifel.

Bewertung: Der Begriff „ernsthafte Zweifel“ ist nicht justitiabel und für die Unternehmen auch kaum anwendbar. Wann beginnt ein Zweifel ernsthaft zu sein? Wenn es bei der Regelung im § 32c Abs.3 bleiben sollte, darf diese nicht noch durch den Begriff „ernsthafte“ weiter verunklart werden.

Ärztliche Untersuchungen zur Überprüfung der Eignung sind auch aus Gründen der Fürsorge und des Arbeitsschutzes geboten. So können z. B. bei Fahr-, Steuer- und Überwachungstätigkeit arbeitsmedizinische Untersuchungen aufgrund der Gefährdungsbeurteilung angezeigt sein, weil eine erhöhte Gefährdung besteht, der Arbeitgeber aber die körperliche und gesundheitliche Eignung des Arbeitnehmers für die Tätigkeit nicht selbst beurteilen kann.

Sollte § 32c Abs. 3 wie im Regierungsentwurf vorgesehen umgesetzt werden, handelt es bei dieser gesetzlichen Regelung um die einzige Grundlage, die den Arbeitnehmer verpflichtet, sich einer solchen Untersuchung zu unterziehen. Eine weitere Einschränkung des § 32c Abs. 3 darf daher nicht stattfinden.

#### **6. § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E – Erhebung von Daten ohne Kenntnis des Beschäftigten**

Vorschlag: Abkehr vom Tatbestandsmerkmal „zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde“. Ersetzen dieser vorab einzelfallorientierten Interessenabwägung durch das an objektiven Kriterien orientierte Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB.

Bewertung: Es ist ein Schritt in die richtige Richtung, erhebliche Pflichtverletzung an objektiven Kriterien und nicht an die subjektive Auslegung des einzelnen Arbeitsgerichts zu knüpfen, wann das Fehlverhalten eines Arbeitnehmers einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB für eine verhaltensbedingte Kündigung darstellt.

Die Vorschrift sollte generell weiter entwickelt werden. Die Erhebung von Daten nach § 32e des Entwurfes sollte möglich sein, wenn der Arbeitgeber Hinweise darauf erhält, dass ein für arbeitsrechtliche Reaktionen relevantes Verhalten des Arbeitnehmers vorliegt. So ist z.B. nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts selbst im klaren Fall einer Unterschlagung und einer Untreuehandlung des Arbeitnehmers nicht immer der Weg für eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung eröffnet. Liegen aber Tatsachen vor, die einen entsprechenden Verdacht auslösen, muss der Arbeitgeber hierauf auch durch die Erhebung weiterer Daten reagieren können.

#### **7. § 32h Abs. 1 BDSG-E – Zulässigkeit der Verwendung biometrischer Daten**

Vorschlag: Nachfrage, ob die Regelung in ihrer jetzigen Form angemessen und eine Einschränkung der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von biometrischen Daten auf sicherheitsrelevante Bereiche praktikabel umsetzbar ist.

Bewertung: Vor dem Hintergrund der rasanten elektronischen Entwicklung ist bereits zweifelhaft, biometrische Daten – wie vom Gesetzentwurf vorgesehen – auf Authentifizierungs- und Autorisierungsprozesse zu beschränken. Eine weitere Beschränkung auf „sicherheitsrelevante“ Bereiche sollte daher unterbleiben und führt ebenso wie zum Beispiel der Begriff „ernsthafte Zweifel“ (siehe Nr. 5) zu erheblicher neuer Rechtsunsicherheit.

#### **8. § 32i Abs. 2 BDSG-E – Vorab- Informationspflicht des Arbeitgebers**

Vorschlag: Die stichprobenartige Kontrollmöglichkeit bei telefonisch erbrachten Dienstleistungen als wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung, wird grund-

sätzlich befürwortet, ebenso wie die Informationspflicht. Anerkennung eines Klarstellungsbedürfnisses, dass der Arbeitgeber nicht zur konkreten Information über den Zeitpunkt der Kontrollen verpflichtet werden soll.

**Bewertung:** Die Erwägungen zur Vorabinformationspflicht bei § 32i Abs. 2 BDSG sind richtig. Die Festlegung einer Vorabinformationspflicht widerspricht an sich schon dem Sinn- und Zweck einer stichprobenartigen Leistungs- und Verhaltenskontrolle. Eine stichprobenartige Leistungs- und Verhaltenskontrolle soll ausschnittsweise das natürliche Verhalten und die gewöhnliche Leistung zeigen. Erfolgt vorab eine Ankündigung einer solchen Kontrolle, zudem unter Angabe eines konkreten Zeitpunktes, so kann davon ausgegangen werden, dass das durchschnittliche Verhalten oder die gewöhnliche Leistung des Arbeitnehmers nicht widergespiegelt wird. Gerade hierauf ist ein Arbeitgeber jedoch angewiesen, insbesondere da es außerhalb solcher Maßnahmen nahezu unmöglich ist, die Qualität einer telefonisch erbrachten Dienstleistung zu ermitteln.

#### **9. § 32i Abs. 4 BDSG-E – Private Nutzung dienstlicher Telekommunikationsanlagen**

**Vorschlag:** Die Eigenschaft des Arbeitgebers als Diensteanbieter im Sinne des TKG, wenn er den Arbeitnehmern die private Nutzung dienstlicher Telekommunikationsanlagen gestattet, wird vielfach als nicht praxisgerecht erachtet. Es wird daher erwogen, ob der jetzige Regierungsentwurf nicht auch für diese Fälle eine Regelung zu treffen hat und wie eine solche praxisgerecht und mit Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen ausgestaltet sein sollte.

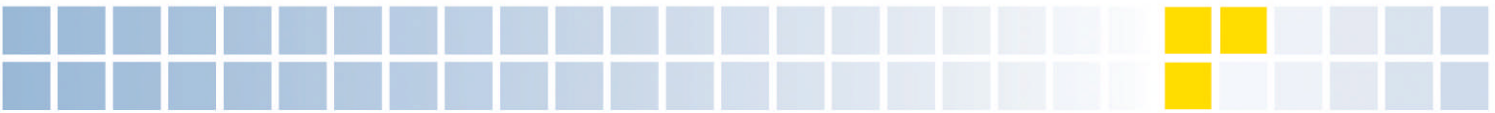
**Bewertung:** Eine Klarstellung, dass der Arbeitgeber nicht Diensteanbieter im Sinne des TKG wird, wenn er die Nutzung dienstlich gestellter Kommunikationsmittel auch für private Zwecke zulässt, ist sinnvoll, geboten und überfällig. Die Einordnung des Arbeitgebers als Diensteanbieter im Sinne des TKG führt im Ergebnis zu unerfüllbaren Aufgaben: So ist z. B. jeder Kaufmann nach § 257 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB verpflichtet, abgesandte und empfangene Handelsbriefe sechs Jahre

lang geordnet aufzubewahren. Nach ganz h.M. gilt diese Dokumentationspflicht auch für E-Mails. Um dieser Aufbewahrungspflicht nachkommen zu können, muss der Kaufmann als Arbeitgeber Zugriff auf den Inhalt der E-Mails nehmen können, um überhaupt beurteilen zu können, ob die Schriftstücke als Handelsbriefe aufbewahrungspflichtig sind. Der Zugriff darauf ist ihm jedoch bei privater Nutzung nach § 88 TKG versagt. Was soll der Arbeitgeber tun – seine Pflichten nach dem HGB oder dem TKG erfüllen? Darüber hinaus muss das Gesetz aber auch so gefasst werden, dass der Arbeitgeber Missbrauch durch Kontrollen verhindern kann. Die derzeit geplante Regelung in § 32i Abs. 4 reicht hierfür nicht aus. Denn die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung privater Daten und Inhalte ist danach nur zulässig, soweit sie zur Durchführung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs unerlässlich ist. Ob dies Missbrauchskontrollen rechtfertigt, ist zumindest fraglich.

#### **10. § 32i Abs. 1 BDSG-E – Einwilligung als Rechtfertigung für Datenerhebung und -verarbeitung**

**Vorschlag:** Die vorgesehene Regelung könnte auch dazu führen, dass die Einwilligung eines Arbeitnehmers auch in für ihn vorteilhaften Angelegenheiten keine zulässige Grundlage für eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung darstellt. Hier sollte eine praktikablere Lösung gefunden werden, ohne das Schutzniveau des Gesetzes zu unterschreiten. Denkbar erscheint hier eine Positiv- oder Negativliste.

**Bewertung:** Eine Einwilligung ist bereits nach der geltenden Systematik des BDSG nur wirksam, wenn sie freiwillig ist. Ebenso wie bei der Betriebsvereinbarung reicht dies als „Sicherung“ gegen eine missbräuchliche Nutzung dieses Erlaubnistatbestands aus. Wollte man etwas an der Freiwilligkeit ergänzen, könnte man erwägen, diese an einen Vermutungstatbestand zu knüpfen. Freiwilligkeit wäre danach dann zum Beispiel zu vermuten, wenn der Arbeitnehmer ein Überlegungsrecht eingeräumt bekommt. Dieses darf in keinem Fall mehr als drei Tage betragen. Darüber hinaus gilt auch hier: Eine Positivliste erlaubter Regelungsmaterien für Einwilligungen kann in keinem Fall



alle denkbaren Fälle abdecken, die eine betriebliche oder vertragliche Flexibilität erfordert.

**11. § 32l Abs. 4 BDSG-E – „Whistleblower“-Regelung**

Vorschlag: In Erwartung einer möglichen Kollision mit Art. 28 Abs. 4 der Richtlinie 95/46/EG könnte eine Änderung von § 32l Abs. 4 BDSG-E erwogen werden.

Bewertung: Eine Regelung zum sogenannten Whistleblowing ist überflüssig. Sie ist auch nicht von Art. 28 der Richtlinie 95/46/EG gefordert. Schon heute kann jeder Arbeitnehmer sich an die zuständigen öffentlichen Stellen wenden. Er muss alleine zuvor einen innerdienstlichen Beschwerdeweg einhalten. Dies ist mit europäischem Recht kompatibel. Art. 28 der einschlägigen Richtlinie gebietet nicht, dass dies unmittelbar zu geschehen hat. Ein internes Klärungsverfahren wird nicht ausgeschlossen.

**12. Privilegierung der Datenweitergabe und -nutzung in verbundenen Unternehmen**

Vorschlag: Die Notwendigkeit wird anerkannt, einen Privilegierungstatbestand für Fälle der Datenweitergabe und -nutzung im Konzernverbund zu schaffen. Insbesondere im Hinblick auf die Datenschutzrichtlinie wird die Schaffung einer Norm zur gemeinsamen Verantwortlichkeit („joint controllership“) der beteiligten datenverarbeiteten Stellen, d.h. Konzernmutter und jeweilige Konzerntochter vorgeschlagen.

Bewertung: Eine Regelung des Konzerndatenschutzes ist überfällig. Ein Instrument hierzu kann die Konzernbetriebsvereinbarung darstellen. Eine andere Option ist es, den Datenfluss innerhalb eines Konzerns an eine an § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDAG orientierte Interessenabwägung zu knüpfen. Darüber hinaus ist auch die Einführung einer Regelung zu data sharing möglich, um die Nutzung von Daten im Verbund mehrerer Unternehmen zu erleichtern. Eine solche Regelung stellt aber nicht die einzige Möglichkeit dar, die mit europäischem Recht vereinbar wäre.

**Ansprechpartner:**

**BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

**Arbeitsrecht**

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de