

**Stellungnahme**  
**der Bundesrechtsanwaltskammer**  
**zum**  
**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigten-**  
**datenschutzes**

erarbeitet durch den  
**Ausschuss Datenschutzrecht**  
der Bundesrechtsanwaltskammer

**Mitglieder:**

- RA Klaus **Brisch**, LL.M., Vorsitzender  
RA Prof. Dr. Armin **Herb**  
RA Dr. Hans **Klees**  
RA Stephan **Kopp**  
RA Jörg Martin **Mathis**  
RA Dr. Hendrik **Schöttle**  
RA Dr. Ralph **Wagner**, LL.M., *Berichterstatter*  
RAin Friederike **Lummel**, BRAK Berlin

---

März 2011  
BRAK-Stellungnahme-Nr. 23/2011

Im Internet unter [www.brak.de](http://www.brak.de)

**Verteiler:**

Europäische Kommission

Bundesministerium der Justiz

Bundesministerium des Inneren

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Innenausschuss des Deutschen Bundestages (BT)

Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages (BT)

Ausschuss für Wirtschaft und Technologie (BT)

Ausschuss für Arbeit und Soziales (BT)

Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BT)

Ausschuss für Kultur und Medien (BT)

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Wirtschaftsprüferkammer

Deutscher Notarverein

Deutscher Anwaltverein

Deutscher Steuerberaterverband

Deutscher Richterbund

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift/NJW

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 156.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes wurde in der Öffentlichkeit und in der Fachliteratur bereits intensiv diskutiert. Die bereits existierenden Stellungnahmen betreffen teils den Gesamtentwurf, teils einzelne Regelungsbereiche. So hat sich die BRAK bereits mit der Stellungnahme-Nr. 36/2010 zum Regierungsentwurf geäußert und dort insbesondere aus der Perspektive des Arbeitsrechts Kritikpunkte herausgearbeitet.

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich deshalb darauf, die vom Ausschuss Datenschutzrecht vertretene Auffassung, wonach der Entwurf einer grundlegenden Prüfung und Überarbeitung bedarf, an konkreten, in der bisherigen Diskussion wenig bzw. nicht erwähnten Beispielen zu belegen:

1. § 32 Abs. 3 – Frage nach Schwerbehinderung

Nach § 32 Abs. 3 des Entwurfs ist geplant, dem Arbeitgeber jede Erhebung darüber zu versagen, „ob eine Schwerbehinderung oder Gleichstellung mit einer Schwerbehinderung nach § 68 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch vorliegt“. Die Begründung des Regierungsentwurfes deutet an, dass mit dem Regelungsvorschlag verbundene Probleme teilweise gesehen, teilweise aber auch völlig verkannt wurden:

- (1) Festzuhalten ist vorab, dass im BDSG nur Themen der informationellen Selbstbestimmung zu regeln sind. Diskriminierungsschutz wird anderweitig (durch das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz) behandelt und gewährleistet (aus der Rechtsprechung z. B. BAG Urteil vom 17.12.2009, 8 AZR 670/08).
- (2) Auch ohne die Regelung in § 32 Abs. 2 des Entwurfs wäre die Frage des Arbeitgebers nach vorliegender Schwerbehinderung datenschutzrechtlich nur zulässig, wenn dies „für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist“ (derzeit § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG).

Es ist nicht erkennbar, weshalb diese bisher geltenden Grundsätze verändert werden müssten.

Im Gegenteil droht durch das pauschale Erhebungsverbot offenbar ein erhebliches Problem bei der Gesetzesanwendung in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber ein legitimes Interesse daran besitzt, Kenntnisse über bestehende Schwerbehinderungen zu erlangen, z. B. weil diese mit den in Aussicht genommenen Arbeitsaufgaben unvereinbar sind.

- (3) In der Regierungsbegründung zu § 32 Abs. 3 des Gesetzentwurfs wird ausgeführt, die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Fragen nach Schwerbehinderung zulassend) sei durch die Richtlinie 2000/78/EG, das Neunte Buch Sozialgesetzbuch und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz überholt. Dies ist falsch. Durch die genannten Rechtsnormen wird eindeutig nur die Diskriminierung / Benachteiligung wegen Schwerbehinderung untersagt, nicht jedoch eine sachlich gebotene Differenzierung, ebenso wenig auch eine Bevorzugung.
- (4) Die Entwurfsverfasser haben bemerkt, dass die in § 32 Abs. 3 vorgesehene Regelung mit der gesetzlichen Verpflichtung des Arbeitgebers kollidiert, Schwerbehinderte und Gleichgestellte zu fördern (z. B. Beschäftigungspflicht gemäß § 71 SGB IX, bei öffentlichen Arbeitgebern Einladungspflicht zum Vorstellungsgespräch gemäß § 82 Satz 2 SGB IX). Völlig praxisfern ist jedoch der in der Regierungsbegründung unterbreitete Lösungsvorschlag, die Arbeitgeber könnten „einen entsprechenden Hinweis in der Stellenausschreibung“ erteilen und es „den Bewerbern überlassen, ob sie dieses Datum offenlegen“.
  - a) Äußerst befremdlich und auch rechtsstaatlich fragwürdig ist es bereits, dem Arbeitgeber eine (durch die Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX auch sanktionierte) Beschäftigungspflicht für Schwerbehinderte aufzuerlegen und gleichzeitig die Frage des Arbeitgebers nach Schwerbehinderung vollständig zu verbieten. Mit anderen Worten: Der Arbeitgeber muss Schwerbehinderte beschäftigen, darf aber nicht versuchen herauszufinden, ob jemand schwerbehindert ist.
  - b) Der Lösungsvorschlag der Gesetzesbegründung übersieht auch, dass vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung seit Jahrzehnten dem Bewerber / Arbeitnehmer ein „Recht zur Lüge“ auf solche Fragen eingeräumt wird, die der Arbeitgeber nicht stellen darf. Wollte der Arbeitgeber bisher einen für Schwerbehinderte geeigneten Ar-

beitsplatz besetzen und damit seiner Pflicht aus § 71 SGB IX genügen, durfte er die Schwerbehinderung erfragen und sich auf die Auskunft des Bewerbers verlassen. Künftig dürften nicht schwerbehinderte Bewerber wahrheitswidrig antworten. Die Stelle würde dann mit dem (tatsächlich nicht schwerbehinderten) Bewerber besetzt und der Arbeitgeber zur Zahlung der Ausgleichsabgabe nach § 77 SGB IX herangezogen. Der Arbeitgeber hätte auch keine Möglichkeit, das wegen der falschen Auskunft des Bewerbers zustande gekommene Arbeitsverhältnis zu kündigen oder den Arbeitsvertrag anzufechten.

## 2. § 32 Abs. 6 Satz 2 und 3 – Recherchen zum Bewerber

In § 32 Abs. 6 Satz 2 des Entwurfs wird die Befugnis des Arbeitgebers eingeschränkt, sich über den Bewerber aus allgemein zugänglichen Daten zu informieren. Die Nutzung dieser Quellen (z. B. Zeitung, Internet, Telefonbuch) soll verboten sein, wenn

- „das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung das berechnigte Interesse des Arbeitgebers überwiegt“ oder
- „der Arbeitgeber dem Beschäftigten“ nicht „vor der Erhebung hierauf hingewiesen hat“.

Diese Regelungen sind praxisfern und nicht umsetzbar. Im Einzelnen:

- (1) Es gehört zur Lebensnormalität und entspricht allgemeiner Erwartung (auch von Bewerbern), dass sich Arbeitgeber vor Abschluss eines Arbeitsvertrages (als Vereinbarung mit erheblichen sozialen und wirtschaftlichen Pflichten) zumindest aus allgemein zugänglichen Quellen unterrichten und auch unterrichten dürfen.

Die im Entwurf vorgesehene Verpflichtung für den Arbeitgeber, auf diese Nutzung allgemein zugänglicher Daten vorab hinzuweisen, ist überflüssig, ressourcenvergeudend und konfliktrüchtig:

- Der Hinweis informiert die Bewerber über eine Tatsache, die von fast allen Bewerbern ohnehin als selbstverständlich vorausgesetzt und akzeptiert wird.

- Der Hinweis würde in der Praxis durchaus nennenswerten Aufwand verursachen, da seine Erteilung im Streitfall nachgewiesen werden muss. Die in der Gesetzesbegründung vorgeschlagene Aufnahme entsprechender Hinweise in Stelleninserate führt zu floskelhaften Belehrungen, die in jüngster Zeit z. B. in Verbraucherschutzregelungen, aber auch im Datenschutz zunehmen. Die Gesetzesbegründung verweist ergänzend auf die Benachrichtigungspflicht des Arbeitsgebers bei Speicherung der erhobenen Daten. Ein Inseratstext könnte dann beispielhaft lauten: „Wir möchten ab ... die Stelle ... besetzen. Wir weisen darauf hin, dass wir uns die Erhebung allgemein zugänglicher Daten über Bewerber vorbehalten (§ 32 Abs. 6 Satz 2 BDSG) und diese Daten elektronisch oder in Papierform speichern (§ 33 BDSG).“

Die Reaktion betroffener Bewerber auf derartig floskelhafte und nichtssagende Texte ist völlig vorhersehbar. Bereits jetzt werden Datenschutzhinweise, Widerrufsbelehrungen etc. praktisch nie zur Kenntnis genommen.

- Völlig unklar sind die Konsequenzen eines unterbliebenen Hinweises. Hat z. B. der Arbeitgeber nach Bewerbungseingang eine Internetmeldung gefunden, die über fristlose Kündigung des jetzigen Bewerbers im vorigen Arbeitsverhältnis berichtet, entschließt er sich womöglich gegen die Einstellung des Bewerbers. Gleiches wäre jedoch bei erfolgtem Hinweis geschehen. Irgendein durch die Hinweispflicht vermeidbarer Schaden für den Bewerber ist nicht erkennbar.
- Darüber hinaus liegt auf der Hand, dass es gerade bei allgemein zugänglichen Quellen fast unmöglich ist, überhaupt zu ermitteln, ob der Arbeitgeber diese Quellen genutzt hat. (Diese Auffassung teilt auch der Bundesdatenschutzbeauftragte, ohne allerdings dadurch den Normzweck gefährdet zu sehen: „Ich bin da realistisch. Man wird das nicht ganz ausschließen können. Aber es macht doch einen Unterschied, ob man es gesetzlich ausdrücklich erlaubt.“ Peter Schaar, Neues Deutschland vom 07.07.2010.)

- (2) Für die Frage, wann „schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung gegenüber dem berechtigten Interesse des Arbeitsgebers überwiegen“ wird in der Regierungsbegründung darauf verwiesen, „wie alt die Veröffentlichung der Daten im Internet ist, in welchem

Kontext sie erfolgte und ob der Beschäftigte nach den erkennbaren Umständen noch die Herrschaft über die Veröffentlichung hat“. Bei der Abwägung sei „auch zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber durch die Erhebung der Daten ... gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen desjenigen, der die Informationen ... zur Verfügung stellt, verstoßen würde“.

Dies bedeutet, dass künftig von Rechtswegen z. B. darüber zu befinden ist, wie alte Informationen der Arbeitgeber erheben und berücksichtigen darf. Derart weitgehende Einschränkungen der Informations- und Vertragsabschlussfreiheit sind rechtstaatlich und verfassungsrechtlich inakzeptabel. Überdies könnte der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Datenerhebung praktisch keine zuverlässige Prognose darüber anstellen, ob ein Gericht sein Handeln später als rechtmäßig einstufen wird.

- (3) Die in § 32 Abs. 6 Satz 3 vorgesehene Kategorisierung sozialer Netzwerke danach, ob sie „zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind“ oder sonst „der elektronischen Kommunikation dienen“ ist schemenhaft, in ihren Ergebnissen unsicher und deshalb nicht überzeugend. Ob und inwieweit „soziale Netzwerke ... zur Darstellung der beruflichen Qualifikation ihrer Mitglieder bestimmt sind“ befindet sich für einzelne Netzwerke häufig im Fluss und wird auch von deren Mitgliedern sehr verschieden beurteilt. Beispielsweise können Personen sich an Alumni-Netzwerken beteiligen, um Arbeits- und Karrieremöglichkeiten zu finden. Ebenso gut kann aber Motiv der Eintragung sein, mit früheren Kommilitonen etc. in persönlichem Kontakt zu bleiben.

Die Wirkung derart praxisferner und nicht umsetzbarer Normen liegt auf der Hand: Das Datenschutzrecht würde (gerade auch für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes und im Bewerbungsverfahren) als undurchführbar von vornherein verrufen, allenfalls (durch floskelhafte Vermerke in Stelleninseraten) formal befolgt. Die Rechtskultur wird durch derartigen Abstand zwischen gesetzlichen Vorgaben und common sense nachhaltig beschädigt.

### 3. § 32 i Entwurf – Fristenkontrolle und Archivierung eingehender Emails

§ 32 i des Entwurfs betrifft in Absätzen 1, 3 und 4 (u. a.) den Umgang mit Emails, die der Beschäftigte (bei ausschließlich zulässiger dienstlicher Nutzung) empfängt oder versendet.

- (1) In der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 32 i Abs. 4 wird ausgeführt, die gesonderte Regelung für den laufenden und den abgeschlossenen TK-Vorgang (Abs. 1 bis 3 bzw. Abs. 4) sei wegen der gesetzlichen Definition des Telekommunikationsvorgangs in § 3 Nr. 22 TKG erforderlich. Dies überzeugt nicht, solange sachliche Gründe für eine Differenzierung zwischen dem laufenden und dem abgeschlossenen Telekommunikationsvorgang fehlen. Derartige Sachgründe werden unter Aspekten des Beschäftigtendatenschutzes in der Begründung des Gesetzentwurfs weder mitgeteilt, noch sind sie sonst ersichtlich. Während und nach dem Telekommunikationsvorgang ist der Umgang mit Inhalten und Verbindungsdaten gleichermaßen regelungsbedürftig.

Durch die sachlich nicht gerechtfertigte differenzierte Behandlung leidet – einmal mehr – die Übersichtlichkeit und Anwendbarkeit der geplanten Regelung.

- (2) Die unter (1) kritisierte Differenzierung würde in der Praxis bei geringfügig modifizierten technischen Abläufen unterschiedliche Rechtsfolgen zeitigen:
- Werden eingehende Emails vor Zustellung an den Adressaten automatisch dupliziert zwecks Ablage des Duplikats (revisionssichere Archivierung), wäre § 32 i Abs. 3 anwendbar.
  - Erfolgt die Kopie und zentrale Archivierung nach Zustellung im Postfach des Adressaten / Beschäftigten, fände § 32 i Abs. 4 Anwendung.

Die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers wie des Beschäftigten sind jedoch in beiden Fällen identisch.

- (3) In zahlreichen Stellen (auch, jedoch nicht nur in Anwaltskanzleien) ist es unternehmerisch und auch rechtlich zwingend erforderlich, eingehende Korrespondenz vollständig und zuverlässig daraufhin zu prüfen, ob (ggf. welche) Fristen in Gang gesetzt werden. (Beispiel: Die per Email übersandten Mandatsunterlagen enthalten einen Steuerbescheid oder eine erstinstanzliche Gerichtsentscheidung, für die Einspruchsfristen bzw. Berufungsfristen laufen.)

Nach dem Regierungsentwurf wäre die Duplizierung derartiger Emails (zwecks Weiterleitung zur zentralen Fristenkontrolle) vor Zustellung in das



Empfängerpostfach gemäß § 32 i Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 und 3 unzulässig, weil sie

- weder „zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit (Nr. 1),
- noch „zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle“ (Nr. 3)

erforderlich ist.

Eine Duplizierung der Email nach Zustellung im Postfach des Adressaten / Beschäftigten würde sich nach § 32 i Abs. 4 i. V. m. §§ 32 c und 32 d des Entwurfs beurteilen. Eine derartige (späte) Duplizierung ist technisch deutlich störanfälliger und genügt schon deshalb nicht – den rechtlich schützenswerten – Interessen des Arbeitgebers. Darüber hinaus sind die Erlaubnistatbestände der §§ 32 c und 32 d des Entwurfs wohl nicht einschlägig; auch bei Späterduplizierung wäre die (notwendig: vollständige) Verarbeitung der Email unzulässig.

- (4) Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Regelungen des § 32 i ohne sachlich einleuchtende Gründe dazu führen, (ausschließlich dienstliche!) Emails bei der Verarbeitung strengeren Kriterien zu unterwerfen, als sie z. B. für die Verarbeitung traditioneller Briefe gelten. (Postalische Korrespondenz mit dienstlichen Inhalten kann ohne Weiteres vollständig vom Arbeitgeber eingesehen, verarbeitet und archiviert werden.)

Die aufgeführten Beispiele belegen – wie zahlreiche in der Öffentlichkeit bereits diskutierte weitere Punkte – ein äußerst ungünstiges Gesamturteil:

Der Gesetzentwurf ist in seiner komplizierten Regelungstechnik praxisuntauglich und für die Regelung alltäglicher Massenvorgänge unbrauchbar. Dazu tragen

- die Verweisteknik mit zahlreichen Kettenverweisungen und
- massenhaft angeordnete Abwägungsvorgänge mit schwer prognostizierbaren Abwägungsergebnissen

bei.

Die beabsichtigten Regelungen erzeugen unnötigen Aufwand und beschädigen effektive Datenschutzbestrebungen, indem sie (wie z. B. im Bewerbungsverfahren)

Abläufe vorschreiben, die sich jeder Überwachung (damit Normumsetzung) entziehen. Zudem stehen die beabsichtigten Regelungen teils in erheblichem Widerspruch zu faktischen und rechtlichen Zwängen der Beteiligten (z. B. bei der Schwerbehindertenförderung oder zur anwaltlichen Verpflichtung zur Fristenkontrolle).

\*\*\*