

**Innenausschuss**  
**Protokoll**  
40. Sitzung

**Öffentliche Anhörung**

am Montag, 23. Mai 2011, von 13.00 Uhr bis 16.00 Uhr  
Paul-Löbe-Haus, Raum 4 900  
10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1

**Vorsitz: Wolfgang Bosbach, MdB**

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen  
zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes

**BT-Drucksache 17/4230**

- b) Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis  
(Beschäftigtendatenschutzgesetz – BDatG)

**BT-Drucksache 17/69**

- c) Gesetzentwurf der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Beate Müller-Gemmeke, Volker Beck (Köln), weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes personenbezogener Daten der Beschäftigten in der Privatwirtschaft und bei öffentlichen Stellen

**BT-Drucksache 17/4853**

- d) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Dr. Konstantin von Notz, Kerstin Andreae, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Persönlichkeitsrechte abhängig Beschäftigter sichern – Datenschutz am Arbeitsplatz stärken

**BT-Drucksache 17/121**

- e) Antrag der Abgeordneten Jan Korte, Klaus Ernst, Petra Sitte, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Datenschutz für Beschäftigte stärken

**BT-Drucksache 17/779**

**Zudem: Ausschussdrucksache 17(4)255**

	<u>Seite</u>
<b>I. Anwesenheitsliste</b>	
• Mitglieder des Deutschen Bundestages	5
• Bundesregierung, Bundesrat, Fraktionen	
<b>II. Sachverständigenliste</b>	8
<b>III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten</b>	9
<b>IV. Protokollierung der Anhörung</b>	10
Bandabschrift	
<b>V. Anlage A:</b>	
<b>Eckpunktepapier der Fraktionen der CDU/CSU und FDP</b>	63
- Ausschussdrucksache 17(4)255	
<b>Anlage B:</b>	
Schriftliche Stellungnahmen der Sachverständigen	
- Ausschussdrucksachen-Nr.: 17(4)252 A ff -	
• <b>Helga Nielebock / Martina Perreng</b>	66
Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin - 17(4)252 A	
• <b>Andreas Jaspers</b>	74
Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V. - 17(4)252 B	
• <b>Dr. Reinhard Göhner</b>	80
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), Berlin	
- 17(4)252 C + Anlage	
• <b>Prof. Dr. Gerrit Hornung</b>	97
Universität Passau - 17(4)252 D	
• <b>Prof. Dr. Gregor Thüsing</b>	104
Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, Bonn	
- 17(4)252 E	
• <b>Dr. Philipp Kramer</b>	110
Rechtsanwalt, Hamburg - 17(4)252 F	
• <b>Sönke Hilbrans</b>	128
Deutsche Vereinigung für Datenschutz (DVD) e.V., Bonn - 17(4)252 G	
• <b>Prof. Dr. Peter Wedde</b>	138
Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt/Main -	
17(4)252 H	

**Anlage C:**

Nicht angeforderte Stellungnahmen

- **Deutsches Institut für Interne Revision e.V.** 148  
Frankfurt/Main - 17(4)178
- **Bundesrechtsanwaltskammer** 150  
Berlin - 17(4)233
- **Handelsverband Deutschland (HDE)** 156  
Der Einzelhandel, Berlin - 17(4)237
- **Zentraler Kreditausschuss** 158  
Berlin - 17(4)239
- **Handelsverband Deutschland (HDE)** 166  
Der Einzelhandel, Berlin - 17(4)253
- **Arbeitskreis Deutscher Markt- und Sozialforschungsinstitute e.V.** 178  
Frankfurt/Main - 17(4)254
- **Humanistische Union e.V.** 184  
Berlin - 17(4)259
- **Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.** 189  
Berlin - 17(4)260
- **Arbeitsgemeinschaft für wirtschaftliche Verwaltung e.V.** 201  
Eschborn - 17(4)261

**I. Anwesenheitsliste Mitglieder des Deutschen Bundestages**



**Bundesregierung**

**Bundesrat**

**Fraktionen und Gruppen**

## II. Liste der Sachverständigen für die Öffentliche Anhörung am 23. Mai 2011

1. Dr. Reinhard Göhner Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin
2. Sönke Hilbrans Deutsche Vereinigung für Datenschutz (DVD) e.V., Bonn
3. Prof. Dr. Gerrit Hornung Universität Passau
4. Andreas Jaspers Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e.V., Bonn
5. Dr. Philipp Kramer Rechtsanwalt, Hamburg
6. Helga Nielebock  
Martina Perreng Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin
7. Prof. Dr. Gregor Thüsing Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, Bonn
8. Prof. Dr. Peter Wedde Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main

### **III. Sprechregister der Sachverständigen und Abgeordneten**

#### **Sprechregister der Sachverständigen**

#### **Seite**

<b>Dr. Reinhard Göhner</b>	11, 37, 58
<b>Sönke Hilbrans</b>	14, 53
<b>Prof. Dr. Gerrit Hornung</b>	17, 57
<b>Andreas Jaspers</b>	20, 38, 44, 51, 62
<b>Dr. Philipp Kramer</b>	22, 36, 46
<b>Helga Nielebock</b>	25, 47, 55
<b>Martina Perreng</b>	42, 61
<b>Prof. Dr. Gregor Thüsing</b>	27, 35, 43, 51
<b>Prof. Dr. Peter Wedde</b>	30, 40, 48, 54, 55, 59, 60, 61

#### **Sprechregister der Abgeordneten**

<b>Vors. Wolfgang Bosbach</b>	10, 14, 17, 33, 40, 43, 44, 50, 60, 62
<b>Michael Frieser</b>	34
<b>Michael Hartmann (Wackernheim)</b>	39, 40, 43, 44
<b>Gisela Piltz</b>	45
<b>Jan Korte</b>	52, 55
<b>Dr. Konstantin von Notz</b>	56, 60

#### IV. Protokollierung der Anhörung

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Meine sehr verehrten Damen und Herren, meine Damen und Herren Sachverständigen, im Namen des Innenausschusses des Deutschen Bundestages heiÙe ich Sie herzlich willkommen. Das gilt auch für die Gäste dieser Sachverständigenanhörung, für die Kolleginnen und Kollegen aus dem Deutschen Bundestag und aus den Bundesländern. Ich bedanke mich bei jedem Einzelnen, dass Sie sich die Mühe gemacht haben, sich mit den zur Beratung anstehenden Gesetzesmaterien so intensiv zu beschäftigen, um uns hier Rat zu erteilen für die Beratungen in den zuständigen Gremien des Deutschen Bundestages im Plenum und für die anstehenden Beschlussfassungen. Wir haben insgesamt fünf Gesetzentwürfe und Anträge sowie eine Ausschussdrucksache. Die Bundesregierung soll durch den Staatssekretär Dr. Ole Schröder vertreten werden. Wir haben dankenswerter Weise schriftliche Stellungnahmen bekommen, die auch dem Protokoll dieser Sitzung beigefügt werden. Wir haben dann eine Gesamtdrucksache, einschließlich dem, was Sie heute hier vortragen, plus Fragen und Antworten. Wir werden ein Wortprotokoll anfertigen, das wird Ihnen dann zur Korrektur übersandt. Die Sitzung wird auch im Hausfernsehen des Deutschen Bundestages übertragen mit traditionell hervorragender Einschaltquote.

Wir haben eine Tagesordnung vorgesehen, die von 13.00 Uhr bis 16.00 Uhr reicht. Viel später darf es auch nicht werden. Jetzt kommt ein Hinweis, den ich jedes Mal gebe, der auch jedes Mal nicht eingehalten wird, aber ich bin hartnäckig: Zu Beginn bitte nicht länger als fünf Minuten. Das ist, wie der Jurist sagen würde, ein klassischer Fall der objektiven Unmöglichkeit, alle Punkte in nur fünf Minuten anzusprechen und erschöpfend zu behandeln. Wer sagt, der eine oder andere Punkt hätte unbedingt mit eingearbeitet werden müssen, den tröste ich damit, dass nichts verloren geht. In der nachfolgenden Diskussionsrunde haben Sie immer noch die Möglichkeit, all das unterzubringen. Wenn sich die Fragen nicht auf das beziehen, was Sie gerne sagen möchten, machen Sie es so wie die Politiker, sagen Sie zunächst, was Sie sagen wollen und gehen Sie erst dann auf die gestellten Fragen ein.

Bei der Fragerunde hinterher wäre es schön, wenn wir das strukturieren könnten. Wenn wir immer zwischen den verschiedenen Themen hin- und herspringen, geht sonst viel an Erkenntnissen verloren, was wir dringend brauchen. Ich werde gleich noch einen Vorschlag dazu machen, wenn wir die Einführungsrunde beendet haben, wie die Fragerunde strukturiert werden könnte. Ob und wie wir das machen, obliegt den Kolleginnen und Kollegen aus dem Deutschen Bundestag bzw. den Sachverständigen, die gefragt werden.

Das Thema Beschäftigtendatenschutz hört sich an, als sei es ein Spezialthema für juristische Feinschmecker. Auf der einen Seite für diejenigen, die sich für Datenschutz interessieren, für den Schutz sensibler personenbezogener Daten, auf der anderen

Seite für Arbeitsrechtler, egal ob im individualen oder kollektiven Arbeitsrecht. Dabei wird gelegentlich übersehen, dass mehr als 40 Mio. Menschen von den Regelungen ganz unmittelbar betroffen sind. Es sind ja nicht nur Unternehmen und Arbeitgeber, sondern es sind insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Für die Hälfte der Bevölkerung hat das, was hier beraten und beschlossen werden soll, ganz unmittelbare praktische Bedeutung zur Beantwortung einer Vielzahl von Fragen. Insbesondere der Hauptfrage: Was kann und was dürfen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber mit den sensiblen personenbezogenen Daten ihrer Beschäftigten anstellen, wie dürfen sie sie verwenden und was darf gespeichert werden? Dann betreffen die Regelungen, um die es in diesem Gesetzentwurf geht, doch sehr detailliert auch die Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen „im richtigen Leben“, nämlich in den Betrieben in der Bundesrepublik Deutschland, d. h., wir sollten auch heute bei der Beratung zumindest immer mit bedenken, wie wirken sich diese Regelungen in der betrieblichen Praxis aus und was bedeuten sie für die Normadressaten, also für die Arbeitgeber- wie für die Arbeitnehmerseite. Wir sollten auch immer bedenken, klären wir mit diesem Gesetzentwurf mehr strittige Rechtsfragen, oder schaffen wir nicht möglicherweise neue juristische Probleme, z. B. indem wir hier im Sprachgebrauch des Gesetzes neue Rechtsbegriffe einführen, über die es dann möglicherweise Streit geben kann, weil sie unterschiedlich interpretiert und ausgelegt werden.

In diesem Sinne danke ich Ihnen. Herzlich willkommen für die Bundesregierung Dr. Ole Schröder, Parlamentarischer Staatsminister beim Bundesminister des Innern.

Wir beginnen mit der Anhörung der Sachverständigen. Als Ersten darf ich Herrn Dr. Reinhard Göhner um das Wort bitten, er ist Hauptgeschäftsführer bei der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.

**SV Dr. Reinhard Göhner** (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wir sollten vor allem bedenken, wie sich diese gesetzlichen Regelungen in der betrieblichen Praxis auswirken können. Es ist ein kompliziertes Rechtsgebiet und von Arbeitgebern wie von Arbeitnehmern, die keine rechtliche Vorbildung haben, wird verlangt, dass sie diese künftigen Regelungen einhalten sollen. Ich begrüße zunächst einmal die Absicht des Regierungsentwurfes, den Arbeitnehmerdatenschutz im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu regeln und somit in den Zusammenhang mit Regelungen zu stellen, die in jedem Fall auch künftig weiter gelten. Es würde keinen Sinn machen, das Arbeitnehmerdatenschutzrecht über mehrere Gesetze zu verstreuen oder dergleichen. Das Ziel, Rechtssicherheit und -klarheit im Arbeitnehmerdatenschutz zu schaffen, ist möglich und richtig. Aber, Herr Bosbach, wie Sie gerade gesagt haben, zwangsläufig werden eine Fülle von neuen Rechtsbegriffen mit neuen Rechtsfragen verwendet. Dazu ein paar Beispiele, die uns besorgt machen:

Erstens: Ein wichtiges Instrument in der betrieblichen Praxis, auch für den Arbeitnehmerdatenschutz, sind Betriebsvereinbarungen, in denen aus den unter-

schiedlichsten betrieblichen Konstellationen heraus die Betriebspartner eine Regelung treffen, wie sie sie für sinnvoll erachten. Das wird zwar in § 4 BDSG des Regierungsentwurfs auch noch erwähnt und als Möglichkeit festgeschrieben, aber dann in § 32I BDSG bestimmt, dass Betriebsvereinbarungen nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers vom Gesetz abweichen dürfen. Aber was heißt das? Betriebsvereinbarungen sind in aller Regel, das ist wesentypisch für Betriebsvereinbarungen, ein Geben und Nehmen, ein Ausgleich von Interessen. Da wird für den einen etwas günstiger, für den anderen etwas ungünstiger und umgekehrt in der gleichen Betriebsvereinbarung geregelt. Dieser Interessenausgleich ist typisch. Wenn z. B. Unternehmen ihren Mitarbeitern durch Betriebsvereinbarungen die Möglichkeit einräumen, privat E-Mail und Internet zu nutzen, um sich in sozialen Netzwerken aufhalten zu dürfen, dann könnte eine solche Betriebsvereinbarung auch die Kontroll- und Einsichtnahme durch die Regelung der Betriebspartner vorsehen. Würde jetzt eine solche Betriebsvereinbarung zu Gunsten oder zu Ungunsten vom Gesetz abweichen? Sie enthält beides. Zu Gunsten des Arbeitnehmers: Er kann die betrieblichen Kommunikationsmittel privat nutzen und kann auch in sozialen Netzwerken mitmachen. Zu Ungunsten könnte eine Regelung der Betriebspartner gewertet werden, die eine Überprüfung oder Einsichtnahme seines Verhaltens unter bestimmten Bedingungen vorsieht.

Ein zweites Beispiel aus der Praxis, das Eingliederungsmanagement: Gesetzlich vorgesehen in Verbindung mit betrieblicher Gesundheitsvorsorge, häufig von Betriebsvereinbarungen geregelt. Grundsätzlich ist Gesundheitsvorsorge zu Gunsten des Arbeitnehmers. Häufig wird dabei aber auch eine ärztliche Untersuchung vorgesehen und deren Daten werden, zumindest teilweise, soweit es für den Betrieb erforderlich ist, verwendet. Das könnte als ungünstig ausgelegt werden, was aber Betriebspartner vielfältig für sinnvoll halten. Wir meinen, dass man es den Betriebspartnern – Betriebsräten und Arbeitgebern – überlassen kann, in einer solchen Vereinbarung die Rechtslage sicherzustellen, in welchem Umfang z. B. Daten erhoben, genutzt und verwendet werden können. Zumindest für betriebsratslose Betriebe und Arbeitnehmer sollte es auch eine grundsätzliche freiwillige Einwilligungsmöglichkeit wie nach bisherigem Recht geben. Der Entwurf sieht einen Positivkatalog für Fälle der Einwilligung vor. Ansonsten ist sie nicht zugelassen. Das halten wir für problematisch. Noch einmal das Beispiel Einwilligung bei der Nutzung von Telekommunikationsdiensten für private Zwecke oder soziale Netzwerke. Auch hier müsste der Arbeitnehmer sagen können: Das ist für mich eine günstige Regelung, auch wenn damit unter bestimmten Bedingungen eine Einsichtnahme möglich gemacht wird.

Der dritte Punkt für die Praxis ist der Datenabgleich: Es gibt viele gesetzliche Regelungen, in denen die Unternehmen verpflichtet sind, Rechtsverstöße aufzudecken oder zu verfolgen, z. B. im Aktienrecht. Das erfordert die Möglichkeit von Datenabgleichen auch zur Vermeidung von Straftaten oder zu ihrer Aufdeckung, ggf. auch mit vorheriger Kenntnis des Arbeitnehmers. Ich möchte darauf hinweisen, dass es z. B. in der Versicherungswirtschaft üblich ist, einen Datenabgleich über Kontonummern zu

machen. Immer wieder kommt es im Rahmen dieser eher präventiven Maßnahmen vor, dass festgestellt wird, es erfolgen Überweisungen durch Mitarbeiter auf das eigene Konto – natürlich vereinzelt. Aber wir finden das auch zum Schutze der Arbeitnehmer in toto sinnvoll, einen solchen Datenabgleich, bei dem keinerlei Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen erfolgen, möglich zu machen. Es sollte gesetzlich klargestellt werden, dass ein Datenabgleich auch ohne den Anlass des Verdachts zumindest einer konkreten Straftat möglich ist. Ich bitte dabei nicht zu unterschätzen, welche Bedeutung eine solche präventive Maßnahme haben kann, auch im Hinblick auf eine mögliche Verführung, sich selbst im Rahmen einer Schadensregelung z. B. bei der Versicherung etwas auf das Konto überweisen zu lassen.

Der vierte Punkt, politisch sehr umstritten, betrifft die nicht offene Videoaufzeichnung: Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) ist das dann möglich, wenn immer wieder an einem bestimmten Arbeitsplatz eine konkretisierbare Zahl von Arbeitnehmern oder sogar auch nur ein Arbeitnehmer gegen Eigentums- oder Vermögensinteressen des Arbeitgebers verstößt. Das vollständige Verbot einer verdeckten Videoüberwachung, auch dann, wenn ein Verdacht auf Straftaten vorliegt, zwingt den Arbeitgeber, die Polizei ins Haus zu holen, oder aber andere weitergehende Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte einzuleiten, z. B. durch Einstellung eines Detektives, der als verdeckter Mitarbeiter arbeitet, um eine solche Aufklärung zu betreiben. Es kann nicht sinnvoll sein, in einem solchen Verdacht den Betriebsfrieden durch das zwangsläufige Hineinholen von Polizei oder Staatsanwaltschaft stören zu wollen. Wenn ein Verdacht auf eine Straftat besteht, ohne, dass man dies auf einen Mitarbeiter konkretisieren kann, dann sollte als Ausnahme eine solche verdeckte Videoüberwachung möglich sein. Wir wollen nicht, dass die Arbeitgeber prophylaktisch alles auf Video offen aufnehmen.

Mein fünftes Beispiel betrifft eine Begriffsabgrenzung: Nach der Systematik der Gesetze wird der Arbeitgeber, wenn er, was er in der Regel will, die private Nutzung von Internet und E-Mail zulässt, zum Anbieter auch von Telekommunikations- und Telemediendiensten. Nun ist ein Arbeitgeber, z. B. ein Kaufmann oder ein Handelsbetrieb, verpflichtet, abgesandte und empfangene Handelsbriefe sechs Jahre lang aufzubewahren. Das gilt auch für E-Mails, sozusagen das elektronische Geschäftsarchiv. Um dieser Aufbewahrungspflicht nachkommen zu können, muss aber der Kaufmann als Arbeitgeber auch Zugriff auf den Inhalt der E-Mails nehmen können, um überhaupt beurteilen zu können, ob diese Schriftstücke als Handelsbriefe entsprechend der gesetzlichen Verpflichtung aufzubewahren sind. Der Zugriff darauf ist ihm jedoch bei erlaubter privater Nutzung nach § 88 Telekommunikationsgesetz (TKG) versagt. Was soll jetzt gelten, seine gesetzliche Pflicht aus dem Handelsgesetzbuch (HGB), oder aus dem TKG? Wir fänden es naheliegend, die Frage bei dieser Gelegenheit im Sinne der Praxis zu lösen.

Als letztes Beispiel: Es muss klargestellt werden, dass die Regelungen des Gesetzesentwurfs ausschließlich auf Beschäftigtendaten und nicht auf Daten des Tagesbedarfs,

auf Geschäftsdaten bezogen sind. Zum Beispiel auf Geschäftsdaten aus Buchhaltungssystemen, die mit einer Verknüpfung zum Anwender oder Benutzer, z. B. durch Personalkürzel gleichzeitig Beschäftigtendaten sein könnten. Mir scheint, dass eine Definition von Geschäftsdaten und eine Abgrenzung von Beschäftigtendaten sinnvoll sein sollte. Das könnte in § 27 BDSG geschehen, der Beschäftigtendatenschutz mit seinen Regelungen würde dabei unberührt bleiben.

Schließlich erscheint uns aus praktischen Gründen eine Regelung für den Austausch von Daten in einem Unternehmensverbund, einer Holding oder in einem Konzern notwendig. Wenn z. B. bei einem Zusammenschluss mehrerer Unternehmen „Skill-Datenbanken“ errichtet werden, um zu wissen, welche Arbeitnehmer mit welcher Qualifikation in welchem Betrieb dieses Unternehmenszusammenschlusses tätig sind, oder wenn z. B. ein mittelständischer Filialbetrieb mit rechtlich selbständigen Filialen eine Unternehmenseinheit beauftragt, für alle die Entgeltabrechnungen oder Personalführung zu machen, so sollte dies möglich sein, ohne die komplizierten Regelungen der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG anwenden zu müssen. Dazu wäre eine Sondervorschrift notwendig. Denken Sie bitte daran, das betrifft nicht nur Großkonzerne, das betrifft auch viele mittelständische Betriebe mit mehreren rechtlich selbständigen Unternehmenseinheiten. Unsere Bitte ist, dass Sie vor allem im Arbeitnehmerdatenschutz, der aus Arbeitgebersicht eine zentrale Angelegenheit ist, denn auch der Arbeitgeber hat eine Interesse daran, die Arbeitnehmerdaten und seine Arbeitnehmer zu schützen, daran denken, dass ein solches Gesetz auch für Unternehmen handhabbar und praktikabel sein muss, die keine eigene Rechtsabteilung im Hause haben. Vielen Dank!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank, Herr Dr. Göhner. Habe ich vorhin nicht richtig gesagt: Fünf Minuten, einmal fünf Minuten, nicht zweimal fünf Minuten? Dafür legen wir bei den anderen jetzt auch etwas drauf. Herr Hilbrans von der Deutschen Vereinigung für Datenschutz, ein Kollege aus Berlin, bitte.

SV **Sönke Hilbrans** (Deutsche Vereinigung für Datenschutz, Berlin): Herzlichen Dank, Herr Vorsitzender, verehrte Damen und Herren Abgeordnete. Der Innenausschuss des Deutschen Bundestages hat bei der Normierung komplexer Sachverhalte und auch komplexer Eingriffsprogramme ganz erhebliche Erfahrungen. Sie haben sich mit dem Entwurf und auch dem Regierungsentwurf, mit dem ich mich befassen will, eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes ein Programm vorgenommen, das wohl die Komplexität und die Tiefe der BKA-Gesetzesnovelle 2008/2009 noch übertreffen wird, nicht nur vom Umfang des Normenapparates, sondern auch von der Tiefe der aufgeworfenen rechtlichen Probleme. Herr Vorsitzender, ich gebe Ihnen recht, es geht um 40 Mio. Betroffene bei diesem Gesetzespaket. Im Ergebnis schafft der Regierungsentwurf mehr Probleme, als er zu lösen angibt. Das liegt nicht nur an technisch nicht ausgereiften Formulierungsvorschlägen, es liegt auch an einer grundsätzlichen Schieflage. Diese Schieflage finden Sie bei der Inbeziehungsetzung der

Interessen von Arbeitgebern einerseits und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, datenschutztechnisch neuerdings „Beschäftigten“, andererseits. Was der Entwurf als Erstes vermissen lässt, ist eine klare gesetzliche Differenzierung zwischen den verschiedenen, mit den personenbezogenen Daten von Beschäftigten im Beschäftigungsverhältnis verfolgten Zwecken. Informationelle Gewaltenteilung, wie sie eine organisatorische Konsequenz aus der informationellen Selbstbestimmung gerade in größeren Einheiten ist, leitet der Entwurf nicht an, sie geht sogar ins Leere. Der Entwurf schafft mit einem komplizierten Gefüge aufeinander bezogener Zweckbindungs- und vor allem auch Zweckänderungsregelungen in den §§ 32 bis 32d BDSG ein leicht chaotisches System, in dem Sie letztlich immer auf einen Globalzweck stoßen werden: die Verhaltens- und Leistungskontrolle von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die mit Hilfe der zu gewinnenden Daten in praktisch jedem Fall immer möglich sein soll. Sie können eigentlich auch sagen: Da, wo das Direktionsrecht des Arbeitgebers ist, da haben Sie in Zukunft nach diesem Gesetzentwurf immer auch eine geeignete Zweckregelung. Dieser Globalzweck untertrifft bei Weitem den verfassungsrechtlichen Auftrag an eine effektive Beschränkung von Datenverarbeitung und -nutzung im Arbeitsverhältnis, wenn der Gesetzgeber Hand an die Materie legt.

Was ebenfalls enttäuscht, ist das weitreichende Unterlaufen des Vorrangs der offenen Direkterhebung, den Sie jetzt als datenschutzrechtliches Grundprinzip in § 4 Abs. 2 BDSG vorfinden und von dem sich der Gesetzentwurf mehr als nötig emanzipiert. Im Übrigen schafft er dadurch auch Privilegien für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die andere Bedarfsträger personenbezogener Daten, auch unter dem Dach von § 28 BDSG, gar nicht haben. Effektive Verfahrensregelungen und effektive Sanktionen zum Schutz der Beschäftigten vor Datenschutzverstößen sucht man demgegenüber im Wesentlichen vergebens. An dieser Stelle verpasst der Gesetzentwurf auch eine wichtige Chance, nämlich die Chance, gerichtsverfahrensrechtliche Konsequenzen aus Datenschutzverstößen zu ziehen. Sie kennen das Problem, Sie werden es im Ausschuss erörtert haben. Dort, wo ein Datenschutzverstoß vorliegt, dort brauchen Sie eine effektive Sanktion, sonst sind es letztlich immer Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die darüber entscheiden, wie die weiten Generalklauseln des Gesetzes ausgelegt und angewandt werden. Wenn dann am Ende keine effektive nachträgliche Sanktion für Verstöße erfolgt, dann handelt es sich bei dem Gesetz um eine „Sonntagsregelung“. Wenn Sie das vermeiden wollen, müssen Sie effektive Sanktionen und verfahrensrechtliche Konsequenzen von Datenschutzverstößen vorsehen. Hier greift der Gesetzentwurf leider zu kurz, obwohl es in der Rechtsprechung vernünftige Ansätze für Regelungen dieser Art gibt und obwohl es auch in der Praxis der Betriebsparteien dazu bereits tragfähige Ansätze gibt.

Es bleiben leider auch andere fortschrittliche Initiativen ungehört. Beispielsweise wäre sehr zu erwägen gewesen, aus dem Gesetzentwurf der Grünen die Verbandsklage für Gewerkschaften und Betriebsräte zu übernehmen. Gerade da könnten Sie bspw. mit so einem Instrument das Fehlen effektiver verfahrensrechtlicher Sicherungen für die informationelle Selbstbestimmung und vor allem das Fehlen effektiver verfahrensrechtlicher

Sanktionen für Datenschutzverstöße wenigstens teilweise kompensieren. Sie hätten auch ein Instrument geschaffen, mit dem präventiv gegen Datenschutzverstöße gewirkt werden könnte. Die Mitbestimmung der Betriebsparteien, namentlich der Betriebsräte, bei der Auswahl des betrieblichen Datenschutzbeauftragten hätte ebenfalls in den Gesetzentwurf eingefügt werden können. Das ist eigentlich eine alte Forderung, die keinen Arbeitgeber überfordert und an dieser Stelle hätte sie klarstellenderweise aufgenommen werden können.

Ein weiterer Punkt, wo Sie sicher im Ausschuss schon viel darüber diskutiert haben und wo auch die Fachöffentlichkeit weiteren Diskussionsbedarf hat, ist die unabhängige Kontrolle und verfahrensrechtliche Sicherung bei heimlichen Eingriffen. Ich erwähnte es eingangs schon: Das BDSG geht vom Primat der offenen Direkterhebung aus. Jede Abkehr von diesem Prinzip, also jeder Übergang zur heimlichen oder vor den Beschäftigten teilweise, dauerhaft oder vorübergehend verheimlichten Eingriffen bedarf einer Kompensation im öffentlichen Bereich. Hier kann ich wieder an die erhebliche Erfahrung des Ausschusses erinnern. Im öffentlichen Bereich haben wir Instrumente für die verfahrensrechtliche Absicherung heimlicher Grundrechtseingriffe. Denken Sie an den Richtervorbehalt, an die nachträglichen Benachrichtigungspflichten, an eine flächendeckende gerichtliche Überprüfbarkeit von Verstößen. Oder denken wir auch daran, dass heimliche Maßnahmen immer auch aktenmäßig zu dokumentieren sind und diese Dokumentation später den Betroffenen und auch den Gerichten zur Kontrolle zur Verfügung stehen. Nichts dergleichen finden wir im Gesetzentwurf. Zum einen verfügt das BDSG mit der Vorabkontrolle wenigstens über den Ansatz eines Modells, auch solche eingriffsintensiven Maßnahmen vorher verfahrensrechtlich einzufangen. Da wären sicher auch andere Maßnahmen denkbar.

Um nicht Gefahr zu laufen, die Redezeit ganz massiv zu überschreiten, möchte ich mich kurz auf einige wenige Schlaglichter konzentrieren. Sie werden in meiner Stellungnahme zu den Einzellösungen und zur Kritik an den Einzellösungen des Gesetzes noch einiges finden.

Ein Hinweis zu § 32i Abs. 4 BDSG, das ist die Telekommunikationsüberwachung. Da scheint im Gesetzgebungsverfahren etwas verrutscht zu sein. Sie schaffen mit dem § 32i Abs. 1 bis 3 BDSG ausführliche, im Einzelnen kritikwürdige Voraussetzungen für die Nutzung von Telekommunikationsdaten durch Arbeitgeber, um dann in § 32i Abs. 4 BDSG festzustellen, dass in dem Moment, wo die Telekommunikation beendet ist, also der Hörer aufgelegt wird oder die E-Mail empfangen worden ist, die allgemeinen Regeln gelten sollen. Dann bräuchten Sie aber, mit Ausnahme der Überwachung von Sprachtelefonie, die komplexen Regelungen des § 32i Abs. 1 bis 3 BDSG nicht. Hier wäre, wenn man als Gesetzgeber meint, nicht ohne Maßnahmen und Regelungen zur heimlichen Überwachung von Telekommunikationsdaten auskommen zu können, doch das Gesetz noch erheblich nachzuschleifen.

Lobend muss ich erwähnen, dass der Gesetzentwurf auf die heimliche Videoüberwachung verzichtet. Ich muss auch noch lobend erwähnen, dass der Gesetzentwurf nicht der Versuchung erlegen ist, Compliance regeln zu wollen. Compliance als weites Feld von ganz verschiedener Seite, auch aus dem internationalen Raum an die Arbeitgeber herangetragene Anforderung, wird allgemein überschätzt und führt in ein nebulöses, vom inländischen Gesetzgeber nicht hinreichend eingehegtes Programm von Datenverarbeitungsbedarf. Richtigerweise haben Sie sich dem verschlossen. Gleichwohl, und Sie werden es in den schriftlichen Stellungnahmen nicht nur von meiner Seite vorgefunden haben, gehen die meisten Regelungen für heimliche Eingriffsmaßnahmen zu weit.

Ich komme zum Schluss mit einem Apell, dass Sie es bei der Kanonisierung der Einwilligung in der Arbeitswelt im Prinzip belassen sollen. Die Einwilligung zu flexibilisieren und in Anlehnung an das Modell, das wir im allgemeinen Teil wieder einzuführen heute mit § 4a BDSG vorfinden, ist sachlich nicht angezeigt. Es gibt in der Arbeitswelt keine Autonomie des Einzelnen, über seine personenbezogenen Daten zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber sie erhalten hat. Einwilligung ist eine Fiktion, Einwilligungsfreiheit ist eine Fiktion. Die Handvoll von Anwendungen, die wir uns vorstellen könnten, in denen absolute Freiwilligkeit herrscht, die Auswahl der freiwilligen Teilnahme an einem Verbesserungsvorschlagsprogramm beispielsweise sind einer solchen gefährlichen Regelung nicht wert. Ebenso belassen Sie es bitte dabei, dass Betriebsvereinbarungen nicht zu Lasten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom Gesetz abweichen dürfen, denn Sie haben mit dem Gesetzentwurf schon Regelungen geschaffen, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber so weit bevorzugen, dass es einer besonderen Freischaltungsklausel für weitere Einschränkungen der Beschäftigtenrechte nicht bedürfte.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank, das war noch etwas länger. Ich versuche es noch einmal, nicht, um Sie unhöflich zu disziplinieren, aber wir wollen nachher auch noch Zeit für Fragen und die Diskussion haben. Ich bitte, das zu berücksichtigen. Als nächster Sachverständiger bitte Herr Prof. Dr. Hornung. Sie hatten die weiteste Anreise, Sie sind von der Universität Passau gekommen und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Informationstechnologierecht und Rechtsinformatik. Sie haben das Wort, bitte.

SV **Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M.** (Universität Passau, Juristische Fakultät): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren, es scheint weitgehend Konsens zu sein und ich würde mich dem anschließen, dass das Ziel des Gesetzgebungsvorhabens ein begrüßenswertes ist. Die Bedeutung, die die Arbeitswelt im Leben des Einzelnen hat und insbesondere die besonderen Folgen, die der Umgang und auch der rechtswidrige Umgang mit personenbezogenen Daten im Arbeitsleben für die Betroffenen haben können, rechtfertigen bei Weitem dieses Gesetzgebungsverfahren.

Eine allgemeine Bemerkung: die Komplexität der Regelungen ist schon angesprochen worden. Um auf Ihre Frage am Anfang zurückzukommen, ob Sie damit Probleme schaffen: Natürlich werden mit diesem Gesetzgebungsvorhaben neue Regelungs- und neue Rechtsfragen entstehen. Ein Komplexitätsproblem, welches ich herausgreifen will, ist die doch deutliche Wiederholung und Dopplung von allgemeinen Prinzipien wie Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, die wir in sehr vielen einzelnen Normen finden, wo man sich dann in der Praxis wahrscheinlich fragen wird, ob mit dieser Wiederholung unterschiedliche Sachen gemeint sein werden. Wenn das nicht der Fall ist, würde ich an dieser Stelle doch sehr deutlich dafür plädieren, allgemeine Fragen wie das Erforderlichkeitsprinzip vor die Klammer zu ziehen. Mit dieser Vorbemerkung würde ich gerne einige Schlagworte zu einzelnen doch auch umstrittenen Fragen sagen.

Zum einen das Beispiel der Betriebsvereinbarung, was schon zweimal angesprochen worden ist: Aus meiner Sicht sollte der Entwurf an dieser Stelle überarbeitet, aber nicht grundlegend geändert werden. Die Beispiele, die Herr Göhner gebracht hat, sind sicher zutreffend, sie sind aber Bereiche, die Sie in Ihrem Entwurf nicht regeln. Ich würde es doch für etwas merkwürdig halten, in einem Entwurf für die betriebliche Datenverarbeitung sehr detaillierte Regeln und Vorgaben zu machen und dann im selben Atemzug diese Regeln mehr oder weniger insgesamt wieder zur Disposition der betrieblichen Parteien zu stellen. Das kann nicht Sinn der Sache sein. Zumal, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, dass in diesem Geben und Nehmen, was wir sehr plastisch erzählt bekommen haben, Rechtspositionen der Betroffenen, die teilweise verfassungsrechtlich im Datenschutz- und im Persönlichkeitsrecht vorgegeben sind, zu einem Verhandlungsposten unter vielen anderen werden – sodass die Arbeitnehmerseite dort möglicherweise nachgibt, um sich damit andere Vorteile zu verschaffen.

Zur umstrittenen Frage der Einwilligung: Da gilt für mich dasselbe, ich halte den weitgehenden Ausschluss der Einwilligung trotz mancher Stimmen der Literatur für europarechtlich zulässig. Das ist bestritten worden. Aus meiner Sicht ist es so, dass der nationale Gesetzgeber hier nur das tut, was ihm die Richtlinie noch übrig lässt, nämlich zu typisieren. Typische Anwendungssituationen und Anwendungsbeispiele zu benennen, in denen man typischerweise nicht von einer Freiwilligkeit ausgehen kann. Das bedeutet aber gleichzeitig auch, dass dort, wo wir dann doch typischerweise eine Freiwilligkeit haben, der Ausschluss der Einwilligung nicht gerechtfertigt ist. Hier müsste man noch einmal nachdenken, ob der Entwurf wirklich alle denkbaren Beispiele erfasst. Das ist aus meiner Sicht nicht der Fall.

Zum Beschwerderecht, weil das noch nicht genannt worden ist: Der Entwurf macht die Beschwerde zur Datenschutzaufsichtsbehörde davon abhängig, dass der Beschäftigte vorher eine Beschwerde oder Eingabe an den Arbeitgeber macht, § 32I Abs. 4 BDSG. Dies ist eine Regelung, die aus meiner Sicht gestrichen werden sollte. Das ist eine Verschlechterung der Rechtsposition der Beschäftigten. Heute ist es nämlich nicht erforderlich. Das bedeutet, jedermann, auch Beschäftigte, dürfen sich direkt an die Daten-

schutzaufsichtsbehörde wenden. Die Regelung ist sachlich nicht zu rechtfertigen und aus meiner Sicht europarechtlich problematisch.

Ein Punkt, der mir sehr wichtig ist, sind technische und organisatorische Aspekte des Datenschutzes. In den Punkten, das ist bei meinem Vorredner teilweise schon angeklungen, ist der Entwurf deutlich ergänzungsbedürftig. Das betrifft zum einen das schon angesprochene Instrument der Vorabkontrolle und die Dokumentationspflichten, die deutlich gestärkt werden könnten. Das betrifft auch das Verbandsklagerecht, was ich auch unterstützen würde. Zur Datensicherheit ist anzumerken, dass das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in der jüngsten Zeit erkennen lässt, dass in den Bereichen, wo es um sensible oder flächendeckende Datenverarbeitung geht, der Gesetzgeber selbst aufgerufen ist, Datensicherheitsmaßnahmen schon im Gesetz zu regeln, das klingt etwa in der Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung an. Aus meiner Sicht sind diese Anforderungen nicht eins zu eins, aber der Sache nach auch auf die betriebliche Datenverarbeitung übertragbar. An dieser Stelle gäbe es noch einiges es zu tun.

Zur Frage des Konzerndatenschutzes: Das ist aus meiner Sicht eines der drängendsten Probleme in der Praxis, weil die Zweiteilung, die das Gesetz dort vorsieht, einerseits Funktionsübertragung, andererseits Datenverarbeitung im Auftrag, ein viel zu grobes Raster für die Praxis ist. Die Frage ist regelungsbedürftig. Das Problem mit der Regelung ist, dass die Richtlinie dort eine solche Regelung bisher nicht vorsieht. Deswegen wäre ein nationaler Entwurf aus meiner Sicht problematisch. Das zweite wichtigere Problem ist, dass der Konzerndatenschutz nicht nur Beschäftigte trifft. Es geht genauso um den Umgang mit Kundendaten, um den Umgang mit Daten von potenziellen Kunden und um den Umgang mit Daten von sonstigen Dritten. Das heißt, wenn wir eine Konzerndatenschutzregelung machen, dann sollten wir eine machen, die den gesamten Bereich der Datenverarbeitung im Konzern betrifft. Da spricht aus meiner Sicht dagegen, eine Regelung in diesem Gesetzgebungsvorhaben zu machen.

Zum Schluss noch zwei Bemerkungen zum Komplex der Überwachung, über den wir später sicher noch ausführlicher diskutieren werden: Die Regelung zum Screening, wo man auch teilweise die Compliance-Regelungen unterbringen kann, ist deutlich überarbeitungsbedürftig. Das betrifft insbesondere die Begrifflichkeit, es ist dort von Anonymität und Pseudonymität die Rede. Diese Begriffe sind im BDSG definiert und so, wie sie bisher dort definiert sind, sind sie erkennbar im Entwurf nicht gemeint. Der Entwurf geht davon aus, dass im Verdachtsfall eine Individualisierung, eine Herstellung des Personenbezugs gerade möglich sein soll, das ist definitionsgemäß bei der Anonymität nicht möglich. Das heißt, da stimmen die Begrifflichkeiten nicht. Man sollte auch darüber nachdenken, die Anlassschwellen noch einmal anzufassen.

Eine letzte Bemerkung, weil das meinen unmittelbaren Arbeitsbereich betrifft, zu der Regelung zur Biometrie: Diese ist aus meiner Sicht in der gegenwärtigen Fassung verzichtbar, weil sie so generisch und allgemein gehalten ist, dass sie wenig mehr

enthält als eine nochmalige Wiederholung des Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Diese beiden Grundsätze sind schon in den allgemeinen Regeln zur Datenverarbeitung im Betrieb geregelt, sodass an dieser Stelle tatsächlich nichts gewonnen ist. Vielen Dank!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen. Der nächste Sachverständige ist Herr Geschäftsführer Andreas Jaspers von der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit in Bonn. Herzlich willkommen!

SV **Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e. V. (GDD), Bonn): Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, vorab ein paar Worte zum Gesetzgebungsentwurf. Man muss immerhin anerkennen, dass es sicher eine schwere Aufgabe gewesen ist, den Komplex der Rechtsprechung zum Arbeitnehmerdatenschutz gesetzlich zu kodifizieren und zum anderen auch den Versuch zu machen, das Datenschutzrecht fortzuentwickeln. Die Ansätze, die entwickelt worden sind, sind meines Erachtens grundsätzlich richtig. Von daher ist aus meiner Sicht der Gesetzentwurf nicht in Bausch und Bogen zu verdammen, sondern es gilt, sich gewisse Stellschrauben noch einmal genauer anzusehen, wo Änderungsbedarf ist. Deswegen möchte ich mich hier auch nur kurz äußern.

Zum ersten Punkt, der Anwendungsbereich: Will man den Beschäftigtendatenschutz regeln, dann wollen wir die Datenverarbeitung regeln, die zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben und verarbeitet wird. Es gibt für Unternehmen auch viele andere Anwendungsszenarien, wo Beschäftigtendaten erhoben werden, die mit dem Beschäftigungsverhältnis unmittelbar gar nichts zu tun haben – Stichwort „der Beschäftigte als Käufer“. Insofern sollte hier eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass eine Datenverarbeitung zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erfolgt. Das ist auch im Positionspapier von Frau Piltz und Herrn Frieser angedacht worden und das ist richtig und unterstützenswert.

Ein weiteres Thema ist die Betriebsvereinbarung, von meinen Vorrednern mit unterschiedlicher Sichtweise schon angesprochen. Meine Sichtweise und die der GDD ist hierzu: Wir brauchen eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen, da die Restriktionen, so wie sie bisher vorgesehen sind, an der Praxis vorbeigehen. Betriebsvereinbarungen sind letzten Endes die Basis für die Nutzung der Kommunikations- und Informationstechnik, insbesondere für die Privatnutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz. Wenn die Regelungen so bleiben wie sie sind, herrscht Rechtsunsicherheit. Deswegen sollte man hier Öffnungsklauseln für diesen Bereich schaffen. Wir brauchen dringend die Betriebsvereinbarung für die Datenverarbeitung im Konzern als Legitimationstatbestand. Wenn man sich nicht dazu durchringen sollte, eine Konzernklausel zu schaffen, brauchen wir umso dringender die entsprechende Betriebsvereinbarung. Man kann sich darüber streiten, ob vielleicht eine verdeckte Videoüberwachung dann zulässig sein soll, wenn sie jedenfalls unter den ganz restriktiven Voraussetzungen der Rechtsprechung des BAG erfolgt ist, und überdies

dann auch begleitet wird durch die entsprechenden Betriebsräte. Insofern wäre hier eine Öffnungsklausel entsprechend denkbar. Im Grunde können die Mitarbeiter im Zusammenhang mit dem Abschluss von Betriebsvereinbarungen für die Wertung des Arbeitgebers und der Betriebsräte gar kein Freiwild sein. Letztenendes müssen sich Betriebsvereinbarungen weiterhin an grundgesetzliche Wertungen halten, an zwingendes Gesetzes- und Arbeitsrecht, dieses dürfte überhaupt nicht ausgehebelt werden.

Ein weiteres aus meiner Sicht ganz wichtiges Thema ist das Thema Einwilligung. Erstens: In den Punkten, in denen dieser Gesetzentwurf von der Einwilligung spricht, sind gar keine wirklichen Einwilligungen gemeint. Wenn ich Eignungstests durchführen, Sicherheitsüberprüfungen oder arbeitsmedizinische Untersuchungen über mich ergehen lassen muss, dann ist das *Conditio-sine-qua-non*. Das ist Bedingung für das Arbeitsverhältnis. Welche zusätzliche Wirkung wird durch eine Einwilligung hier in diesem Fall erreicht? Ich muss das machen, sonst kann ich den Job nicht bekommen. Insofern ist es eine Scheinfreiwilligkeit. Wenn man das ernst nehmen würde, könnte ich Nein sagen, d. h., ich mache die arbeitsmedizinische Untersuchung, die notwendig ist, nicht mit und trotzdem dürfte ich das Bewerbungsverfahren weitermachen. Das kann nicht sein. Wir brauchen richtige Einwilligungen und Szenarien, wo man sie anwenden könnte. Ich denke an die Telearbeit, an die Privatnutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz, die ja zwingend zur Beachtung der telekommunikationsrechtlichen Konsequenzen der Einwilligung der Betroffenen bedarf. Hier bedarf es doch einer entsprechenden Öffnung. Natürlich nicht ganz frei. Vielleicht kann man darüber nachdenken, die Zulässigkeit der Einwilligung darauf zu begrenzen, dass hierfür ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers besteht, um einen Vorschlag zu machen, wie man entgegenkommt, ohne normativ einzeln zu benennen, wann das wirklich der Fall sein muss. Dieses kann man sowieso nie abschließend gestalten.

Ein weiterer Punkt, den ich unbedingt ansprechen möchte, ist der Bereich Konzerndatenschutz: Ich spreche insofern auch für die Praxis. Wir haben Arbeitskreise eingerichtet, wir haben Empfehlungen erarbeitet, wie man die Datenverarbeitung im Konzern auf sicheren Boden stellen kann, so die bestehende Rechtslage es überhaupt ermöglicht. Da wird versucht, die Fallkonstruktion der Auftragsdatenverarbeitung weit zu fassen, um die Datenverarbeitung hinzubekommen. Zudem zieht man die Abwägungsklauseln des BDSG heran und das macht die Sache schwierig. Tatsache ist, es wird arbeitsteilig im Konzern zusammengearbeitet. Es gibt das Arbeiten in Matrixstrukturen und hier sollte der Gesetzgeber auf die faktische Lage reagieren. Deswegen mein Plädoyer für eine entsprechende Konzernklausel. Ich weiß, dass das vielleicht europarechtlich problematisch sein könnte. Aber wenn man sich die Richtlinie genauer ansieht, so sieht man in der Richtlinie, dass es hier eine Interessenabwägung als allgemeinen datenschutzrechtlichen Zulässigkeitstatbestand gibt. Insofern hat der Gesetzentwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN etwas sehr Gutes. Er sieht eine Konzernklausel vor, nicht freier Hand, sondern im Rahmen der Interessenabwägung und auch die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen werden eine Rolle spielen. Deswegen

sollte man den Punkt aufnehmen und in das Gesetz hineinschreiben. Das würde die Praxis erheblich erleichtern.

Zum letzten Punkt – Datenschutzkontrolle beim Betriebsrat: Seit dem 11. November 1997 ist der Betriebsrat kontrollfreie Zone in Unternehmen, weil das BAG festgestellt hat, dass der betriebliche Datenschutzbeauftragte nicht so weit unabhängig ist, dass er den Betriebsrat kontrollieren kann. Der Gesetzgeber hatte schon den ersten Schritt gemacht, die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten zu stärken durch seinen Kündigungsschutz. Er braucht eine weitere Stärkung seiner Rechtsposition, indem man seine Verschwiegenheitsverpflichtung erweitert. Nicht nur auf die Person des Betroffenen, sondern auf die gesamte Betriebsratsarbeit. Wenn das gewährleistet ist, dann müsste man auch gewährleisten können, dass diese kontrollfreie Zone aus dem Betrieb abgeschafft wird und letztendlich auch der Datenschutzbeauftragte vertrauensvoll die Arbeit des Betriebsrates mit Blick auf Datenschutzkonformität kontrollieren kann.

Wir sehen natürlich, dass das ein wahnsinnig komplexes Regelwerk geworden ist, was auch von der Gesetzessystematik schwer zu verstehen ist. Man sollte aber jetzt diesen Weg gehen, auch den zweiten Schritt zu machen und insgesamt alle Sachen, die im Datenschutzrecht unrund sind, einer Modernisierung überantworten. Das muss dann der zweite Schritt des Datenschutzrechts sein. Das sollte aber nicht daran hindern, den Beschäftigtendatenschutz jetzt endlich zu regeln. Danke schön!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen, Herr Jaspers. Als nächster Sachverständiger bitte Herr Dr. Kramer, Vorstand der Hamburger Datenschutzgesellschaft. Sie haben das Wort.

SV **Dr. Philipp Kramer** (Hamburger Datenschutzgesellschaft e.V.): Sehr geehrter Herr Bosbach, sehr geehrte Bundestagsabgeordnete, vielen Dank für Ihre Einladung und die Wertschätzung, die Sie meinem Urteil damit geben. Aus meiner Sicht hatte ich Folgendes zu beurteilen: Welche Zwecke verfolgen die vorgeschlagenen umfangreichen Beschäftigungsdatenschutzregeln und erreichen sie diese Zwecke? Drei Zwecke konnte ich ausmachen. Einmal der Zweck, die Vielzahl von Verstößen zu verhindern, die uns insbesondere durch die Presse vor Augen geführt worden sind. Zweiter Zweck: Mehr Regeln, um Arbeitgeber weniger Datenverarbeitung zu ermöglichen. Drittens: Mehr faktischen Datenschutz schaffen durch konkrete und verständliche Regeln und Verfahren.

Am Schluss geht es um einen fairen Interessenausgleich zwischen den Verarbeitungsbedürfnissen der Arbeitgeber und den Geheimhaltungsinteressen der Beschäftigten. Insofern auch ein Blick auf die 40 Millionen. Wir haben immer auf beide Seiten zu sehen. Da sind die Arbeitgeber mit ihrem berechtigten Interessen, zu verarbeiten, und auf der anderen Seite die Beschäftigten mit ihrem berechtigten Interesse, nicht zu verarbeiten.

Ich komme zum ersten Punkt, die Vielzahl von Verstößen zu verhindern: Nach meinem Dafürhalten und aus meiner praktischen Erfahrung gab es eine Menge aufsehenerregender Fälle, die uns bekannt geworden sind. Doch Vielzahl? Richtig belastbares Material fehlt. Das Einzige, was zu berücksichtigen ist, ist eine Zahl von 14 Prozent, die aber auf der bloßen Bewertung (von Betriebsräten) des Datenschutzrechts beruht. Es ist die Frage, ob dieser Zweck überhaupt schon die Voraussetzung trifft, dass es eine Vielzahl von Verstößen waren.

Mehr Regeln, um Arbeitgebern weniger Verarbeitungsrechte zu geben. Das schafft der Gesetzentwurf der Bundesregierung teilweise. Nämlich mit dem Verbot der Videoüberwachung ohne Kenntnis der Beschäftigten, mit dem Verbot der Betriebsvereinbarung, dem faktischen Verbot für Datenverarbeitung, mit dem Verbot der Einwilligung und mit Einschränkungen bei bestimmten risikobehafteten Verarbeitungstechniken.

Was ist mit dem dritten Zweck, mehr faktischen Datenschutz? Die Idee ist aus meiner Sicht, ein Beschäftigtendatenschutzrecht zu schaffen, was der Betroffene versteht, was vor allem der Beschäftigte im Betrieb verstehen kann. Da sehen wir die Grenzen eines Gesetzes, wie wir es auch bei Betriebsvereinbarungen sehen. Häufig sind sie derart komplex, dass der Beschäftigte nur vermittelnd über Vertretungseinrichtungen überhaupt in der Lage ist, das nachzuvollziehen. Insofern ist es schwierig, dieses Ziel überhaupt zu erreichen.

Beim Verfahren bleibt der Gesetzesentwurf etwas zurück. Datenschutz ist vor allem auch durch Verfahren sicherzustellen, denn allein die materialen Regeln müssen erst noch umgesetzt werden.

Beim fairen Interessenausgleich möchte ich kurz innehalten. Wann ein Beschäftigtendatenschutzrecht ein fairer Interessenausgleich ist, vermag ich nicht abschließend zu beurteilen. Ich kann allerdings erkennen, dass mit dem neuen Datenschutzrecht, dem bereichsspezifischen, eingegriffen wird in die Systematik des Datenschutzrechts insgesamt. Durch absolute Verbote, die aus meiner Sicht hinter einer Typisierung zurückbleiben. Es geht bei der Abwägung immer um die Frage, wie viel Skepsis (insofern geht es folglich um Kontrolle) darf der Arbeitgeber haben und wie viel Vertrauen ist ihm abzuverlangen. Wenn der Arbeitgeber nicht kontrollieren und er Daten nicht verarbeiten kann, muss er vertrauen; und das ist die andere Seite der Medaille, über die man entscheiden muss. Wenn man das herunterbricht auf die Interessen heißt das, kein unverhältnismäßiger Kontrolldruck des Beschäftigten auf der einen Seite, aber auch Kontrolle von gesetz- und vertragswidrigen Verhaltensweisen des Beschäftigten im Unternehmen andererseits.

Wie sieht es mit den absoluten Regelungen aus – Stichwort Einwilligung? Bisher ist die Einwilligung im § 4a BDSG kodifiziert. Künftig soll sie absolut verboten werden. Doch auf welcher Rechtsgrundlage oder Rechtsidee? Auf der Idee des Machtungleich-

gewichts in Arbeitsverhältnissen? Das ist typischerweise vielen Rechtsverhältnissen immanent und es widerspricht in seiner Absolutierung dem Gedanken, dass Datenschutzrecht ein Abwägungsrecht ist, kein Eigentumsrecht. Der Gedanke der Einwilligung, den wir immer zur Vertragsfreiheit koppeln müssen, ist im Datenschutzrecht gekennzeichnet durch den Abwägungsgedanken. Man könnte überlegen, wenn man die Einwilligung grundsätzlich für gefährlich ansieht, ob man bestimmte Verbotstatbestände aufnimmt. Wie kommt man auf sie? Durch Typisierung. Bisher nimmt der Gesetzgeber diese Typisierung aber nicht vor. Er sagt pauschal: Alle Einwilligungen sind unzulässig weil rechtswidrig. Man kann sagen, die paar Ausnahmefälle machen es nicht wert, von einem solchen Verbot abzurücken. Aber wer will diese Ausnahmefälle einschätzen? Nehmen wir als Beispiel, der Arbeitnehmer scheidet aus dem Arbeitsverhältnis aus und hat noch auf dem Firmenlaufwerk in einem privaten Bereich Dateien liegen. Dürfen die gelöscht werden? Strafrechtlich problematisch, muss da eingewilligt werden. Wenn er aber nicht einwilligen kann, weil er es nicht darf. Was ist mit dem Profil auf der Website einer Unternehmensberatung? Man kann darüber nachdenken, ob da die Einwilligung nicht gelten sollte, aber da braucht man Ersatzstatbestände, die gegenwärtig nicht vorliegen. Meines Erachtens geht ohne Typisierung keine Abwägung. Wenn der Gesetzgeber die Typisierung oder die Mühe der Typisierung meidet, kann er nicht durch Pauschalierung absolute Verbote aussprechen. Wir haben weiter problematische Typisierungen. Die Betriebsvereinbarung betrifft den Bereich. Die Betriebsvereinbarung gilt aus Sicht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit als das Wahlinstrument für den Umgang mit privater E-Mail Nutzung im Unternehmen. Ob das verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist, ist nicht meine Beurteilungsfrage. Es stellt sich nur die Frage, wenn es eine derartige Bedeutung hat, dann kann man auch die Betriebsvereinbarung nicht pauschaliert verbieten. Bei der Idee, eine Erhöhung des Schutzniveaus zuzulassen, erschließt sich nicht genau die Sinnhaftigkeit einer solchen Vorgehensweise, die auch einfach durch ein Direktionsrecht herbeigeführt werden kann.

Transaktionskontrolle: Die ganze Zeit sehe ich in den Entwürfen, dass es bei der Transaktionskontrolle um die Verfolgung und das Aufspüren eines Täters geht, der im Unternehmen „böse“ handelt. Von meiner Ausgangsposition geht es um Geschäftsdaten, die sicherlich einen Personenbezug haben – um Geschäftsdatenanalyse. Das heißt, ich ziehe 350 Datensätze aus einem System heraus, am besten gleich pseudonymisiert, und schaue, ob irgendwelche Auffälligkeiten gegeben sind. Da besteht typischerweise kein Verdacht. Es geht nur darum, irgendwelche Unregelmäßigkeiten wie Vollmachtsüberschreitung oder Verfügungsüberschreitungsprüfung überhaupt erst zu ermitteln. Das heißt, darauf einen konkreten Verdacht abzustellen wäre absurd. Dann müsste die Geschäftsdatenanalyse, die der internen Revision immanent ist, verboten werden.

Ich möchte abschließend noch auf drei Punkte kommen: Die Konzernregelung kann ich befürworten. Natürlich in den Grenzen der EU-Datenschutzrichtlinie – Stichwort § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG (Güterabwägung). Man müsste dann für das Beschäftigten-

datenschutzrecht sehen, wie man mit der Konzernregelung umgeht. Ich gebe dem Kollegen Recht, das könnte auch im allgemeinen Datenschutzrecht geregelt sein.

Zweitens, ganz wichtig, die Übergangsfrist: Wenn der endgültig Gesetz werdende Entwurf tatsächlich Gesetz wird, dann lässt sich das nicht in einem halben Jahr erledigen, insbesondere nicht, wenn Betriebsvereinbarungen involviert sind. Das schafft aus meiner Sicht der Datenschutzpraxis kein größeres Unternehmen. Wichtig ist, ein Jahr vorzusehen, um diese Umsetzung herbeizuführen. Wir haben es gesehen bei der Auftragsdatenverarbeitung 2009, das war ein riesiges Hickhack zwischen den Aufsichtsbehörden. Einige sagten: Zwei Jahre dulden wir das. Andere meinten: Nein, ihr wusstet es vorher, also sofort umsetzen. Am Ende gab es dann eine Auslegung, die sich schon an der fehlenden Übergangsfrist orientierte. So könne der Gesetzgeber das nicht gemeint haben, sonst hätte er ja eine Übergangsfrist vorgesehen.

Besonders aufmerksam machen möchte ich noch auf den Umstand, dass der Bundesrat eine Vielzahl von Beschlüssen getroffen hat und diese Beschlüsse sind nicht alle zurückgewiesen, sondern teilweise angenommen worden. Soweit sie von der Bundesregierung befürwortet worden sind, würde ich mit der gewissen Richtigkeitsgewähr dafür plädieren, zu ihnen Stellung zu nehmen und sie zu berücksichtigen. Insbesondere zum Stichwort „Verfahrenskontrolle“ ist ein Konsens gefunden worden, nämlich die Vorabkontrolle zu stärken. Was heißt Vorabkontrolle? Im Unternehmen die Verfahren aufzuspüren und sie vor der Durchführung dieser Verfahren durch den Datenschutzbeauftragten sehen zu lassen.

Damit möchte ich meine drei Punkte beenden und bedanke mich für das Zuhören.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen, Herr Dr. Kramer. Als Nächstes bitte ich um die Expertise der Abteilungsleiterin Recht beim Deutschen Gewerkschaftsbund in Berlin, Frau Nielebock. Sie haben das Wort.

SV **Helga Nielebock** (Abteilungsleiterin Recht, Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin): Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, herzlichen Dank, dass der DGB, vertreten durch mich und meine Kollegin, Frau Perreng, diese Anhörung mitgestalten kann und wir unsere Sicht der Dinge darstellen können. Wir möchten deutlich machen, dass wir natürlich verstehen, dass der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis ein großes Interesse daran hat, möglichst viele Daten und Informationen über den Arbeitnehmer zu bekommen, weil er die Verwertung zur Sicherung der Produktion und der Dienstleistung sicherstellt. Das ist für das Unternehmen und den Betrieb von ausschlaggebender Bedeutung. Auf der anderen Seite handelt es sich um Menschen und es ist ganz deutlich geworden, wie die Bespitzelungsaffären, die in der Presse kommuniziert wurden, gezeigt haben, dass der Persönlichkeitsschutz hier vernachlässigt ist und dies nicht nur in spektakulären Fällen zu finden ist. Wir meinen deshalb, dass der Grundrechtsschutz auf Datenschutz und die informationelle Selbstbestimmung am Arbeitsplatz mindestens genauso, wenn nicht mehr geschützt

werden müssen, weil zwei Abhängigkeiten, nämlich die des Arbeitsverhältnisses und des Persönlichkeitsschutzes hierbei eine Rolle spielen. Wir haben deshalb jahrzehntelang unterstützt, dass es Regelungen des Arbeitnehmerdatenschutzes geben soll. Wir haben auch versucht, dieses Gesetzgebungsverfahren wohlwollend und durch Diskussionen effektiv zu begleiten. Wir haben gesehen, dass sich die Bundesregierung im Gegensatz zu dem Vorschlag des Bundesministeriums des Innern (BMI) Entwicklungen und Fragen gestellt hat. Wir können aber, Herr Bosbach, um auf Ihre Eingangsfrage zurückzukommen, unter dem Strich nur sagen: Wir meinen, dass dieser Gesetzentwurf der Bundesregierung, wie er jetzt vorliegt, nicht den Anforderungen an einen modernen Arbeitnehmerdatenschutz entspricht, nicht den Abhängigkeiten im Arbeitsverhältnis gerecht wird und den Persönlichkeitsschutz nicht hinreichend sichert. Das mache ich an mehreren Punkten fest. Zum einen, dass die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeitsprüfung in fast allen Punkten dem Arbeitgeber überortet wird und es somit seiner Entscheidung unterliegt, ob der Datenschutz gewährleistet und wie er eingeschränkt wird. Der Arbeitnehmer hat in einem abhängigen Verhältnis gerade nicht die Möglichkeit, sich hier aufzustellen. Man kann sagen, dass nur die Frage nach der Schwerbehinderung der einzige Punkt ist, der eine Verbesserung bringt, weil er einer klaren Kodifizierung unterworfen worden ist. Aber schon bei der Frage der Schwangerschaft ist eine Relativierung eingebaut, die schlechter ist als die Rechtsprechung des BAG und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Insofern gibt es wenig oder kaum Fortschritte. Wir unterstützen den Regierungsentwurf in einem Punkt: ich halte das für das Arbeitsverhältnis für ganz normal, dass Betriebsvereinbarungen gerade nur zu Gunsten des Arbeitnehmers nach oben hin abweichen können und gerade kein Grundrechtseingriff und keine Verschlechterung durch Betriebsvereinbarungen erfolgen können. Das gilt auch für die Frage der Einwilligung, denn die Abhängigkeiten ermöglichen eben nicht eine freie Entscheidung über Einwilligung oder nicht Einwilligung. Das zeigt sich ganz deutlich auch in der Frage der Lage der Bewerber, wie ein Vorredner deutlich gemacht hat. Wenn er nicht einer Untersuchung oder einem Eignungstest zustimmt, dann kann er auch die Bewerbung gleich zurückziehen, weil er nicht mehr im offenen Rennen ist. Das ist eine Auslieferung, die auch vorgesehen ist, und das kritisieren wir an diesem Gesetzentwurf. Insbesondere für die Frage des Gesundheitsschutzes und der Gesundheitsdatenerhebung sowie der Eignungstests, auch im laufenden Arbeitsverhältnis. Das halte ich für eine ganz problematische, weil neue und verschlechternde Entwicklung. Wir haben im Vorfeld dieser Anhörung mit verschiedenen Abgeordneten aller Fraktionen gesprochen und versucht, hierfür zu sensibilisieren. Zu meinem Entsetzen muss ich feststellen, dass in dem Arbeitspapier der beiden Berichterstatter diese Frage nur mit einer abwägigen Fragestellung behandelt wird. Das würde bedeuten, dass die Arbeitnehmer, wenn es unter bestimmten Voraussetzungen zu einem Arbeitsplatzwechsel oder zu einer möglicherweise Nichteignungsfeststellung kommen sollte, sich Gesundheitsuntersuchungen unterziehen müssen, weil der Arbeitgeber das verlangt, um ihren Arbeitsplatz oder eine Chance auf eine anderweitige Betätigung im Betrieb zu erhalten. Das ist ein Eingriff, den wir bisher nicht hatten. Er führt dazu, dass betriebliches Eingliederungsmanagement, was übrigens freiwillig ist, Herr Göhner, und nicht vorgeschrieben werden

kann, sozusagen konterkariert wird und auch die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer und deren längeres Verbleiben im Arbeitsverhältnis wird dadurch wesentlich erschwert werden.

Nach dem Arbeitspapier ist auch vorgesehen, dass möglicherweise bei Betriebsvereinbarungen und Einwilligungen Änderungen der im Regierungsentwurf vorgelegten Regelungen erfolgen sollen. Das lehnen wir aus den eben genannten Gründen auch ab.

Was die Frage der offenen Videoüberwachung angeht, halten wir insbesondere die Regelungen, die im Kabinettsbeschluss zur Qualitätskontrolle eingeführt worden sind, für absolut verfehlt. Deshalb, weil damit auch Verhaltens- und Leistungskontrolle möglich ist und im Betrieb erlaubt würde. Bei einem betriebsratslosen Betrieb ist es dann so, dass der Arbeitgeber wirklich alles überprüfen kann. Ich denke, dass das nicht maßvoll ist, dass das den Grundrechtsschutz viel zu stark einschränkt. Im Übrigen wird es insofern nicht zu mehr Rechtssicherheit und Rechtsfortschritt für die Arbeitnehmer kommen, sondern zu mehr Konflikten. Deshalb meine ich, diese Probleme, die hiermit zusammenhängen, vermieden werden sollten. Wir haben die Überlegungen und unsere Stellungnahme wie immer dem DGB-Bundesvorstand vorgelegt. Der DGB-Bundesvorstand, das sind die acht Vorsitzenden der DGB-Mitgliedsgewerkschaften, hat sich dafür ausgesprochen, dass dieses Gesetz möglichst nicht das Bundesgesetzblatt erblicken sollte, weil es unseren Interessen nicht entspricht und nicht entgegenkommt, sondern im Gegenteil Probleme gewichtiger Art und Weise hervorruft. Die Praxis teilt diese Auffassung. Wir haben eine Betriebs- und Personalräte-Befragung gestartet und wir haben, wie ich von meiner Kollegin hörte, heute über 1.000 Betriebs- und Personalräte, die sich an dieser Aktion beteiligen. Dieser Gesetzentwurf, so wie er ist und wie er zu ändern beabsichtigt ist, wird von uns abgelehnt. Ich bitte, das bei den weiteren Beratungen zu berücksichtigen. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Wir danken Ihnen. Herr Prof. Thüsing leitet das Institut für Arbeitsrecht und das Recht der Sozialen Sicherheit an der Universität zu Bonn. Gregor, du bist der nächste Sachverständige, du hast das Wort.

SV **Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.** (Universität Bonn): Herr Vorsitzender, Herr Staatssekretär, meine sehr geehrten Damen und Herren, liebe Zuhörer zu Hause an den Bildschirmen, ich möchte mich an die fünf Minuten halten, denn es ist nicht gut, wenn das Ende nicht verstanden wird, weil der Anfang bereits vergessen wurde.

Dieser Gesetzentwurf ist die Erfüllung dessen, was die Politik schon seit mehreren Jahren ankündigt, aber bislang nicht geschafft hat. Was die Wissenschaft und Praxis schon seit einer Generation einfordert, nämlich spezifische Regeln zum Beschäftigten-datenschutz. Dass nun ein solcher Entwurf auf dem Tisch liegt, ist verdienstvoll. Dieser Entwurf ist eine Verbesserung und eine Ausweitung des Arbeitnehmerdatenschutzes. Lassen Sie sich nichts anderes erzählen. Dafür können Sie sich schon einmal drei Sterne auf die Schulterklappen heften. Für den vierten Stern müssten noch einige

gesetzliche Änderungen gemacht werden, die teils technisch sind. Teilweise müsste man über bestimmte Fragestellungen noch etwas intensiver nachdenken, wie es die Berichterstatter ja schon getan haben. Ich will die wichtigsten Punkte herausgreifen. Dass dieser Gesetzentwurf eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes ist, eine stärkere Eingrenzung des Rechts des Arbeitgebers mit Daten umzugehen, lässt sich am deutlichsten veranschaulichen im Bereich der Einstellung. Hier wird klar, dass die Regeln enger gezogen sind als das bisherige Recht. Die Einzelheiten können in meiner schriftlichen Stellungnahme nachgelesen werden. Es ist auch nicht so, dass der Arbeitgeber beliebig Gesundheitsdaten erfragen dürfte, wenn eine neue Tätigkeit angestrebt wird. Er darf es nur im Rahmen des § 32a BDSG, also nach dem Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Er darf nur solche Gesundheitsdaten erfragen, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Arbeitnehmer ungeeignet ist für diese Tätigkeit, also diese Tätigkeit nach dem strengen Maßstab des § 8 AGG nicht ausüben kann. Das ist ein sehr viel strengerer Maßstab als man ihn bislang hatte. Wer Arbeitnehmerdatenschutz und eine Verbesserung möchte, muss diese Regelungen unterstützen.

Ich spreche nur die Punkte an, die auch durch die Berichterstatter als noch diskussionswürdig und diskussionsfähig bezeichnet wurden. Ich gehe über die Einstellung hinweg, dort sind die technischen Fragen schon in meiner schriftlichen Stellungnahme angedeutet. Ich möchte kurz zur Betriebsvereinbarung als Rechtfertigung sprechen. Momentan ist es so, dass die Betriebspartner, insbesondere auch der Arbeitgeber, ein Interesse daran hat, zu diesen Vereinbarungen zu kommen. Nach meiner Praxis habe ich die Erfahrung gemacht, dass sich überall die Betriebspartner zusammengesetzt und gesagt haben, wir wollen die abstrakten und unsicheren Maßstäbe des Gesetzes herunterbrechen auf die betriebliche Wirklichkeit und sehen, wie können wir das Gesetz für uns handhabbar machen durch Verfahrensregelungen. Herr Dr. Kramer hat es schon angesprochen, dass guter Datenschutz auch manchmal ein Datenschutz ist, der durch bestimmte Abläufe gesichert wird. Dort, wo sich Betriebsparteien dadurch zurzeit dafür entschieden haben, haben sie dann Rechtssicherheit, weil die Betriebsvereinbarungen oszillieren können um das Schutzniveau des BDSG. Es braucht nicht in allen Bereichen erfüllt zu werden, in einigen Bereichen kann es übererfüllt und in einigen Bereichen untererfüllt werden, solange die wesentliche Linie des § 75 Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), also der Schutz des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten gewahrt ist. Das ist gut und richtig so, denn dann hat der Arbeitgeber ein Interesse daran, auch in den nicht mitbestimmungspflichtigen Bereichen des Datenschutzes zu solchen Vereinbarungen zu kommen. Dann machen sich Betriebsparteien darüber Gedanken, dann wird diskutiert, wie soll es in unserem Betrieb tatsächlich aussehen. Überall, wo ich solche Prozesse begleiten durfte, sind am Ende meines Erachtens höchst sinnvolle Vereinbarungen zustande gekommen. Die Betriebsparteien der Arbeitgeber wären hier weniger intensiv, wenn solche Vereinbarungen letztlich nur eine Übererfüllung des gesetzgeberischen Maßstabes sein könnte, warum sollte er sich hier noch mit dem Betriebsrat an den Tisch setzen.

Zur Frage Einwilligung als Rechtfertigung: Zweifellos, eine Einwilligung und ob sie tatsächlich freiwillig ist, so ein Arbeitsverhältnis sollte immer genau beäugt werden. Zu sagen: Es kann nie eine Freiwilligkeit im Arbeitsverhältnis geben, das ist ein Glaubensbekenntnis. Es ist nicht jede Privatoffenbarung gleich Häresie, aber die Kirche lehrt, sie muss dann genau geprüft werden. Ich könnte wahrscheinlich 20 Beispiele aus persönlicher Erfahrung geben, wo der Arbeitnehmer freiwillig einwilligt. Dann ist meines Erachtens schwer zu rechtfertigen, warum der Datenschutz gegen den geschützt werden soll, der durch den Datenschutz geschützt wird. Wenn derjenige, den das BDSG schützen will, sagt: „Macht mit meinen Daten doch bitte einen sinnvollen Umgang“ – etwa zur Kriminalitätsprävention, zur Verhinderung von Straftaten gegen das Unternehmen oder gegen Kollegen, die ja auch mit erfasst sein können, und wenn ich daran über das gesetzgeberische Maß hinaus mitwirken will, warum soll es dem Arbeitnehmer unmöglich gemacht werden? Ich glaube, bei solchen kategorischen Feststellungen wie „es kann nie Freiwilligkeit geben“, da müsste man sich schon sehr weit damit auseinandersetzen oder es ausdehnen, wenn man das tatsächlich ernst meint. Es gilt darum zu prüfen, wann liegt tatsächlich Freiwilligkeit vor. Auch das kann an prozentuale Schritte gebunden werden. Auch dazu habe ich Vorschläge gemacht. Die Einwilligung ganz zu verhindern halte ich für falsch.

Das Problem der Konzernsachverhalte ist angesprochen worden. Hier stellen europarechtliche Regelungen nur einen eingeschränkten Spielraum zur Verfügung. Dieser Spielraum sollte aber ausgenutzt werden. Der Gesetzentwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat hier einen Vorschlag gemacht, den man aufgreifen, weiterentwickeln und an dem man anknüpfen könnte, um zu sehen, ob nicht doch innerhalb des Konzernverbands erleichterte Übermittlungsmöglichkeiten sinnvoll, denkbar und systemkonform wären.

Zur Telekommunikation: Hier zeigen die Berichterstatter auf, dass eine Regelung auch für den Fall der erlaubten Privatnutzung sinnvoll wäre. Momentan ist die allgemeine Beratungspraxis in den Unternehmen: Verbietet euren Arbeitnehmern die Privatnutzung von Internet und Telekommunikationsanlagen. Nur dann könnt ihr ganz sicher sein, dass ihr tatsächlich die Zugriffsrechte zur Kontrolle auf die E-Mails und Internetaadressen habt. Das ist ein leidiger Vorgang, kein gutes Ergebnis für Arbeitgeber wie für Arbeitnehmer. Hier sollte man klarstellen, solange es um die Kontrolle von dienstlichen E-Mails geht, dass das berechtigte Interesse des Arbeitgebers besteht, welche dienstlichen E-Mails erfolgt sind. Man sollte auch klarstellen, dass der Arbeitgeber nicht allein deswegen, weil er die Privatnutzung von Internet und E-Mail-Verkehr im Arbeitsverhältnis gestattet, zum Diensteanbieter im Sinne des TKG wird. Das ist bislang schon instanzgerichtliche Rechtsprechung in einigen Entscheidungen und an die kann man anknüpfen und sie im Gesetz bestätigen. Herzlichen Dank!

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank! Zum Abschluss der ersten Runde bitte ich Herrn Prof. Dr. Wedde um sein Wort. Er kommt von der Europäischen Akademie der

Arbeit in der Universität Frankfurt am Main. Herr Direktor, herzlich willkommen, Sie haben das Wort.

**SV Prof. Dr. Peter Wedde** (Direktor der Europäischen Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt/Main): Herr Bosbach, herzlichen Dank. Meine sehr verehrten Damen und Herren, ich freue mich, dass ich Ihnen heute ein paar Aspekte nennen kann. Ich werde den Trick aufnehmen, den Kollege Thüsing gemacht hat, ich sage, ich bleibe bei fünf Minuten, aber ich rede noch schneller als er.

Ich will mich kurz zurückbesinnen. Was war der Auslöser dessen, was uns hier zusammenbringt? Vor drei Jahren fing es an mit einer ganzen Reihe von Datenschutzvorfällen, in denen Arbeitnehmerdaten auf unterschiedliche Art und Weise unzulässig verarbeitet worden sind. Es sind schon Zahlen genannt worden. Wir haben im letzten Jahr eine kleine Forschung gemacht und 200 Fälle, die dokumentiert sind, gefunden. Da waren ein paar Fälle nicht dabei, die ich persönlich kenne, die nie in Zeitungen aufgetaucht sind – es gibt also noch ein paar mehr. Ich glaube schon, das ist die Spitze des Eisbergs, die wir wahrgenommen haben. Vor diesem Hintergrund begrüße ich auch, wie fast alle meine Vorredner, dass es eine gesetzliche Regelung um Beschäftigtendatenschutz geben soll, die längst überfällig ist. Aber ich will das Schutzprogramm deutlich machen. Ich habe die Gesetzesinitiative so verstanden: Man lernt aus den vielen Datenschutzvorfällen, die es gegeben hat, und schafft ein Recht, das die Beschäftigten im Betrieb besser schützt als es bisher der Fall gewesen ist. Wenn ich mir vor diesem Hintergrund den Gesetzentwurf der Bundesregierung ansehe, auf den würde ich mich aus Zeitgründen beschränken, dann sind wir uns sicher auch einig, dass das, was da als Programm genannt wird, nämlich die Verbesserung des Schutzes der Beschäftigten vor Bespitzelungen, positiv zu bewerten ist. Die Beschäftigten sollen klarer und besser gestellt werden. Als weiteren Rahmenaspekt auch die Interessen der Arbeitgeber an bestimmten Erforschungen, Compliance wird ausdrücklich genannt, sollen berücksichtigt werden. Ich glaube, das ist schon das erste Problem. Das man zwei grundlegend gegensätzliche Richtungen versucht in ein Gesetz zu packen: Den Schutz der Beschäftigten auf der einen und „Compliance“ oder Korruptionsbekämpfungsanforderung auf der anderen Seite. Dies sind zwei gegenläufige Interessen. Diese in ein Gesetz unterzubringen, führt zwangsläufig zu Problemen.

Ich will mich darauf beschränken als Maßstab den angestrebten Schutz der Beschäftigten zu nehmen. Ich möchte das an vier kleinen Beispielen aus meiner Blickrichtung deutlich machen. Sie sind alle schon genannt. Aber ich will einen Punkt vorwegschicken, der mir aufgefallen ist. Das Gesetz wird sehr schnell wieder auf neue Bereiche stoßen, die derzeit in der betriebspraktischen Situation aktuell sind, und die sich nur sehr schwer unter das, was da im Entwurf steht, subsumieren lassen. Ein paar Stichworte: „Litigation Hold“, ist für viele Unternehmen derzeit ein spannendes Thema, also das Einfrieren von Beweismitteln. „Disclosure“-Verfahren nach englischem Recht, die nach Deutschland durchschlagen, sind ein Problem und im Compliance-Bereich lassen sich ebenfalls Beispiele für Umsetzungsprobleme finden. Auch da wird es dann

wieder nur Einwilligung oder Betriebsvereinbarung geben. Ich glaube, da hätte man ein bisschen mehr sehen sollen, was aktuelle Dinge sind. Von technischen Problemen, die auf uns zurollen, will ich gar nicht reden. Das neue Konzept von Facebook, das vielfältig auch in den betrieblichen Bereich hineingeht.

Ich habe gesagt, ich will an vier Beispielen, die alle schon genannt sind, die von mir gesehenen Mängel des Gesetzentwurfs festmachen. Zunächst einmal zur Frage Erweiterung der Regelungsmöglichkeiten zu Ungunsten der Beschäftigten durch Betriebsvereinbarungen. Ja, die normative Klarstellung in § 4 Abs. 1 BDSG, wie sie vorgesehen ist, begrüße ich natürlich auch. Zu sagen, Betriebsvereinbarungen können Erlaubnisnorm sein, das war aber bisher schon nicht unklar. Ich begrüße auch, dass gesagt wird, weitere Abweichungen zu Ungunsten der Beschäftigten sind unzulässig, so wie es jetzt im Gesetz steht. Ich halte das im Gegensatz zu vielen meiner Vorredner für praktikabel, weil es Betriebsräte gerade nicht daran hindert, das Zugelassene immer noch durch Betriebsvereinbarungen zu präzisieren. Diese Debatte der Betriebsvereinbarungen zu Ungunsten von Beschäftigten ist schon geführt worden, da muss man sich die betriebliche Praxis einmal ansehen. Es ist ja nicht so, dass Arbeitgeber und Betriebsrat da völlig einvernehmlich über Betriebsvereinbarungen verhandeln, die in Grundrechte der Beschäftigten und in Datenschutzrechte eingreifen. Das ist immer ein schwerer Kampf. Derzeit ist es für Betriebsräte sehr gut, sagen zu können, nach dem Datenschutzrecht sind bestimmte Dinge unzulässig, deswegen brauchen wir auch nicht noch abweichen – immer unter Beachtung von § 72 Abs. 2 BetrVG. Ließe man Betriebsvereinbarungen zu, die vom Standard, den man gerade geschaffen hat, nach unten abweichen, dann bringt man damit Betriebsräte in eine schlechtere Verhandlungsposition. Zumal es dann dazu führen wird, dass Betriebsräte wie Arbeitgeber immer nach § 72 Abs. 2 BetrVG bewerten müssen, was ist noch zulässig, was ist unzulässig. Ich glaube, dass Betriebsräte dann in einer erheblich schlechteren Position sind. Ich will aber nicht über Betriebsräte, sondern über Arbeitnehmer reden, dass auch Arbeitnehmer in einer schlechteren Position sind, wenn diese Abweichung nach unten zugelassen würde. Deshalb halte ich das für das Gegenteil von Stärkung des Beschäftigungs- und Datenschutzes. Es wird eine Schwächung zu Lasten der Beschäftigten geben, wenn zu ihren Ungunsten vom Standard des neuen BDSG per Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann.

Der zweite Punkt ist das Problem der Einwilligung, auch das ist angesprochen worden. Ich halte es einerseits für gut, dass ein klarer Ausschluss von weiteren Einwilligungsmöglichkeiten im Gesetz verankert ist. Man kann über die Teilprobleme reden, wo Einwilligungen vielleicht doch noch notwendig sind. Es werden immer wieder dieselben Beispiele genannt. Wenn ich in eine betriebliche Zusatzaltersversorgung gehen möchte und dazu bestimmte Einwilligungen erteilen kann, könnte man das auch aufnehmen. Die Beispiele sind überschaubar und zumeist sind es auch Regelungen, die zu Gunsten der Beschäftigten da sind. Ließe man weitergehende Einwilligungen zu, müsste man im Sinne von Beschäftigtendatenschutz weitere Schutzvorkehrungen einfügen, die bspw. so aussehen könnten, dass Einwilligungen nur dann abgefordert werden können, wenn

sie durch Betriebsvereinbarung zulässig sind. Dann hätte man den Schutzrahmen, den man braucht. Dann hätte man eine starke durchsetzungsfähige Instanz im Betrieb, die zu Gunsten der Arbeitnehmer berücksichtigt wird, wann eine Einwilligung positiven Charakter haben kann und erlaubt werden sollte und wann nicht. Das gibt es in einer ganzen Reihe von Betriebsvereinbarungen schon und es ist jedes Mal von Betriebsräten durchgesetzt worden, denn die Verhandlungen kosten ja immer etwas, das gibt es nicht umsonst.

Wenn es keinen Betriebsrat gibt, kann es nicht sein, dass man sagt, dann ist es wieder freiwillig. Dann kann die Einwilligung vom Arbeitgeber unkontrolliert eingeholt werden. Dazu muss man dann ein anderes Schutzprogramm wählen, das bspw. gestärkte betriebliche Datenschutzbeauftragte entsprechende Funktionen wahrnehmen, oder möglicherweise auch die staatlichen Aufsichtsbehörden dann, ähnlich wie bei der Prüfung von Datenübermittlung in das Ausland außerhalb des Schutzraumes der Europäischen Datenschutzrichtlinie, entsprechende Erklärungen abgeben.

Der dritte Teil, Compliance: Es ist von einem meiner Vorredner gesagt worden, Compliance steht eigentlich gar nicht drin, es steht aber doch drin. Der Gesetzgeber hat in seiner Begründung sehr deutlich gesagt, Compliance soll einbezogen werden. Ich finde das ein bisschen schwierig, weil Compliance einfach ein völlig unbestimmter Rechtsbegriff ist. Ich glaube, je weiter man die Befugnisse zu Compliance-Maßnahmen fasst, umso mehr Probleme schafft man in der betrieblichen Praxis. Ich habe dafür auch ein Beispiel, ein ganz aktuelles. In einem großen europäischen Unternehmen sollen derzeit gerade aus Compliance-Maßnahmen Regeln umgesetzt werden – Code of Compliance. Das wird maßgeblich durch die nicht in Deutschland angesiedelte außer-europäische Konzernspitze bestimmt, einseitige Regeln, die festgelegt werden. Es ist auch vorgeschrieben, dass Auswertungen der in allen elektronischen Systemen vorhandenen Daten erfolgen sollen. Das ist eine echte Rasterfahndung mit Vorratsdatenspeicherung, die da möglich ist. Um deutlich zu machen, wie das Gesetz wirken wird, hat man verhandelt und es ist völlig unstrittig zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, dass das nur mit einer Einwilligung der Betroffenen oder mit einer Betriebsvereinbarung, die sie nach geltendem Recht ersetzt, gehen wird. Es ist für den Betriebsrat etwas überraschend gewesen, dass der Arbeitgeber die Verhandlungen ausgesetzt hat, weil er gesagt hat: Wir brauchen das gar nicht mehr, wenn dieses neue BDSG in Kraft tritt, dann bekommen wir das so. Das macht deutlich, dass die Regelung zu Gunsten der Beschäftigten im Compliance-Bereich etwas schwierig ist.

Zum letzten Punkt, über den ich reden will, auch der war schon angesprochen, das ist die Idee, ein Konzerndatenverarbeitungsprivileg zu schaffen, was als Ergänzung im Moment diskutiert wird: Das würde in Großkonzernen oder in kleineren Konzernen zur Vereinfachung führen, man müsste nicht mehr dieses „lästige“ Instrument der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG wählen. Man müsste sich auch nicht mehr über Funktionsübertragungen streiten. Sehen wir uns die Praxis an, so wie ich sie erlebe und ich könnte Ihnen stundenlange Beispiele erzählen. In der ganz großen Zahl von Unter-

nehmen stellen Betriebsräte, oder auch betriebliche Datenschutzbeauftragte immer wieder fest, dass das Gesetzesprogramm von heute, nämlich Auftragsregeln gemäß § 11 BDSG, einfach nicht eingehalten wird. Nicht, weil es nicht geht, sondern weil man es nicht machen will. Gerade US-Konzerne sagen: Was interessiert uns europäisches Recht und deutsches Datenschutzrecht, wir delegieren es einfach durch. Da herrschen gesetzlose Zustände. Da werden auch sensible Daten übermittelt, ohne dass es Regelungen gibt. Für Betriebsräte ist die datenschutzrechtliche Konzeption, wie sie heute besteht, derzeit besonders wichtig. Betriebsräte haben gelernt, dass man Betriebsvereinbarungen machen kann, die die Übermittlung an andere Unternehmen nur zulassen, wenn eine datenschutzrechtlich saubere Situation da ist, nämlich bspw. Verträge nach § 11 BDSG. Da gibt es dann Koppelgeschäfte. In der Betriebsvereinbarung steht drin, die Datenverarbeitung hängt davon ab, dass im § 11 BDSG – Auftrag an andere Konzernunternehmen – bestimmte Vorgaben, nämlich den betriebsfreien Raum, eingehalten werden. Sie ahnen schon, wenn man jetzt ein Konzernprivileg einführen würde, dass die Verarbeitung innerhalb von Konzernen ohne diese Auftragsregelung oder Funktionsübertragung zulässt, dann laufen in der Folge zahlreiche betrieblichen Vereinbarungen leer, die es jetzt schon gibt und es werden neue nicht mehr gemacht werden. Das wird dazu führen, dass die Mitbestimmung von Betriebsräten, die in dem Punkt auf die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten zielt, diese zu schützen, weiter leerlaufen wird und dass da tatsächlich Schutz abgebaut wird. Da ist mein Fazit relativ klar dazu, es kann nicht sein, dass Unternehmen einerseits sagen, „wir halten uns nicht an das, was heute Recht und Gesetz ist“ und auf der anderen Seite ein neues Recht verlangen, das ihnen noch mehr Kontrollmöglichkeiten einräumt. Dann müsste man flankierende Möglichkeiten schaffen, die die Rechte von Betriebsräten und Arbeitnehmern in so einer Situation grenzüberschreitend schützen. Die sind derzeit nicht gegeben. Herr Bosbach, an der Stelle mache ich Schluss, vielen Dank.

Vors. **Wolfgang Bosbach:** Wir danken Ihnen, Herr Prof. Wedde. Ich fasse das einmal zusammen: Die Absicht des Gesetzgebers ist flächendeckend gelobt worden. Bleibt die Frage, ob der konkrete Weg, den der Gesetzgeber beschreiten will, in all seinen Ausprägungen in den verschiedenen Vorschriften vollends gelungen ist. Da habe ich das Gefühl, die Begeisterung hält sich, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, hier eher in Grenzen. Warum? Das können wir vielleicht in der Fragerunde noch näher erläutern. Ich wäre auch dankbar, wenn man nicht nur den Hinweis geben könnte, was kritikwürdig ist, sondern auch, wie man es möglicherweise besser machen könnte. Auch zur Vermeidung von rechtlichen Auseinandersetzungen und Auslegungsschwierigkeiten. Sie, Herr Dr. Kramer, haben die Auftragsdatenverarbeitung angesprochen und was es da in der Folge für Probleme gegeben hat. Auch das, was Herr Prof. Thüsing angesprochen hat, ist gut gemeint – das sage ich mit meinen Worten –, aber man gibt den betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern „Steine statt Brot“. Die Auswirkungen in einer bestimmten Regelung der betrieblichen Praxis können möglicherweise so sein, dass am Ende alle Beteiligten nicht zufrieden sind, weder die Arbeitgeberseite noch die Arbeitnehmerseite.

Denkbar wäre eine Strukturierung, indem man zuerst das Kapitel allgemeine Vorschriften und allgemeiner Teil nimmt, auch die zum Teil neuen Rechtsbegriffe, die verwandt werden – Thema Rechtfertigungstatbestände, Einwilligung, Betriebsvereinbarung.

Das zweite Kapitel könnte sein Datenschutz beim Bewerbungsverfahren. Welche Daten darf der Arbeitgeber erheben? Insbesondere das Thema Gesundheit spielt darin eine große Rolle.

Dann die Erhebung und Verarbeitung von Daten in einem dann bestehenden Beschäftigungsverhältnis.

Zur ersten Fragerunde, bitte Abg. Michael Frieser, und bitte auch sagen, an welche Sachverständige die Fragen adressiert werden. Danke schön!

**BE Michael Frieser (CDU/CSU):** Herr Vorsitzender, herzlichen Dank. Vielen Dank an alle Damen und Herren Sachverständigen, dass Sie sich uns zu diesem Thema offenbaren. Ich glaube, Sie sind alle – obgleich nicht nur sachgerecht, sondern sehr nahe dran – trotzdem mit uns der Auffassung, dass es sich um ein sehr umfangreiches Thema handelt. Es hat schon gute Gründe, warum es bei ungefähr 20 Jahren Beschäftigung und Befassung mit diesem Thema bisher kein Gesetzentwurf so weit gebracht hat wie dieser. Wir wollen den Versuch unternehmen, gemeinsam unsere Anstrengungen darauf zu richten, dass auch dieser Gesetzentwurf eine tatsächliche Chance hat. Ich will mich gerne an die vorgegebene Ordnung halten und erst einmal grundsätzlich mit den Fragen beginnen. Ich darf die Herren aus Lehre und Praxis, Herrn Prof. Thüsing und Herrn Dr. Kramer bitten, noch einmal ganz kurz, zumindest aus der Sichtweise der CDU/CSU-Fraktion und auch der Koalitionsfraktionen, den Gedanken aufzugreifen, wie der Rechtsstand war. Es war Tatsache, dass wir alle sehen, dass ein Grund für die Problematik der letzten Jahre die Tatsache war, dass aus den unterschiedlichsten Bereichen nur Rechtsprechung vorhanden war. Zur Frage: Ist dieser Entwurf, der als Gesetzentwurf der Regierung auf dem Tisch liegt, tatsächlich auch einer, der den Rechtsstand abbildet, oder in welcher Art und Weise verändert er ihn? Dazu hätte ich gerne eine Aussage zu diesem allgemeinen Grund von Ihnen beiden.

An Herrn Dr. Göhner geht die nächste Frage. Das Thema Korruptionsbekämpfung taucht zwar in den Motivationen auf und taucht auch immer darin auf, wenn es um die Frage geht, wie sehr soll der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, in seinem Unternehmen Produktionsangriffe von außen abzuwehren. Halten Sie aus der Sichtweise der Arbeitgeberseite die Tatsache tatsächlich für – unvorsichtig formuliert – geglückt, oder – technisch formuliert – für ausreichend, um zu sagen: Das sind Instrumente, die wirklich in der Praxis greifen können, wenn es um die Frage der Korruptionsabwehr geht?

An Herrn Jaspers geht meine nächste Frage. Sie hatten in Ihrer ursprünglichen Stellungnahme die Kombination aus Kontrolle und Überwachung genannt. Dies führt noch einmal in eine ähnliche Richtung, wenn es um meine Frage geht: Glauben Sie, dass es ein praktikables Handwerkszeug gibt, das noch den Grat in der Mitte findet, zu

sagen, dort, wo Arbeitnehmer Daten in ihre Risikosphäre abgeben müssen und gleichzeitig persönlich betroffen sind, die Kontrollen, die der Gesetzentwurf an die Hand gibt, wirklich ausreichen oder nachgebessert werden müssen. Das zur Verdeutlichung für die erste allgemeine Runde.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank! Herr Prof. Thüsing, bitte.

**SV Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.** (Universität Bonn): Herzlichen Dank für die Frage. Es gibt zahlreiche Regelungen, in denen der Entwurf in seiner jetzigen Fassung strenger ist als das bisherige Recht. Das ist bei der Erhebung und Verwendung von Gesundheitsdaten, bei der Frage der verdeckten Videoüberwachung und bei der Frage der Einwilligung so, denn bislang galt freiwillige Einwilligung auch im Arbeitsverhältnis als eine Rechtfertigung. Die Vorstellung, es kann nie eine Freiwilligkeit geben, steht nicht im Gesetz, sondern in bestimmten Kommentaren und in anderen Kommentaren steht das anders. Insofern ist das eine deutlich strengere Regelung als bisher. Die Regelung der Betriebsvereinbarung, dass sie kein Jota auch nur im Hinblick auf einzelne Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern im Betrieb zu Lasten des Arbeitnehmers abweichen kann vom gesetzgeberischen Standard, entspricht nicht der Rechtsprechung des BAG von 1998, wo es klar gesagt hat, dass dies nicht der Fall ist, dass es ein eigenes Rechtfertigungsinstrument ist. Wenn es ein eigenständiges Rechtfertigungsinstrument im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG ist, dann kann es nicht am BDSG gemessen sein. So war die Konzeption des BAG. Wir haben zahlreiche Bereiche, in denen der Entwurf strenger ist als das jetzige Recht. Das gilt auch da, wo es kritisiert wird. Zum Beispiel: Eine der Stellungnahmen weist darauf hin, dass jetzt im neuen § 32 BDSG vorgesehen ist, dass jede Datenerhebung zulässig sein soll, soweit sie erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten zu überprüfen. Das wird als zu weit empfunden. Die jetzige Formulierung ist jedoch enger als das, was in § 32 BDSG aktuell steht. Da steht: „... erforderlich für die Entscheidung über die Begründung des Arbeitsverhältnisses“. Das ist ein weiterer Bereich als die bloße Prüfung der Eignung des Beschäftigten, denn die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses kann durch andere Faktoren mit einbezogen werden. Es gibt eine Menge Regelungen, die hier strenger sind als der Status quo. Bei jeder Regelung soll man genau überprüfen, ist das eine sinnvolle Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes, die in ihrem Vorteil die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit des Unternehmers aufwiegt. Dann sollte man sie beibehalten. Dort, wo man aber zu generelle Regelungen getroffen hat, wo man zu pauschal gesagt hat, dass bestimmte Dinge nicht gehen, da sollte man noch einmal nachdenken, ob man nicht doch präzisere und deswegen in ihrem Interessenausgleich angemessenere Regelungen finden könnte. Es ist die Frage, die Einwilligung nicht generell zu verbieten und auf solche Fälle zu beschränken, wo es gar keine Einwilligung ist, weil sie nicht freiwillig sein kann, sondern zu sehen, dass wir Sicherungsinstrumente der Einwilligung sehen. Herr Wedde hat den Vorschlag gemacht, das an die Zustimmung des Betriebsrats zu binden. Das ist ein Weg, der für Unternehmen, in denen es keinen Betriebsrat gibt, nicht gangbar ist. Ich habe andere Vorschläge gemacht. Man könnte

sich auch im Sinne einer Negativliste behelfen, dass man sagt: Bestimmte Dinge sind uns so wichtig, dass eine Einwilligung den Standard des Gesetzes nicht ändern soll und wo wir sagen würden, wir geben keine Verfügungsbefugnis des Betroffenen über seine Daten, weil wir sagen, das wollen wir unabhängig von seiner persönlichen Einstellung zum Fragendatenschutz geschützt wissen. Dann sollte man sich aber genau überlegen, was sind das für Fälle und diese Fälle auf das begrenzen, wo es tatsächlich erforderlich ist, das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers insoweit einzuschränken. Auf die Sinnhaftigkeit, Initiativen oder Anreize für Betriebsvereinbarungen zu geben, habe ich schon hingewiesen.

Ein kurzer Hinweis noch. Wenn es tatsächlich so wäre, dass die Beurteilung der Erforderlichkeit in die Hand des Arbeitgebers gelegt wird, könnte niemand von uns dem Entwurf zustimmen. Wo steht das, dass der Arbeitgeber das unüberprüft zugrunde legen kann? Die Erforderlichkeit ist der zentrale Begriff des Datenschutzes überhaupt. Die Gerichte werden überprüfen, ob bestimmte Dinge erforderlich sind oder nicht. Insofern kommt man gar nicht herum, diesen Begriff zum Schlüssel- und Angelbegriff des Arbeitnehmerdatenschutzes zu machen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank! Herr Dr. Kramer, bitte.

SV **Dr. Philipp Kramer** (Hamburger Datenschutzgesellschaft e. V.): Stichwort Erforderlichkeit, Herr Prof. Thüsing, das ist ein ganz wichtiges Wort im Datenschutzrecht, das wissen wir. Was aber wichtig und zu ergänzen wäre, ist das Schillerhafte dieses Begriffs. Egal wen Sie fragen, Sie werden beim Begriff der Erforderlichkeit immer eine unterschiedliche Auffassung bekommen, was aber nicht zwingend dazu führt, dass die eine oder andere Hand die Oberhand gewinnt, sondern das hängt dann von den Beteiligten ab. Unter anderem davon, ob Aufsichtsbehörden eingeschaltet werden, wie der Datenschutzbeauftragte sich dazu stellt. Und nach meiner praktischen Erfahrung kann dann eben – und das passiert nicht allzu selten – dieser Begriff der Erforderlichkeit dazu führen, dass bestimmte Datenverarbeitungen nicht stattfinden. Und wenn in Betriebsvereinbarungen so etwas umgesetzt wird, dann zeigt das, dass schon jetzt ohne Beschäftigtendatenschutzregeln in bestimmten systematisierten Unternehmen im Hinblick auf Datenschutz solche Punkte Berücksichtigung finden. Umsetzung, was passiert bei Umsetzung dieses Gesetzes? Materiell haben wir es von Herrn Prof. Thüsing gehört, praktisch wird es aus meiner Sicht ganz klar dazu führen und das ist dann ein Kompliment an das gesetzgeberische Tätigwerden, dass dieser Bereich Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis mehr professionell, mehr systematisiert stattfinden wird. Dann gibt es nämlich, wenn das Gesetz kommt, Kristallisationsinseln, an denen man über das Thema Datenschutz und datenschutzrechtliche Gestaltung sprechen wird. Insofern glaube ich, dass damit ganz Entschiedenes – auch gerade bei den Datenschutzbeauftragten – vorgebracht wird, wo jetzt teilweise große Unsicherheit herrscht. Letztes Wort zu diesem Thema: Das Ding, dieses Gesetz, wird immer erheblich widersprüchlich bleiben. Das hat einen Grund. Das Beschäftigtendatenschutzrecht soll als Schutzrecht ausgestaltet werden. Das geht aber eigentlich

nicht, weil das Datenschutzrecht schon ein Verbotsrecht war, ist und bleibt. Das heißt, das Datenschutzrecht verbietet alles, verbietet jeden Umgang mit personenbezogenen Daten soweit er nicht erlaubt ist. Das wird in jeder Lehrstunde vom Datenschutzrecht gesagt. Das heißt, alles, was ich überhaupt an Datenverarbeitung machen möchte, muss erlaubt sein. Und jetzt komme ich trotzdem mit einem Beschäftigten-datenschutzrecht, das vor Eingriffen schützen will, die verboten sind. Und deswegen – es ist mehr eine systematische Frage – wird dieses Gesetz, egal wie viel Stunden und Jahre man da dran setzt, und es zeigt sich, wie systematisiert jemand daran gearbeitet hat, man wird es nicht widerspruchsfrei bekommen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Der nächste angefragte Sachverständige war Herr Dr. Göhner.

SV **Dr. Reinhard Göhner** (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin): Wir sehen die Notwendigkeiten zu Compliance durch diesen Gesetzentwurf sehr erschwert. In § 32d des Entwurfs gibt es zwar Vorschriften, die einen Datenabgleich unter bestimmten Voraussetzungen erlauben, aber diese Voraussetzungen sind unseres Erachtens deutlich zu eng. So darf ein Datenabgleich bei zulässig erhobenen Daten nur zur Aufdeckung von Straftaten oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen in anonymisierter und pseudonymisierter Form durchgeführt werden. Auf die Widersprüchlichkeit ist schon hingewiesen worden. Die Verhinderung von Regelverstößen findet aber gar keine Erwähnung. Die Abgrenzung dürfte rechtlich außerordentlich schwierig sein. Die Verhinderung von Regelverstößen steht aber für die Unternehmen an zentraler Stelle. Und deshalb muss ein Datenabgleich auch zur Verhinderung von Regelverstößen möglich bleiben, da die Daten für einen solchen Abgleich nicht neu erhoben werden müssen, sondern vorhanden sind. Auch der Begriff der schwerwiegenden Pflichtverletzung in den §§ 32d und e ist juristisch schwer justizierbar. Was von einem Arbeitsgericht als schwerwiegende Pflichtverletzung anerkannt wird, wird von anderen abgelehnt. Vollkommen unpraktikabel ist unseres Erachtens die Erhebung und Nutzung von Daten, soweit sie ohne Kenntnis des Beschäftigten erfolgen, an eine Pflichtenverletzung des Arbeitnehmers zu knüpfen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grunde berechtigen würden. Ich bin Fachanwalt für Arbeitsrecht, und ich glaube, dass Ihnen letztlich alle Kollegen sagen werden, wann eine Kündigung aus wichtigem Grund zulässig ist, das ist heute nahezu ein Lotteriespiel. Das erfahren Sie im Zweifel nach mehrjähriger Auseinandersetzung durch das BAG. Da gab es gerade in der Vergangenheit einige Fälle, die die Fachwelt in erhebliches Erstaunen versetzt haben. Das vorher dem Arbeitgeber als Risiko aufzubürden, ist nicht akzeptabel. Soll sich der Arbeitgeber erst ein Gutachten anfertigen lassen, um die Kündigungsmöglichkeit einzuschätzen und sich aber datenschutzrechtlich gleichwohl aufs Glatteis zu begeben? Das ist eine gefährliche Erschwerung der Compliance. Und ich möchte Ihnen noch ein Beispiel anführen: Wenn der Arbeitgeber einen anonymen Hinweis aus seinem Betrieb bekommt, dass im Lager durch Mitarbeiter geklaut wird. Was soll er machen? Er könnte zukünftig Polizei und Staatsanwaltschaft Bescheid sagen, vielleicht könnte er auch noch auf die Idee kom-

men, ich stelle einen neuen Mitarbeiter ein, der die Aufgabe hat, dies zu beobachten. Unter dem Gesichtspunkt von Persönlichkeitsrechtsbegrenzung finde ich das fragwürdiger als bei einem solch konkreten Verdacht, der aber nicht personalisiert ist, unter engen Voraussetzungen gezielt und nicht öffentlich einmal mit visuellen Beobachtungsmitteln zu arbeiten. In solchem Fall auch ohne Polizei und Staatsanwaltschaft und ohne Detektive eine Aufdeckung zu ermöglichen, das finde ich, ist auch eine Form der Kriminalitätsbekämpfung, die möglich sein sollte.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank, Herr Dr. Göhner. Und zum Schluss, jedenfalls der ersten Runde, ist Herr Jaspers gefragt.

SV **Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e. V., Bonn): Vielen Dank. Ich habe Ihre Frage, Herr Frieser, dahingehend verstanden, ob es für die Einhaltung dieser dann geplanten gesetzlichen Vorschriften hinreichende Kontrollen gibt. Okay, das war richtig verstanden. Nun kennen wir zunächst das Prinzip der betrieblichen Selbstkontrolle, nämlich der durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Es wird also seine Aufgabe sein, dafür zu sorgen, dass die entsprechenden neuen Vorgaben des Gesetzes eingehalten werden, dass heißt sowohl hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen als auch hinsichtlich der Interessenabwägung. Der Gesetzgeber sieht diese Kontrolle vor, wobei sogar auch das Instrument, die sogenannte Vorabkontrolle, hier genannt werden kann, die dann zum Tragen kommt, insbesondere wenn sensible Datenverarbeitungen betroffen sind. Aber selbst wenn diese formelle Vorabkontrolle im Sinne des Gesetzes nicht rechtlich greift, greift auf jeden Fall die allgemeine Aufgabe des Datenschutzbeauftragten. Nur wenn Sie das Thema Vorabkontrolle hier angesprochen haben wollen: Es ist eben ein Petitum der GDD gewesen, dass die Vorabkontrolle ihrerseits auch letzten Endes mit gewissen Konsequenzen von rechtlicher Seite ausgestattet wird. Bisher ist es so, wenn die Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht stattfindet, ist dieser formale Fehler ohne Konsequenzen. Jetzt müsste man hier mal darüber nachdenken, wenn die Voraussetzungen der Vorabkontrolle bei sensibler Datenverwaltung durchgeführt werden, dass der Datenschutzbeauftragte dann obligatorisch eingeschaltet wird, um dieses Instrument auch entsprechend zu stärken. Wie gesagt, die Konsequenzlosigkeit ist vielleicht hier ein gewisser Mangel. Daneben gibt es natürlich auch noch den Betriebsrat. Denn die meisten Punkte, die hier nun im Rahmen des Gesetzes genannt sind, lösen gleichwohl die Mitbestimmungstatbestände, technische Überwachung und allgemeine Ordnung des Betriebes unter Umständen aus. Wir haben auf der Ebene des Betriebes die Betriebsräte selber als Kontrollinstrument und den betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Überdies haben wir auch das Kontrollinstrument der Datenschutzaufsichtsbehörden als Organ der Fremdkontrolle. Hier ist natürlich das Petitum, sind die Aufsichtsbehörden in der Lage, das entsprechend auch nachzuhalten. Es gibt doch die Tendenz in den Bundesländern, die Aufsichtsbehörden zu stärken, auch ein bisschen mit Personal auszustatten. Das ist Länderebene, aber klar ist: Eine Stärkung der Fremdkontrolle führt natürlich auch dazu, dass diese Regelungsinstrumente eingehalten werden und last but not least gibt es

immer noch die Eigenkontrolle des Betroffenen. Das heißt, wenn ich meine, im Betrieb wird gegen die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften verstoßen, muss ich mich wehren können. In der Tat ist es natürlich ein bisschen unglücklich, wenn man zunächst zum Arbeitgeber gehen muss. Hier muss man in der Tat darüber nachdenken, was eine sinnvolle Regelung ist, nämlich trotzdem den Weg direkt zur Aufsichtsbehörde zu ermöglichen, was auch bei der bisherigen Rechtslage so ist.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. An der Reihe ist jetzt der Kollege Michael Hartmann von der SPD-Fraktion.

Abg. **Michael Hartmann (Wackernheim)** (SPD): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Nur zwei Vorbemerkungen. Wenn wir hier über Arbeitnehmerdatenschutz diskutieren, finde ich den Hinweis elementar wichtig, auch mal darauf zu schauen, wie kritisch und wie kritisch beobachtet alle Diskussionen immer wieder verlaufen, wenn wir über Sicherheitsgesetze diskutieren. Denn, was uns dort recht und billig ist, muss uns in dem Bereich der gewerblichen Wirtschaft auch recht und billig sein. Wo es da ein Übermaßverbot gibt, muss das auch im anderen Bereich möglich sein. Ich sage das bewusst zur Einordnung, wohlwissend, dass viele berechnete Interessen aufeinandertreffen. Einerseits reden wir über Persönlichkeitsrechte, die nach unserer Überzeugung nicht abwägbar sind. Auf der anderen Seite gibt es natürlich auch ein berechtigtes Informationsinteresse sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmerseite. Wenn ich meine Fragen jetzt formuliere, muss ich zum Teil unterschiedliche Bezüge herstellen. Das liegt daran, dass wir den Gesetzesentwurf der Bundesregierung haben und zum anderen ein Arbeits-, Thesen-, Korrekturpapier der beiden Berichterstatter der Koalitionsfraktionen, welche Wirkung auch immer die entfalten werden, beides scheint mir hier diskussionsrelevant zu sein. Zunächst einmal eine Frage, die ich gerne an Herrn Dr. Wedde richten möchte, eine Frage, die sich auf den Kontext der oft angesprochenen Fragestellung der Datenweitergabe in verbundenen Unternehmen bezieht. Hier möchte ich sehr konkret fragen: Wie sieht das eigentlich nach Ihrer Einschätzung aus. Wir haben oft von Erforderlichkeit geredet, was die Notwendigkeit dieser Datenweitergabe angeht. Und ist das, was bisher vorgesehen ist, nach Ihrer Einschätzung sachgerecht. Das ist der eine Punkt. Die nächste Fragestellung würde ich gerne an Herrn Jaspers weitergeben. Wir haben jetzt auch – eben im Beitrag von Dr. Göhner – noch einmal gehört, dass es Fälle gibt, in denen ein Überwachungsinteresse entstehen kann. Nun ist es aber einmal so, und damit sind wir in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland bisher ganz gut gefahren, dass Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte für präventive wie auch repressive Maßnahmen originär zuständig sind. Und deshalb meine Frage: Sehen Sie entsprechende rechtsstaatliche Schutzvorkehrungen, die gewährleisten, dass eben die im Kern strafrechtlichen Ermittlungen nicht auf ein Unternehmen in der Konsequenz übertragen werden. Ist das alles im Gesetzesentwurf ausreichend definiert? Oder muss da nachgebessert werden, muss da auch unsererseits darauf geachtet werden, dass nicht schleichend Prozesse eintreten, deren Wirkung wir alle nicht beabsichtigen. Meine nächste Frage bezieht sich noch einmal auf den Bereich der verdeckten Daten-

erhebung. Wir reden in einem Kontext, auch das wurde von verschiedenen Sachverständigen nicht nur angedeutet, sondern auch ausformuliert, wo wir schlimme Skandale als Ausgangspunkt hatten. Und das ist keineswegs so, dass wir einfach einen Bereich ordnen, der bisher nicht so ganz sortiert war, sondern es gibt eine Vielzahl von Rechtsprechungen und es gibt die bekannten, auch in den Medien berichteten, Skandale. Und deshalb frage ich sehr konkret. Bisher haben wir eine Rechtslage, nämlich direkt in Reaktion auf die Vorkommnisse bei der Deutschen Bahn und bei der Telekom aus dem Jahre 2009, die vorsieht, dass verdeckte Datenerhebung letztlich nur möglich ist, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Gehen wir damit nicht in der jetzigen Fassung des § 32d Abs. 3 zurück hinter die jetzige Rechtslage, das heißt, werden dadurch nicht auch in der Konsequenz Betriebsvereinbarungen gefährdet und führen wir nicht Präventivbefugnisse ein, wo bisher nur repressive Möglichkeiten vorhanden waren. Eine Frage, die ich gerne an Frau Nielebock stellen möchte. Und vorerst last but not least Zugriff auf Kommunikationsdaten: Ich beziehe mich auf den § 32i in der jetzigen Fassung. Darin wird der Schutzbereich der persönlichen dienstlichen Kommunikation definiert und versucht festzuhalten. Herr Prof. Wedde ist das nach Ihrer Auffassung ausreichend in der Ausformulierung oder ist der Begriff der persönlichen dienstlichen Kommunikation nicht schon unbestimmt? Eine Frage, die ich auch an Sie, Frau Nielebock stellen möchte. Denn, wenn z. B. Kommunikation zwischen dem Personalrat und dem Beschäftigten stattfindet, ist das dann nicht ein zu schützender Bereich vor Zugriffen des Arbeitgebers? Um hier einmal ein konkretes Beispiel zu nennen, das in der betrieblichen Praxis nicht ganz selten ist. Soviel vorerst von mir.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Michael, die letzte Frage ging auch an Herrn Prof. Wedde?

Abg. **Michael Hartmann (Wackernheim)** (SPD): Herr Prof. Wedde und Frau Nielebock.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Ja klar, dann können Sie jetzt die beiden Fragen zuerst beantworten.

SV **Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Darf ich gleich anfangen. Noch einmal zum sogenannten Konzernprivileg, über das jüngst nach der Vorlage der beiden Berichterstatter geredet wird. Man muss sich die Rechtssituation heute einfach noch einmal kurz vor Augen halten. Heute schon ist es möglich innerhalb von Konzernen durch Auftragsbeziehungen Daten zu übermitteln und auch verarbeiten zu lassen. Das hat den Vorteil, dass im Auftrag relativ klar definiert sein muss, was der Auftragnehmer machen darf. Man kann bestimmte Ge- und Verbote reinschreiben. Das ist, wenn es richtig gemacht ist, ein Verfahren, das durchaus praktikabel ist. Darüber hinaus gibt es Fälle, beispielsweise durch Ausgliederung von Personalabteilungen in Konzernen, wo eine sogenannte Funktionsübertragung stattfindet. Auch da müssen die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen gewahrt bleiben und das macht man am Datenschutzstandard fest. Das funktioniert da ganz gut, wo Konzerne es tatsächlich sauber administrieren und auch einführen. Darum

denke ich, man braucht dafür keine besondere Regelung. Ich verstehe aber auch die Nöte von Konzernen, die sagen, es ist viel zu kompliziert. Das sind aber zumeist Konzerne, die eine völlig andere Organisationsform, parallel zur gesellschaftsrechtlichen Organisationsform, gewählt haben, wo es Matrixorganisationen gibt, wo über die Unternehmen hinweg, beispielsweise Vorgesetztenketten vorhanden sind, die brauchen natürlich eine andere Rechtssituation in dem Bereich. Bloß man muss sich natürlich fragen, will man das wirklich tun. Will man zulassen, dass es neben den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben ganz andere Vorgaben gibt, beispielsweise Vorgaben, wo ein Manager in den USA mit Zugriff auf alle personenbezogenen Daten in Deutschland dasitzt, darauf zugreifen kann, diese auswerten kann. Da bin ich schon der Meinung, das wäre eine klare Schwächung des Beschäftigtendatenschutzes, wenn man so etwas zulässt, zumal wenn es ohne flankierende Regelungen abläuft. Ich habe eine paar davon angesprochen. Für Betriebsräte gibt es keine kollektivrechtlichen Möglichkeit in diesen Ketten, die da vorhanden sind. Jetzt kann man natürlich über Konzernbetriebsräte reden, wenn es in Deutschland stattfindet, aber sobald es im europäischen Rahmen ist, geht das nicht mehr. Für Betriebsräte gibt es keine adäquaten Regelungsmöglichkeiten in solchen Konzernen. Es wird aber gleichzeitig für sie schwierig sein, durch Kontrolle der Aufträge oder der Verträge zur Funktionsübertragung die Rechtmäßigkeit des Handelns überhaupt noch aufzunehmen. Für den Beschäftigten selber wird es auch schwierig. Wie soll ein Beschäftigter beispielsweise gegen die missbräuchliche Verwendung seiner Daten in den USA vorgehen? Er kann sich an seinen Arbeitgeber hier wenden. Was ist, wenn der nichts tut? Das sind die Probleme, die es heute gibt. Deswegen, ich habe es vorhin schon kurz gesagt, ich will es hier nochmal betonen, wird das unmittelbar zu einer Schwächung von Betriebsräten führen, in dem Bereich, wo Regelungen beispielsweise zu IT-Systemen gemacht werden. Und die Schwächung wird direkt massiv durchschlagen, auch zur Schwächung von Beschäftigtenrechten, weil nicht mehr klar ist, wo mit den Daten was gemacht wird. Dann wird halt in Amerika die Auswertung gemacht, die nach der deutschen Betriebsvereinbarung eigentlich verboten ist. Und das sogar, ohne dass es noch ein Auftragsverhältnis nach § 11 BDSG geben muss, das für Betriebsräte kollektivrechtlich sehr gut handbar ist. Zweiter Punkt, dieses Problem des Zugriffs auf Inhaltsdaten. Es ist im arbeitsrechtlichen Bereich eins der größten Probleme. Arbeitgeber haben berechnete Interessen, beispielsweise, ich bleibe mal bei E-Mail, auf E-Mail-Daten zuzugreifen. Es ist vorhin schon im Bereich steuerlicher Dokumentationspflichten angesprochen worden. Da wird dann schnell gesagt, wir brauchen alle E-Mails, aber auch da muss man einmal genauer hingucken. Selbst in den Handreichungen der Finanzverwaltung steht relativ deutlich drin, was gefordert ist, nämlich Geschäftsbriefe. Die Finanzverwaltung sagt selbst, ich war ganz überrascht in welcher Klarheit, in Erläuterungen dazu: Es ist die Organisationsverantwortung der Arbeitgeber sicherzustellen, dass Geschäfts-E-Mails von anderen persönlichen E-Mails getrennt sind. Weil die Finanzverwaltung auch sagt, „die wollen wir gar nicht sehen, die dürfen wir für die steuerlichen Sachen gar nicht sehen“. Und es ist ein ähnliches Problem, dass man sich in Betrieben oft nicht die Mühe macht, Vorgaben zur getrennten Ablage von E-Mails festzulegen. Bestimmte Daten, die man aus steuerlichen Gründen braucht, sollten

im Rahmen eines Dokumentenmanagements in Ordnern gespeichert werden, die dann getrennt von persönlichen Daten archiviert werden können. Es ist in der praktischen Diskussion immer wieder zu finden, dass Arbeitgeber sagen, wir verbieten die gesamte Privatnutzung, dann können wir alles sehen. Auch öffentliche Verwaltungen, eine große Landesverwaltung hat das gerade einmal gemacht. Aber das ist natürlich ein Irrtum, weil es auch im dienstlichen Bereich höchst persönliche Informationen gibt, nicht nur die Korrespondenz mit dem Betriebsrat, sondern auch die Korrespondenz mit der Personalabteilung, mit meinem Personalsachbearbeiter, mit dem ich etwas zu bereden habe. Und dazu ist die Rechtsprechung relativ klar. Natürlich ist beispielsweise die Gehaltsmitteilung höchst persönlich. Dass Arbeitgeber auf diese Daten zugreifen können sollen, leuchtet mir nicht ein. Da müsste man eher, wenn man Beschäftigtendatenschutz wollte, Vorgaben machen, die sagen, lieber Arbeitgeber, du musst die organisatorische Voraussetzungen schaffen, Geschäftsbriefe von persönlichen E-Mails zu trennen. Wenn dann noch die Privatnutzung der E-Mail dazukommt, jetzt mal ganz ab von dem Telekommunikationsproblem, da habe ich das Gefühl, sind wir uns schnell einig, da sollte man eine Änderung machen, die die Privatnutzung im geringen Umfang im Betrieb zulässt, ohne gleich das TKG anwendbar zu machen. Aber das kommt nochmal dazu. Die Privatnutzung, wenn man sie denn schon zulässt, hat natürlich ganz andere Inhalte. Und dieses Problem ist mit dem Modell einer erweiterten Einwilligung, das immer wieder vorgeschlagen wird, natürlich nicht zu lösen. Ich bin der festen Überzeugung, dass sich Systeme schaffen ließen, in denen man in getrennten E-Mail-Accounts einerseits private E-Mails speichern kann, andererseits auch persönlich dienstliche. Um dieses Thema abzuschließen: Die vorgeschlagene Regelung argumentiert um das Problem herum. Sie löst die Schwierigkeiten beim Umgang mit persönlichen E-Mails nicht? Die Zulässigkeit von Zugriffen ist dann möglicherweise über die Verhältnismäßigkeit zu bewerten. Der Gesetzentwurf führt in diesem Punkt nicht zu Rechtsklarheit. Und ich glaube auch, wenn das Gesetz so verabschiedet würde, bleibt im betrieblichen Rahmen ein großer Raum übrig für kontroverse Auseinandersetzungen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank, Herr Prof. Wedde. Frau Nielebock oder Frau Perreng, das ist jetzt egal.

SV **Martina Perreng** (Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin): Wenn es gestattet ist, würde ich gern die erste Frage beantworten. Wir sind in der Tat der Auffassung, dass durch diese Regelung – ich will es mal ganz platt sagen – letztendlich der Datenschutzverstoß bei der Bahn kein Datenschutzverstoß mehr gewesen wäre. Ursprünglich waren wir der Auffassung, dass es lediglich ein Versehen des Gesetzgebers gewesen ist, den Verdacht erst bei der Personalisierung zu erwähnen, und dass es nicht sein kann, dass der Gesetzgeber tatsächlich ein anlassloses Screening zulassen will. Aber offensichtlich ist das Gegenteil der Fall. Es soll also so sein, dass vorhandene Arbeitnehmerdaten, auch ohne das in irgendeiner Form ein Anhaltspunkt dafür da ist, dass es zu strafbaren Handlungen oder schwerwiegendem Pflichtverstößen kommt, abgeglichen werden können. Das bedeutet, dass jeder Arbeitgeber, der dazu Lust hat, die

Beschäftigten unter einen Generalverdacht stellen kann, dass sie potentiell dazu bereit sind, schädigende Handlungen und zwar schwerwiegende schädigende Handlungen vorzunehmen. Wenn man eine solche Wertung in einem Gesetz vornimmt, dann zeigt das, dass der gesamte Ansatz dieses Gesetzes ein fehlerhafter ist. Es geht nämlich nicht darum, dem Grundrechtsschutz im Beschäftigungsverhältnis tatsächlich Geltung zu verschaffen, sondern es geht darum, dem Arbeitgeber Erlaubnistatbestände zu schaffen, wie er dieses Grundrecht möglichst weitgehend einschränken kann. Und das hat mit Arbeitnehmerdatenschutz nichts zu tun. Man kann sagen, Korruption sei etwas so Schlimmes, dass dazu weitgehende Eingriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers geschaffen werden müssen. Das kann ein Gesetzgeber tun. Aber dann soll er bitte nicht Beschäftigtendatenschutzgesetz drauf schreiben, weil das etwas anderes ist. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis setzt voraus, dass die Interessen der Beschäftigten an erste Stelle gesetzt werden und die Interessen des Arbeitgebers dem unterzuordnen sind. Aber das ist hier nicht passiert. Wir können uns bei der zweiten Frage nur dem anschließen, was Herr Prof. Wedde gesagt hat. Es ist überhaupt kein Problem, technisch sicherzustellen, dass private von der dienstlichen Post getrennt wird, das heißt ich kann zwei E-Mail-Accounts einrichten und kann eine entsprechende Datenablage organisieren, so dass es dem Arbeitgeber ohne Probleme möglich ist, auf diese dienstlichen Mails auch zuzugreifen. Man kann im Telekommunikationsgesetz regeln, dass für private Nutzung von modernen Kommunikationsmitteln in geringem Umfang der Arbeitgeber nicht zum Diensteanbieter wird, das ist machbar. Nicht notwendig ist es aber, einen grundsätzlichen Zugriff auf die privaten Accounts zu erlauben.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Thüsing.

SV **Prof. Dr. Gregor Thüsing** (Universität Bonn): Ich will nur gerade feststellen, es zeichnet sich, ich würde fast sagen, Lager übergreifend ab, dass die bisherige Regelung, die da zur Telekommunikation angedacht ist, so unvollkommen ist. Es werden Lösungswege aufgeschlagen, wie man hier für die Praxis sinnvoller damit umgehen kann. Wenn das schon allein das Ergebnis des heutigen Tages wäre, wäre das eine Menge. Die Vorstellung, dass man sagt, es darf keinen Anreiz für den Arbeitgeber geben aus rechtlichen Gründen die Privatnutzung der Telekommunikation zu verbieten. Das scheint ja Konsens zu sein und insofern sollte eine Korrektur der Wertung der Interpretation des TKG durch einige Gerichte vorgenommen werden. Gleichzeitig aber auch die Unterstützung an den Vorschlag des Kollegen Wedde, vielleicht auch irgendwie gesetzgeberisch Anreize dazu zu bieten, Hinweise zu geben, dass die Trennung von privaten und dienstlichen, die in der Regel technisch unproblematisch möglich ist, der Weg ist, den die Praxis regelmäßig gehen sollte.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Als nächster nun für die Freien Demokraten...

Abg. **Michael Hartmann (Wackernheim)** (SPD): Ich hatte an Herrn Jaspers noch eine Frage gestellt.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Entschuldigung.

Abg. **Michael Hartmann (Wackernheim)** (SPD): Nämlich ersetzt der Betrieb die Staatsanwaltschaft, um es mal ganz holzschnittartig zu sagen.

SV **Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e. V., Bonn): Zunächst einmal haben wir es im Arbeitsverhältnis mit einer zivilrechtlichen Beziehung zu tun, wo es natürlich auch entsprechende Kontrollmaßnahmen gibt, die letzten Endes auch eingehalten werden müssen. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass diese Kontrollen im Grunde genommen auch nicht vorbehaltlos geschehen. Es ist auch eine Konkretisierung der bestehenden Rechtslage. Die bestehende Rechtslage – hier zur Kontrolle – geht vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus und sagt im Grunde genommen: Kein lückenloser Überwachungsdruck, aber mit gewissen Unschärfen gekennzeichnet. Jetzt fordert der Gesetzgeber erheblich mehr. Denn wenn er kontrollieren möchte, muss er die Anlässe hierfür entsprechend dokumentieren und nachgelagert den Betroffenen informieren, das heißt, es sind mittlerweile, wenn die Kontrolle nicht unmittelbar Vis-à-vis stattfindet, sondern insbesondere hinter seinem Rücken, strenge Rahmenbedingungen vorausgesetzt. Ich brauche zum Beispiel Dokumentationen und Informationen des Betroffenen und damit habe ich auch die rechtsstaatliche Möglichkeiten. Denn, wenn es gegen mich Verdachtsmomente gibt, dann kann ich die ausräumen oder es klärt sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Überdies steht mir möglicherweise noch der Betriebsrat zur Seite, wenn es kündigungrechtlich oder sonst rechtlich relevant ist. Also insofern auf der zivilrechtlichen Ebene, meine ich, dass der Gesetzentwurf hier hinreichend Schutz bietet. Und wenn darüber hinaus die Staatsanwaltschaft eingeschaltet werden muss, wird es eben die strafrechtliche Ebene. Und da gibt es dann Officialdelikte und letzten Endes entsprechende Anzeigedelikte. Und das hat der Arbeitgeber in dem Moment dann doch in der Hand. Ich sehe kein Problem mit Blick auf die Rechtstaatlichkeit.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Jetzt aber Frau Piltz.

Abg. **Michael Hartmann (Wackernheim)** (SPD): Entschuldigung, wenn ich mich noch einmal einschalte. Ich darf schon meine Fragen beantwortet sehen, oder? Vielleicht können wir uns darauf verständigen, dass die beantwortet sind, ich habe es nicht verstanden, mag sein. Ich habe sehr konkret nach § 32d Abs. 3 gefragt. Ist das nicht eine Verschlechterung gegenüber der jetzigen Rechtslage?

SV **Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e. V., Bonn): Die Situation ist doch: Wir haben einen Verdacht, dass es Gesichtspunkte im Arbeitsverhältnis gibt, die schwerwiegende Pflichtverletzungen sind. Diese schwerwiegenden Pflichtverletzungen muss ich im Schritt eins dokumentieren. Abs. 3 sagt, ich muss sie abrechnen, wenn sie letzten Endes zu keinem weiteren Erfolg führen. Abs. 5 sagt, ich muss sie dokumentieren, und ich muss das Ergebnis auf jeden Fall den

Betroffenen mitteilen, so oder so. Und dann sieht man das Ergebnis im Grunde genommen doch. Der Ablauf ist relativ klar und dann auch nachvollziehbar, meines Erachtens.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Frau Kollegin Piltz. Herr Kollege Hartmann denkt noch, dann wollen wir ihn nicht bei stören. Wir machen derweil weiter.

BE **Gisela Piltz** (FDP): Ich habe jetzt schon zweimal angesetzt, Herr Vorsitzender. Vielen Dank. Dann fragt man lieber nochmal nach. Erst einmal im Namen meiner Fraktion ein herzliches Dankeschön an Sie alle, dass Sie uns bei diesem doch komplexen Thema mit Rat und Tat zur Seite stehen. Man sieht an dem eher ungewöhnlichen Verfahren, wozu wir uns entschieden haben, mit diesem eigenen Papier und auch der längeren Diskussion, dass es doch schon eine Herausforderung ist. Das haben einige von Ihnen auch gesagt. Und das, was wir als Koalitionsfraktionen, wenn ich das so sagen darf, sicherlich nicht wollen, ist, dass am Ende die danach geltende Lage schlechter ist als die jetzige. Das ist selbstverständlich, sonst würden wir uns die Arbeit nicht machen, ganz im Gegenteil. Und ich kann nur für meine Fraktion definitiv sagen, dass unser Ziel schon ist, dass solche Dinge, wie sie bei der Deutschen Bahn passiert sind, in Zukunft nicht legal sind. Weil, sonst müssten wir uns nicht hier hinsetzen und uns über ein solches Gesetz und einen Gesetzesentwurf unterhalten. Ich sage das nur Mal, weil das hier verschiedentlich gesagt worden ist. Ich nehme zur Kenntnis, dass die Regelung durchaus auslegungsbedürftig zu sein scheint. Es ist auch kein Wunder bei Juristen, wenn sie am Werk sind. Das kennen wir alle. Und das heißt, da müssen wir dann sicherlich nochmal nacharbeiten. Aber da ist nur diese Fußnote der Vergangenheit und der Skandale, und es ist interessant von Ihnen zu hören, wie viele es dann wirklich gegeben oder noch mehr gegeben hat, die nirgendwo gestanden haben. Das bringt mich zu meiner ersten, ich mische das jetzt einmal, weil das alle Kollegen auch gemacht haben, allgemeine Fragen und Compliance, damit es dann direkt erledigt ist. Meine erste Frage geht an Sie, Herr Dr. Kramer. Ob Sie vielleicht nochmal darstellen können, warum eigentlich eine Klarstellung im Gesetzestext nötig ist, dass außerhalb der Datenerhebung und –verarbeitung zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses kumulativ bzw. subsidiär die allgemeinen Regelungen zu Datenerhebungen Anwendung finden sollten. Vielleicht können Sie dazu noch einmal etwas sagen. Meine zweite Frage geht an Sie, Frau Nielebock vom DGB. Wenn ich das in der Vergangenheit richtig verstanden habe, dann hatten Sie durchaus die Position als DGB, dass bei der Frage des zulässigen Umfangs von Betriebsvereinbarungen an der aktuellen Rechtslage oder bzw., wir hatten es auch schon einmal besprochen – es ist immer schwierig, wenn man in einer öffentlichen Anhörung aus Gesprächen zitiert – habe ich heute auch gesehen, da ging es um die Frage von Betriebsvereinbarungen und die Frage, ob man an der geltenden Rechtslage, vielleicht darf ich das dann so allgemein formulieren, einer allgemeinen Rechtslage festhalten soll oder, ob Sie die Regelung des Gesetzesentwurfes vielleicht doch besser finden könnten, wonach eine Unterschreitung des Schutzniveaus nicht mehr möglich wäre. Dazu habe ich in Ihrer Stellungnahme nichts gefunden. Es würde mich einfach nur inhaltlich interessieren. Und

dann komme ich noch einmal zur Frage Compliance und die private Nutzung, insbesondere betrieblicher Kommunikationsanlagen. Genau das ist ein Problem, was wir sehen und was wir gerne lösen wollen. Aber für mich persönlich, ich bin jetzt noch nicht so richtig viel weiter, weil ich nicht weiß, ob alleine das Trennen von privater und dienstlicher Nutzung helfen würde, weil, dann haben wir irgendwann auch wieder das Problem, was mache ich eigentlich, wenn der Arbeitgeber um die Ecke biegt und sagt, ich will jetzt Mal gucken, ob das, was der als privat gespeichert hat, auch wirklich privat ist, zum Beispiel, das heißt, ob ich das Problem dieses TKG dann löse, das habe ich noch nicht wirklich für mich verstanden. Herr Prof. Wedde und Herr Prof. Thüsing, Sie haben sich dazu geäußert. Und meine Frage dazu ist auch, ob Sie, wenn man das aus dem TKG herauslöst, aus dem Anwendungsbereich, ob dann aus Ihrer Sicht ein Absinken des Schutzniveaus der privaten Telekommunikationsdaten damit einhergeht, was auch nicht unbedingt Sinn unserer Tätigkeit hier sein kann. Eine Frage habe ich noch an Herrn Jaspers, zur Datennutzung im Beschäftigungsverhältnis. Ob Sie das in § 32d Abs. 3 gewählte Verfahren, zunächst pseudonymisierte und anonymisierte Daten zu nutzen, und dann in einem zweiten Schritt im Verdachtsfall eine Repersonalisierung zuzulassen, ob Sie das für praktikabel halten und, ob hier nicht der Terminus Technikus Anonymisieren eigentlich unsachgemäß gewählt wird. Das sind jetzt erst einmal so meine Fragen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Dr. Kramer.

SV **Dr. Philipp Kramer** (Hamburger Datenschutzgesellschaft e. V.): Frau Piltz, vielen Dank für die Frage. Die Abgrenzung zu einem allgemeinen Datenschutzrecht ist aus folgendem Grund wichtig. Wir schaffen mit einem Beschäftigtendatenschutzrecht oder einem Abwägungsrecht im Arbeitsverhältnis für die Datenverarbeitung Spezialvorschriften. Diese Vorschriften enthalten nicht alle Sachverhalte, die bei einem Arbeitsverhältnis passieren können, sondern nur ganz bestimmte Sachverhalte, nämlich solche Sachverhalte, die insbesondere durch die Presse sehr öffentlichkeitswirksam das Licht der Welt erblickt haben und damit überhaupt erst thematisiert worden sind. Viele andere Tatbestände werden Sie nicht im Beschäftigtendatenschutzrecht abbilden können. Es gibt auch bei den Entwürfen aus den unterschiedlichen Fraktionen unterschiedliche Möglichkeiten damit umzugehen. Aber Sie müssen neben dem bereichsspezifischen Gesetz natürlich das allgemeine Datenschutzrecht als Auffangrecht haben, genau so, wie es im sozialdatenschutzrechtlichen Bereich ist, genau wie es bei dem technischen spezialdatenschutzrechtlichen Telemediengesetz ist. Und deswegen sollte dieser Aspekt, der eigentlich selbstverständlich ist, ins Gesetz kommen, denn schon in der jüngsten Vergangenheit hat sich gezeigt, dass einige Aufsichtsbehörden diese Änderungen dazu nutzen, möglicherweise alle datenschutzrechtlichen Fragen im Beschäftigungsverhältnis über §§ 32 ff zu beantworten. Und wenn es dann keine Antwort des Gesetzes gibt, dann gäbe es diese Datenverarbeitung nicht mehr. Ein Beispiel: Nehmen wir nur kostenlos oder unentgeltlich angebotene Gesundheitsmanagementsysteme, die der Arbeitgeber mit sponsert, wo sich der Betroffene selbst eintragen kann und die er nutzen kann. Selbst Geburtstagslisten –

man lacht ja darüber – sind Gegenstand von aufsichtsbehördlichen Stellungnahmen, wo wir uns dann wahrscheinlich später darüber streiten müssen, wird jetzt eigentlich für Zwecke des Arbeitsverhältnisses verarbeitet oder nicht. Ich hätte den Begriff gerne noch genauer definiert, aber das, was wir jetzt in diesem Entwurf der Koalitionsparteien, in diesem Entwurfspapier haben, ist schon wesentlich mehr, um deutlich zu machen, ja, es gibt das allgemeine Datenschutzrecht, wenn es eben nicht um Leistung und Gegenleistung im Beschäftigungsverhältnis geht. Wichtiger Aspekt natürlich auch schon – war mir gar nicht ausdrücklich bewusst – Herr Prof. Thüsing hatte im letzten Vortrag, letzten Mittwoch, glaube ich war es, darauf aufmerksam gemacht. Jetzt leihe ich diesen Gedanken mal, weil es wichtig ist. Die Frage, das Gesetz regelt natürlich mit seinen Spezialvorschriften auch Nichtdatenverarbeitung für Nichtbeschäftigungszwecke, wie zum Beispiel die private E-Mail-Nutzung. Das ist sicherlich auch sachgerecht und ich finde die Vorschrift im Sinne einer pragmatischen Regelung gut, aber muss dann natürlich auch sagen, nun da gibt es auch in diesem Beschäftigtendatenschutzrecht Regeln, die eigentlich im allgemeinen Datenschutzrecht geregelt sein müssten. Aber wir haben das jetzt irgendwie damit zusammengeregt. Ich habe da in meinem Papier einen Vorschlag gemacht, wie das aussehen könnte.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Frau Nielebock.

SV **Helga Nielebock** (Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin): Ja, Frau Piltz, es ist richtig, wir haben uns über den Gesetzentwurf und den auch teilweise Erfolg gegenüber der BMI-Vorlage im Kabinettsbeschluss tatsächlich unterhalten. Aber wir sind natürlich von einer Ausgangslage ausgegangen, in der wir in einem Grundrechtsschutzbereich eine gesetzlose Situation hatten, in der Betriebsvereinbarungen die einzige Möglichkeit waren neben einigen wenigen Tarifverträgen, und der Beschäftigtendatenschutz in Zusammenhang mit IUK-Techniken, die in den Betrieben liiert und gehandhabt wurden, eingeführt wurde. Das heißt die Lösungsregelungen sind an der Stelle tatsächlich entstanden, in einem Raum, in dem mehr oder weniger frei verhandelt wurde oder letztendlich die Einigungsstelle mit einem Vorsitzenden die Entscheidung getroffen hat, was sich dann auch nochmal in einem Ermessensspielraum zwar niederschlagen musste, aber doch sehr freihändig war. Und es ist auch kein Zufall, dass es relativ wenig Rechtsprechung in dem Bereich gibt. Es gibt einige BAG- und auch andere Entscheidungen, aber es ist jetzt nicht die Flut der Entscheidungen, die wir dort zu verzeichnen hatten in der Vergangenheit, weil natürlich im bestehenden Arbeitsverhältnis die Arbeitnehmer bekanntermaßen nicht klagen, das ist statistisch auch erwiesen, sondern erst dann, wenn sie ausgeschieden sind. Und es sind in der Regel dann die Masse der Verfahren mehr kündigungsschutzrechtliche Fragen oder Entgeltfragen. Das heißt dieses Thema wurde in der Vergangenheit ganz maßgeblich gestaltet durch die Betriebsräte, aber sie mussten, wie Herr Prof. Wedde auch deutlich gemacht hat, auch starke Kompromisse eingehen und in Verhandlungen versuchen, das herauszuholen, was möglich ist. Das heißt wir hatten einen a-typischen Bereich für die Frage des Arbeitnehmerdatenschutzes und es ist natürlich hohe Zeit, dass das geregelt wird, dafür haben wir uns auch immer eingesetzt. Der andere Aspekt ist

natürlich der, dass im Arbeitsrecht immer die Stufen- und die Normenhierarchie galt, das heißt, dass Unterste ist tatsächlich das Gesetz und damit sollen die Grundrechtsgarantien auch wirklich verwirklicht werden. Die Ausgestaltung und die Zugunstenregelung für Beschäftigte, das Übernehmen von Betriebsvereinbarungen, Dienstvereinbarungen oder Tarifverträge, das ist insofern klassisch. Deshalb ist es ganz pure – sage ich jetzt mal – Selbstverständlichkeit, dass das in diesem Paragraph so drinstehen muss, dass nur zu Gunsten der Beschäftigten abgewichen werden darf, weil es anders gar nicht geht. Und im Übrigen gehe ich auch davon aus, dass der Gesetzgeber den Grundrechtsschutz auch so, wie er ihn in diesem Gesetz formuliert hat, auch wenn ich damit in einigen Teilpunkten nicht einverstanden bin und ihn auch für zu gering halte, aber als das Minimum auch selbst ansieht und das würde ich dann allerdings auch nochmal im Einzelfall betrachtet für notwendig erachten. Ich habe im Gegenteil sogar auch in manchen Punkten die Befürchtung, weil zum Beispiel die offene Videoüberwachung sehr weit zugelassen ist, dass daraus sich ähnlich wie damals, als es darum ging, dass die Telefonnummern gespeichert werden durften und nur die letzten drei Stellen des angerufenen Teilnehmers weggeext wurden, dass es dann zu so einer ähnlichen Entwicklung kommt, dass der Arbeitgeber Betriebsvereinbarungen immer verlangt und sagt, das lässt das Gesetz zu, du musst das machen, Betriebsrat und dann läuft die Mitbestimmung an der Stelle leer. Diese Sorge habe ich bei diesen vielen offenen Tatbeständen, wo der Arbeitgeber Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit prüfen kann. Die habe ich da ganz definitiv. Und deshalb meine ich auch, dass unter dem Aspekt, dass wir hier Arbeitnehmerschutz geregelt haben wollen und Sie sich auch dafür angestrengt haben, bürgerrechtliche Absicherungen vorzunehmen und Bürgerrechte zu regulieren, dass die auch unverzichtbar sein müssen und deshalb auch nichtangreifbar durch nicht legitimierte – das möchte ich auch nochmal deutlich machen – auf gleicher Augenhöhe nicht verhandelnde Personen. Die Gleichheit im Arbeitsverhältnis ist unseres Erachtens nur durch die Tarifautonomie und durch die Tarifvertragsparteien gewährleistet. Sie ist nur im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes auf Grund gesetz- oder tariflicher Vorgaben geregelt. Von daher ist das meines Erachtens schon einmal ein ziemlicher Unterschied. Deshalb meine ich, dass ein Eingriff hier an der Stelle oder in irgendeiner Art und Weise durch Negativ- oder Positivlisten in die vollkommen falsche Richtung gehen. Und das gewünschte Ziel, was Sie verfolgen, was ich auch unterstütze, dass es das konterkariert. Und ich würde mich freuen, wenn es Ihnen gelingen würde, das zumindest zu halten, wenn das Gesetz überhaupt erscheint.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Wedde.

SV **Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Frau Piltz, die Frage, wenn ich sie richtig verstanden habe, ist dieser schmale Grad zwischen Privatnutzung und dienstlicher Nutzung. Einen Punkt muss man dazu erst einmal betonen: Es gibt tatsächlich drei Gruppen von E-Mails – „private“, „persönlich dienstliche“ und „rein dienstliche“. Man muss der privaten E-Mail-Nutzung, wenn sie denn erlaubt ist, den gleichen Schutzstandard zumessen wie der

„persönlich dienstlichen“ Nutzung. Ich habe das immer so Revue passieren lassen, während ich den anderen Rednerinnen und Rednern zugehört habe, was denn eigentlich so die Debatte war. Wenn man zehn Jahre zurückreist, stellt man fest, da ist gar nicht über Zugriffe auf E-Mails geredet worden, da war der Zeitfaktor das Limitierende in der Debatte. Es wurde von Arbeitgeber moniert, dass Arbeitnehmer zu viele private E-Mails schreiben würden. Die Debatte um inhaltliche Zugriffe auf E-Mails ist demgegenüber erst im Verlauf der letzten Jahre virulent geworden. Zum einen verbindet sich der gewollte Zugriff mit dem Stichwort „Sox Compliance“, das kam aus Amerika herüber geschwappt. Andererseits steht der gewollte Zugriff auf E-Mail-Inhalte jetzt in Verbindung mit „Compliance-Konzepten“. Es wird hierzu vorgetragen, dass Arbeitgeber nur „complied“ sind, wenn sie Inhalte von E-Mails kontrollieren können. Und das scheint mir so ein Problem zu sein: Um rechtskonform zu sein, muss man plötzlich neue Kontrollmaßnahmen durchführen, die in Rechte von Beschäftigten eingreifen.

Wo liegen denn nun aber die tatsächlichen Probleme mit privaten Zugriffen? Zum einen wird immer der Punkt „Notfälle“ genannt. Es ist jemand krank geworden und deshalb ist ein Zugriff auf E-Mails notwendig. Dieses Thema ist in der betrieblichen Praxis indes zumeist gelöst. Es gibt hierfür Konzepte, bei denen etwa Betriebsrat und Datenschutzbeauftragte in E-Mails schauen und vor der Übergabe dienstlicher Inhalte die persönlichen trennen. Die sind nach heutigem Recht auch, denke ich, schon im datenschutzrechtlichen Rahmen machbar und abbildbar. Da haben wir eigentlich kein Problem. Archivierung ist das nächste Problem. Viele Menschen führen ihre E-Mail-Accounts ein bisschen chaotisch. Da ist das Geschäftliche nicht vom Persönlichen getrennt. Und da will der Arbeitgeber dann archivieren. Da gibt es aber auch Regelungen, die sagen okay, dann machen wir einfach ein Beweisverwertungsverbot hinterher. Das ist jetzt ein bisschen schwieriger, weil der Zweite Senat vor gut zwei Jahren gesagt hat, es gibt kein Sachverhaltsverwertungsverbot im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Sprich, auch wenn in der Betriebsvereinbarung steht, es darf nicht verwertet werden, kann der Arbeitgeber es trotzdem im Kündigungsrechtsstreit vortragen. Das ist ein schwieriges Problem, weil seitdem Arbeitgeber wie Betriebsräte die wildesten Formulierungen finden, um ein Verwertungsverbot dann doch wieder einzuführen. Hier müsste ein Beschäftigtenschutzgesetz Klarheit für Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Betriebsräte schaffen. Die steuerliche Archivierung ist auch immer so ein Punkt, aber da funktioniert es genau so. Ein weiteres Beispiel für den unzulänglichen Schutzrahmen des Entwurfs habe ich vorhin schon einmal angesprochen, weil es mir gerade irgendwie auf dem Schreibtisch brennt. Es handelt sich um ein Disclosure-Verfahren, bei dem nach dem Recht von Großbritannien vom Arbeitgeber verlangt wird, den gesamten E-Mail-Verkehr der letzten zehn Jahre, soweit er noch da ist, vorzulegen. Also auch die E-Mails, die eigentlich durch Betriebsvereinbarungen gesperrt sind. Da wäre es wichtig, wenn man da einmal hinguckt, zu sagen, da bringt man auch hier in einem Beschäftigtendatenschutz eine klare Grenze dessen, was eine deutsche Prozesspartei vorlegen können muss.

Jetzt wollen Sie Lösungen haben, Frau Piltz. Eine meiner Lieblingslösungen kennen Sie vielleicht auch schon. Wenn man vermeiden will, dass persönliche und unzulässige

Privatnutzung erfolgt, kann man auf kluge Konzepte zurückgreifen, die nicht allein beim Arbeitgeber angesiedelt sind. Das Stichwort heißt „Auditierung und Zertifizierung“. Es geht darum, Verfahren zu entwickeln, die zunächst einmal allein mit anonymen Daten feststellen können, wie viel E-Mails an Kunden herausgehen und welche nicht. Wenn man die Nutzung entsprechender Verfahren mit dem Betriebsrat vereinbart und sagt, wir wägen dann ab, ob tatsächlich unzulässige Anteile von Privatnutzung erfolgen oder von Missbrauch, dann braucht man gar nicht in personenbezogene Daten Einblick nehmen. Dann bleibt immer noch das Problem, dass ein Mitarbeiter – Sie kennen sicher alle solche seltenen Einzelfälle, ich kenne sie auch – die Hälfte seiner Arbeitszeit damit verbringt, Power-Seller bei E-Bay zu sein. Ich glaube aber, dass das kein Beschäftigtendatenschutzproblem ist, sondern ein Managementproblem. Wenn ein Vorgesetzter das nicht merkt, dann sollte man nicht mit mehr Kontrollen kommen, sondern dann muss man einmal mit den Vorgesetzten reden. Sie hören raus, ich bin da sehr optimistisch, das zu lösen und lassen Sie mich damit abschließen. Gerade der Compliance-Bereich, da kribbelt es mir in den Fingern. Aber ich will da auch einmal ein positives Beispiel nennen: Die Bahn AG stand in der Vergangenheit im Mittelpunkt eines großen Datenschutzskandals. Dort hat man nun in einem mühseligen Prozess in harten Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eine Konzernbetriebsvereinbarung zum Beschäftigtendatenschutz geschaffen, die vorbildlich ist. Schauen Sie da einmal rein. Da ist eine Regelung drin, die nach heutigem Recht rechtskonform ist, die die Rechte des Arbeitgebers wahrt, wenn es tatsächlich Verdachtsmomente gibt, aber immer in einem austarierten Prozess, wo Betriebsräte gemeinsam am Tisch sitzen, wo Eskalationsinstanzen drin sind, wo man sehr schnell entscheiden kann, funktioniert nach heutigem Recht. Ich habe es gerade von Herrn Thüsing wieder gehört, auch wenn er es nicht ganz auf den Punkt gebracht hat letzte Woche Mittwoch, dass man gucken muss, ob die Bahn-Konzernbetriebsvereinbarung nach neuem Recht noch wirksam wäre, weil sie zu gut ist. Das muss man sich einmal angucken. Und ich meine, an so etwas sollte man sich vielleicht auch einmal für die Gesetzdebatte in dem Punkt ein Beispiel nehmen, wo Betriebsparteien viel Energie reingesteckt haben, was hinzukriegen, was nach geltendem Recht funktioniert. Ich weiß, so etwas kann man nicht eins zu eins umsetzen. Aber es gibt es schon. Deswegen bin ich immer so ein bisschen erregt, Sie sehen es mir nach, wenn diese Compliance-Debatte aufkommt und sagt, wir brauchen ein neues Gesetz. Wenn man es wirklich will, dann kann man es heute auch machen und zwar unter Wahrung der gegenseitigen Interessen.

Vors. **Wolfgang Bosbach:** Ein kurzer Hinweis von mir, bevor es dann mit Prof. Thüsing weitergeht. Man muss nur aufpassen, dass man nicht bei der Beschreibung der betrieblichen Wirklichkeit immer einen Dax-Konzern vor Augen hat, mit Rechtsabteilung, mit IT-Abteilung, mit Datenschutzbeauftragten. Was wir hier machen, gilt für Daimler Benz, wie für Irmi's Frisiersalon. Und deswegen müssen wir immer sehen, dass das der betrieblichen Wirklichkeit auch gerecht wird. Nein, aber vielleicht hat sie einen IT-Anschluss, das kann man ja nicht ausschließen. Herr Prof. Thüsing.

**SV Prof. Dr. Gregor Thüsing** (Universität Bonn): Was Irmi's Frisiersalon ist, ist in meinen Beispielen immer Schlimkes Frittenpalast, das trifft aber das Gleiche. Realistisch gesehen, wird sich ohnehin in Bereichen des Datenschutzes eine bestimmte Änderung von Verhalten nur dadurch einschleifen, dass die Großunternehmen vorangehen. Die haben die Kapazitäten dazu auch genau auszuloten, was rechtlich zulässig ist und was nicht. Ich will konkret auf die Frage von Frau Abg. Piltz antworten. Ziel sollte es der gesetzgeberischen Neuregelung sein, den Arbeitnehmern, dem Arbeitgeber zu ermöglichen, eine Privatnutzung von E-Mail und Internet zu erlauben, ohne das dadurch datenschutzrechtliche Eingrenzungen verbunden sind, dass man also als Arbeitgeber nicht das Gefühl hat, wenn ich weiterhin uneingeschränkt Zugriff auf dienstliche E-Mails haben will, geht das nur, wenn ich die Privatnutzung nicht erlaube oder ausdrücklich verbiete und dieses Verbot tatsächlich auch nachhalte. Das ist einfach keine gute Anreizstruktur. Wenn man jetzt also sagen würde, dass sich allein auf Grund der privaten Gewährung oder der Gewährung von privater Nutzung des Internets oder E-Mail oder sonstiger Telekommunikationsdienste nicht ins TKG falle, dann hängt die Frage davon ab, ob das eine Verschlechterung des Status quo ist. Wie man den bisherigen Status quo verstand, der wurde aber nicht einheitlich beurteilt. Es gibt keine höchstrichterliche Rechtsprechung, es gibt instanzgerichtliche Entscheidungen, die in die eine oder andere Richtung deuten. Es gibt, glaube ich, eine Position der Bundesregierung, in der Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates, wo sie sagt, wir gehen davon aus, dass der Arbeitgeber dann vom TKG erfasst ist. Das wäre insofern, das muss man dann offen sagen, eine Verschlechterung von Datenschutz, aber wieso? Weil man will, dass mehr Arbeitnehmern privat die E-Mail nutzen dürfen. Das schönste Recht nützt nicht, wenn es zur Last wird derer, die davon profitieren sollen. Und hier nochmal das Beispiel vorgebracht, das man trennen soll, das eine Erhebung privater E-Mails vielleicht zulässig sein soll, aber nur insoweit, als es dazu dient, festzustellen, ist das privat oder dienstlich und das eine Verwertung oder Nutzung von privaten E-Mails natürlich gänzlich ausgeschlossen sein muss. Es kann nicht sein, dass der Arbeitgeber private E-Mails auswertet, um da irgendwelche Hinweise zu bekommen im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis. Insofern glaube ich schon, dass da Möglichkeiten bestehen, sinnvolle Regelungen zu machen. Momentan ist tatsächlich die Situation, Unternehmen wissen nicht, wie sie sich verhalten sollen, haben Probleme damit, diese Sachen zu gestalten und das wird noch schwieriger, wenn man ihnen die Einwilligung, die Betriebsvereinbarung als rechtsartiges Element wegnimmt. Dann sind bestimmte Instrumente, deren man sich momentan notgedrungen behilft, weil man nichts anderes hat, weggefallen und dann wird es noch unattraktiver oder gefährlicher für den Arbeitgeber die Privatnutzung zu gestatten.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Jaspers.

**SV Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e. V., Bonn): Frau Piltz, Ihre Frage betraf die Thematik elektronischer Datenabgleichung, ob es hier normative Unklarheiten gibt. Ja, sie gibt es. Und zwar geht der Gesetzentwurf davon aus, dass man Daten sparsam zunächst einmal mit dem entsprechenden

Abgleich beginnt und deswegen werden die anonymisierten und pseudonymisierten Formen dann bevorzugt und erst anschließend soll dann eine re-anonyme oder ein Re-Personenbezug erfolgen, was natürlich nicht sein kann, wenn es sich dabei nur um anonymisierte Daten handelt, denn nur pseudonymisierte Daten kann ich letzten Endes zu einem Personenbezug durchführen. Wenn ich letzten Endes Daten nur anonymisiert vorliegen habe, habe ich zunächst einmal keinen Personenbezug, insofern ist das hier an dieser Stelle unscharf. Hier sollte der Gesetzgeber eigentlich versuchen, auch den normalen Prozess zu beschreiben, wie diese elektronischen Abgleiche erfolgen sollten. Hier gibt es auch entsprechende Ausarbeitungen, an denen auch die GDD mitgewirkt hat, dass zunächst anonymisierte Verfahren diejenigen sind, die bevorzugenswert sind, um eben zu gucken, ob es eben un plausible Konstellationen gibt, die entsprechende Bedeutung haben. Wenn ich also Inventurdifferenzen habe oder sonstige Auffälligkeiten ohne jeden Personenbezug und dann muss ich entscheiden, auch nach den Gesichtspunkten der Risikoorientierung, dass ich dann auch letzten Endes ggf. einen Personenbezug darstelle. Also insofern ein Gesichtspunkt, der Ihre Frage betraf. Ja, hier ist es, sagen wir mal, normativ unrund. Und zweitens, das war zwar nicht Ihre Frage, aber ich möchte das trotzdem mit einbringen. Vielleicht sollte man den Anwendungsbereich des § 32d doch insofern ein wenig orientieren, dass man hier versucht den Erforderlichkeitsgrundsatz auch zusätzlich aufzunehmen, dass man den elektronischen Abgleich von einer Risikoorientierung abhängig macht und eben nicht ganz frei, um entsprechenden Bedenken, die schon vorgetragen worden sind, dann entgegenzuwirken.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Das war die Beantwortung der Fragen von Frau Kollegin Piltz. Wir kommen jetzt zur Fraktion DIE LINKE. und das Wort hat der Kollege Korte.

BE **Jan Korte** (DIE LINKE.): Schönen Dank. Ich versuche mich kurz zu halten. Es ist, das vielleicht nochmal vorweg, nochmal notwendig, darauf hinzuweisen, dass natürlich das Gesetz insbesondere mit der Zunahme der prekären Beschäftigung eine enorme Aktualität gewonnen hat. Übrigens gerade dort, wo es keine Betriebsräte und keinen großen Organisationsgrad der Gewerkschaften gibt. Ich kann das insbesondere für meinen Wahlkreis in Ostdeutschland sagen, da gibt es in weiten Bereichen überhaupt gar keine gewerkschaftliche Vertretung mehr. Deswegen ist es hier eine Notwendigkeit das vorzunehmen. Erste konkrete Frage hätte ich an Herrn Hilbrans und Herrn Wedde. Die Kritiker aus den Reihen der Gewerkschaften und Datenschützer haben vor allem kritisiert, dass es hier nicht zu einer Beschränkung von Überwachungs- und Ausforschungsmaßnahmen kommt, sondern lediglich zu einer Legalisierung derselbigen. Das also mal übersetzt gesagt, dass was wir in den letzten Jahren an Skandalen hatten, die erfreulicherweise auch medial hochgespielt worden sind, legalisiert werden und damit gar keine Skandale mehr sind. Wenn dem so ist, dann würde mich von Herrn Wedde und von Herrn Hilbrans nochmal interessieren, ob sie vielleicht ein, zwei konkrete Beispiele nennen könnten, wo angenommen der Gesetzentwurf wird so verabschiedet, Sachen die bis dato als Skandal und als illegal gelten, legalisiert werden

würden. Das wäre die erste Frage. Die zweite Frage an Herrn Hilbrans nochmal ganz konkret zum § 32e, die Begrifflichkeit „schwerwiegende Pflichtverletzung“. Halten Sie das eigentlich für ausreichend bestimmt oder ist diese Formulierung nicht so schwammig, dass damit eigentlich Tür und Tor für Ausforschung und Überwachung geöffnet wird. Dritte und abschließende Frage nochmal an Frau Nielebock, Herrn Wedde und Herrn Hilbrans, mal die gesamte Kritik zusammengefasst, kann man davon ausgehen – das ist eben schon einmal angesprochen worden - , dass es vielleicht besser wäre und zwar im Sinne der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, dass im Moment der Status quo, wie es jetzt ist, erhalten bleibt und dass es schlechter wäre, wenn dieser Gesetzentwurf verabschiedet werden würde. Das meine konkrete zusammenfassende Nachfrage an die drei.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Hilbrans, bitte.

SV **Sönke Hilbrans** (Deutsche Vereinigung für Datenschutz, Bonn): Herzlichen Dank für das Wort, Herr Vorsitzender und auch für die Frage. Legalisierung von Überwachung durch den Entwurf der Bundesregierung, welcher Datenschutzskandal aus der Vergangenheit wäre Morgen vielleicht zulässig? Ich denke da in der Tat vor allem an Rasterfahndungen mit Kundendaten oder Vertragspartnerdaten, die erst aus Daten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zusammengeschaltet worden sind und aus denen sich dann ein Bild über Verhalten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ergeben hat. Solche Praktiken würden wohl mit dem Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen in Zukunft legal werden können. Das fände ich eine in der Tat nicht zu begrüßende Entwicklung. Herr Korte, Sie sprechen an: „schwerwiegende Pflichtverletzung“ mit der Frage, ob das eine hinreichend trennscharfe Voraussetzung für letztliche Grundrechtseingriffe durch Arbeitgeber ist. Und ich erwähnte in meinem Eingangsstatement, dass der Gesetzgeber das Unwort „Compliance“ wenigstens im Normtext nicht eingebracht hat, wobei Herrn Prof. Wedde Recht zu geben ist, dass es sich in der Begründung mehrfach findet. Das Unwort „Compliance“ möchte man aber vielleicht in der Auslegung der „schwerwiegenden Pflichtverletzung“ doch wiederfinden. Wir haben mit § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG der geltenden Fassung für Anwendungen – ich sage mal – der betrieblichen „Inneren Sicherheit“ eine Vorschrift, mit der man vernünftig leben und vernünftig umgehen kann. Wir haben auch mit der Anspielung auf Straftaten – gemeint ist wohl: zum Nachteil des Arbeitgebers – in der Entwurfsfassung von § 32e Abs. 1, einen Maßstab, den man meiner Auffassung nach nicht erweitern sollte, im Gegenteil. Straftatenverfolgung in der jetzigen Entwurfsfassung der Regierungsparteien bedeutet auch die Legalisierung von eingriffsintensiven Überwachungsmaßnahmen zur Ermöglichung der sogenannten Maultaschen-Kündigungen. Auch das Unterschlagen eines Pfandbons oder eben das Klauen einer Maultasche sind Straftaten, wenn auch vom Rechtsgüterschutzinteresse her von untergeordneter Bedeutung. Schauen Sie sich den Wert einer Maultasche an. Dass man sich da ernsthaft fragen muss, ob eingriffsintensive Maßnahmen, wie sie der § 32e in der Entwurfsfassung erlauben will, tatsächlich überhaupt angemessen sind. Wenn wir dann noch – da gebe ich auch Vorrednern Recht – einen sehr unbestimmten Begriff, wie den der „schwerwiegenden

Pflichtverletzung“, dazu fügen, dann kommen wir letztlich zu einem Entwurf, der nur noch scheinbar effektiv regulieren will. Ich halte deswegen dafür, auf Blankett-Formulierungen wie „schwerwiegende Pflichtverletzung“ zu verzichten und sich, und das spielt auf Ihre letzte Frage an, vielleicht noch mit dem gegenwärtigen Modell von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG in der geltenden Fassung zu bescheiden. Der Status quo ist nicht befriedigend, das kann man auch offen sagen. Das Bedürfnis nach einer Regulierung, einer effektiveren Normierung von Arbeitnehmerdatenschutz ist anzuerkennen. Der Gesetzentwurf, wie wir ihn vorliegen haben, untertrifft aber meiner Auffassung nach das, was wir als Bürgerinnen und Bürger, was Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Recht von einer effektiven, vom Gesetzgeber vorgenommenen Programmierung von Arbeitgeberdatenverarbeitung erwarten können. Der Status quo würde sich an vielen Stellen schon alleine dadurch erheblich verschlechtern, dass eingriffsintensive Maßnahmen nunmehr erstmalig quasi modellhaft für bestimmte Anwendungsfälle im Bundesdatenschutzgesetz auftauchen. Damit würde die Diskussion in einigen Punkten eher eröffnet, als dass sie sie, was der Gesetzgeber wünschen mag, beendet würde. Eingriffsintensive Maßnahmen so konkret zu regeln wie hier, würde erfordern, sie konkret auf Fälle einer Quasi-Notwehr-ähnlichen Konstellation zurückzuschneiden. Das tut der Gesetzentwurf aber nicht, das tut er nicht in § 32e Abs. 2 und schon gar nicht in § 32 Abs. 4, das passiert nicht bei der Videoüberwachung. Im Gegenteil, da werden die Schleusen geöffnet, auch weit über die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes hinaus. Das finden Sie auch nicht bei der Telekommunikationsüberwachung, die im Anwendungsfall heimlicher Telekommunikationsüberwachung bisher in der Rechtsprechung bis hoch zum Bundesverfassungsgericht eigentlich des Teufels ist. Und solche Dinge hier zu ermöglichen und als Innenausschuss ernsthaft über ihre Legalisierung zu reden, ist natürlich nicht verboten, aber der Status quo würde sich mit dem Entwurf der Bundesregierung doch erheblich verschlechtern.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Herr Prof. Wedde.

SV **Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Beispiele für Fälle, die nach neuem Recht möglich wären. Ich darf einmal aus einem Gutachten der Kollegin Marita Körner von der Bundeswehrhochschule in München zitieren, die als Schlussfolgerung gesagt hat: Der Bahnfall wäre nach ihrer Aussage nach der neuen Regelung in § 32d Abs. 3 zukünftig rechtskonform, wenn die Bahn vorher einfach nur zunächst anonymisiert abgeglichen hätte und dann konkretisiert. Das ist vielleicht so ein Beispiel, das ganz spannend ist. Ich habe eben mal überlegt: naja Kameraüberwachung. Wenn ich das nach dem neuen Recht machen würde unter dem Label Qualitätssicherung, ein Unternehmen, das sagt, ich habe einen Kunden, der hat einen „Nullfehlervertrag“ mit mir und ich muss dem nachweisen, dass ich wirklich „Nullfehler“ gemacht habe, werde ich in Zukunft alle meine Mitarbeiter filmen dürfen. Dies könnte unter dem Label „Qualitätssicherung“ möglich sein. Es würde hoffentlich korrigiert durch die Rechtsprechung des BAG zur flächendeckenden Kameraüberwachung und da ist wieder die Rechtsprechung gefragt. Das Googeln von

Mitarbeitern, also das Eingeben in Suchmaschinen, ist nach meiner bescheidenen Rechtsauffassung auch heute nicht unbedingt zulässig. Nach dem neuen Entwurf ist es ausdrücklich zulässig, ich muss dann nur in der Stellenanzeige sagen, „bei uns werden im Zusammenhang mit ihrer Bewertung auch Daten aus dem Internet erhoben“. Das Ganze könnte dann noch gekoppelt werden mit anderen Varianten. Und bei einem Punkt bin ich mir nicht ganz sicher, muss ich ehrlich sagen. Das, was im neuen § 32a Abs. 2, psychologische Tests, aufgenommen worden ist, wo drinsteht nach wissenschaftlichen Methoden, wo ich hier die ganze Zeit schon darüber nachdenke, da steht nämlich drin: Wenn das Menschen machen, die keinem Berufsgeheimnis unterliegen, also keine Psychologen, dann darf auch mehr mitgeteilt werden. Ich kann mir also, ich mache jetzt einmal ein Extrembeispiel, den kleinen Hobby-Psychologietest-Baukasten kaufen und kann dann, gerade im kleinen Betrieb, laienhaft daraus etwas ableiten und dem Arbeitgeber mitteilen. Das sind so Beispiele. Ich will es damit bewenden lassen. Ich will aber auch etwas Positives sagen. Unter dem Compliance-Aspekt werden Arbeitgeber in Zukunft, wenn das so Gesetz wird, nicht umhin kommen, auch die Notebooks ihrer Führungskräfte darauf zu scannen, ob nicht illegale Dateien drauf sind. Das ist vielleicht so ein positiver Aspekt, den man mal sehen muss. Herr Korte, jetzt hatten Sie mir zwei Fragen gestellt. Ich habe jetzt nur noch die eine im Kopf. Geben Sie mir ein Stichwort zur zweiten.

**BE Jan Korte (DIE LINKE.):** Nochmal die Frage nach dem Status quo, ob das nicht besser wäre.

**SV Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Die jetzige Regelung? Ja, ich frage mich das wirklich auch, weil eine ganze Reihe von den Themen, die wir hier haben, durch die Rechtsprechung gelöst sind. Nun ist Rechtsprechung etwas sehr Flexibles und Wandelbares. Ich will es also mal umdrehen. Ich halte diesen Gesetzentwurf, eindeutig nicht für eine Verbesserung der Datenschutzsituation von Beschäftigten. Er stellt im Gegenteil in vielen Punkten eine Verschlechterung für Beschäftigte dar. Man könnte sicher etwas aus dem Entwurf machen, aber den aktuellen Entwurf halte ich gegenüber dem Status quo derzeit für schlechter.

**Vors. Wolfgang Bosbach:** Frau Nielebock.

**SV Helga Nielebock** (Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin): Sie hatten mir auch die Frage gestellt, wie wir den Status quo einschätzen, ob der günstiger geregelt ist, wie die jetzt vorgeschlagene Neuregelung. Ich hatte schon eingangs gesagt, dass wir im Grunde jahrzehntelang versucht haben, diese Neuregelung zu erreichen und wir haben uns auch sehr engagiert im Zusammenhang mit dem Referentenentwurf und auch jetzt dem Kabinettsbeschluss, aber die Zeichen stehen auf eine andere Richtung. Und wir haben die einzelnen Fragen sehr intensiv diskutiert, auch mit unseren betrieblichen Praktikern und mit den Vertreterinnen und Vertretern aus den Mitgliedsgewerkschaften, und das Fazit hat der DGB-Bundesvorstand dann beschlossen und hat sich dem

angeschlossen, was die Fachebene gesagt hat, dass der jetzige Status quo wohl doch günstiger wäre für den Arbeitnehmerdatenschutz, als das, was hier vorgeschlagen bzw. insbesondere nach der Ausrichtung der Fragen im Arbeitspapier angedeutet wird, was hier möglicherweise noch anders geregelt wird, dass das dann kein Mehrwert wäre bzw. eine Verschlechterung. Und Mehrwert, den kann ich überhaupt nicht entdecken. Das hatte ich vorhin eingangs gesagt, die Frage nach der Schwerbehinderung ist jetzt eindeutig geklärt. Dies hängt eben auch damit zusammen, dass die Gesetzesvorlage ganz viele Fragestellungen ins Ermessen bzw. in die Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung des Arbeitgebers stellt und nicht abschließend selbst regelt. Das ist ein großes Problem und daneben eben die Weite, zum Beispiel bei der offenen Videoüberwachung, die natürlich für die Betriebs- und Personalräte auch ein Problem sein kann, weil die Frage der Mitbestimmung dann wohl im Betrieb gar nicht mehr so stark thematisiert wird, wie ich vorhin schon deutlich machte in dem Beispiel mit den Telefonnummern der Angewählten, sondern einfach das als Status quo und als gesetzt vom Gesetzgeber erlaubt und deshalb auch zu praktizierende Übung angesehen wird. Und dann geht es nur noch um die Frage, wie man das dann regelt. Und das ist natürlich ein Verlust, der dann eintritt. Mir ist es echt schwer gefallen, auch wenn Sie es vielleicht nicht nachvollziehen können, aber zu dieser Entscheidung hat sich der DGB-Bundesvorstand doch durchgerungen, weil wir hier Schaden abwenden wollen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Für die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Dr. Konstantin von Notz.

BE **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.): Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Meine Damen und Herren Sachverständige auch von meiner Fraktion herzlichen Dank für Ihre Stellungnahmen und die Mühen, uns hier heute mit Beratung in diesem schwierigen Bereich zur Seite zu stehen. Ich will drei kurze Themen anschnitten und dazu nachfragen. Zunächst zu einer Frage, die ich hier eben mit dem Kollegen Vogel nebenher schon miteinander bewegt habe, nämlich bei der Frage der verdeckten bzw. offenen Videoüberwachung. Ob es nicht so ist, wenn man die verdeckte Videoüberwachung bei sehr konkreten Straftatverdachten zulässt oder eben nach dem jetzt vorliegenden Gesetzentwurf nicht zulässt, ob das nicht zwangsläufig angesichts der Problemlagen, die wir in vielen Betrieben haben, dazu führt, dass faktisch die offene Videoüberwachung in sehr viele Bereiche der Betriebe ausgeweitet werden muss, einfach um den verschiedenen Problemen, Situationen begegnen zu können. Ob nicht das Verbot der verdeckten Videoüberwachung dazu führt, dass man flächendeckend offene Videoüberwachung macht, was eigentlich nicht Sinn und Zweck der Übung sein kann. Die Frage stelle ich an Herrn Prof. Hornung und Herrn Göhner. Das Zweite zu Facebook oder den sozialen Netzwerken, wenn Sie so wollen. Herr Prof. Wedde hat das eben angesprochen, auch die Frage eines Umkehrschlusses. Ist es nicht so, dass, wenn ich es zulasse, dass Betriebe Bewerberinnen und Bewerber in den sozialen Netzwerken überprüfen, das es geradezu Pflicht der Personalabteilung werden wird, auch im Hinblick auf eventuell sich später ergebende Pflichtverletzungen im Arbeitsverhältnis, das Verhalten in sozialen Netzwerken der Bewerberinnen und Bewerber-

ber abzufragen, um den Erkenntnisgewinn bezüglich des Kandidaten zu überprüfen, was sicherlich nicht gut sein kann, wenn das denn institutionalisiert ist und in dem innerbetrieblichen Verhältnis zwischen den Personalabteilungen dann dazu führt, dass zur Exkulpation, alles getan hat, um den Kandidaten zu prüfen, man eben auch sein Facebook-Profil gecheckt hat. Und die Frage würde ich gerne an Herrn Prof. Hornung, Herrn Prof. Wedde und Frau Nielebock stellen. Und zum Schluss, ganz kurz, zum Whistleblowing, weil das Whistleblowing auch ein Weg ist, auf dem innerbetriebliche Datenskandale überhaupt nach außen durchdringen. Jetzt hat der Gesetzentwurf dazu keinerlei Regelungen und die Frage: Sollte man nicht überlegen, wenn man sich an diesen Bereich jetzt hier herantraut, eben auch in Bezug auf Whistleblowing in diesen Zusammenhängen eine Regelung zu treffen, die dann letztlich darauf abzielt, dass eine Offenbarung von in diesem Bereich problematischen oder gesetzeswidrigen betrieblichen Abläufen nicht zwangsläufig eine arbeitsvertragsrechtliche Pflichtverletzung darstellt und dann zwingend zur Kündigung führt. Und da würde ich auch Herrn Prof. Hornung befragen und vielleicht Herrn Jaspers, wenn das geht. Herzlichen Dank.

**SV Prof. Dr. Gerrit Hornung** (Universität Passau): Vielen Dank für die Fragen. Zunächst zur offenen und verdeckten Videoüberwachung. Ich habe in meiner Stellungnahme schon ausgeführt, dass der komplette Ausschluss der verdeckten Videoüberwachung tatsächlich in der Praxis zu Problemen führen wird. Die Frage ist, wie man dann damit in der betrieblichen Praxis umgeht. Es ist schon so, wenn wir offene Videoüberwachung zulassen, wenn sie ganz global erforderlich ist, u. a. zur Kriminalitätsbekämpfung, und wir nehmen dann den Arbeitgebern ein Instrument aus der Hand, wie man an dieser Stelle alternativ vorgehen kann, wirkt sich das auf die Erforderlichkeit einer offenen Videoüberwachung aus, das ist so. Jetzt würde es aus meiner Sicht allerdings nicht dazu führen, dass jetzt in all den Fällen, wo bisher in Einzelfällen punktuell eine verdeckte Videoüberwachung zulässig war, wir nunmehr ubiquitär anlasslos offene Videoüberwachung machen dürfen. Trotzdem ist das Risiko aus meiner Sicht nicht von der Hand zu weisen. Es ist hier auch schon angesprochen worden: die Gefahr, dass man möglicherweise dann auf Alternativmaßnahmen, wie zum Beispiel verdeckte Ermittler, Privatdetektive und anderes mehr zurückgreift. Wenn man das will, wenn man hier verdeckte Ermittlung ausschließen will, dann muss man sich tatsächlich Gedanken darüber machen, ob man dann nicht solche, ich nenne es jetzt mal Umgehungsmaßnahmen, möglicherweise auch für unzulässig erklärt. Wenn man das nicht will, muss man hier über eine Öffnung nachdenken, die dann allerdings meiner Ansicht nach so aussehen sollte, dass wir da auch tatsächlich eine relativ hohe Anlass- und Eingriffsschwelle vorsehen, etwa hier auf die Pflichtverletzung verzichten und einen konkreten Anhaltspunkt für einen Straftatverdacht vornehmen. Unter den Voraussetzungen, denke ich, kann man das zulassen. Zu der Frage der sozialen Netzwerke möchte ich zwei Sätze sagen, weil das bisher nur so am Rande diskutiert worden ist. Der Entwurf verbietet den Zugriff auf soziale Netzwerke, wenn diese privater Natur sind. Und das ist aus meiner Sicht deswegen problematisch, weil, so wie ich die Entwicklung sehe, die Abgrenzung zwischen dem, was private soziale Netzwerke und

was berufliche soziale Netzwerke sind, zunehmend verwischen wird. Das liegt daran, dass jeder junge Mensch heutzutage konkret typischerweise einen Facebook-Account hat und wenn der dann anfängt ins Berufsleben einzutreten, natürlich die Netzwerke, die er hat, nicht komplett doppelten und in ein weiteres soziales Netzwerk übertragen wird. Das ist einfach unrealistisch, sondern man wird diese Netzwerkkontakte weiter benutzen, auch für betriebliche Umfelder, das ist einfach so, denke ich. Man kann deswegen natürlich darüber nachdenken, ein anderes Kriterium zu nehmen, etwa das der freiwilligen Öffentlichmachung von Daten, aber auch das ist nicht viel griffiger. Aus meiner Sicht hat die Norm zwei Probleme. Das eine ist die Frage der Kontrollierbarkeit. Ich sehe nicht, wie man in der betrieblichen Praxis konkret kontrollieren soll, ob jemand auf im Internet verfügbare Daten zugegriffen hat. Es sei denn, wir diskutieren die Rechtsfolgen auf der Beweisverwertungsebene. Natürlich kann man sich da dann Gedanken darum machen, ob man die Informationen, die man so erkannt hat, verwerten darf. Das zweite Problem ist aus meiner Sicht, dass man mit diesem Entwurf oder mit diesen vorgeschlagenen Regelungen ein falsches Signal aussendet, nämlich das Signal, es ist unzulässig, eure Facebook-Daten im Bewerbungsverfahren zu verwenden und der Gesetzentwurf verhindert es auch, denn das wird zunehmend nicht der Fall sein. Konkretes Beispiel: Ich hatte mit einer Gruppe von Studenten zu tun, jetzt letzte Woche. Die eine ist engagiert in einer internationalen Studentenorganisation „ELSA“, war auf einer Veranstaltung in Florenz und erzählte wie sie zurückkam, dass sie dort über 90 neue Freunde an einem einzigen Wochenende gesammelt hat. Die Vorstellung also, man könne in diesen Netzwerken Informationen über sich preisgeben und sie seien hinterher nicht auch weiteren Kreisen verfügbar, ist aus meiner Sicht perspektivisch die falsche Diskussion. An der Stelle kommen wir so nicht weiter. Der dritte Punkt Ihrer Frage war die Frage der Whistleblowing-Regelung. Ich hatte schon gesagt, dass der Regierungsentwurf an dieser Stelle eine Einschränkung der Möglichkeiten für Beschäftigte enthält, sich über die Verletzung von Vorschriften hinsichtlich ihrer eigenen Daten an die Aufsichtsbehörde zu wenden. Die Regelung sollte gestrichen werden. Was man umgekehrt hinzufügen sollte, sind tatsächlich Regelungen, die die anonyme Beschwerdemöglichkeit nicht nur bezogen auf Beschäftigtendaten, sondern auch auf den Umgang mit anderen Daten, Kundendaten und anderes mehr, regelt. Dafür sprechen zum einen inhaltliche Argumente zum anderen aber auch US-amerikanische Vorgaben, die das teilweise sowieso vorsehen für internationale Konzerne und auch eine Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe, die unlängst festgestellt hat, dass solche Verfahren und solche Stellen schon im Betrieb mit der gegenwärtigen Datenschutzrichtlinie vereinbar sind.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Herr Dr. Göhner.

SV **Dr. Reinhard Göhner** (Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Berlin): Herr von Notz, es ist zu befürchten, dass diese Regelungen tatsächlich zu mehr offener Videoüberwachung, und – Herr Dr. Hornung hat es angedeutet – auch zu anderen Mitteln der Aufklärung betrieblicher Art führen würde. Ein Textilhersteller aus Herford hat mich neulich aus Anlass der Diskussion über den Arbeitnehmerdatenschutz

empört angesprochen und mir den Fall berichtet, dass ihn in seinem Betrieb nach vorherigem anonymen Hinweis von einem anderen Arbeitnehmer über den Betriebsrat die Mitteilung erreicht hatte, dass im Lager in beträchtlichem Maße Ware entfernt werde. Daraufhin hat er verdeckte Videoüberwachung eingesetzt und der Täter wurde ermittelt. Im Zuge dessen haben sie festgestellt, dass bei der Arbeitnehmerin sämtliche Waren zu Hause waren, die damit nichts anfangen konnte. Die Frau war nur krank. Sie haben die Arbeitnehmerin in eine Therapie überführt und damit war dann die Sache erledigt. Wenn das nicht mehr möglich ist, was soll der Arbeitgeber denn dann machen? Eine laufende offene Videoüberwachung oder in einem solchen Fall einen Detektiv vorübergehend als Lagerarbeiter einsetzen? Die Abwägung, was unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes ein geringerer Eingriff ist, sollte man nochmal vornehmen, vor allem aber diese praktischen Auswirkungen bedenken. Die Vorstellung, der Arbeitgeber hört von einem solchen Hinweis und sagt dann der Polizei Bescheid, ist praxisfern; denn er sagt sich, der Polizist findet das gar nicht heraus. Was soll er machen? Soll er sie befragen? Er hat auch keine Möglichkeit eine andere Ermittlung vorzunehmen. Deshalb glaube ich, dass es auch unter dem Gesichtspunkt einer vorbeugenden Wirkung sinnvoll ist, diese Möglichkeiten beschränkt auf einen konkreten Tatverdacht auch in Zukunft zuzulassen. Ich glaube, das wäre der geringere Eingriff.

**SV Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Ich würde meine Antwort auf Ihre Frage mal mit einem flapsigen Satz einleiten, wo auch noch ein Defizit im Gesetzgebungsverfahren aufkommt, also im Umgang mit neuen Medien. Ich lebe auch im 21. Jahrhundert und bin da sehr aktiv mit IT-Anwendungen unterwegs. Aber ein Problem, das sich derzeit gerade abzeichnet, lässt sich in einem Satz fassen. Was ist, wenn mein Chef, wenn ich einen privaten Facebook-Account habe, mein Freund werden will und ich will das nicht? Was mache ich dann? Da bin ich dann froh, wenn es bei der Einwilligung so bliebe, dass es ausgeschlossen ist. Ein Thema, das wirklich massiv virulent werden wird, dass man einfach Privat- und Berufsleben entgrenzt. Die Frage der Ermittlung, die Sie gestellt haben, bezüglich der öffentlich zugänglichen Daten im Internet: Ich fass das jetzt mal unter das „Googlen“, es weiß jeder, was gemeint ist. Nach heutigem Recht bin ich – und das ist meine bescheidene Rechtsauffassung – der Meinung, wenn Personalabteilungen das machen, beispielsweise beim Bewerbungsverfahren, dann müssten sie eigentlich hinterher nach § 33 Bundesdatenschutzgesetz die Beschäftigten informieren, dass sie Daten erhoben haben. Ich wäre der Meinung, wenn man Beschäftigte schützen will, weil man das nicht verhindern wird, dass solche Daten erhoben werden, sollte man das ins Gesetz reinschreiben. Herr Thüsing guckt schon, das steht nicht so eindeutig drin und man kann es heraus argumentieren. Man sollte es in das Gesetz deutlich reinschreiben und ganz einfach machen. Und sagen, okay, wenn Personalabteilungen das nutzen, sind sie gesetzlich verpflichtet, eine kleine Protokolldatei mitlaufen zu lassen, die Suchworte bekannt zu geben. Wenn die wirklich nur schlicht sachbezogen sind, wird es kein Problem geben, aber wehe dem Arbeitgeber – muss man ehrlich sagen – der beim Googlen sich interessiert durchklickt und entdeckt, dass ich beispielsweise dem Vorstand einer Kirchengemeinde angehöre oder im Bundes-

vorstand Schwuler Führungskräfte aktiv bin und mich dann nicht einstellt. Dann hat er sofort ein Problem mit dem AGG, weil ich klagen werde. Aber da muss man dann sagen, wenn man Beschäftigte schützen will, wenn man akzeptiert, dass es diese neuen Medien gibt, muss man da eine klare Schutzvorkehrung einbauen. Es gibt auch hier wieder Unternehmen in Deutschland, die im Rahmen einer Selbstverpflichtung gesagt haben, „wir machen das nicht“. Wenn ein Arbeitgeber dennoch Bewerber googlen will, muss er sich der Vorgabe unterwerfen, dieses Vorgehen transparent zu machen und es für den Bewerber zu dokumentieren. Technisch ist dies überhaupt kein Problem. Da schreibt jeder Informatikstudent ihnen sofort eine „App“ oder ein vergleichbares Programm für den PC, mit dessen Hilfe Suchvorgänge aufgezeichnet und an Bewerber übermittelt werden können. Dann hätte man klare Waffengleichheit bezüglich der Informationen. Der Bewerber könnte sehen, was Arbeitgeber sich angeschaut haben und ob sie sich strikt daran gehalten haben, nur berufsorientierte Dinge anzuschauen. Sobald Arbeitgeber von diesem „Pfad der elektronischen Tugend“ abweichen, hätten sie möglicherweise ein rechtliches Problem. Ein solches „Transparenz-Konzept“ wäre für mich im Sinne eines echten „Beschäftigtendatenschutzes“ wahrscheinlich der einzig vernünftige Lösungsansatz.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Direkt dazu, sonst haben wir noch zwei...

BE **Dr. Konstantin von Notz** (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN): Also mal ganz konkret auch bezüglich dieses anderen Mechanismus, jetzt für die normale Arbeitswelt gilt das wahrscheinlich nicht, aber sagen wir mal für sensible Bereiche, dass aus dieser Möglichkeit innerbetrieblich die Pflicht entsteht, das zu tun, sagen wir mal für sensible Bankjobs, dass praktisch Leute im Netz auf jeden Fall gegengecheckt werden müssen, damit man nachher sagen kann, Leute, das, was da jetzt schiefgelaufen ist, konnten wir im Vorfeld nicht erkennen, weil wir den gegoogelt haben und da hat sich für uns nichts Böses ergeben. Besteht diese Gefahr?

SV **Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Wenn der Gesetzgeber das will, muss er das nach meiner Meinung in den entsprechenden Spezialgesetzen festschreiben. Es gibt so etwas im Bereich des Onlinebankings, da ist es sogar gesetzlich festgeschrieben, dass die Telefongespräche aufgezeichnet werden. Dann soll der Gesetzgeber – und Sie sind der Gesetzgeber – in dem Fall wirklich festschreiben, wo solches Verfahren vorgeschrieben wird, aber das muss dann auch rechtsstaatlich ablaufen. Auch dann dürfte es nicht so sein: Ich darf nicht alles angucken, sondern nur innerhalb bestimmter vorgegebener „Fahrbahnbegrenzungen“ bzw. „Wegemarkierungen“. Was man mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte nicht kann, ist das Googlen von Bewerbern und Beschäftigten umfassend zuzulassen. Das würde ich für unzulässig halten. Das sollte man durch das neue Gesetz klar ausschließen.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Was meinten Sie jetzt mit Onlinebanking? Oder meinen Sie Wertpapierhandel, Anlageberater?

**SV Prof. Dr. Peter Wedde** (Europäische Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt am Main): Ja, Herr Bosbach, ich bin da immer ein wenig flapsig. Ich meine im Wertpapierhandel, da ist es so, dass es auch im Gesetz steht, dass die Telefongespräche aufgezeichnet werden, die man als Kunde mit den Händlern online führt. Wenn das im Gesetz steht, ist es auch rechtsstaatlich kontrollierbar.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Frau Nielebock.

**SV Martina Perreng** (Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin): Wenn es Ihnen Recht ist, würde ich diese Frage beantworten. In der Tat ist es nicht auszuschließen, dass eine Art Lawine losgetreten wird. Dann könnte die Erlaubnis zu einer Pflicht werden, jeden neuen Mitarbeiter zu „googeln“. Das, was Herr Prof. Wedde gesagt hat, zur Information darüber, was in Erfahrung gebracht wurde, unterstützen wir ausdrücklich. Denn es ist nicht auszuschließen, dass auch Informationen im Netz stehen, von denen der Betroffene gar nichts weiß und die auch nie auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft worden sind. Es können Bilder eingestellt werden, die manipuliert wurden und die mit den tatsächlichen Verhältnissen überhaupt nichts zu tun haben. Und die Diskussion darüber, ob das erlaubt sein oder eher eingeschränkt werden soll, oder ob man es ganz öffnen soll, weil es dann sowieso im Zweifel jeder heimlich macht, zeigt eigentlich auch wieder die gesamte Problematik, in der wir uns hier befinden. Im Grunde genommen geht es doch darum, dass ein Arbeitgeber feststellen will, ob ein Mensch für eine bestimmte Position geeignet ist und ob er seine Arbeit gut machen kann. Ich zweifle ernsthaft daran, ob irgendwelche Informationen, die auf Facebook eingestellt worden sind, einen vernünftigen Arbeitgeber tatsächlich befähigen, eine solche Entscheidung zu treffen. Wenn das so wäre, würde sich mein Bild von Arbeitgebern doch drastisch verschlechtern. Ich traue einfach Arbeitgebern zu, dass sie sich auf der Grundlage von Zeugnissen und Abschlüssen fachlicher Art, die sie gemacht haben und auf der Grundlage eines persönlichen Eindrucks und einer Probezeit von sechs Monaten sehr wohl einen Eindruck von einem Menschen machen können. Und deswegen finde ich es einen sehr positiven Ansatz, dass beispielsweise die Deutsche Bahn AG in ihrer Vereinbarung zum Datenschutz dieses Googeln und dieses Nachforschen in Netzwerken schlicht ausgeschlossen hat, weil die Betriebsparteien der Auffassung sind, dass man so nicht mit den Mitarbeitern umgehen darf. Wir brauchen nicht jede verfügbare Information über Menschen, die irgendwo auf dieser Welt umherschwirrt, um darauf unsere Entscheidung zur Einstellung eines Menschen zu stützen. Es wäre für meine Begriffe deshalb auch eine klare Wertung des Gesetzgebers zu sagen, dass nicht alle Möglichkeiten der Informationsbeschaffung, die vorhanden sind, auch nutzbar sein müssen. Da ich jetzt schon mal das Wort habe, würde ich auch gern noch einen Satz zur verdeckten und offenen Videoüberwachung sagen. Die Diskussion wird immer so geführt, als wenn es jetzt so wäre, dass man vorher eine Videoüberwachung hatte, wo keiner was davon wusste und jetzt haben wir eine Videoüberwachung, wo jeder weiß, wo die Aufnahmegерäte hängen, wann sie eingeschaltet werden, wie lange sie laufen und was sie abbilden. Das ist aber nicht so, sondern es ist nur die heimliche

Videoüberwachung verboten. Die verdeckte Videoüberwachung, wo keiner weiß, wo die Aufnahmegeräte hängen und wie lange sie laufen, ist erlaubt. Die ist nicht ausgeschlossen durch diesen Gesetzesentwurf und die entspricht auch nicht, da bin ich anderer Meinung als Herr Prof. Thüsing, dem, was das BAG zu dieser verdeckten Videoüberwachung gesagt hat, also nicht zur heimlichen, sondern zur verdeckten. Denn eine Abgrenzung zwischen diesen beiden hat das BAG kaum vorgenommen, sondern auch bei der verdeckten Videoüberwachung hat das BAG vorgeschrieben, dass auf gar keinen Fall ein Überwachungsdruck für den Einzelnen entstehen darf. Davon ist aber im Gesetz nichts zu finden, sondern da steht drin: Zur Qualitätskontrolle darf verdeckte Videoüberwachung durchgeführt werden. Und das erzeugt Überwachungsdruck.

**SV Andreas Jaspers** (Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD) e. V., Bonn): Ihre Frage richtete sich auf das Thema Zulässigkeit des Whistleblowings auf Grundlage des Regierungsentwurfs. In der Tat ist das Thema Whistleblowing eine Problematik. Herr Prof. Hornung hat es auch schon angedeutet. Es wird vielfach durch entsprechende Sarbanes-Oxley-Regelungen aus Amerika aufoktroziert. Zu dem Thema Whistleblowing hat schon die Artikel-29-Gruppe Stellung genommen. Zum Thema Whistleblowing gibt es ein entsprechendes Positionspapier der Beauftragten des Bundes und der Länder, die sagen, Whistleblowing ist unter gewissen ganz engen Zulässigkeitsvoraussetzungen weiterhin möglich. Das bildet auch der Gesetzesentwurf ab, in dem er sehr strenge Regelungen dafür generiert, nämlich für eine Datenerhebung ohne Kenntnis des Betroffenen. Er stellt ab auf Straftaten und schwerwiegende Pflichtverletzungen mit fristloser Kündigungsmöglichkeit. Nach bestehender Rechtslage bin ich als Arbeitnehmer auf Grundlage meiner entsprechenden Treuepflicht sowieso schon, wenn ich sehe, dass mein Arbeitskollege Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen begeht, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen, anzeigepflichtig. Der Gesetzgeber hat das jetzt konkret ausgestaltet, indem er den Anwendungsbereich von Whistleblowing-Verfahren nur auf diese Fälle begrenzt, Dokumentationspflichten regelt und eben wohl jetzt auch sagt, dass hier anschließend eine entsprechende Unterrichtungspflicht besteht. Insofern wird auch das abgebildet, was europarechtlich von der Artikel-29-Gruppe, gesagt worden ist und von dem entsprechenden Papier des Bundes und der Länder. Insofern sehe ich hier kein Abweichen von der bestehenden Rechtslage, sondern da entstehen Konkretisierungen und könnte mit der Regelung leben.

Vors. **Wolfgang Bosbach**: Vielen Dank. Meine Damen und Herren, mir liegen keine weiteren Wortmeldungen mehr vor. Wir haben auch fast genau 16 Uhr. Dann darf ich mich sehr herzlich bei den Damen und Herren Sachverständigen, bei den Kolleginnen und Kollegen und bei den Besucherinnen und Besuchern bedanken und wünsche noch einen schönen Abend und kommen Sie alle heil nach Hause.

Ende der Anhörung: 15:59 Uhr