

Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des
Beschäftigtendatenschutzes vom 24.08.2010 (BR-Drucks. 535/10)

erarbeitet durch den
Ausschuss Arbeitsrecht
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder des AS Arbeitsrecht:

- RA Dr. Ulrich **Tschöpe**, Gütersloh (Vorsitzender Ausschuss Arbeitsrecht)
RA Dr. Ulrich **Boudon**, Köln
RA Dr. Hermann Heinrich **Haas**, Hamburg (Berichterstatter)
RA Dr. Georg **Jaeger**, Mannheim
RAin Angela **Leschnig**, Würzburg
RA Igor **Münter**, Leipzig
RA Dr. Peter **Rambach**, Freiburg
RAuN Dr. Werner **Schmalenberg**, Bremen
RA Prof. Dr. Robert **von Steinau-Steinrück**, Berlin (Berichterstatter)
RA Dr. Dieter **Straub**, München
RA Dr. Thomas **Weckbach**, Augsburg
- RAin Anna **Prentki**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium des Innern
Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Ausschuss Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
Fraktionen der im Bundestag vertretenen Parteien
Bundesrat
DGB-Bundesvorstand
Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein
Bundesarbeitsgericht
Landesarbeitsgerichte
ver.di Bundesverwaltung
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
Zeitschrift Recht der Arbeit (RdA)
Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
Redaktion Anwaltsblatt
Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW)
Redaktion Juristenzeitung (JZ)
Redaktion Monatszeitschrift für Deutsches Recht (MDR)
Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis (ZAP)
Computer und Recht
Handelsblatt
Süddeutsche Zeitung
Financial Times

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 153.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

Die Stellungnahme analysiert den Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes mit dem Stand vom 25.08.2010. Es werden u. a. folgende wesentliche Kritikpunkte herausgearbeitet:

- Aufgrund einer umfangreichen Verweisungstechnik ist das Ziel, die Lesbarkeit und Verständlichkeit der gesetzlichen Regelung zu erhöhen, nur bedingt erreicht worden.
- Die zahlreichen, aber nicht wortgleichen Umschreibungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werfen vermeidbare Fragen für den Rechtsanwender auf.
- Es wäre eine klarere Abgrenzung der Anwendungsbereiche der §§ 32 ff. BDSG-E und des § 28 BDSG wünschenswert. Es wird weiterhin diskutiert werden, ob § 32 BDSG-E weit ausgelegt wird oder hilfsweise auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG zurückgegriffen werden muss, um die Vielgestaltigkeit der sehr umfangreichen Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Arbeitsverhältnis und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zutreffend bewerten zu können.
- Zwar wird klargestellt, dass Dienst- und Betriebsvereinbarungen Rechtsvorschriften im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG sind. Dies können die Rechtsanwender jedoch nicht mehr für sich nutzbar machen, weil Vereinbarungen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten über die Regelungen des BDSG hinaus nicht mehr möglich sind. Den Betriebspartnern wird damit z. B. die Möglichkeit genommen, dort, wo Interessenabwägungen nicht eindeutig prognostizierbar sind, Rechtsklarheit zu schaffen. In der Praxis bedeutsam waren Betriebsvereinbarungen z. B. bei der Regelung der privaten E-Mail- und Internetnutzung. Dort waren sie – ggf. in Zusammenhang mit durch die Betriebsvereinbarung vorgegebenen Einwilligungstexten – ein Weg, die Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu erhöhen.
- Zu kritisieren ist, dass den Arbeitnehmern die Möglichkeit genommen wird, in eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten einzuwilligen. Dies schränkt ihre Handlungsfreiheit unverhältnismäßig ein. Deshalb bestehen auch an der Vereinbarkeit des § 32 Abs. 1 BDSG-E mit der Europäischen Datenschutzrichtlinie EG 95/46 Bedenken, da nach dieser Richtlinie jeder Mensch über die Verwendung seiner Daten eigenverantwortlich bestimmen können und dürfen muss. Dieses Recht wird dem Arbeitnehmer im BDSG-E genommen. Damit würde dem Arbeitgeber z. B. auch ein Mittel genommen, die gestattete private E-Mail-Nutzung ohne Verletzung des Fernmeldegeheimnisses in die betrieblichen Abläufe, welche Spamfilter und Weiterleitungen im Vertretungsfall einschließen, zu integrieren. Dies dürfte dazu führen, dass künftig zunehmend die private E-Mailnutzung am Arbeitsplatz von den Arbeitgebern verwehrt werden wird.

I. Ziel und Zielerreichung

1. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (BDSG-E) sollen im Rahmen des Bundesdatenschutzgesetzes umfassende gesetzliche Regelungen für den Arbeitnehmerdatenschutz verwirklicht werden. Es war als Mangel empfunden worden, dass bislang nur wenige spezifische gesetzliche Vorschriften zum Schutz von personenbezogenen Daten der Beschäftigten bestehen und Rechtsanwender sich die Rechtslage aus verschiedenen allgemeinen Gesetzen sowie einer Vielzahl gerichtlicher Einzelfallentscheidungen erschließen müssen. Durch klare gesetzliche Regelungen soll deshalb die Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Beschäftigte erhöht werden. Das Gesetz dient dem Ziel, die Beschäftigten vor der unrechtmäßigen Erhebung und Verwendung ihrer personenbezogenen Daten zu schützen und gleichzeitig das Informationsinteresse des Arbeitgebers zu wahren, um ein vertrauensvolles Arbeitsklima zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten am Arbeitsplatz zu unterstützen.
2. Am 01.09.2009 war mit § 32 BDSG erstmalig eine spezielle Regelung für den Beschäftigtendatenschutz in Kraft getreten. § 32 BDSG sollte nach der Gesetzesbegründung die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern, sondern lediglich zusammenfassen (Bundestagsdrucksache 16/13657 vom 01.07.2009 II. 1. zu Art. 1 Nr. 12). Die nur vier Sätze umfassende Regelung warf jedoch in der Praxis mehr Fragen auf, als sie beantwortete. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Rechtslage im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes konkreter geregelt wird.

Die Verteilung der insoweit bestehenden Regelungen in unterschiedliche Gesetze wird zwar im Gesetzesentwurf („BDSG-E“) als Problem benannt, jedoch nicht beseitigt. Die neuen Bestimmungen des BDSG fassen nicht Regeln anderer Gesetze zusammen, wie es in einem eigenständigen Arbeitnehmerdatenschutzgesetz zu erwarten gewesen wäre. Sie ergänzen die bestehende Regelungsvielfalt. Spezielle Rechtsgrundlagen und Datenschutzregelungen finden sich nach wie vor zum Beispiel im Betriebsverfassungsrecht, im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht sowie im Telekommunikations- und Telemediengesetz.

Die Regelungen des vorliegenden Entwurfs beschränken sich im Übrigen nicht auf die Zusammenfassung der Rechtsprechung. Sie findet sich zwar zum Teil in ihm wieder, der Entwurf ändert aber auch die bestehende Rechtslage z. B. durch das Verbot von Videoaufnahmen ohne Kenntnis des Betroffenen oder durch die Regelung zur Erhebung von Daten in sozialen Netzwerken.

Die speziellen Regelungen erlauben zwar in Einzelfällen eine zielgerichtete Prüfung der sich in der Praxis stellenden Rechtsfragen, durch eine komplexe Verweisungstechnik einerseits und Wiederholungen andererseits ist das Ziel einer klaren gesetzlichen Regelung jedoch nur zum Teil erreicht worden.

II. Allgemeine Anmerkungen

1. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

a. Grundsätzliche Bedeutung und allgemeine Regelung

Im Datenschutzrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stets präsent. Dies hat zwei Ursachen.

Zum einen folgt dies aus der engen Nähe des Datenschutzes zu den Grundrechten. Ist der Arbeitgeber eine natürliche Person, stehen sich im Beschäftigungsverhältnis Träger von Grundrechten gegenüber. Jede Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten beeinträchtigt das Recht des Beschäftigten auf informationelle Selbstbestimmung als einen Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Sind Arbeitgeber natürliche Personen, können im Rahmen der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses die Grundrechte aus Art. 2, 12 und 14 GG beeinträchtigt werden. Sind Arbeitgeber juristische Personen, sind entsprechende, inhaltlich vergleichbare Rechte mit der Rechtsposition des Beschäftigten in Einklang zu bringen. Die Suche nach dem gerechten Ausgleich nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz erfordert stets eine Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Der zweite Grund, aus dem im Datenschutzrecht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, liegt in der Weite des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung. Jede menschliche Kommunikation und Zusammenarbeit führt permanent zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten. Man könnte formulieren, dass das menschliche Miteinander geradezu aus der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten besteht. Da aber jeder Mensch „Herr/in seiner Daten“ sein soll, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung permanenten Beeinträchtigungen ausgesetzt, die es unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen gilt.

Es ist somit zu begrüßen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in vielen Stellen des Entwurfs betont wird. Dies führt jedoch zu vermeidbaren Wiederholungen. Eine vor die Klammer gezogene Regelung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wäre deshalb wünschenswert und könnte zu einer Kürzung des Entwurfs an anderen Stellen führen.

b. Vereinheitlichung der Formulierungsvarianten des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Der Regierungsentwurf regelt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder Aspekte der Verhältnismäßigkeit mit zum Teil sehr unterschiedlichen Wortlauten. Dies zeigt die folgende Tabelle:

Norm	Wortlaut
§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E	... soweit die Kenntnis dieser Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten ... festzustellen.

	[keine Regelung zu einer Interessenabwägung oder zur Verhältnismäßigkeit]
§ 32 Abs. 2 Satz 1 BDSG-E i. V. m. § 8 Abs. 1 AGG	... sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.
§ 32 Abs. 7 BDSG-E	... nur zulässig, wenn Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig sind.
§ 32b Abs. 1 BDSG-E	... soweit dies erforderlich ist, um ... [keine Regelung zu einer Interessenabwägung oder zur Verhältnismäßigkeit]
§ 32c Abs. 1 und Abs. 4 BDSG-E	... soweit die Kenntnis dieser Daten ... erforderlich ist, um ... die ... ist nur zulässig, soweit Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig sind.
§ 32d Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E	... soweit dies erforderlich ist ... und dies nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck verhältnismäßig ist.
§ 32e Abs. 2, 3 BDSG-E	... wenn ... die Erhebung erforderlich ist, ... Die Erhebung nach Abs. 2 muss nach Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass verhältnismäßig sein.
§ 32f Abs. 1 BDSG-E	... soweit sie zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich ist und wenn nach Art und Ausmaß ... keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegen.
§ 32g Abs. 1 BDSG-E	... erforderlich ist ... und wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung überwiegen.
§ 32h Abs. 1 BDSG-E	... soweit dies aus betrieblichen Gründen zur Autorisierung und Authentifikationszwecken erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung überwiegen. [keine Regelung zu einer Interessenabwägung oder zur Verhältnismäßigkeit]
§ 32h Abs. 3 BDSG-E	... sind unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten

	einer weiteren Speicherung entgegenstehen. [keine Regelung zu einer Interessenabwägung oder zur Verhältnismäßigkeit]
§ 32i Abs. 1 BDSG-E	... soweit dies erforderlich ist ... und soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.
§ 32i Abs. 2 BDSG-E	... soweit dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist und der Beschäftigte ... darin eingewilligt haben.
§ 32i Abs. 3 BDSG-E	... soweit dies zu den in Abs. 1 Nr. 1 oder 3 genannten Zwecken erforderlich ist und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.
§ 32i Abs. 4 BDSG-E	... wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Dienst- oder Geschäftsbetriebes unerlässlich ist ...

Die vorstehende Übersicht zeigt, dass der Gesetzgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in unterschiedlichen sprachlichen Varianten ausdrückt. Das Herausstellen des Merkmals „erforderlich“ ist insofern in vielen Fällen gerechtfertigt, als die Erforderlichkeit auf konkret im Gesetz benannte Zwecke bezogen wird. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum teilweise ergänzend zu der Erforderlichkeit für einen bestimmten Zweck eine Interessenabwägung vorgeschrieben wird und teilweise nicht. Bei der Anordnung einer Interessenabwägung wird zum Teil das Wort verhältnismäßig verwandt, in anderen Fällen die Interessenabwägung durch die Formulierung „kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen nicht überwiegen“ oder ähnliche Formulierungen angeordnet. Schließlich wird durch den Verweis auf das AGG das Tatbestandsmerkmal „angemessen“ als Regelung einer Interessenabwägung eingeführt. Da nicht klar erkennbar ist, dass die unterschiedlichen Wortwahlen zu unterschiedlichen Beurteilungsmaßstäben führen sollen, wäre es wünschenswert, sie zu vereinheitlichen oder ggf. (in der Begründung) klarzustellen, dass z. B. mit der Formulierung „soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen“ ein besonders strenger Maßstab gemeint ist.

2. Maßstab der „Erforderlichkeit“, Erforderlichkeit einer Generalklausel, Anwendungsbereich

Der Entwurf enthält in §§ 32 ff. BDSG-E keine allgemeine Regelung, nach der vorbehaltlich speziellerer Regelungen in den §§ 32 ff. BDSG-E die Verarbeitung und Nut-

zung von Beschäftigtendaten nach dem Vorbild des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG zulässig ist, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse verfolgt und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen überwiegen.

Die Diskussionen in der Literatur zu der Rechtslage vor und nach dem 1. September 2009 deuten jedenfalls auf ein praktisches Bedürfnis an einer solchen Regelung hin.

- a. Vor In-Kraft-Treten des § 32 BDSG am 01.09.2009 wurde, obwohl § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG einschlägig war, auch im Arbeitsverhältnis zumindest von Teilen der Literatur (Schaffland/Wiltfang, § 28 BDSG, Rn. 13) hilfsweise auf die generalklauselartige Regelung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG zurückgegriffen. Danach ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln von Daten zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.
- b. Nach In-Kraft-Treten des § 32 BDSG wurde in dessen Anwendungsbereich der § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG von ihm nach dem Spezialitätsgrundsatz verdrängt. Es wurde diskutiert, ob dies auch für die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gilt.

In der Literatur wurde davon ausgegangen, dass § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG im Anwendungsbereich von § 32 BDSG keine hilfsweise Anwendung finden kann (Däubler, Gläserne Belegschaften, 5. Auflage, 2010, Rn. 185).

Gleichzeitig legte der neue Wortlaut des § 32 BDSG, der auf eine Erforderlichkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung für die Begründung, Durchführung und Beendigung abstellte, eine Beschränkung der bis zum 1. September 2009 bestehenden Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsmöglichkeiten durch den Arbeitgeber nahe.

Es musste z. B. die Frage beantwortet werden, ob das Veröffentlichen eines Bildes eines Mitarbeiters in einer Werkszeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich war.

Da ein Arbeitsverhältnis auch ohne Foto in der Werkszeitung durchgeführt werden kann, legt der Wortlaut des heutigen § 32 BDSG es nahe, einen Abdruck des Fotos ohne Einwilligung für unzulässig zu halten, obwohl er bei Abwägung der Interessen bei Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG sehr gut zu rechtfertigen wäre.

Ergebnisse wie dieses wurden von zahlreichen Anwendern als unbefriedigend empfunden und haben dazu geführt, in unterschiedlicher Weise eine Ausweitung der Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsmöglichkeiten über den engen Wortlaut des § 32 BDSG hinaus zu rechtfertigen. Unterschiedliche Lösungsansätze wurden verfolgt.

- Ein Weg bestand darin, die Zwecke, für die die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung erforderlich war, weit zu interpretieren, indem z. B. vertreten

wurde, dass zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses alles dient, was der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses dient (Thüsing, NZA 2009, 865, 868), oder dass zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses alles zählt, womit der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse verfolgt. Zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses gehören dann auch Maßnahmen, die nicht zwingend erforderlich sind. Da aber nicht alles, was zur Durchsetzung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist, zulässig sein kann, muss bei dieser Interpretation des § 32 BDSG eine Interessenabwägung absichern, dass die Interessen des Arbeitnehmers angemessen berücksichtigt werden. Dies führt faktisch zu einer § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG entsprechenden Interessenabwägung.

- Alternativ wurde in der Literatur zwar die Anwendung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG im Beschäftigungsverhältnis abgelehnt, aber seine Anwendung großzügig für Zwecke eröffnet, die nicht mehr unmittelbar der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses zuzuordnen sind, wie z. B. Daten über freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, Veröffentlichungen in Werkszeitungen, Mitteilungen an Interessenten beim Unternehmensverkauf und ggf. sogar ein konzerninterner Datenfluss (vgl. Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Auflage, 2010, Rn. 407, Däubler, Gläserne Belegschaften?, 5. Auflage, 2010, Rn. 185).

Beide Ansätze zur bestehenden Rechtslage zeigen, dass ein praktisches Bedürfnis besteht, wegen der unübersehbaren Zahl von Einzelfällen eine allgemeine Regelung als Auffangtatbestand nutzen zu können.

- c. Der Regierungsentwurf gibt mit § 27 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E klar vor, dass für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses die § 32 ff. BDSG-E und nicht § 28 Abs. 1 Nr. 1-3 BDSG gelten.

Der Entwurf sieht demnach keine Generalklausel oder einen Auffangtatbestand vor. Insbesondere in § 32 c Abs. 1 i. V. m. § 32 d BDSG-E findet sich eine dem jetzigen § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG vergleichbare Regelung, deren Verhältnis zu § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG wieder die gleichen Fragen aufwirft, wie der § 32 BDSG heute (s. o.).

Die Gesetzesbegründung zu § 27 Abs. 3 BDSG-E betont, dass § 28 BDSG dort Anwendung findet, wo Beschäftigtendaten für außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses bestehende Zwecke verarbeitet werden.

Hier wäre eine Regelung wünschenswert, welche Datenverarbeitungen nicht mehr für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgen, damit leichter zu beantworten ist, in welchen Fällen ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG erfolgen kann. Möglich wäre folgende Regelung:

„ Betrifft eine Maßnahme nicht unmittelbar die Begründung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses, bestimmt sich ihre Rechtmäßigkeit nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG.“ [oder: „Ist eine Maßnahme nicht zur Begründung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich, bestimmt sich ihre Rechtmäßigkeit nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG.“]

Alternativ könnte man, wenn man den Anwendungsbereich der §§ 32 ff. BDSG-E nicht zugunsten einer Anwendbarkeit des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG eingrenzen wollte, in § 32c BDSG-E (mit Fernwirkung in § 32d BDSG-E) die Formulierung „... zur Durchführung ... erforderlich“ ersetzen durch „zur umfassenden Durchführung ... erforderlich“. Durch den in Abs. 4 geregelten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wären unverhältnismäßige Datenerhebungen, -verarbeitungen und -nutzungen ausgeschlossen.

3. Keine Regelung zu Mitbestimmungsgremien

Die Organe der betrieblichen Mitbestimmung und der Personalvertretung (Betriebsrat, Personalrat sowie Gesamtbetriebsrat, Jugend- und Auszubildendenvertretung, Wirtschaftsausschuss und Wahlvorstand) sind keine verantwortlichen Stellen im Sinne von § 3 Abs. 7 BDSG. Sie sind ebenso wenig Dritte, sondern unselbstständiger Teil der verantwortlichen Stelle (Dammann, in Simitis, BDSG, 6. Auflage, § 3, Rn. 42). Verantwortliche Stelle ist demnach allein der Arbeitgeber. Der Betriebsrat ist jedoch dem Arbeitgeber über die von ihm vollzogene Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nicht auskunftspflichtig. Dies führt dazu, dass der Arbeitgeber als verantwortliche Stelle insofern seine gegenüber dem Datenschutzbeauftragten bestehende Meldepflicht nach § 4 Abs. 2 i. V. m. § 4 e BDSG nicht erfüllen kann. Er kann zudem weder die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung noch die Einhaltung der Datensicherheitsgebote überprüfen.

Das Bundesarbeitsgericht hat festgestellt, dass das BDSG zwar auch für die Datenverarbeitung durch den Betriebsrat gilt, hingegen der betriebliche Datenschutzbeauftragte keine Kontrollbefugnis über das Verhalten des Betriebsrates hat (BAG, Beschluss v. 11.11.1997, 1 ABR 21/97). Das BAG hat bereits dort erklärt, dass das Gesetz lückenhaft ist (BAG, a.a.O., Juris-Rn. 52). Es müssten – so das BAG 1997 – bei den ausstehenden Sondervorschriften für den Arbeitnehmerdatenschutz gerade auch kollektivrechtliche Fragen wie das Verhältnis zwischen dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsräten geregelt werden (BAG, a.a.O., Juris-Rn. 53). Dem ist zuzustimmen, damit der Einflussbereich des Betriebsrates kein datenschutzrechtsfreier Raum bleibt. Das Bundesarbeitsgericht hat die Freistellung des Betriebsrates von der Kontrollbefugnis des Datenschutzbeauftragten damit begründet, dass das Bundesdatenschutzgesetz das Verhältnis zwischen diesen beiden Institutionen nicht regelt. Es wäre demnach durch den Gesetzgeber regelbar. Denkbar wäre es, die Zuständigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten ausdrücklich auf den Betriebsrat und andere Organe der Mitbestimmung oder der Personalvertretung zu erweitern oder diesen Organen die Eigenschaft einer verantwortlichen Stelle zuzuschreiben, damit jedenfalls ab einer gewissen personellen Stärke ein eigener betrieblicher Datenschutzbeauftrag-

ter für die Betriebsratsstätigkeit – ggf. von dem Betriebsrat selbst – bestellt werden müsste.

Die Erweiterung der Zuständigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten auf die Tätigkeit des jeweiligen Mitbestimmungsgremiums würde nicht zwingend die unabhängige Stellung der Mitarbeitervertretung gefährden, wenn der nunmehr mit besonderem Kündigungsschutz ausgestattete betriebliche Datenschutzbeauftragte hinsichtlich der Betriebsratsberatung und -kontrolle einer besonderen Schweigepflicht unterworfen wäre, deren Verletzung bußgeldbewährt sein könnte (Gola, RDV 2010, 97, 100). Dies gilt erst recht, wenn geregelt würde, dass es sich bei der für den Betriebsrat zuständigen Person des betrieblichen Datenschutzbeauftragten um einen Arbeitnehmer des Betriebes handeln müsste, bei dessen Einstellung oder Versetzung der Betriebsrat gem. § 99 BetrVG mitzubestimmen hätte. Wie auch immer eine Neuregelung aussehen mag, darf eines nicht übersehen werden: Viele Unternehmen und damit ein Großteil aller Arbeitgeber arbeiten ohne einen internen Datenschutzbeauftragten, Diese Unternehmen haben stattdessen einen externen Experten mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben beauftragt.

4. Keine Regelung zur Datenverarbeitung im Konzern

In der Praxis vieler Arbeitgeber, die gesellschaftsrechtlich in eine Konzernstruktur eingebunden sind, zählt es zu den größten Rechtsunsicherheiten, ob und in welchen Fällen innerhalb eines Konzerns personenbezogene Daten von Beschäftigten zwischen den konzernangehörigen Gesellschaften übermittelt werden können. Das bestehende BDSG unterscheidet nicht zwischen Konzerngesellschaften und anderen verantwortlichen Stellen. Es gibt kein so genanntes Konzernprivileg. Die Übermittlung personenbezogener Daten von einer Konzerngesellschaft in die andere muss mit Hilfe der gleichen Rechtsgrundlagen gerechtfertigt werden, wie die Übermittlung zwischen voneinander unabhängigen Arbeitgebern.

Das aus organisatorischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten abzuleitende Interesse an einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit der Konzernunternehmen ist nicht grundsätzlich höher anzusetzen als das Interesse der Beschäftigten an der Vertraulichkeit ihrer Daten (Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Auflage, Rn. 1093). Andererseits ist anerkannt, dass der Anspruch auf Datenschutz der Betroffenen nicht grundsätzlich einer Personaldatenübermittlungen erfordernden konzerninternen Organisation von Zuständigkeiten im Personalbereich entgegenstehen kann (Gola/Wronka, a.a.O., Rn. 1094). Die praktischen Bedürfnisse in Konzernen nach einer Personaldatenübermittlung wachsen stetig. Dies betrifft nicht nur die arbeitsteilige Zusammenarbeit und die Zentralisierung von Personalaufgaben. In (internationalen) Konzernen findet sich immer häufiger eine Organisation von Führungsaufgaben, die gesellschaftsrechtliche Grenzen ignoriert und themenorientierte Führungslinien vorsieht (sog. Matrix- oder Mehrlinienorganisationen). Befinden sich – wie in einer Matrixorganisation – die Vorgesetzten in anderen Gesellschaften, sind die Übermittlungen personenbezogener Daten nicht zu vermeiden.

Nicht immer wird es in diesen Fällen möglich sein, den Datenaustausch innerhalb der Konzerngruppe mit der Konzeption der Auftragsdatenverarbeitung zu regeln. Zum ei-

nen wird es sich in vielen Fällen um Funktionsübertragungen handeln. Zum anderen würde in Konzernen mit mehreren hundert Gesellschaften die Verwaltung und Aktualisierung von Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarungen zeitraubend, teuer und fehleranfällig sein (Thüsing, RDV 2010, 147, 149). Eine gesetzliche Regelung, die einen Konzern zu einer verantwortlichen Stelle zusammenfasst, mag mit dem Europarecht nicht vereinbar sein, der Gesetzgeber hätte jedoch die Möglichkeit, zu regeln, dass dort, wo es bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Datenübermittlung auf eine Interessenabwägung ankommt, die spezifischen Interessen von Konzerngesellschaften berücksichtigt werden können (so auch Thüsing a.a.O.).

5. Keine Regelung zur Abgrenzung von Auftragsdatenverarbeitung und Funktionsübertragung

Nicht nur in Konzernstrukturen werden Aufgaben im Rahmen des „Outsourcings“ von der verantwortlichen Stelle auf Dienstleistungsanbieter übertragen. In diesem Zusammenhang stellt sich für die Rechtsanwender stets die Frage, ob es sich um eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine sog. Funktionsübertragung handelt. Weder die Auftragsdatenverarbeitung noch die Funktionsübertragung sind im Gesetz definiert. Da es in der Praxis – insbesondere bei Mischformen von streng weisungsgebundener Datenverarbeitung und ergänzender Funktionsübertragung – zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommt, wäre eine gesetzliche Klarstellung der Kriterien wünschenswert. Dies gilt insbesondere, weil die unrichtige Einordnung eines Sachverhaltes als Auftragsdatenverarbeitung oder Funktionsübertragung stets mit dem Risiko verbunden ist, einen Ordnungswidrigkeitstatbestand zu verwirklichen. Wird eine Auftragsdatenverarbeitung nicht als solche erkannt und nicht entsprechend geregelt, droht nach § 43 Abs. 1 Nr. 2 b BDSG ein Bußgeld bis zu EUR 50.000,00. Werden Daten bei irriger Annahme einer Auftragsdatenverarbeitung ohne Rechtsgrundlage übermittelt, droht nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG ein Bußgeld bis zu EUR 300.000,00.

6. Einwilligung (§ 32I Abs. 1 u. a. i. V. m. § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG-E)

Nach § 32I Abs. 1 BDSG-E ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber aufgrund einer Einwilligung des Beschäftigten abweichend von § 4 Abs. 1 BDSG nur zulässig, soweit dies in den Vorschriften dieses Unterabschnitts (§§ 32 ff. BDSG) ausdrücklich vorgesehen ist. Dies überrascht auf den ersten Blick, weil das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Arbeitnehmers nicht nur das Recht umfasst, sich als „Herr über seine personenbezogenen Daten“ gegen eine Datenverarbeitung zu wenden. Die Einwilligung in eine Datenverarbeitung ist ebenso Ausdruck seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Grund der Beschränkungen ist, dass der Gesetzgeber an der Freiwilligkeit der Einwilligung von Beschäftigten zweifelt. Einwilligungen werden deshalb grundsätzlich für unwirksam erklärt, wenn sie nicht von § 32 ff. BDSG-E erlaubt werden. Somit wird die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung auch in Fällen untersagt, in denen tatsächlich eine freiwillige Einwilligung des Arbeitnehmers vorliegt. An der Vereinbarkeit dieser Regelung mit der europäischen Datenschutzrichtlinie EG 95/46 bestehen Bedenken. Nach dieser Richtlinie soll jeder Mensch über die Verwendung seiner Daten eigenverantwortlich bestimmen können und dürfen. Dieses Recht wird dem Arbeitnehmer im BDSGE genommen. Es mag vertretbar sein, in diesem Zusammenhang von einer

„Entmündigung“ der Vertragsparteien zu sprechen, für die kein hinreichender Grund vorliegt (Thüsing, RDV 2010, 147, 148). Entscheidend ist jedoch die Frage, ob die Einschränkungen von Gestaltungsspielräumen an dieser Stelle sachlich geboten sind. Einwilligungserklärungen spielen in Arbeitsverhältnissen eine untergeordnete Rolle. Sie eignen sich nicht als Grundlage der Gestaltung von kollektiven Regelungen. Dies ergibt sich nicht nur daraus, dass Einwilligungen nur dann wirksam sind, wenn sie freiwillig abgegeben sind, sie sind auch grundsätzlich jederzeit frei widerruflich. Deswegen sind sie weder für kollektive Maßnahmen noch für langfristige Maßnahmen als Rechtsgrundlage geeignet.

Einwilligungen haben den Vorteil, dass sie gerade bei unklaren Einzelfragen Rechtsklarheit schaffen können. Wenn z. B. der Arbeitgeber einer anderen Gesellschaft des Konzerns eine Personalentwicklungschance erkennt, kann er nach bisheriger Rechtslage den Mitarbeiter fragen, ob er der Übersendung von Personaldaten an die andere Gesellschaft zustimmt. Da § 32d BDSG-E für die Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungsverhältnis keine Einwilligung vorsieht, und die Übersendung an ein Schwesterunternehmen nicht zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist, könnte der Arbeitgeber nach der geplanten Rechtslage die Daten nicht einmal mit Einwilligung des Mitarbeiters versenden. Zwar könnte der Arbeitgeber den Mitarbeiter auffordern, sich selbst zu bewerben, dazu müssten dann ggf. Daten erst an den Mitarbeiter übersandt werden, um von diesem weitergeleitet werden zu können, was die Praxis erschwerte.

Gleichermaßen wäre nach wie vor eine Einwilligungsmöglichkeit wünschenswert, wenn es um die Verarbeitung privater E-Mails (siehe dazu III. 15.) oder die Gestaltung des Datenflusses im Konzern geht (siehe dazu II. 4.).

Es ist deshalb der Stellungnahme des Ausschusses Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltvereins zu dem Referentenentwurf vom 28.05.2010 darin zuzustimmen, dass angesichts der vielfältigen berechtigten Zwecke eine Beschränkung der Einwilligung auf die im Gesetz geregelten Fälle nicht praktikabel ist.

Das Ziel des Gesetzesentwurfes hätte auch auf andere Weise erreicht werden können. Denkbar wäre es, Einwilligungen im Beschäftigungsverhältnis von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers abhängig zu machen und ein „Koppelungsverbot“ nach dem Vorbild des § 28 Abs. 3b BDSG zu regeln. Dieses würde sichern, dass der Arbeitsvertragsschluss nicht von einer Einwilligung abhängig gemacht wird. Ist ein Arbeitsverhältnis erst einmal geschlossen, ist die Freiwilligkeit eines Beschäftigten weniger fragwürdig.

Erwogen werden könnte in diesem Zusammenhang, ob man zumindest in den Fällen weitere Einwilligungen zulässt, in denen der Arbeitnehmer Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz hat. Der Kündigungsschutz wäre ein weiteres Indiz für die Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung im Einzelfall.

III. Anmerkungen zu einzelnen Regelungen

1. Zu § 3 Abs. 13 BDSG-E

§ 3 Abs. 13 BDSG-E enthält eine Definition des Arbeitgebers im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes. Dies ist erforderlich, weil auf Seiten der Vertragspartner (Beschäftigten) der Anwendungsbereich weit über den Arbeitnehmerbegriff erweitert wurde. Dementsprechend ist es notwendig, das (vertragliche) Gegenüber des Beschäftigten ebenso weit zu definieren. Folgerichtig gelten als Arbeitgeber im Sinne des BDSG-E auch Ausbilder, die Betreiber von Behindertenwerkstätten, Vertragspartner von arbeitnehmerähnlichen Personen, Arbeitnehmer- und Auszubildendensuchende, Dienstherren, ehemalige Arbeitgeber und Entleiher. Da der Entleiher maßgeblich an der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses beteiligt ist und in der Praxis ebenso wie der Verleiher personenbezogene Daten zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhebt, verarbeitet und nutzt, ist die diesbezügliche Klarstellung zu begrüßen.

2. Zu § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E (Betriebs- und Dienstvereinbarungen)

Ob Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu den anderen Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG zählen, ist eine seit langem viel diskutierte Frage. Auch wenn das Bundesarbeitsgericht sich bereits 1986 auf den Standpunkt gestellt hatte, dass Betriebsvereinbarungen Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG seien (BAG, 27.05.1986, 1 ABR 48/84), gab es stets eine Strömung in der Literatur, die sich auf den Standpunkt stellte, dass Dienst- und Betriebsvereinbarungen keine Datenerhebungen, -verarbeitungen oder -nutzungen legitimieren könnten, die nicht nach den Regelungen des BDSG rechtmäßig seien (Gola/Wronka, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Auflage, 2010, Rn. 245 f. m. w. N.). Dies müsse so sein, weil aufgrund der Rangordnung der Rechtsquellen Gesetze gegenüber Dienst- und Betriebsvereinbarungen stets Vorrang haben müssten. Da es jedoch auch andere Gesetze gibt, die gesetzliche Vorgaben für Dienst- und Betriebsvereinbarungen disponibel gestalten (z. B. § 12 ArbZG), konnte die Argumentation mit der Rangordnung der Rechtsquellen nicht allgemein überzeugen. Insofern ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber nun eine Klarstellung dahingehend herbeiführt, dass Betriebs- und Dienstvereinbarungen Rechtsvorschriften im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG sind.

Im Zusammenspiel mit § 32I Abs. 5 BDSG-E ist diese Regelung jedoch im Ergebnis irreführend. Zwar sind nun in § 4 Abs. 1 S. 2 BDSG-E Betriebs- und Dienstvereinbarungen als Rechtsgrundlagen für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten genannt, einen praktischen Anwendungsbereich als eigenständige Rechtsgrundlage wird es jedoch für sie nicht geben. Ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung bereits nach den Vorschriften des BDSG oder anderen gesetzlichen Regelungen zulässig, bedarf es der Dienst- oder Betriebsvereinbarung als Rechtsvorschrift im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG nicht.

- Ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nach den Vorschriften des BDSG oder anderen gesetzlichen Rechtsvorschriften nicht zulässig, kann sich die Rechtsgrundlage nicht aus einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung ergeben. Dies würde zwangsläufig dazu führen, dass von den Regelungen des Beschäftig-

tendatenschutzes entgegen §§ 32I Abs. 5 BDSG-E zu Ungunsten des Beschäftigten abgewichen würde. Die Gesetzesbegründung zu § 32I Abs. 5 BDSG-E betont ausdrücklich, dass die gesetzlichen Regelungen nicht zum Nachteil der Beschäftigten durch Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Dienstvereinbarungen geändert werden können. Eine solche Dienst- oder Betriebsvereinbarung wäre also nichtig.

- Ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nach den Vorschriften des BDSG oder anderen gesetzlichen Rechtsvorschriften zulässig, bedarf es einer Betriebsvereinbarung oder Dienstvereinbarung als Rechtsgrundlage nicht.

Es bleibt den Betriebspartnern und Tarifparteien somit nur noch die Wahl zwischen nach dem BDSG oder anderen gesetzlichen Rechtsvorschriften zulässigen Varianten. Im Ergebnis kommen somit – entgegen dem Eindruck, den § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E erweckt – Betriebs- und Dienstvereinbarungen gerade nicht mehr als eigenständige Rechtsgrundlagen in Betracht. Sie sind deshalb nur noch dazu geeignet, den bestehenden Datenschutz zu intensivieren. Es wäre deshalb eine leichter verständliche Regelung gewesen, wenn der Gesetzgeber geregelt hätte, dass Dienst- und Betriebsvereinbarungen keine Rechtsvorschriften im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG sind oder lediglich Regelungen enthalten können, die eine im Übrigen zulässige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung einschränken.

Durch die Anerkennung der Betriebsvereinbarung als eigene Rechtsvorschrift haben die Betriebsparteien erstmals die Möglichkeit, betriebs- oder unternehmensspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen. Die oftmals allgemein gehaltenen Voraussetzungen im BDSG („zur Durchführung erforderlich“, „im Interesse“ usw.) können bei unterschiedlichen Unternehmen anders bewertet werden. Mit dem Entwurf wird es den Betriebsparteien ermöglicht, auf Besonderheiten und Eigenheiten in ihrem Unternehmen bzw. ihrem Betrieb einzugehen. Nur der Mindeststandard des Datenschutzes darf nicht unterschritten werden.

3. § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E

§ 27 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E regelt das Verhältnis zwischen § 28 BDSG-E und dem neu eingefügten zweiten Unterabschnitt dahingehend, dass der zweite Unterabschnitt den allgemeinen Regelungen vorgeht, sofern es um Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geht. Dazu wurde bereits oben unter II. 2. Stellung genommen.

§ 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E enthält die Erweiterung des Anwendungsbereichs des BDSG bezüglich des Beschäftigtendatenschutzes, die bereits zum 01.09.2009 in § 32 Abs. 2 BDSG eingeführt worden war. Durch § 32 Abs. 2 BDSG wurde der Anwendungsbereich des BDSG in Bezug auf Beschäftigungsdaten nicht mehr auf die automatisierte Verarbeitung und die Verarbeitung in nicht automatisierten Dateien beschränkt. Europarechtlich erforderlich war und ist diese Ausweitung des Datenschutzes nicht. Gem. Nr. 15 der Präambel der Richtlinie 95/46/EG erfasst diese nur die automatisierte Verarbeitung von Daten oder Daten, die in Dateien enthalten oder für solche bestimmt sind, die nach bestimmten personenbezogenen Kriterien strukturiert sind, um einen leichteren Zugriff auf die Daten zu ermöglichen.

Die Ausweitung des Anwendungsbereichs führt nicht dazu, dass jegliche Kommunikation mit den Beschäftigten von dem gesetzlichen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 BDSG) erfasst wird. Ungezwungener Smalltalk – wie etwa die Frage des Vorgesetzten, ob der Mitarbeiter ein schönes Wochenende verlebt habe – unterliegt auch künftig nicht den Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz. Als nicht-automatisierte Verarbeitung im BDSG gilt beispielsweise die geordnete, systematische Ablage von Dokumenten. Vom erweiterten Anwendungsbereich erfasst wird demzufolge etwa die Verarbeitung papiergebundener Daten wie Personalakten oder Bewerbungsmappen.

4. Zu § 32 BDSG-E: Datenerhebung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

- a. § 32 BDSG-E regelt zunächst zwei Stufen der Erforderlichkeit. In Abs. 1 wird grundsätzlich die Erhebung personenbezogener Daten über den Namen, die Anschrift, die Telefonnummer und die E-Mail-Adresse hinaus davon abhängig gemacht, dass die Kenntnis der Daten erforderlich ist, um die Eignung des Beschäftigten für die vorgesehene Tätigkeit festzustellen.

In Abs. 2 werden die Anforderungen an die Erhebung erheblich erhöht, wenn es um Daten über die rassische und ethnische Herkunft, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, die sexuelle Identität, die Gesundheit, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren geht. Diese Daten können nur erhoben werden, wenn wegen dieser Merkmale eine unterschiedliche Behandlung nach § 8 Abs. 1 AGG zulässig wäre. Dies ist der Fall, wenn das Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche oder entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Der Verweis auf § 8 AGG trägt nicht zur guten Lesbarkeit der Vorschrift bei. Nachvollziehbar ist hingegen der Gedanke, dass vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses Daten nicht erhoben werden dürfen, die bei der Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses nach § 8 AGG nicht berücksichtigt werden dürften.

Problematisch ist in der Praxis jedoch, dass der Arbeitgeber z. B. über Bewerbungsfotos oder ein Vorstellungsgespräch unausweichlich über das Aussehen Informationen über das Geschlecht oder die rassische und ethnische Herkunft erlangt. An dieser Stelle wird man erwägen, den Begriff des „Erhebens“ eng auszulegen, um zu verhindern, dass der Arbeitgeber ungewollt diese Vorschrift verletzt.

Es wäre deshalb wünschenswert, wenn Erheben klarstellend definiert würde als das zielgerichtete Ermitteln eines der in § 32 Abs. 2 BDSG-E genannten Merkmale.

Es fällt auf, dass § 32 Abs. 2 BDSG-E Merkmale nennt, welche nicht zu den Diskriminierungsmerkmalen des § 1 AGG zählen, nämlich die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen und laufende Ermittlungsverfahren. Bezüglich dieser Merkmale wäre eine unterschiedliche Behandlung nach § 8 Abs. 1 AGG stets zulässig. Auch aus diesem Grund wäre es zweckmäßig, statt des Verweises auf § 8 AGG dessen Wortlaut in das BDSG zu übernehmen.

Es ist fraglich, ob durch hohe Anforderungen an die Erhebung von Daten über Vermögensverhältnisse, Vorstrafen und laufende Ermittlungsverfahren die Arbeitgeberinteressen in besonderen Beschäftigungsverhältnissen angemessen berücksichtigt werden. Interpretiert man „wesentliche oder entscheidende berufliche Anforderung“ dahingehend, dass die Erfüllung der Arbeitspflichten ohne diese Anforderung nicht möglich ist, so könnten z. B. Kreditinstitute nicht einmal bei den Beschäftigten, die mit Bargeld umgehen, nach den Vermögensverhältnissen oder Ermittlungsverfahren bzgl. Vermögensdelikten fragen, obschon sich daraus wichtige Informationen für die Beurteilung der Eignung ergeben können. Das gleiche gilt für die Frage nach Kinder- und Jugendschutzdelikten bei der Einstellung von Erziehern.

- b. In § 32 Abs. 6 BDSG-E wird der Grundsatz der Direkterhebung von Beschäftigtendaten, also der Datenerhebung unmittelbar beim Beschäftigten, geregelt. Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme: Der Arbeitgeber darf allgemein zugängliche Daten ohne Mitwirkung des Beschäftigten erheben, sofern er diesen zuvor darauf hingewiesen hat und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten nicht überwiegt. Bei Daten aus sozialen Netzwerken soll das Interesse des Beschäftigten überwiegen, mit Ausnahme derjenigen sozialen Netzwerke, die gerade zur eigenen Präsentation gegenüber potentiellen Arbeitgebern genutzt werden. Während demnach der Gesetzestext darauf abstellt, zu welchem Zweck eine Plattform zu dienen bestimmt ist, soll es nach der Begründung auf die tatsächliche Benutzung ankommen. Dies kann zu Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis führen. Es wäre deshalb wünschenswert, wenn insofern Gesetz und Begründung angeglichen würden. Die Regelung erscheint zudem wenig praxistauglich, weil der Arbeitgeber hierbei keiner Kontrolle unterliegt und der Bewerber in der Regel nicht erfahren wird, ob und welche Daten der Arbeitgeber aus welchen Netzwerken eingesehen hat.

7. § 32a BDSG-E: ärztliche Untersuchungen und Eignungstest vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

- a. Die Regelungen in § 32a Abs. 1 BDSG-E klären die Rechtslage insofern, dass Einstellungsuntersuchungen nicht als allgemeine gesundheitliche Untersuchungen, sondern nur zur Prüfung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen, die wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellen, zulässig sind. Durch ärztliche Untersuchung können demnach nicht Risiken künftiger Erkrankungen erhoben werden. Kritisch gesehen werden könnte, dass es sich bei der prüfbareren gesundheitlichen Voraussetzung um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handeln muss. Der Gesetzgeber bedient sich hier einer Formulierung aus dem AGG (§ 8 AGG). Das Tatbestandsmerkmal „wesentliche“ erweckt den Eindruck, dass eine etwaige gesundheitliche Beeinträchtigung auch einen wesentlichen Teil der Arbeitsleistung unmöglich machen müsste. Bedenkt man jedoch, dass eine Arbeitsunfähigkeit schon vorliegt, wenn Teile der geschuldeten Arbeitstätigkeit nicht erfüllt werden können, hätte man auf das Merkmal „wesentliche“ verzichten können. Das Merkmal „entscheidende“ grenzt die Erhebungsmöglichkeiten in gleicher Weise aber eindeutiger ein.

- b. Nach § 32a Abs. 2 BDSG-E darf die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer sonstigen Untersuchung oder Prüfung abhängig gemacht werden, wenn die Untersuchung oder Prüfung wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingung ihrer Ausübung erforderlich ist, um festzustellen, ob der Beschäftigte zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme für die vorgesehenen Tätigkeiten geeignet ist (Eignungstest). Auch hier findet eine Beschränkung auf die Relevanz für die auszuübenden Tätigkeiten statt.

Damit werden allgemeine Testverfahren, die auch darauf zielen zu ermitteln, welches Potential für andere Tätigkeiten ein Mitarbeiter hat und wie er sich weiterentwickeln könnte, in Frage gestellt. Außerdem soll – wie die Begründung klarstellt – bei der Prüfung allgemeiner Merkmale, z. B. der Belastbarkeit, eine Eignungsprüfung nur möglich sein, wenn dies eine „besondere berufliche Anforderung“ sei. Wenn sich an dieser Stelle diese vom Wortlaut nahe gelegte enge Auslegung durchsetzt, wird dies massive Auswirkungen auf die Recruitmentprozesse von Unternehmen haben. Insbesondere vor dem Einstieg in Ausbildungs- und Traineeprogramme werden heute umfangreiche Eignungstests durchgeführt, um nicht nur eine aktuelle Fähigkeit zu überprüfen, sondern auch das Entwicklungspotential einer Person einschätzen zu können. Arbeitgeber könnten bei eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten mit Zurückhaltung bei der Aus- und Weiterbildung reagieren, wenn sie nicht einschätzen können, inwieweit eine Investition in die Förderung eines Beschäftigten sich für sie auszahlt. Ein Ausschluss von allgemeinen Eignungstests durch den Arbeitgeber dürfte in der Praxis dazu führen, dass Externe das Feld besetzen. Beschäftigte werden geneigt sein, zur Verbesserung ihrer Bewerbungs- und Entwicklungschancen in eigener Initiative ihre Eignung bei Testanbietern, die ihre Angebote an Arbeitgeberinteressen ausrichten, prüfen zu lassen.

Nach § 32a Abs. 2 Satz 2 BDSG-E muss der Beschäftigte nach Aufklärung über dessen Art und Umfang in den Eignungstest sowie in die Weitergabe der Ergebnisse des Eignungstests an den Arbeitgeber eingewilligt haben. Hier stellt sich die Frage, ob die Einwilligung eine zusätzliche Voraussetzung der Zulässigkeit des Eignungstests ist oder eine alternative Rechtsgrundlage darstellen kann. Die Formulierung „Der Beschäftigte muss ...“ legt nahe, dass eine Einwilligung nicht das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 32a Abs. 2 Abs. 1 BDSG-E entbehrlich macht. Insofern wäre eine Klarstellung in der Begründung des Gesetzesentwurfs hilfreich.

8. § 32b BDSG-E: Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

§ 32b BDSG-E wiederholt die Anforderungen von § 32 Abs. 1 BDSG-E für die Datenverarbeitung und Nutzung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses.

§ 32b Abs. 2 BDSG-E regelt die Verarbeitung von Daten, die der Arbeitgeber nicht erhoben, sondern auf anderem Wege erhalten hat. Auch diese Daten sind nur zu verarbeiten, sofern es erforderlich ist, um die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit festzustellen und wenn diese Daten nach § 32 oder § 32a BDSG-E hätten erhoben werden dürfen. Fragen wirft der Satz 2 des Abs. 2 auf, nach dem § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BSGE nicht gilt, wenn der Beschäftigte die Daten dem Arbeitgeber übermittelt hat, oh-

ne dass der Arbeitgeber hierzu Veranlassung gegeben hat. Es soll demnach nicht gelten, dass die Datenverarbeitung insofern nur zulässig ist, wenn der Arbeitgeber nach § 32 oder § 32a BDSG-E diese Daten hätte erheben dürfen. Zur Feststellung der Eignung dürfen deshalb auch Daten verarbeitet und genutzt werden, die der Arbeitgeber nicht hätte nach § 32 oder § 32a BDSG-E erheben dürfen. Da aber der Arbeitgeber nach § 32 BDSG-E und § 32a BDSG-E nur Daten erheben darf, die für die Beurteilung der Eignung des Beschäftigten erforderlich sind, dürfte dem § 32b Abs. 2 Satz 2 BDSG-E keine praktische Bedeutung zukommen. Dies gilt jedenfalls, solange § 32b Abs. 2 Satz 2 BDSG-E nur § 32b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BDSG-E und nicht auch Nr. 1 ausschließt.

Bei dem Verweis auf § 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG in § 32b Abs. 3 BDSG-E zur Löschung von Daten handelt es sich um einen Rechtsgrundverweis. Die Gesetzesbegründung spricht von einer „deklaratorischen“ Regelung. Es hätte deshalb auf diesen Verweis auch verzichtet werden können. Auf die für die Praxis äußerst relevante Frage, ob der Arbeitgeber zur Löschung der Daten eines abgelehnten Bewerbers bereits vor Ablauf der Fristen nach dem AGG zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen verpflichtet ist, findet sich im Entwurf keine Antwort. Die Rechtsunsicherheit vieler Arbeitgeber bleibt also bestehen.

9. § 32c BDSG-E: Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis

Bezüglich des Merkmals der „Erforderlichkeit“ in § 32c Abs. 1 Satz 2 BDSG-E wird auf die Ausführungen unter II. 2. verwiesen. Die Erforderlichkeit bezieht sich in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG auf die Erfüllung gesetzlicher Pflichten, die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Pflichten und die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgebers. Vergleicht man die Formulierung „bestehende Rechte“ mit den Regelungen in § 28 Abs. 1 BDSG, fällt auf, dass der Gesetzgeber erneut eine Formulierung kreiert, die von bestehenden Formulierungen abweicht. Es stellt sich die Frage, ob bestehende Rechte im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BDSG-E berechnete Interessen in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG oder rechtliche Ansprüche im Sinne von § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG sind. „Bestehende Rechte“ dürften eher im Sinne rechtlicher Ansprüche auszulegen sein, da aus einem berechtigten Interesse zwar ein Recht entstehen kann. Ein berechtigtes Interesse ist jedoch noch kein Recht. Aus diesem Grund kann § 32c Abs. 1 BDSG-E in seinem Anwendungsbereich nicht die Funktion des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG erfüllen. Deshalb ist es, wie oben unter II. 2. dargestellt, wünschenswert, die Abgrenzung zwischen § 32c BDSG-E und § 28 BDSG konkreter zu fassen.

Es ist zu begrüßen, dass in § 32c Abs. 1 Satz 1 BDSG-E die Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses als Zweck aufgenommen worden ist, da die Abwicklung eines Arbeitsverhältnisses eine Vielzahl von Datenverarbeitungen und -nutzungen erfordert.

Auch im bestehenden Arbeitsverhältnis dürfte nach § 32c Abs. 3 BDSG-E eine allgemeine Potentialanalyse in Form eines Eignungstestes nicht möglich sein, wenn nicht ein Wechsel der Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes konkret beabsichtigt ist. Durch den Verweis auf § 32a Abs. 1 und 2 BDSG-E wird auch im Beschäftigungsverhältnis die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich sein, so dass sich auch hier die Frage

stellt, ob die Einwilligung eine erforderliche oder eine hinreichende Bedingung für einen Eignungstest ist.

10. § 32d BDSG-E: Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis

Die Absätze 1 und 2 zu § 32d BDSG-E führen die Vorgaben für die Datenverarbeitung und Nutzung entsprechend den Regelungen zur Erhebung vor der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses und im Beschäftigungsverhältnis fort.

Eine Sonderregelung wird in § 32d Abs. 3 BDSG-E eingeführt für die Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis zur Aufdeckung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen durch Beschäftigte. Ausweislich der Begründung zu § 32d Abs. 3 BDSG-E kann auch die Begehung von Ordnungswidrigkeiten im Beschäftigungsverhältnis eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellen, sofern sie erheblich ist. Ermöglicht wird ein automatisierter Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter und pseudonymisierter Form mit von dem Arbeitgeber geführten Dateien. Es ist sehr zu begrüßen, dass damit der Entwurf eine spezifische Regelung für eine Mitarbeiterkontrolle zur Korruptionsbekämpfung und zur Durchsetzung von Complianceanforderungen enthält. Die Regelung ist im Vergleich zu den allgemeinen Überwachungsmöglichkeiten, die sich über § 32d Abs. 1 BDSG-E in Verbindung mit § 32c BDSG-E oder nach § 32e BDSG-E ergeben, speziell, sofern es um einen automatisierten Abgleich geht. Für diesen wird kein Anfangsverdacht vorausgesetzt, ein Verdachtsfall ist jedoch erforderlich, sofern die anonymisiert oder pseudonymisiert abgeglichenen Daten personalisiert werden sollen.

Die Regelung geht anscheinend davon aus, dass entsprechende Datenabgleiche nicht vom Arbeitgeber selbst, sondern von einem Externen durchgeführt werden. Anderenfalls wäre fraglich, wie es dem Arbeitgeber gelingen soll, bei der eigenen Datenverarbeitung die Beschäftigtendaten zu anonymisieren. Er selbst hätte stets den Schlüssel zur Personalisierung in der Hand, so dass eine Anonymisierung letztlich nicht erreichbar wäre. Entsprechendes gilt für die Pseudonymisierung. Daraus folgt, dass sich die Frage stellt, wie ein Arbeitgeber überhaupt selbst einen automatisierten Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form mit anderen ihm zur Verfügung stehenden Daten vornehmen soll. Gemeint dürfte wohl sein, dass der Arbeitgeber eine automatisierte Form des Datenabgleichs wählt, die eine Wahrnehmung der einzelnen personenbezogenen Daten entbehrlich macht. Hier wäre es wünschenswert, wenn im Gesetzesentwurf oder der Begründung klargestellt würde, dass die vorstehende Auffassung richtig ist oder dass ein automatisierter Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form nur durch Einschaltung eines externen Dienstleisters möglich sein soll.

Nach § 32d Abs. 5 BDSG-E darf der Arbeitgeber die von ihm berechtigt erhobenen Beschäftigungsdaten nicht mehr in einer Weise verarbeiten und nutzen, dass sie durch die automatisierte Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten ein Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustandes des Beschäftigten ergeben. Entgegen der Wertung des § 27 Abs. 3 Satz 2 BDSG-E wird hier ausschließlich auf die automatisierte Zusammenführung personenbezogener Daten abgestellt. Eine manuelle Zusammenführung perso-

nenbezogener Daten wäre demnach nicht ausgeschlossen. Die Gesetzesbegründung gibt keine näheren Hinweise, so dass sich die Frage stellt, ob nicht eine digitale Personalakte oder ein Arbeitszeugnis schon ein infolge automatisierter Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten entstandenes Gesamtbild der wesentlichen und geistigen charakterlichen Eigenschaften darstellt. Ebenso wird es im Rahmen eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 Abs. 2 SGB IX oder in der berechtigten Vorbereitung einer krankheitsbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber zu einer Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten zu einem Gesamtbild des Gesundheitszustandes des Beschäftigten kommen müssen.

Da für vorstehend beschriebene Maßnahmen Rechtsgrundlagen bestehen (§ 32d BDSG-E im Übrigen, § 109 Gewerbeordnung, § 84 Abs. 2 SGB IX), wäre zu wünschen, das Verhältnis zwischen § 32d Abs. 5 BDSG-E und diesen Vorschriften zu regeln. Alternativ könnte auf § 32d Abs. 5 BDSG-E verzichtet werden. Er ist entbehrlich, denn bei Einhaltung der übrigen Vorschriften über die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung kann es nicht zu der automatisierten Zusammenführung zu einem Gesamtbild der wesentlichen geistigen und charakterlichen Eigenschaften oder des Gesundheitszustandes kommen, wenn dies nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

11. § 32e BDSG-E: Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis

§ 32e Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass der Arbeitgeber Beschäftigtendaten nur mit Kenntnis des Beschäftigten erheben darf. Mit der Begründung darf er somit nur noch in besonders geregelten Fällen personenbezogene Daten ohne Kenntnis des Arbeitnehmers erheben. Bei unverändertem Gesetzeswortlaut wird man in der Praxis zu einer engen Auslegung raten müssen. Jedenfalls in den Fällen, in denen ein Arbeitgeber – ggf. vertreten durch den jeweiligen Vorgesetzten des Beschäftigten – die Arbeitsleistung des Beschäftigten zur Kenntnis nimmt, ohne diesen ausdrücklich darauf hinzuweisen, wäre es lebensfremd zu verlangen, dass der Arbeitgeber bzw. der Vorgesetzte jedes Mal den Mitarbeiter ausdrücklich darauf hinweist, dass er eine vom Beschäftigten erledigte Aufgabe wahrnimmt. Man wird deshalb insofern eine allgemeine Kenntnis des Arbeitnehmers dahingehend unterstellen müssen, dass seine Vorgesetzten die Ergebnisse seiner Arbeit auch in seiner Abwesenheit zur Kenntnis nehmen dürfen.

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf eine Datenerhebung ebenfalls präventiv zulässt. Damit unterscheidet sich die Regelung von § 32 BDSG in der aktuellen Fassung und trägt Compliance-Gesichtspunkten Rechnung. Allerdings ist die präventive Datenerhebung nur zulässig, wenn sie erforderlich ist, um „weitere Straftaten oder Pflichtverletzungen“ zu verhindern, die mit bereits begangenen Taten im Zusammenhang stehen. Ob diese Formulierung zwingend so zu verstehen ist, dass die Datenerhebung zur echten (Erst-)Prävention weiterhin unzulässig bleibt, ist unklar. Eine Auslegung erscheint in beide Richtungen als vertretbar. Ebenfalls kritisch zu sehen ist die zeitliche Begrenzung der Datenerhebung ohne Kenntnis der Betroffenen auf maximal vier Tage, § 32e Abs. 4 BDSG-E. Was soll gelten, wenn die Ermittlung länger andauern (müssen) und ein Abbruch nach vier Tagen den Erfolg der gesamten Ermittlung gefährdet?

Der Ausschluss der Videoüberwachung ohne Kenntnis des Beschäftigten dürfte in der Praxis häufiger zur Einschaltung der Polizei führen. Dies wird nicht in allen Fällen den Interessen des Beschäftigten dienen.

§ 32e Abs. 7 verbietet in jedem Fall die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung solcher Daten der Arbeitnehmer, die den Kernbereich ihrer privaten Lebensgestaltung betreffen. Welche Daten aber den Kernbereich betreffen und was dieser Kernbereich ist, wird nicht definiert. Auch die Begründung schweigt hierzu.

12. § 32f BDSG-E: Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen Einrichtungen

§ 32f Abs. 1 BDSG-E regelt die Voraussetzungen zur Videoüberwachung in Betriebsstätten. Es ist zu begrüßen, dass die Regelung nicht ausschließlich für die gezielte Erhebung von Beschäftigtendaten gilt, sondern jede Videobeobachtung in Betriebsstätten erfasst, die nur irgendwie zur Erhebung von Beschäftigtendaten geeignet ist. Auch die vorgetäuschte bzw. vermeintliche Videobeobachtung, etwa mit Kameraattrappen, ist nur unter Wahrung der Voraussetzungen zulässig. Nach § 32f Abs. 1 BDSG-E ist die Videoüberwachung zunächst nur in den sieben genannten Fällen zulässig. Dabei handelt es sich um abschließend aufgezählte Zwecke, zu deren Verfolgung der Arbeitgeber eine Videoüberwachung einsetzen kann. In der Begründung zu § 32f Abs. 1 BDSG-E werden diese sieben Fälle als „wichtige betriebliche Interessen“ bezeichnet. Unklar ist, weshalb in Abs. 1 nach der Aufzählung der Fälle erneut von „wichtigen betrieblichen Interessen“ die Rede ist. Dadurch entsteht der Eindruck, dass es sich um zwei eigenständige Voraussetzungen handelt. Zur Klarstellung könnte der Wortlaut wie folgt geändert werden: N1. 1 – Nr. 7 ... „soweit sie zur Wahrung dieser wichtigen betrieblichen Interessen erforderlich ist...“. Alternativ ließe sich die Satzstruktur an § 32g Abs. 1 angleichen.

Nach Abs. 2 des § 32f BDSG-E ist eine Videoüberwachung von den Teilen der Betriebsstätten, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Beschäftigten dienen, unzulässig. Dies gilt insbesondere für Sanitär-, Umkleide- und Schlafräume. Nach der Gesetzesbegründung zählt ein Raucherzimmer, das von einer Vielzahl von Beschäftigten genutzt werden kann, nicht zu den von der Vorschrift erfassten Räumen, da es insofern an der Vergleichbarkeit mit einem individuellen Rückzugsraum eines Beschäftigten mangelt. Der Wortlaut des § 32f Abs. 2 Satz 1 BDSG-E geht jedoch weiter. Ein „Raucherzimmer“ dient nicht der Arbeitstätigkeit und somit überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Beschäftigten. Das gleiche gilt für Küchen und ähnliche Räume, die Mitarbeiter in Arbeitspausen nutzen können. Diese dienen nicht der Arbeitstätigkeit und somit der privaten Lebensgestaltung. Wenn es von dem Gesetzgeber gewollt ist, Teeküchen und Pausenräume von dem Verbot der Videoüberwachung auszunehmen, wäre eine Klarstellung wünschenswert. Es könnte folgender Satz als § 32f Abs. 3 Satz 3 ergänzt werden: „Nicht von § 32f Abs. 2 Satz 1 BDSG-E erfasst sind Räume, die für den Aufenthalt in Arbeitspausen für mehr als eine Person zur Verfügung gestellt werden.“

Nach Abs. 3 sind die erhobenen Daten zu löschen, sobald sie zur Erreichung des Speicherungszwecks nicht mehr erforderlich sind. In der Begründung wird ausdrücklich

klargestellt, dass auch eine spätere arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung noch zum Zweck der Speicherung gehören kann. Aus Arbeitgebersicht ist dieser Gewinn an Rechtssicherheit zu begrüßen. Die Signalwirkung wäre aber ungleich größer, wenn dies in der Vorschrift selbst klargestellt würde.

13. § 32g BDSG-E: Ortungssysteme

§ 32g BDSG-E enthält eine Regelung zur Zulässigkeit des Einsatzes von Ortungssystemen. § 32g Abs. 1 Satz 1 BDSG-E definiert zwei Zwecke, unter denen ein Einsatz von Ortungssystemen zulässig sein kann. Ein Ortungssystem muss erforderlich sein, um die Sicherheit des Beschäftigten zu gewährleisten, oder zur Koordination des Einsatzes des Beschäftigten. Nicht genannt ist die Überwachung des Mitarbeiters zur Aufklärung von Straftaten oder schweren Pflichtverletzungen. Das führt dazu, dass ein Ortungssystem auch dann nicht zur Aufklärung der Sachlage eingesetzt werden kann, wenn Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, die den Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde.

Nach § 32g Abs. 2 BDSG-E darf der Arbeitgeber jedoch Ortungssysteme auch zum Schutz beweglicher Sachen einsetzen. Voraussetzung ist aber, dass eine Ortung des Beschäftigten nicht erfolgt, solange der Beschäftigte die bewegliche Sache erlaubterweise nutzt oder diese sich erlaubterweise in seiner Obhut befindet. Zu einer Mitarbeiterüberwachung kommt es somit nur, wenn es um ein Eigentumsdelikt bezüglich einer beweglichen Sache geht, die nach Mitteilung des Beschäftigten von ihm nicht erlaubterweise genutzt oder aufbewahrt wird. In diesen Fällen können durch das Ortungssystem im Ergebnis auch Mitarbeiterdaten erhoben werden, wenn der Mitarbeiter z. B. eine bewegliche Sache als abhandengekommen gemeldet hat, sie tatsächlich aber noch besitzt. Daraus folgt, dass bewegliche Sachen zum Eigentumsschutz mit einem Ortungssystem versehen werden dürfen, der Arbeitgeber dieses System zur Mitarbeiterüberwachung aber nicht einsetzen kann, solange das Gerät von dem Mitarbeiter erlaubterweise genutzt oder besessen wird. Dies Ergebnis ist interessengerecht.

14. § 32h BDSG-E: Biometrische Verfahren

Nach § 32h BDSG-E darf der Arbeitgeber biometrische Merkmale eines Beschäftigten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies aus betrieblichen Gründen zu Autorisierungs- und Authentifikationszwecken erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung überwiegen. Eine Legaldefinition des Begriffs „biometrische Merkmale“ fehlt; hier wäre eine Ergänzung in § 3 wünschenswert gewesen. Zu den biometrischen Merkmalen zählen – wie es sich aus § 32h Abs. 1 Satz 2 BDSG-E ergibt – auch Lichtbilder. Diese dürfen auch zu anderen Zwecken erhoben, verarbeitet und genutzt werden, soweit der Beschäftigte eingewilligt hat. Dieser Wortlaut ist sehr weitgehend. Er führt dazu, dass jede Erhebung und Verwendung eines Lichtbildes eines Beschäftigten nur noch mit dessen Einwilligung zulässig ist. Dies muss dann auch gelten für Werkszeitungen oder andere unternehmensinterne Mitarbeiterpublikationen, die typischerweise (Gruppen-) Fotos von Weihnachtsfeiern, Betriebsausflügen oder Kundenveran-

staltungen enthalten. Ein Abdruck eines Fotos, das einen Mitarbeiter zeigt, wird demnach nur noch mit Einwilligung möglich sein. Es wird empfohlen, zu prüfen, ob dieses Ergebnis gewollt ist.

Fotos von Mitarbeitern spielen darüber hinaus eine Rolle in der Darstellung des Unternehmens nach außen. In vielen Fällen werden Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse haben, beim Vertrieb ihrer Produkte und Dienstleistungen die Fotos von Ansprechpartnern oder Mitarbeitern, die die zu vertreibende Dienstleistung erbringen, zu veröffentlichen. Die Bekanntheit eines Gesichtes kann für den Vertrieb sehr förderlich sein. Wird eine Person mit Foto vorgestellt, erweckt sie das Interesse des Lesers oder Betrachters in sehr viel höherem Maße. Die Hemmschwelle zur Kontaktaufnahme wird herabgesetzt und auf Veranstaltungen, an denen der Mitarbeiter teilnimmt, wird eine Ansprache durch die Chance des Wiedererkennens erst ermöglicht. Nach dem Wortlaut des § 32h Abs. 1 Satz 2 BDSG-E gilt künftig auch für diese Fälle, dass ein Mitarbeiter die Nutzung eines Fotos verhindern kann, indem er nicht einwilligt. Insofern wäre ebenfalls zu prüfen, ob dieses Ergebnis der Intention des Gesetzgebers entspricht.

15. § 32i BDSG-E: Nutzung von Telekommunikationsdiensten

- a. § 32i BDSG-E regelt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten, die bei der Verwendung von Telekommunikationsdiensten anfallen. Befugnisse dieser Art stehen dem Arbeitgeber aber nur zu, sofern die Inanspruchnahme der Telekommunikationsdienste dem Beschäftigten ausschließlich zu dienstlichen Zwecken gestattet ist.
- b. In den vier Absätzen des § 32i BDSG-E wird zwischen Verkehrsdaten, also solchen Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (Abs. 1), und Inhaltsdaten (Abs. 2-3) sowie zwischen laufenden Telekommunikationsvorgängen (Abs. 2-3) und der abgeschlossenen Telekommunikation (Abs. 4) unterschieden. Bezüglich der Inhalte der laufenden Telekommunikation wird differenziert zwischen den Inhalten bei Telefondiensten (Dienst für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen; Abs. 2) und einer Regelung zu den Inhalten im Rahmen der laufenden Telekommunikation für sonstige Telekommunikationsdienste (z. B. E-Mail Kommunikation; Abs. 3).

Die Regelung bietet damit für die Praxis klar abgegrenzte Rechtsgrundlagen. Lediglich bezüglich der Frage, wann der Telekommunikationsvorgang abgeschlossen ist, und damit für die Einschlägigkeit des Abs. 4 besteht noch keine abschließende Klarheit. Als Beendigungszeitpunkt für den Telekommunikationsvorgang könnte betrachtet werden

- der Eingang einer E-Mail (Abrufbarkeit vom Arbeitsplatz aus) oder
- die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme und Verfügung über die Nachricht durch den Empfänger oder
- der Zeitpunkt, an dem in Anlehnung an die zivilrechtliche Beurteilung des Zugangs einer Willenserklärung unter Berücksichtigung der individuellen technischen Bedingungen die E-Mail so in den Bereich des Empfängers gelangt ist,

dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, von dem Inhalt der E-Mail Kenntnis zu nehmen.

Da die Gesetzesbegründung als Beispiel für eine zulässige Erhebung von Daten nach Abschluss des Kommunikationsvorgangs den Fall einer Erkrankung eines Beschäftigten nennt, kann es für den Abschluss eines Telekommunikationsvorgangs nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf eine tatsächliche Kenntnisnahme ankommen. Im Sinne der Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn klar gestellt würde, ob auf den Zugang oder den Eingang der E-Mail abzustellen ist. Die Frage stellt sich z. B., wenn E-Mails an einem für den Beschäftigten arbeitsfreien Sonntag eingehen.

- c. Bezüglich der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Verbindungsdaten enthält § 32i Abs. 1 BDSG-E im Rahmen der ausschließlich dienstlichen Nutzung eine Rechtsgrundlage für die aus Arbeitgebersicht praktisch relevanten Fälle. Es wird insbesondere dem Arbeitgeberinteresse dadurch Rechnung getragen, dass er durch stichproben- oder anlassbezogene Kontrollen eine unerlaubte private Nutzung aufdecken kann. Die Interessen der Beschäftigten sind ebenfalls dadurch gewahrt, dass es keine kontinuierliche Überwachung geben darf und keine schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten an den Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen dürfen. Vorgesehen ist zudem eine Unterrichtung des Betroffenen, sobald der Zweck der Verarbeitung und Nutzung durch die Unterrichtung nicht mehr gefährdet wird.
- d. Das Bedürfnis eines Arbeitgebers zur Überwachung der Inhalte laufender Telekommunikationsvorgänge ist begrenzt. Dies gilt insbesondere, wenn man den Telekommunikationsvorgang mit Eingang einer Nachricht für abgeschlossen hält.

Geht es um die Inhalte der ausschließlich dienstlichen Telekommunikation unterscheidet der Gesetzgeber zwischen einer Regelung für Telefondienste (Abs. 2) und sonstige Telekommunikationsdienste (Abs. 3), wobei es in beiden Regelungen um laufende Telekommunikationsvorgänge geht.

In Bezug auf Telefondienste ist es angemessen, den Telekommunikationspartner über eine Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung im laufenden Telekommunikationsvorgang zu informieren und seine Einwilligung einzuholen. Daneben ist die Einwilligung des jeweiligen Kommunikationspartners erforderlich. Die Einwilligung des Kommunikationspartners einzuholen dürfte in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Nach der Begründung liegt die Einwilligung des Gesprächspartners vor, wenn dieser das Telefonat nach Unterrichtung fortsetzt. Das kann an sich nur bedeuten, dass auch der Beschäftigte am Telefon die Einwilligung seines Gesprächspartners einholen können muss. Ob eine einmal erklärte pauschale Einwilligung des Gesprächspartners möglich ist, ist angesichts der Formulierung „im Einzelfall vorher darüber informiert ... und eingewilligt haben“ fraglich. Lediglich bei Telefondiensten, bei denen die telefonische Dienstleistung wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung ist, darf der Arbeitgeber Inhalte dieser Nutzung ohne Kenntnis des Beschäftigten im Einzelfall zu einer stichprobenartigen und anlassbezogenen Verhaltens- oder Leistungskontrolle erheben, verarbeiten oder nutzen, wenn der Beschäftigte in geeigneter Weise vorab informiert ist, dass er in einem eingegrenzten Zeitraum mit der Kontrolle zu rechnen hat.

In sogenannten Call-Centern ist damit eine die Interessen von Arbeitgebern und Beschäftigten berücksichtigende Regelung geschaffen, die zu Schulungs- und Überwachungszwecken eine ausreichende Datenerhebung, Verarbeitung und Nutzung ermöglicht. Auch in diesen Fällen muss jedoch der Kommunikationspartner zuvor über die Möglichkeit einer Datenerhebung informiert worden sein und eingewilligt haben. Ist die Nutzung von Telefondiensten durch den Beschäftigten jedoch – wie in den meisten Fällen – nur ein untergeordneter Teil seiner Arbeitstätigkeit, ist für das Mithören der Telekommunikation durch den Arbeitgeber stets die Einwilligung des Beschäftigten erforderlich. Man wird arbeitsrechtlich davon ausgehen können, dass, z. B. im Rahmen von Telefonkonferenzen, die auf Seiten des Arbeitgebers hierarchieebenenübergreifend besetzt sind, Arbeitnehmer verpflichtet sind, entsprechende Einwilligungen zu geben. Klarer wäre die Rechtslage, wenn insofern auf das Erfordernis der Einwilligung beim im konkreten Einzelfall informierten Arbeitnehmer verzichtet oder jedenfalls geregelt würde, dass der Beschäftigte im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen diese Einwilligung erteilen kann.

Zu den Inhalten der ausschließlich dienstlichen Telekommunikation mit anderen Diensten als dem Telefon regelt Abs. 3 für den laufenden Telekommunikationsvorgang dem Abs. 1 entsprechende Erhebungs-, Verarbeitungs- und Nutzungsmöglichkeiten. Er stellt ausdrücklich klar, dass, soweit es für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers z. B. wegen Versetzung oder Abwesenheit des Mitarbeiters erforderlich ist, der Arbeitgeber innerhalb der laufenden Telekommunikation Inhalte erheben und verarbeiten darf. Soll die Überwachung ohne Kenntnis des Beschäftigten erfolgen, gelten folgerichtig die Regelungen des § 32e BDSG-E. Nach entsprechender Unterrichtung des Beschäftigten besteht somit eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von „Spamfiltern“, Firewalls und Ähnlichem.

Der Entwurf enthält keine Regelung für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Inhaltsdaten im Rahmen der laufenden Telekommunikation bei erlaubter privater Nutzung, was zu bedauern ist. Dies dürfte dem Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG) geschuldet sein, geht jedoch an der gelebten Wirklichkeit in den meisten Betrieben vorbei, denn der Großteil der Arbeitgeber dürfte die private Nutzung zumindest stillschweigend billigen. Wird durch Datensicherheitsmaßnahmen wie etwa den Einsatz von Spamfiltern in den laufenden Telekommunikationsvorgang eingegriffen, indem private E-Mails umgeleitet oder gelöscht werden, besteht dazu keine Rechtsgrundlage. Das gleiche gilt für die Weiterleitung von E-Mails im Vertretungsfall. In der Vergangenheit haben Arbeitgeber mit Betriebsvereinbarungen oder Einwilligungserklärungen der Beschäftigten die Rechtmäßigkeit der Datensicherheitsmaßnahmen oder der Weiterleitung an Kollegen herstellen können. Beide Instrumente sind den Arbeitgebern durch § 32I Abs. 1 und 5 BDSG-E genommen. Es wird deshalb vorgeschlagen, für den Fall der erlaubten Privatnutzung eine Einwilligungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer vorzusehen. Bzgl. der Freiwilligkeit der Einwilligung werden in der Regel keine Zweifel bestehen, da kein Beschäftigter auf die private Nutzung der Telekommunikationsdienste angewiesen ist. Ein Zwang, einwilligen zu müssen, kann somit nicht entstehen, und der Schutzzweck des § 32I Abs. 1 BDSG-E würde nicht gefährdet.

- e. Ist der Telekommunikationsvorgang abgeschlossen, ist die Rechtslage klarer. Nach Abs. 4 gelten die §§ 32c und d BDSG-E (s. o.). Nach Abschluss der Telekommunikation ist eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von privaten Inhaltsdaten zulässig, wenn dies zur Durchführung des ordnungsgemäßen Dienst- und Geschäftsbetriebes unerlässlich ist und der Beschäftigte hierauf schriftlich hingewiesen wurde. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber – wie die Begründung klarstellt – bei Abwesenheit des Beschäftigten nach schriftlichem Hinweis private E-Mails soweit zur Kenntnis nehmen darf, als dies erforderlich ist, um sie als private E-Mails zu erkennen. Es ist sehr zu begrüßen, dass damit zumindest für die Zeit nach Abschluss des Telekommunikationsvorganges Rechtsklarheit herbeigeführt wird.

- f. Es ist zu bedauern, dass der Gesetzesentwurf keine klarstellende Regelung zu Fragen der Beweisverwertung enthält.

* * *