

Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
18(4)813



Vorab per E-Mail: ansgar.heveling@bundestag.de

Herrn
Ansgar Heveling MdB
Vorsitzender
Innenausschuss des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Arbeits- und Tarifrecht

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

T +49 30 2033-1200
F +49 30 2033-1205

14. März 2017

0910-1703-012/Bal

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

am 9. März 2017 hat der Bundestag den Gesetzentwurf zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung in erster Lesung beraten. Der Innenausschuss wird sich voraussichtlich am 26. April 2017 hiermit befassen. Wir begrüßen sehr, dass die Anpassung des deutschen Rechts an die europäischen Vorgaben zeitnah abgeschlossen werden soll.

Die vorgesehene Neufassung des Bundesdatenschutzgesetzes hat allerdings Auswirkungen auf den Beschäftigtendatenschutz. Insbesondere die in § 26 Absatz 2 BDSG-neu aufgeführten Vorgaben zur Einwilligung halten wir für missglückt. Sie können die Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis in Frage stellen. Eine Beschränkung der Möglichkeit, in den Gebrauch der eigenen Daten einzuwilligen, widerspricht dem Geist der Datenschutz-Grundverordnung. Der Beschäftigte muss „Herr über seine Daten“ bleiben. Zudem ist die Vorgabe, dass die Einwilligung grundsätzlich in Schriftform zu erfolgen hat, in Zeiten digitaler Kommunikation nicht angemessen.

Kritisch sehen wir besonders auch die Ausweitung des Beschäftigtenbegriffs um Leiharbeitnehmer. Leiharbeitnehmer sind bereits durch die allgemeinen Vorgaben geschützt.

Anliegend übersenden wir Ihnen unsere Stellungnahme, in der wir diese sowie weitere Aspekte näher ausgeführt haben, die einer Änderung bedürfen. Wir bitten Sie, diese Stellungnahme den Mitgliedern des Ausschusses zukommen zu lassen.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Prinz

Eva Barlage-Melber

BDA | Bundesvereinigung der
Deutschen Arbeitgeberverbände

Mitglied von BUSINESSEUROPE

Hausadresse:
Breite Straße 29 | 10178 Berlin

Briefadresse:
11054 Berlin

www.arbeitgeber.de

Beschäftigtendatenschutz vernünftig anpassen

Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Datenschutz-Grundverordnung – Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU

2. März 2017

Zusammenfassung

Mit der Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung hat die Europäische Union einen wichtigen Schritt hin zu einem einheitlichen Datenschutzrecht in Europa gemacht. Die BDA hat diesen Grundansatz begrüßt, da durch den europäischen Binnenmarkt die grenzüberschreitende Tätigkeit von Unternehmen täglich gelebte Realität ist. Einheitliche europäische Regelungen zum Datenschutz können dazu beitragen, dass grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten unbürokratisch durchgeführt werden können. Von den in der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Öffnungsklauseln für mitgliedstaatliche Regelungen sollte deshalb nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.

Der Beschäftigtendatenschutz bedarf vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen einer grundlegenden Reform. Themen wie „Big-Data-Anwendungen“ oder die Einordnung des Arbeitgebers als Telekommunikationsanbieter müssen stärker in das Blickfeld genommen werden. Gleichzeitig ist es wichtig, dass der Prozess der Anpassung des nationalen Rechts an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung zügig abgeschlossen wird, damit die Unternehmen schnell Rechtsklarheit erlangen, um innerhalb der kurzen Übergangsfrist bis zum 25. Mai 2018 ihre internen Prozesse an die komplexen Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung sowie des nationalen Rechts anpassen zu können.

Deshalb setzt die BDA sich dafür ein, die gegenwärtige Rechtslage zum Beschäftigtendatenschutz, wie sie insbesondere durch § 32 und § 3 Abs. 11 BDSG widergespiegelt wird, im Rahmen eines ersten Umsetzungsschritts beizubehalten.

Die Vorteile der Datenschutz-Grundverordnung dürfen nicht dadurch zunichte gemacht werden, dass die dort vorgesehenen Öffnungsklauseln dafür genutzt werden, auf nationaler Ebene komplizierte, rechtsunsichere und überflüssige Regelungen im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes einzuführen.

Das gilt insbesondere für die im Gesetzentwurf vorgesehenen Vorgaben zur Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis. Der Gesetzentwurf gewichtet im Hinblick auf die Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis nicht ausreichend, dass mit der Erteilung einer Einwilligung die betroffene Person ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ausübt und nicht etwa auf dieses Grundrecht verzichtet. Die Vorgaben der Grundverordnung zur Einwilligung führen zu einem angemessenen Schutzniveau. Eine weitergehende nationale Regelung ist abzulehnen. Zudem wäre die angestrebte Aufrechterhaltung des Schriftformerfordernisses der Einwilligung in Zeiten, in denen das „papierlose Büro“ vielfach gelebte Realität in den Unternehmen ist, ein rückwärtsgewandtes und nicht praxistaugliches Signal für den Beschäftigtendatenschutz.

Für die Verhandlung von Kollektivvereinbarungen ist es wesentlich, dass den Parteien ein weiter Verhandlungsspielraum zugestanden wird. Eine solche Klarstellung ist insbesondere vor dem Hintergrund der veränderten Sanktionsfolgen und dem Auslegungsbedarf vieler Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich. Der Verweis auf Artikel 88 Abs. 2 sollte hingegen gestrichen werden.

Der Gesetzgeber sollte von einer Ausdehnung des bereits sehr weiten datenschutzrechtlichen Beschäftigtenbegriffs um Leiharbeitnehmer Abstand nehmen. Leiharbeitnehmer sind ausreichend geschützt.

Zudem ist es wichtig, dass im Hinblick auf geheimhaltungsbedürftige Daten Arbeitgebervereinigungen, die als Bevollmächtigte im arbeitsgerichtlichen Verfahren tätig werden, Berufsgeheimnisträgern gleichgestellt werden.

Im Einzelnen

Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis - § 26 BDSG-neu

Nach Art. 88 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) können die Mitgliedstaaten Vorschriften zur Datenverarbeitung im Beschäftigtenverhältnis vorsehen. Eine Verpflichtung hierzu besteht nicht.

Den Unternehmen wird mit der Datenschutz-Grundverordnung auferlegt, sich innerhalb der kurzen Zeitspanne von zwei Jahren auf ein neues Datenschutzrecht einzustellen. Dies stellt bereits für große Unternehmen eine erhebliche Herausforderung dar. Gleichzeitig müssen für den Beschäftigtendatenschutz weiterhin 28 unterschiedliche nationale Rechtsordnungen eingehalten werden. Veränderte Vorgaben zum Beschäftigtendatenschutz zu diesem Zeitpunkt sind eine unnötige und übermäßige Zusatzbelastung für die Unternehmen.

Der Gesetzgeber sollte das Rangverhältnis der nationalen Vorgaben zum Beschäftigtendatenschutz zu den Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung klarstellen. Es

muss dabei sichergestellt sein, dass neben § 26 BDSG-neu auch Artikel 6 Abs. 1 DS-GVO als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten anwendbar ist, wenn personenbezogene Beschäftigtendaten zu anderen Zwecken als dem Beschäftigungsverhältnis verarbeitet werden – z. B. für die Abwicklung von Sonderleistungen wie Mitarbeiterversicherungen, Fahrzeugprogramme. Im Gesetzentwurf wird in § 1 Abs. 5 BDSG-neu ausgeführt, dass das BDSG-neu dann keine Anwendung findet, soweit die Datenschutz-Grundverordnung unmittelbar gilt. Zudem ergibt sich aus der Gesetzessystematik von Verordnung und nationalem Recht, dass Artikel 6 Abs. 1 DS-GVO weiterhin einschlägig sein kann. Um gleichwohl vorhandene Rechtsunsicherheit in dieser wichtigen Frage zu vermeiden, ist die Klarstellung erforderlich, dass Artikel 6 Abs. 1 DS-GVO für den Beschäftigtendatenschutz als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken angewendet werden kann.

1. Verarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses

Der Gesetzentwurf lehnt sich in § 26 Abs. 1 BDSG-neu teilweise an die heutigen Vorgaben von § 32 Abs. 1 BDSG an. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Ergänzt wird der Text um Ausführungen zu Rechten und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten. Diese Ergänzung ist überflüssig. Auf den Betriebsrat bezogen ergibt sich die Grundlage sowie der Umfang der zulässigen Datenverarbeitung heute aus den Vorschriften des BetrVG. Es ist davon auszugehen, dass dies auf der Grundlage von § 1 Abs. 2 BDSG-neu auch in Zukunft möglich sein wird. Sollten hieran Zweifel bestehen, sollten diese im Rahmen von § 1 Abs. 2 BDSG-neu gelöst werden und nicht durch § 26 BDSG-neu. Ergeben sich Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen, so stellt § 26 Abs. 4 BDSG-neu sicher, dass dies auch in Zukunft möglich sein wird.

Die in § 26 Abs. 1 BDSG-neu aufgenommene Legaldefinition von „Kollektivvereinbarung“ sollte in § 26 Abs. 4 BDSG-neu ver-

schoben werden. Sie ist in § 26 Abs. 1 BDSG-neu fehl am Platze, da sie dazu führt, dass das Thema „Kollektivvereinbarungen“ unnötig auf zwei Absätze aufgeteilt wird.

Wenn der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, den heutigen Gesetzestext des § 32 Abs. 1 BDSG abzuändern, so sollte er vielmehr klarstellen, dass Arbeitgeber auch dann einem konkreten Verdacht auf eine schwere Vertragspflichtverletzung zielgerichtet nachgehen können, wenn diese unterhalb der Schwelle zur Strafbarkeit liegt. Dass dies notwendig ist, zeigt ein Urteil des LArbG Baden-Württemberg (20. Juli 2016, 4 Sa 61/15), das auf der Grundlage des Wortlauts von § 32 BDSG die Auffassung vertreten hat, dass Arbeitgeber dann konkreten Anhaltspunkten nicht nachgehen dürfen, wenn sich diese nur auf schwere Pflichtverletzungen und nicht auf Straftaten beziehen. Das BAG hat jedoch in einer aktuellen Entscheidung klargestellt, dass nicht nur der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung, sondern auch einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers ausreichend sein kann, um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur rechtfertigen (BAG, 22. September 2016, 2 AZR 848/15). Dies zeigt, dass eine gesetzgeberische Klarstellung im o. g. Sinne angezeigt ist.

2. Einwilligung

Eine eigenständige Regelung zur Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis ist nicht erforderlich. Die Vorgaben in § 26 Abs. 2 BDSG-neu sollten gestrichen werden. Die Vorgaben der Grundverordnung führen bereits zu einem angemessenen Schutzniveau.

Die Möglichkeit, Daten auf der Grundlage einer Einwilligung verarbeiten zu können, ist gerade in den Fällen wichtig, in denen kein Betriebsrat besteht, der eine Betriebsvereinbarung zur Datenverarbeitung abschließen könnte, oder wenn Personengruppen betroffen sind, die von einer solchen Vereinbarung nicht erfasst werden.

§ 26 Abs. 2 BDSG-neu geht insbesondere auf die **Freiwilligkeit** der Einwilligung ein.

Solche Vorgaben zur Freiwilligkeit der Einwilligung sind nicht erforderlich, stellt doch die Datenschutz-Grundverordnung in Erwägungsgrund 32 fest, dass eine Einwilligung eine freiwillige Handlung ist. Näher wird der Aspekt der Freiwilligkeit in Erwägungsgrund 43 zu Artikel 7 DS-GVO betrachtet. Es wird dort u. a. ausgeführt, dass eine Einwilligung nur in besonderen Fällen keine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung sein kann, z. B. wenn ein klares Ungleichgewicht wie beim Verhältnis Behörde – betroffene Person besteht. Der europäische Gesetzgeber hat ganz bewusst die ursprüngliche Vorgabe der EU-Kommission nicht übernommen, die eine Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis kritisch gesehen hatte. Der Wille des europäischen Gesetzgebers muss auf nationaler Ebene berücksichtigt werden. Das ist durch § 26 Abs. 2 BDSG-neu nicht gegeben.

Dass ein klares Ungleichgewicht im Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht gegeben ist, ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des BAG. Das BAG hat mit seiner Entscheidung vom 11. Dezember 2014 (8 AZR 1010/13) anerkannt, dass die Erteilung einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis möglich ist. Das BAG führt aus, dass auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses Arbeitnehmer sich grundsätzlich frei entscheiden können, wie sie ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ausüben wollen. Dem stünde weder die grundlegende Tatsache, dass Arbeitnehmer abhängig Beschäftigte sind, noch das Weisungsrecht des Arbeitgebers entgegen. Mit den konkreten Vorgaben in § 26 Abs. 2 BDSG-neu, wann vom Vorliegen einer freiwilligen Einwilligung ausgegangen wird, wird demgegenüber zu Unrecht unterstellt, dass eine Einwilligung grundsätzlich nicht freiwillig erfolgt.

Mit der Erteilung einer Einwilligung übt der betroffene Grundrechtsträger sein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus. Es geht hierbei gerade nicht darum, dass auf dieses Grundrecht verzichtet wird. Nachdem der Beschäftigte sogar sein Beschäftigungsverhältnis jederzeit auflösen kann, muss er erst recht „Herr über seine Daten“ sein. Es ist davon auszugehen, dass eine Einwilligung freiwillig erteilt wird. Nur bei

begründeten Zweifeln sollte geprüft werden, ob eine besondere Situation vorliegt, die der freiwilligen Erteilung einer Einwilligung entgegenstehen könnte. Dies würde auch der Struktur der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen, die in Erwägungsgrund 43 ihren Niederschlag gefunden hat. Eine solche Prüfung kann nur bezogen auf den Einzelfall erfolgen. Die Vorgabe bestimmter Kriterien kann dem nicht gerecht werden.

Konkrete Vorgaben im Gesetzestext, wann eine freiwillige Einwilligung vorliegen kann, sind ebenso abzulehnen, wie die in der Gesetzesbegründung zu § 26 Abs. 2 BDSG-neu aufgeführten Beispiele, wann z. B. die Gewährung eines Vorteils vorliegt. Hierdurch können nicht alle denkbaren Fälle einer Einwilligung abgedeckt werden. So würde sich z. B. die Frage stellen, ob die heute zulässige Einwilligung zur Datenverarbeitung, um die Dienstleistungsqualität in Telefonieabteilungen festzustellen, noch zulässig wäre. Zudem schaffen solche Vorgaben zusätzliche Rechtsunsicherheit. So wäre z. B. zu diskutieren, ob automatisch von gleichgelagerten Interessen ausgegangen werden kann, wenn sie in einer Kollektivvereinbarung wie einer Betriebsvereinbarung niedergelegt sind.

Die Vorgaben im Hinblick auf ein **Schriftformerfordernis** im Rahmen der Erteilung einer Einwilligung sind verfehlt.

Die Datenschutz-Grundverordnung sieht keine Verpflichtungen im Hinblick auf Formerfordernisse wie Schriftform und Textform vor. Wie Erwägungsgrund 32 ausführt, kann eine Einwilligung vielmehr z. B. schriftlich, mündlich oder in elektronischer Form erklärt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese für alle Einwilligungen geltenden Bewertungen und Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung nicht auch für das Beschäftigungsverhältnis Anwendung finden sollen.

Gemäß Art. 88 Abs. 1 DS-GVO können die Mitgliedstaaten „spezifischere Vorschriften“ vorsehen. Die Vorgabe konkreter Formvorschriften geht über eine Konkretisierung der o. g. europäischen Vorgaben hinaus und

überschreitet somit den von der Datenschutz-Grundverordnung gesetzten Rahmen.

§ 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG-neu legt für die Einwilligung ein Schriftformerfordernis fest, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. In Zeiten voranschreitender Digitalisierung, in denen das „papierlose Büro“ vielfach gelebte Realität in den Unternehmen ist, wäre ein solches Schriftformerfordernis ein rückwärtsgewandtes und nicht praxistaugliches Signal für den Beschäftigtendatenschutz.

Sollte entgegen der hier vertretenen Auffassung gleichwohl ein Formerfordernis für die Erteilung einer Einwilligung festgelegt werden, so sollte allenfalls Textform gemäß § 126b BGB vorgeschrieben werden. Damit könnte der Verantwortliche ausreichend nachweisen, dass der Betroffene eingewilligt hat. Die Schutzvorkehrung, die mit dem Schriftformerfordernis verknüpft ist, ist im Falle der Einwilligung hingegen nicht notwendig, da die Einwilligung gem. Artikel 7 Abs. 3 DS-GVO jederzeit widerrufen werden kann.

3. Besondere Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber von den mitgliedstaatlichen Regelungsmöglichkeiten des Artikels 9 Abs. 1 DS-GVO Gebrauch machen will. In vielen Bereichen ist es unerlässlich, dass besondere Kategorien von Daten verarbeitet werden. Ein Beispiel hierfür sind Untersuchungen wie Alkoholkontrollen, um zu gewährleisten, dass sicherheitsempfindliche Verfahrensvorgänge ungestört ablaufen können.

Eine eigenständige Regelung hierzu in § 26 BDSG-neu ist hingegen abzulehnen. Der Gesetzgeber geht bereits in § 22 BDSG-neu auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten ein. Es ist nicht ersichtlich, warum dieser Bereich aufgeteilt werden soll, indem neben § 22 BDSG-neu in § 26 BDSG-neu eine eigenständige Regelung zu diesem Bereich bezogen auf Daten von Beschäftigten geschaffen werden soll. Eine solche Aufteilung würde vielmehr we-

gen Abgrenzungsfragen zu unnötiger Rechtsunsicherheit führen.

Dass es hier Abgrenzungsprobleme geben wird, zeigt bereits die Anmerkung in der Gesetzesbegründung auf, wonach die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch die Verarbeitung von Daten zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit einschließen „kann“. Eine solche „Kann-Formulierung“ in der Gesetzesbegründung schafft nicht die notwendige Rechtssicherheit. Hierfür ist es notwendig, die Vorgaben von Artikel 9 Abs. 1 b) DS-GVO in § 22 BDSG-neu zu integrieren und auf die Sonderregelung in § 26 Abs. 3 BDSG-neu zu verzichten.

Diese unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten werden auch dadurch deutlich, dass im Rahmen von § 26 Abs. 3 BDSG-neu die Vorgaben von § 22 Abs. 2 BDSG-neu, Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen, angewendet werden müssen. Dies soll jedoch gemäß § 22 Abs. 2 Satz 3 BDSG-neu dann nicht gelten, wenn § 22 Abs. 1 b) BDSG-neu einschlägig ist. Bezogen z. B. auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, die nach der Gesetzesbegründung sowohl unter § 26 Abs. 3 als auch unter § 22 Abs. 1 b) BDSG-neu fallen kann, wäre unklar, ob § 22 Abs. 2 BDSG-neu angewendet werden muss oder nicht.

4. Kollektivvereinbarungen

Der europäische Gesetzgeber hat in der Datenschutz-Grundverordnung zu Recht klar gestellt, dass Kollektivvereinbarungen, wie insbesondere Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge, eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten sein können, vgl. Artikel 88 iVm Erwägungsgrund 155 DS-GVO. Die Tarifautonomie sowie die Betriebspartnerschaft sind wesentliche Grundlagen des deutschen Arbeitsrechts.

Artikel 88 Abs. 1 DS-GVO spricht davon, dass die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften vorsehen können. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Ge-

setzentwurf in § 26 Abs. 4 vorsieht, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig ist. Dass Kollektivvereinbarungen eine Datenverarbeitung rechtfertigen können, entspricht bereits heute der geltenden Rechtslage, wonach gemäß § 4 Abs. 1 BDSG die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auf der Grundlage einer „anderen Rechtsvorschrift“ zugelassen wird.

Darüber hinaus ist es wesentlich, dass klar gestellt wird, dass beiden Parteien einer Kollektivvereinbarung ein *weiter* Verhandlungsspielraum zugestanden wird. Eine solche Klarstellung ist insbesondere vor dem Hintergrund der veränderten Sanktionsfolgen und dem Auslegungsbedarf vieler Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich. Die Verhandlungspartner benötigen Rechtssicherheit. Bereits heute ergibt sich aus § 75 Abs. 2 BetrVG die Verpflichtung von Arbeitgebern und Betriebsräten, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Wie dieser Schutz konkret ausgestaltet wird, sollte auch zukünftig den gleichrangigen Verhandlungspartnern überlassen bleiben.

Für einen weiten Verhandlungsspielraum spricht zudem Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO selbst. Die Aussage von Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO, dass z. B. die menschliche Würde, berechnete Interessen und Grundrechte gewahrt werden müssen, wäre unnötig, wenn durch Kollektivvereinbarungen die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung nur konkretisiert werden könnten. Denn durch die Grundverordnung selbst werden bereits berechnete Interessen und Grundrechte sowie die menschliche Würde gewahrt. Der ausdrückliche Hinweis hierauf macht vielmehr deutlich, dass der europäische Gesetzgeber für Kollektivvereinbarungen auch Abweichungen von den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung zulassen wollte, die wiederum den in Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO gesetzten Grenzen unterliegen sollten.

In der Gesetzesbegründung wird ausgeführt, dass den Verhandlungsparteien ein „Ermessensspielraum im Rahmen des geltenden

Rechts einschließlich der Verordnung (EU) 2016/679“ zusteht. Das ist ein richtiger Ansatz, der weiter ausgeführt werden sollte.

Ein Verweis auf Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO für Kollektivvereinbarungen ist nicht notwendig. Er würde nur die Rechtssicherheit gefährden. Bereits nach heutigem Recht wird gemäß § 75 Abs. 2 BetrVG in den von Kollektivvereinbarungen ganz überwiegend angesprochenen Betriebsvereinbarungen die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer geschützt und gefördert. Damit wird bestätigt, dass die Freiheitsrechte des Grundgesetzes auch im Betrieb gelten. Ein Verweis auf Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO ist auch europarechtlich nicht angezeigt.

5. Einhaltung von Verarbeitungsgrundsätzen

Die Datenschutz-Grundverordnung geht dem nationalen Recht vor. Damit findet z. B. Artikel 5 DS-GVO unmittelbar Anwendung. Ein ausdrücklicher Hinweis u. a. auf diesen Artikel in § 26 Abs. 5 BDSG-neu wäre nur dann sinnvoll, wenn man davon ausginge, dass diese Regelungen andernfalls im Beschäftigungsverhältnis nicht eingreifen würden. Solche Anhaltspunkte finden sich jedoch weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung.

6. Anwendungsbereich

Die Vorgabe, dass § 26 Abs. 1 bis 6 BDSG-neu auch dann anzuwenden ist, wenn Daten verarbeitet werden, die nicht in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, ist abzulehnen.

Die Aufnahme einer solchen Regelung würde der Grundentscheidung der Datenschutz-Grundverordnung zum sachlichen Anwendungsbereich widersprechen. Artikel 2 Abs. 1 DS-GVO sieht vor, dass die Verordnung für die Verarbeitung personenbezogener Daten gilt, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Der Begriff „Dateisystem“ wird in Artikel 4 Nr. 6 DS-GVO definiert und umfasst strukturierte Sammlungen personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind. § 26 Abs. 7 BDSG-neu zielt hinge-

gen auf jede Form der Verarbeitung ab. Nachdem nach Artikel 88 Abs. 1 DS-GVO nur „spezifischere Vorschriften“ durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden können, ist es bedenklich, wenn von solchen grundlegenden Regelungen der Verordnung abgewichen werden soll.

7. Beschäftigtenbegriff

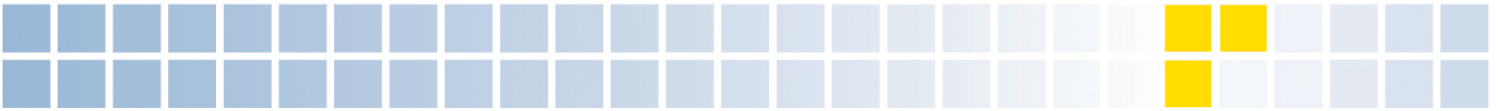
Leiharbeitnehmer sind Arbeitnehmer des Verleihers und haben mit diesem ein auf einem Arbeitsvertrag basierendes Beschäftigungsverhältnis. Leiharbeitnehmer sind somit „Beschäftigte“ des Verleihers. Damit hat ein Leiharbeitnehmer als Beschäftigter des Verleihers nicht weniger Rechte als die Beschäftigten des Entleihers, nur der Bezugspunkt ist ein anderer. Deshalb ist die in § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG-neu vorgesehene Ausweitung des Beschäftigtenbegriffs auf Leiharbeitnehmer abzulehnen.

Es ist selbstverständlich, dass auch Leiharbeitnehmern gegenüber dem Entleiher das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zusteht, das Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist. Ein Leiharbeitnehmer kann somit auch gegenüber dem Entleiher über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestimmen. Eine Ausweitung des Beschäftigtenbegriffs auf Leiharbeitnehmer ist deshalb nicht geboten.

Eine Ergänzung des Beschäftigtenbegriffs um Leiharbeitnehmer könnte auch mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen haben. § 87 BetrVG findet dann Anwendung, wenn ein Beschäftigungsverhältnis sowie ein Arbeitsvertrag zum Arbeitgeber besteht, auch wenn es im Einzelnen Abweichungen geben mag. Hieran fehlt es beim Leiharbeitnehmer gerade. Es ist kein Grund ersichtlich, warum von diesen beiden Voraussetzungen abgewichen werden soll.

Geheimhaltungspflicht unterliegende Daten - § 29 BDSG-neu

Es ist wichtig, dass auch weiterhin die Möglichkeit besteht, geheimhaltungsbedürftige Daten geheim halten zu können.



Dabei ist es geboten, in Bezug auf die Rechte der betroffenen Personen Berufsgeheimnisträger und Arbeitgebervereinigungen gleichzustellen, die als Bevollmächtigte im arbeitsgerichtlichen Verfahren tätig werden. Hierzu muss geregelt werden, dass die flexiblen Vorgaben für Berufsgeheimnisträger wie in Artikel 14 Abs. 5 d) DS-GVO und § 29 BDSG-neu sich auch auf Bevollmächtigte im Sinne des § 11 Abs. 2 Ziffer 4 ArbGG beziehen.

Eine Gleichstellung von Berufsgeheimnisträgern und Arbeitgebervereinigungen als Bevollmächtigte ist bereits heute vielfach gegeben. Aus § 11 Abs. 2 Ziffer 4 ArbGG ergibt sich, dass die Parteien eines Rechtsstreits sich u. a. durch Arbeitgebervereinigungen als Bevollmächtigte vor dem Arbeitsgericht vertreten lassen können. Gemäß § 11 Absatz 4 ArbGG gilt die Gleichstellung ausdrücklich auch für die Instanzen mit Anwaltszwang. Bei einer Vielzahl von weiteren Vorschriften werden Verbandsvertreter in ihren Rechten und Pflichten den Rechtsanwälten gleichgestellt, wie z. B. in § 50 Absatz 2, § 12a Absatz 2 ArbGG.

Ebenso wie bei Rechtsanwälten muss die Vertraulichkeit und Geheimhaltung im Verhältnis auch zwischen der vertretenen Person und den Verbandsvertretern geschützt werden. Um den notwendigen Gleichklang sicherzustellen, ist eine Klarstellung erforderlich, dass der grundsätzlich richtige Ansatz, die Rechte der betroffenen Person in bestimmten Fällen zurücktreten zu lassen, sich auch auf Bevollmächtigte im Sinne des § 11 Abs. 2 Ziffer 4 ArbGG bezieht. Der europäische Gesetzgeber eröffnet mit Artikel 23 DS-GVO den Mitgliedstaaten eine solche Möglichkeit.

Datenschutzbeauftragter - § 38 BDSG-neu

Die Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten sollte auf die zwingenden Vorgaben von Artikel 37 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung zurückgeführt werden.

In Artikel 37 Abs. 1 DS-GVO wird festgelegt, dass ein Datenschutzbeauftragter u. a. zu bestellen ist, wenn die Verarbeitung perso-

nenbezogener Daten zur Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters gehört und dies eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung erforderlich macht. Gleiches gilt, wenn es sich um die umfangreiche Verarbeitung von Daten im Sinne von Artikel 9 und 10 DS-GVO als Kerntätigkeit handelt.

Bereits die heutigen Vorgaben zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten gemäß § 4 f BDSG gehen weit über diese Vorgaben hinaus. Die nun im Gesetzentwurf vorgesehene Zahl für eine Benennungspflicht schränkt die heutigen Vorgaben weiter ein. Auch wenn nach Artikel 37 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung den Mitgliedstaaten eigenständige Regelungen zugestanden werden, ergibt sich hieraus keine Verpflichtung, eigenständige Regelungen treffen zu müssen. Zudem war bereits im Rahmen des Bürokratieabbaus für das BDSG angedacht worden, die Benennungsvoraussetzungen für Datenschutzbeauftragte weniger streng zu fassen¹.

Vor dem Hintergrund, dass mit der Verordnung eine Harmonisierung des Datenschutzes in der EU angestrebt wird, und die Benennungsverpflichtungen des BDSG gerade für kleine und mittlere Unternehmen eine Belastung darstellen, wäre es sinnvoll, zukünftig auf die Vorgaben von Artikel 37 Abs. 1 DS-GVO abzustellen.

Videoüberwachung - § 4 BDSG-neu

Es ist richtig, die Regelung der Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume in § 4 BDSG-neu an die veränderten Rahmenbedingungen anzupassen. Angesichts der aktuellen Vorfälle ist es wichtig, Sicherheitsbelange stärker zu berücksichtigen, als dies im bisherigen § 6 b BDSG der Fall ist.

Dieser richtige Ansatz sollte weiter gefasst werden und sich nicht nur auf großflächige Anlagen wie Einkaufszentren, sondern auch auf Einzelhandelsgeschäfte wie Waren- und

¹ Eckpunkte zur weiteren Entlastung der mittelständischen Wirtschaft von Bürokratie, Kabinettsbeschluss vom 11. Dezember 2014, Punkt 21

Kaufhäuser beziehen, die der gleichen Sicherheitslage unterliegen.

§ 4 Abs. 2 BDSG-neu sollte an praktische Notwendigkeiten angepasst werden. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass nicht nur der Umstand der Beobachtung, sondern auch Name und Kontaktdaten des Verantwortlichen zum frühestmöglichen Zeitpunkt erkennbar zu machen sind. Das ist nicht praktikabel. Zudem führt die Formulierung „frühestmöglicher Zeitpunkt“ zu Rechtsunsicherheit. Diese Vorgabe sollte man auf die bisherige Regelung des § 6 b Abs. 2 BDSG zurückführen.

Darüber hinaus muss im Hinblick auf gezielte Kontrollen im Beschäftigungsverhältnis darauf hingewiesen werden, dass nach ständiger Rechtsprechung des BAG diese unter bestimmten engen Voraussetzungen rechtmäßig sind. Sie sind zur Aufdeckung von Straftaten z. B. im Einzelhandel von hoher Bedeutung. In der Gesetzesbegründung zu § 26 BDSG-neu wird hingegen im Hinblick auf die zukünftige Ausrichtung des Beschäftigtendatenschutzes suggeriert, dass solche Kontrollen nicht möglich sind. Das ist irreführend.

Datenübermittlung zwischen Konzerngesellschaften

Innerhalb von Konzernen werden Beschäftigtendaten häufig bei einer zentralen Stelle gespeichert, z. B. bei der Muttergesellschaft, um eine einheitliche Personalverwaltung zu gewährleisten.

Nach Artikel 6 Abs. 1 f) und Erwägungsgrund 48 der DS-GVO können Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Einrichtungen sind, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, ein berechtigtes Interesse haben, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, wie die Verarbeitung von Beschäftigtendaten, zu übermitteln.

Diese Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung sowie die Regelungen zum Begriff „Unternehmensgruppe“ in Artikel 4 Abs. 19

und Erwägungsgrund 37 der DS-GVO legen nahe, dass sowohl Unterordnungskonzerne im Sinne von § 18 Abs. 1 AktG als auch Gleichordnungskonzerne gemäß § 18 Abs. 2 AktG sich auf Artikel 6 Abs. 1 f) der DS-GVO stützen können, um personenbezogene Daten der Beschäftigten innerhalb des Konzerns zu übermitteln. Um in diesem Punkt mehr Rechtssicherheit zu erzielen, wäre es angebracht, wenn im Rahmen der Anpassung des deutschen Rechts an die Vorgaben der Grundverordnung dieses klarstellend bestätigt würde.

Darüber hinaus sollte insgesamt näher auf die Datenübermittlung zwischen Konzerngesellschaften eingegangen werden. In einer solchen Regelung sollte insbesondere festgelegt werden, in welchen Fällen des Beschäftigtendatenschutzes ein „berechtigtes Interesse“ im Sinne von Erwägungsgrund 48 der DS-GVO vorliegt. Ein solches Interesse muss nach der Grundverordnung gegeben sein, um personenbezogene Daten von Beschäftigten innerhalb von Unternehmensgruppen oder Gruppen von Einrichtungen, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, übermitteln zu können. Eine nähere Ausgestaltung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs würde zu mehr Rechtssicherheit für die angesprochenen Gruppen führen.

Angemessenheitsentscheidungen - § 21 BDSG-neu

Nachdem der EuGH durch Urteil vom 6. Oktober 2015 die „Safe-Harbor-Entscheidung“ für ungültig erklärt hat (C – 362/14), besteht für die Unternehmen erhebliche Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA. In diesem Urteil hat der EuGH auch ein Klage-recht für Kontrollstellen angesprochen. Gleichwohl darf die Wirkung einer Klage-möglichkeit, wie sie § 21 BDSG-neu vorsieht, nicht unterschätzt werden.

Der Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission zum „Privacy Shield“ als Nachfolgeregelung zu „Safe Harbor“ bietet die Möglichkeit, Daten rechtssicher in die USA übermitteln zu können. Durch diesen Beschluss ist es der EU gelungen, das Vertrau-



en in die Rechtmäßigkeit der Datenübermittlung in die USA zumindest im Hinblick auf diesen Übertragungsweg wieder herzustellen. Gleiches gilt für Standardschutzklauseln und Beschlüsse für die Allgemeingültigkeit von genehmigten Verhaltensregeln. Wenn Unternehmen nun befürchten müssen, dass jegliche Aufsichtsbehörde gegen solche Beschlüsse gerichtlich vorgehen kann, würde das gerade zurückgewonnene Vertrauen in die Rechtssicherheit wieder in Frage gestellt.

Deshalb sollte das Klagerecht nur durch die Bundesbeauftragte als zentrale Anlaufstelle im Sinne von § 17 BDSG-neu ausgeübt und nicht jedem Landesdatenschutzbeauftragten eröffnet werden. Die Entscheidung, ob ein solches Klagerecht ausgeübt wird, sollte von allen Datenschutzaufsichtsbehörden gemeinsam getroffen werden.

Generellen Reformbedarf im Auge behalten

Vor dem Hintergrund der Debatte zu „Arbeiten 4.0“ ist die grundlegende Frage zu stellen, wie der Beschäftigtendatenschutz an die technischen Entwicklungen angepasst werden muss, damit er die sich hieraus ergebenden Chancen flankieren kann, ohne dabei zum Hemmschuh für den Einsatz neuer technischer Entwicklungen zu werden. Weitere Verschärfungen gesetzlicher Vorgaben, wie sie sowohl im Gesetzestext als auch in seiner Begründung angesprochen sind, sind der falsche Weg.

Neben den grundlegenden Fragestellungen über die Rolle des Datenschutzes im Rahmen der Debatte um „Arbeiten 4.0“ gibt es beim Beschäftigtendatenschutz eine Reihe weiterer Aspekte, die der Fortentwicklung bedürften. Hierzu gehört zum Beispiel die Klarstellung, dass Arbeitgeber auch dann einem konkreten Verdacht auf eine schwere Vertragspflichtverletzung zielgerichtet nachgehen können, wenn diese unterhalb der Schwelle zur Strafbarkeit liegt. Gleiches gilt für präventive Ermittlungen. Beschäftigtendatenschutz muss die Bekämpfung von Pflichtverletzungen unterstützen. Sie müssen zudem von Anfang an unterbunden werden

können. Hierfür sind rechtssichere gesetzliche Grundlagen erforderlich.

Zudem sollte für den Beschäftigtendatenschutz ein Anreiz dafür gesetzt werden, personenbezogene Daten zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren. Das könnte dadurch geschehen, dass eine solche Anonymisierung oder Pseudonymisierung ohne Einwilligung der betroffenen Person erfolgen kann. Hierdurch könnte der Schutz der ursprünglich betroffenen Person erhöht werden.

Eine Veränderung ist auch im Bereich der Privatnutzung von E-Mail und Internet erforderlich. Es bedarf in diesem Zusammenhang einer gesetzlichen Klarstellung, dass Arbeitgeber in diesem Fall nicht Diensteanbieter im Sinne des TKG und TMG werden. Dies würde zudem der Rechtsprechung verschiedener Instanzgerichte entsprechen (u.a. LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.1.2016, 5 Sa 657/15).

Eine solche Klarstellung ist längst überfällig. Die laufende Nutzung von E-Mail und Internet wird immer mehr zur Selbstverständlichkeit. Damit steigt auch die Zahl derjenigen Arbeitnehmer, die während der Arbeitszeit auf die private Nutzung von E-Mail und Internet nicht verzichten wollen. Gleichzeitig gibt es viele Unternehmen, die diese private Nutzung - in einem vertretbaren Maß - ihren Mitarbeitern einräumen wollen. Problematisch ist die erlaubte Privatnutzung betrieblicher Kommunikationsmittel jedoch wegen der umstrittenen Frage, ob ein Arbeitgeber hierdurch zum Diensteanbieter im Sinne des TKG und TMG wird. Wäre dies der Fall, würde die Kommunikation dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, was auf die Rechtsbeziehung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern nicht passt.

Zudem sollte dadurch für mehr Rechtssicherheit gesorgt werden, dass Aufsichtsbehörden stärker mit einer Stimme sprechen, als dies bislang der Fall ist. Ein einheitliches Vorgehen ist gerade für Unternehmen wichtig, die über Standorte in mehreren Bundesländern verfügen. Die föderale Struktur der Bundesrepublik Deutschland, die sich in der



Struktur der Aufsichtsbehörden widerspiegelt, kann zu Unsicherheiten und Standortnachteilen führen. Es müsste vielmehr die Aufsichtsbehörde desjenigen Bundeslandes federführend und allein weisungsbefugt sein, in deren Gebiet die Hauptverwaltung des jeweiligen Unternehmens ansässig ist.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA ist die sozialpolitische Spitzenorganisation der gesamten deutschen gewerblichen Wirtschaft. Sie vertritt die Interessen kleiner, mittelständischer und großer Unternehmen aus allen Branchen in allen Fragen der Sozial- und Tarifpolitik, des Arbeitsrechts, der Arbeitsmarktpolitik sowie der Bildung. Die BDA setzt sich auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene für die Interessen von einer Mio. Betrieben mit ca. 20 Mio. Beschäftigten ein, die der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden sind. Die Arbeitgeberverbände sind in den der BDA unmittelbar angeschlossenen 50 bundesweiten Branchenorganisationen und 14 Landesvereinigungen organisiert.