



DGB Bundesvorstand | Henriette-Herz-Platz 2 | 10178 Berlin

An den Vorsitzenden des
Bundestags-Innenausschusses
Herrn Ansgar Heveling, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Annelie Buntenbach
Mitglied des Geschäftsführenden
Bundesvorstandes

vorab per E-Mail: innenausschuss@bundestag.de

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum DSAnpUG-EU

23. März 2017

Sehr geehrte Herr Vorsitzender,

wir möchten Sie bitten, dieses Anschreiben – nebst der beigefügten Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes – allen Abgeordneten des Innenausschusses für die Öffentliche Anhörung zuzuleiten, auf der Website des Innenausschusses zu veröffentlichen bzw. in die Ausschussdrucksache mit aufzunehmen:

**Für weitere Absprachen
wenden Sie sich bitte an:**

Helga Nielebock
Abteilungsleiterin
Abteilung Recht

helga.nielebock@dgb.de

Die am 25.05.2016 in Kraft getretene europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) wird am 25.05.2018 unmittelbar geltendes Recht in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Aus ihren Öffnungsklauseln ergeben sich an die Mitgliedsstaaten gerichtete Regelungsaufträge (Regelungsgebote und Regelungsoptionen), deren Erfüllung für den nationalen Gesetzgeber einen (erheblichen) gesetzgeberischen Anpassungsbedarf im nationalen Datenschutzrecht zur Folge hat. Zu diesem Anpassungsbedarf hat die Bundesregierung am 01.02.2017 einen Gesetzentwurf beschlossen hat, der Gegenstand der Öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am 27.03.2017 sein wird.

Telefon: 030 24060-274
Telefax: 030 24060-761

Rec-ni/hy

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Der Deutsche Gewerkschaftsbund und seine Mitgliedsgewerkschaften treten gegenüber diesem Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzes an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (DSAnpUG-EU) dafür ein, dass sowohl der bislang geltende Datenschutzstandard des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), als auch der teils hohe Datenschutzstandard in den bestehenden bereichsspezifischen Datenschutzregelungen des Bundes – soweit nach dem verfügbaren Teil sowie den zur Auslegung dieser heranziehbaren Erwägungsgründen der DSGVO möglich – gewahrt bleibt. Im Zuge des von der Bundesregierung geplanten Anpassungsgesetzes darf es kein Absinken des Datenschutzniveaus geben und der bisherige hohe deutsche Schutzstandard – für Konsumenten, Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und alle von personenbezogener Datenverarbeitung betroffener Bürger – muss fortgeführt werden. Ein Zurückfallen hinter heutige Schutzstandards hält der DGB für nicht hinnehmbar. Dies gilt

insbesondere für den Beschäftigtendatenschutz, dessen spezifischere Ausgestaltung durch die Mitgliedsstaaten nach Maßgabe des Art. 88 DSGVO vorgenommen werden kann.

Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat zu dem Kabinettsbeschluss eine (aktualisierte) Stellungnahme verfasst, die wir Ihnen im Anhang beifügen. Dem DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften geht es bei den darin formulierten Änderungs- und Ergänzungsvorschlägen zum Gesetzentwurf des DSAnpUG-EU vor allem darum, dass

- in Bezug auf § 4 BDSG-E die Möglichkeit, etwa Einkaufspassagen mit Ladenlokalen permant und flächendeckend durch optisch-elektronische Einrichtungen zu überwachen und dabei auch Beschäftigte mit in den Fokus der Videoüberwachung zu nehmen, zumindest in der Vorschrift über die Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (§ 26 BDSG-E) spezifisch für diese besondere Verarbeitungssituation eingeschränkt wird;
- jegliche Videoüberwachung, auch wenn punktuell und in kleineren Bereichen durchgeführt, zumindest für den Beschäftigungskontext spezifischen Regelungen unterliegt, die etwa die Überwachung von Sozialräumen und eine verdeckte Videoüberwachung generell verbieten;
- die in § 24 BDSG-E – gegenüber der entsprechenden Vorschrift der EU-Datenschutzgrundverordnung – geregelten Möglichkeiten für eine Zweckänderung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch nicht-öffentliche Stellen zumindest im Beschäftigungskontext (wieder) eingeschränkt wird;
- die Annahme der Freiwilligkeit einer – eingeschränkten – Einwilligung in die Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis (§ 26 Abs. 2 BDSG) im Falle der Gewährung eines (einfachen) Vorteils nicht ausreicht, sondern der Vorteil für die jeweiligen Arbeitnehmerinnen ausschließlich bestehen oder gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers zumindest überwiegen muss; insoweit sollte ein „überwiegender Vorteil“ als Indiz einer Freiwilligkeit der Einwilligung geregelt werden;
- für die Beteiligung der Interessenvertretungen der Beschäftigten ein (erweitertes) Initiativ- und Mitbestimmungsrecht bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten ergänzt werden muss. Das bisherige Mitbestimmungsrecht zur Leistungs- und Verhaltensüberwachung von Beschäftigten durch technische Einrichtungen reicht nicht aus, da auch Daten von Bewerberinnen und Bewerbern sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die nicht-automatisiert erhoben und genutzt werden, wie etwa durch Ausübung des Fragerechts des Arbeitgebers oder infolge der Beauftragung von Detekteien, der Mitbestimmung des Betriebsrats generell unterworfen werden müssen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Andri B. Tel. 100', is located at the bottom left of the page.

Stellungnahme

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 (DS-GVO) und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (DS-RL) – DSAnpUG-EU 27.02.2017

I. Grundsätzliche Positionsbestimmung

Die Digitalisierung der Wirtschaft und Gesellschaft ist eine große Herausforderung, gerade auch für Beschäftigte, Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaften, da sie im Begriff ist, die Industrie, Dienstleistungen, Märkte, aber auch die Arbeitswelt im Allgemeinen (in der Privatwirtschaft, wie im öffentlichen Dienst, im Bildungswesen usw.) zu verändern. Es besteht die Gefahr, dass Digitalisierung nicht nur die sozialen Ungleichheiten weiter verschärft, sondern insbesondere den Persönlichkeitsschutz von Beschäftigten und ihren Vertretern in den Betrieben und Verwaltungen beeinträchtigen könnte. Auch aus diesem Grund wird der Persönlichkeits- und Datenschutz immer wichtiger. Um diesen Schutz transparent und vollständig zu gewährleisten, ist ein **eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz** überfällig. Die europäische Reform des Datenschutzrechts durch die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), deren Ziel – neben dem freien Verkehr personenbezogener Daten in der Union – der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist, ist eine erste Antwort auf die Sicherung der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen unter den fortgeschrittenen Bedingungen von Digitalisierung und Globalisierung, sie reicht aber im Beschäftigungskontext nicht aus. Seit dem 25.05.2016 läuft die zweijährige Phase der Anpassung der nationalen Rechtsvorschriften an die Vorgaben der DSGVO, da die DSGVO zahlreiche an die Mitgliedstaaten gerichtete Regelungsaufträge, aber auch – insbesondere für „besondere Verarbeitungssituationen“ (wie den Beschäftigungskontext) – viele Öffnungsklauseln enthält, aus denen sich ein gesetzlicher Anpassungsbedarf im nationalen Datenschutzrecht ergibt.

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften, aber auch der überwiegenden Auffassung in der Literatur, wird den Mitgliedstaaten durch die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext ein weiterer Anwendungsbereich für „spezifischere“ Regelungen (durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen) eingeräumt, so dass grundsätzlich

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Ralf-Peter Hayen
Referatsleiter

ralf-peter.hayen@dgb.de

Telefon: 030/24060-272
Telefax: 030/24060-761
Mobil: 0160/7121758

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

Abweichungen zugunsten eines höheren Schutzniveaus nationaler Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz möglich sind, soweit sie sich mit den Besonderheiten des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gegenüber – inhaltlich regelungsfreien oder einschränkenden – allgemeinen bzw. grundsätzlichen Regelungen der DSGVO rechtfertigen lassen. Für diese spezifischeren Regelungen gibt die DSGVO sowohl die zweckbezogenen Regelungsbereiche (Art. 88 Abs. 1) als auch inhaltliche Anforderungen an die Persönlichkeitsschutz- und Grundrechtewahrung in Bezug auf das Schutzniveau von im Beschäftigtenkontext zu treffenden besonderen Maßnahmen (Art. 88 Abs. 2) vor.

Zur gesetzlichen Ausgestaltung der Regelungsaufträge und Öffnungsklauseln wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzes an die DSGVO (und zur Umsetzung der RL 2016/680) vorgelegt, der am 01.02.2017 durch das Bundeskabinett beschlossen wurde. Kernstück dieses Gesetzesentwurfs ist ein neugefasstes Bundesdatenschutzgesetz, das sich spezifisch zur „Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ (Beschäftigtendatenschutz) in nur einer Vorschrift (§ 26 BDSG-E neu) befasst. Gegenüber dem Referentenentwurf sieht der Kabinettsbeschluss Ergänzungen im § 26 BDSG-E (neu) i.S. spezifischerer Schutzvorschriften im Beschäftigtenkontext (Art. 88 Abs. 1 DSGVO) vor

- zur Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung (Abs. 2),
- zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten in Abweichung von Art. 9 Abs. 1 DSGVO (Abs. 3),
- zur Regelungsbefugnis durch Kollektivvereinbarungen nebst zu beachtenden Schutzmaßnahmen (Abs. 4),
- zur Maßnahmenergreifung des Verantwortlichen zur Sicherstellung der Einhaltung der Datenverarbeitungsgrundsätze nach Maßgabe des Art. 5 DSGVO (Abs. 5) und
- zur Erweiterung der Definition des Beschäftigtenbegriffs (Abs. 8).

Der DGB und seine Gewerkschaften vertreten die Auffassung, dass die vom Gesetzgeber vorliegend gewollte Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes nach Maßgabe des Art. 88 DSGVO durch die Schaffung eines **eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes** vorgenommen werden sollte. Die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext unterstreicht diese Sichtweise. Solange eine detaillierte – und dem entsprechend – umfangreiche eigenständige Regelung kurzfristig nicht realisierbar ist, muss jedenfalls im Zuge des Anpassungsgesetzes eine Absenkung des Schutzniveaus verhindert werden. Dort, wo auf Grundlage etwaig defizitärer Regelungen der DSGVO ein Absinken des Schutzniveaus möglich werden könnte, muss durch die Schaffung von nationalen Spezialregelungen dafür gesorgt werden, dass es im Zuge dieser geplanten Anpassung nicht zu Verschlechterungen des bestehenden Datenschutzniveaus kommt. Ein Zurückfallen hinter heutige Schutzstandards, insbesondere des bestehenden BDSG, aber auch hinter bereichsspezifische Datenschutzvorschriften und Rechtsprechung, die den benötigten Schutz von Beschäftigten auf der Grundlage des informationellen

Selbstbestimmungsrechts und auf dem Hintergrund ihrer persönlichen Abhängigkeit im Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet hat, ist für den DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften nicht hinnehmbar.

Zum Erhalt des bestehenden Schutzniveaus gehört u.a. die Fortführung und Konkretisierung der nachfolgenden Regelungen; inwieweit diese im Entwurf aufgegriffen werden, wird wie folgt bewertet:

- Richtig ist die Fortführung der Regelungen der Abs. 1 bis 3 des – noch geltenden – § 32 BDSG durch die Abs. 1, 6 und 7 des § 26 BDSG-E (neu), die der Entwurf zwar als Übernahme der spezialgesetzlichen „Rahmenregelung“ des geltenden BDSG (punktuell) einlöst, deren Ergänzung durch spezifischere Schutzvorschriften für den Beschäftigungskontext aber im Gesetzentwurf entweder unzureichend konkretisiert oder – gemessen am bisherigen Datenschutzstandard – zu Lasten der Beschäftigten geregelt ist, wie in Bezug auf die
 - Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung;
 - Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten;
 - Klarstellung der Regelungsmöglichkeit durch Kollektivvereinbarungen nebst zu beachtender Schutzmaßnahmen;
 - Maßnahmenergreifung des Verantwortlichen zur Sicherstellung der Einhaltung der Datenverarbeitungsgrundsätze;
 - Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs.

Es fehlen jedoch andere erforderliche Konkretisierungen für eine personenbezogene Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, wie

- die notwendige Erweiterung des Mitbestimmungsrechts für Betriebsräte bei der personenbezogenen Datenverarbeitung;
- die Konkretisierung und Einschränkung der Videoüberwachung im Beschäftigungsverhältnis;
- die Regelung über die Voraussetzungen einer Nutzung personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses sowie
- die Ausformung der spezifischen Zweckbindung und Zweckänderung im Beschäftigungskontext.

Darüber hinaus fehlt eine Klarstellung im Entwurf, dass es sich bei § 26 BDSG-E (neu) um eine abschließende Sonderregelung – etwa im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO – handelt.

- Richtig ist die Beibehaltung des Anwendungsbereichs auf Beschäftigte, Bewerber, arbeitnehmerähnliche Personen etc. gemäß – des noch geltenden – § 3 Nr. 11 BDSG, die der Entwurf erfreulicherweise übernimmt.

Der Beschäftigtenbegriff muss jedoch aktuell – über die Ergänzung des § 26 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1 BDSG-E (neu) um „Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher“ hinaus – weitergehend ggf. auch auf Werkvertragsbasis Tätige erweitert werden.

- Einschränkende Regelungen fehlen, wie in Bezug auf die Überwachung von Beschäftigten am Arbeitsplatz und im privaten Umfeld, einschließlich von Leistungs- und Verhaltenskontrollen; insoweit fehlt eine spezifische Regelung zur Frage der Zulässigkeit der Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume durch optisch-elektronische Einrichtungen (Videoüberwachung) im Beschäftigungskontext (entsprechend § 6b BDSG). Die Besonderheiten der Videoüberwachung von Beschäftigten sind im Gesetzentwurf weder in § 4 BDSG-E (neu) hinreichend spezifiziert noch – durch konkretisierende Spezial- bzw. Sonderregelung – in § 26 BDSG-E (neu) ausgestaltet. Vielmehr verschlechtert im Rahmen der vorgesehenen Rechtsgrundlagen des allgemeinen Datenschutzrechts die nun vorgegebene Schutzgüterabwägung in § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E (neu) i.V.m. den weit gefassten Zulässigkeitsgründen für eine Videoüberwachung (etwa Wahrnehmung des „Hausrechts“ oder „berechtigter Interessen“).
- Des Weiteren fehlt eine Vorschrift, die die Frage der Unterrichts- und Auskunftsrechte bei der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien im Beschäftigungskontext (entsprechend § 6c des – noch geltenden – BDSG) klar regelt, da diese Frage im Gesetzentwurf weder im allgemeinen Teil noch für die besondere Verarbeitungssituation des Beschäftigungsverhältnisses angesprochen wird; die Beantwortung dieser Frage – möglicherweise - aus der Systematik der DSGVO abzuleiten, widerspricht den Grundsätzen der Rechtsklarheit und -sicherheit. Schließlich fehlt (entsprechend § 31 des – noch geltenden – BDSG) die Regelung zur strengen Zweckbindung von personenbezogenen Daten, die zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind im Gesetzentwurf ebenfalls vollständig, sodass für sie als im Beschäftigungskontext auszugestaltende „spezifischere Vorschrift“ Ergänzungsbedarf besteht.
- Durch das Anpassungsgesetz sollte außerdem entsprechend § 28 Abs. 1 Satz 2 des geltenden BDSG für den Beschäftigungskontext ausdrücklich vorgesehen werden, dass die Zwecke, für die die Beschäftigtendaten verarbeitet werden sollen, bereits bei der Erhebung dieser personenbezogenen Daten konkret vom Arbeitgeber festzulegen sind; Zweckänderungen sind nur bei einer grundsätzlich geänderten Sachlage zulässig. Der Gesetzentwurf enthält – obwohl spezialgesetzlich sowohl im Hinblick auf Zweckbindung, als auch Zweckänderungen möglich – hierzu keine Konkretisierungen für den Beschäftigungskontext.

- Begrüßt werden die Regelung zur Bestellpflicht eines Datenschutzbeauftragten (entsprechend § 4f Abs. 1 des – noch geltenden – BDSG) und zum besonderen Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten (entsprechend § 4f Abs. 2 des – noch geltenden – BDSG); sie sind im Gesetzentwurf erfreulicherweise mit dem Ansatz einer weitreichenden Regelung enthalten (vgl. § 38 i.V.m. § 6 Abs. 4, Abs. 5 Satz 2 und Abs. 6 BDSG-E neu).
- Richtig ist auch die beabsichtigte Beibehaltung sektorspezifischer Spezialregelungen, wie die der Regelungen der §§ 19 – 21 Gendiagnostikgesetz, die im vorliegenden Entwurf jedoch nicht Regelungsgegenstand sind.

Die Forderung des DGB nach Fortführung – zumindest – des derzeit bestehenden Datenschutzniveaus gilt nicht nur für Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, sondern – im Vergleich zum geltenden BDSG – insbesondere auch für die allgemeinen Bestimmungen, die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung und die Betroffenenrechte im vorgelegten Entwurf eines neuen BDSG. Diese generelleren Regelungen stellen häufig die „Rückfallgrundlagen“ für spezifischere Regelungen im Beschäftigungskontext dar, wenn durch diese keine Verdrängung der allgemeinen Vorschriften stattfinden. Während die generelle Vorschrift zur Zweckänderung von Datenverarbeitungen durch nicht-öffentliche Stellen (§ 24 BDSG-E –neu) dem bislang geltenden Datenschutzstandard besser gerecht wird, als noch die Fassung dieser Regelung im Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern (insbesondere wegen des Wegfalls des Zulässigkeitstatbestandes „berechtigter Interessen des Verantwortlichen“), werden die Betroffenenrechte (§§ 30ff. BDSG-E-neu) durch den Gesetzentwurf (für den nicht-öffentlichen Bereich) immer noch zu weit eingeschränkt.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften sind darüber besorgt, weil die Aufrechterhaltung des Datenschutzniveaus der allgemeinen Datenschutzregelungen den Beschäftigten wiederum in ihrer Rolle als von personenbezogener Datenverarbeitung betroffene Bürger und Konsumenten dient.

Der DGB sieht im vorliegenden Gesetzentwurf noch weiteren Regulierungs- und Ergänzungsbedarf und fordert eine Festlegung der Politik auf die **Schaffung eines eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes**, um die genannten Detailanforderungen bei der Anpassung der Datenschutzgrundverordnung – insbesondere für den spezifischen Beschäftigungskontext – umfassend aufzunehmen.

II. Zu ausgewählten Regelungen des Artikel 1 (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG)

Teil 1: Gemeinsame Bestimmungen

Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (Kapitel 1)

Zu § 1: Anwendungsbereich

Bislang erfasst der Anwendungsbereich des geltenden BDSG auch die **nichtautomatisierte Datenverarbeitung** gemäß § 1 Abs. 2, während die DSGVO jene Datenverarbeitung gemäß Art. 2 Abs. 1 nur erfasst, soweit es um eine „nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten geht, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“ Damit werden nichtautomatisierte Datenverarbeitungsprozesse, die auch nicht auf eine entsprechende Speicherung angelegt sind, nicht erfasst, was im Beschäftigungskontext etwa auf das Fragerecht des Arbeitgebers, die Überwachung von Arbeitnehmern durch Detekteien, das Abhören von Telefonaten und handschriftliche Notizen zutrifft, sofern hier jeweils keine Speicherung von Daten bzw. eine Überführung in ein Dateisystem erfolgt.

War der Anwendungsbereich des geltenden BDSG in Bezug auf die nichtautomatisierte Datenverarbeitung (generell) im Beschäftigungskontext noch im Referentenentwurf zum DSAnpUG-EU vom 23.11.2016 (durch die dort vorgeschlagene Regelung des § 24 Abs. 2 BDSG-E neu) übernommen und beibehalten worden, wurde dieser Anwendungsbereich – offenbar im Zuge der nachgefolgten Ressortabstimmungen – im vorliegenden Gesetzentwurf abgeändert: Zum einen wurde im vorliegenden – für alle Verarbeitungssituationen (generell) geltenden - § 1 Abs. 1 BDSG-E (neu) in Bezug auf die Anwendung des Gesetzes für nicht-öffentliche Stellen ergänzend zum Referentenentwurf ausgeführt, dass es „...für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten (gilt), die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen,...“. Zum anderen wurden – bereichsspezifisch für DV-Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses - in § 26 Abs. 7 BDSG-E (neu) die Worte „automatisiert oder“ gestrichen. Dabei wurde zusätzlich die weiter gefasste „Verarbeitungsdynamik“ des geltenden BDSG („...**in** oder **aus** einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden“), die noch im Referentenentwurf vom 23.11.2016 redaktionell zusammengefasst erhalten geblieben war, im Gesetzentwurf auf eine bloße Speicherung in einer Datei bzw. einem Dateisystem reduziert. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen diese Einschränkung des allgemeinen Anwendungsbereichs des Gesetzentwurfs, wie auch - insbesondere - des (spezifischen) Anwendungsbereichs der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses im BDSG-E (neu) gegenüber dem geltenden BDSG als Verschlechterung des Datenschutzniveaus der Beschäftigten ab und fordern, dass § 32 Abs. 2 des geltenden BDSG in § 26 Abs. 7 BDSG (neu) mit dem bisherigen Inhalt übernommen wird. Dann sind die Absätze 1 bis 6 auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten von Beschäftigten verarbeitet werden, **ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet oder für die Verarbeitung in einer solchen Datei erhoben werden**. Mit dieser Ergänzung des § 26 Abs. 7 des Gesetzentwurfs würde die bislang geltende Regelung des § 32 Abs. 2 BDSG für den Beschäftigungskontext als eine – gleichsam – „spezifischere“ Regelung i.S. des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, nämlich für die Konkretisierung des Anwendungsbereichs des Gesetzes in der besonderen Verarbeitungssituation der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ausgeformt und beibehalten.

Zu § 2: Begriffsbestimmungen

Die Definition des geltenden § 3 Abs. 10 BDSG zu mobilen personenbezogenen Speicher- und Verarbeitungsmedien wurde nicht übernommen. Dass sich aber **zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** (entsprechend § 6c des geltenden BDSG) in den allgemeinen Datenschutzregelungen der DSGVO keine diesbezügliche Regelung findet, darf nicht zu dem Schluss verleiten, dass insoweit auch keine Definition notwendig ist. Die Norm des bislang geltenden § 6c BDSG über die konkreten Unterrichtungspflichten des Verantwortlichen ist bedeutsam. Zu seinen Pflichten gehört die Unterrichtung a) über – etwa – die Funktionsweise des Mediums, einschließlich der Art der zu verarbeitenden personenbezogenen Daten, b) die Ausübung der Rechte des Betroffenen, insbesondere seines Auskunftsrechts, und c) die zu treffenden Maßnahmen bei Verlust der Zerstörung, sowie die eindeutige Erkennbarkeit der Kommunikationsvorgänge, die auf dem Medium eine Datenverarbeitung auslösen. Diese Pflicht zur Unterrichtung kommt insbesondere zur Anwendung beim Einsatz von Ortungsdiensten für Beschäftigte (etwa im Rahmen der Routenkontrolle oder aus Sicherheitsgründen). Diese – spiegelbildlich zu den Pflichten des Verantwortlichen – detailliert im geltenden BDSG bestehenden Rechte des Betroffenen bei Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien werden durch die Betroffenenrechte nach Maßgabe des Kapitels III der DSGVO sowie derjenigen des vorliegenden Gesetzentwurfs (Kapitel 2) nicht aufgegriffen oder gar ersetzt. Der Entwurf macht vielmehr für die vorliegenden Gesetzgebungsmaßnahmen von der Öffnungsklausel für **Beschränkungen dieser Betroffenenrechte** (Art. 23 DSGVO) weitestgehend Gebrauch, Wenn – mangels Nachfolgeregelung – keine Verpflichtung mehr bestehen würde, etwa eine eindeutige Erkennbarkeit von Kommunikationsvorgängen, die auf dem Medium eine Datenverarbeitung auslösen, für den Betroffenen zu gewährleisten, würde sich das bisherige **Datenschutzniveau für Beschäftigte verschlechtern**. Da dieses Defizit in der DSGVO bezüglich der zulässigen Nutzung dieser Medien durch eine spezialgesetzliche Regelung für den Beschäftigungskontext analog des geltenden § 6c BDSG ausgeglichen werden muss [vgl. nachfolgende Erläuterung in der Stellungnahme zu § 26 BDSG (neu)], bedarf es auch weiterhin der Definition dieser Datenträger in der vorliegenden Norm oder (ergänzend) im Rahmen der spezifischeren Vorschrift über die Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses.

Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Kapitel 2)

Zu § 4 Videoüberwachung

Dem Regelungsansatz des geltenden BDSG folgend, erfasst die Vorschrift als Nachfolgeregelung in Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3, Satz 2 auch die Videoüberwachung durch nicht-öffentliche Stellen. Die Bestimmung legt für die Zulässigkeit der **Videoüberwachung** zum einen deren Erforderlichkeit in Bezug auf drei Voraussetzungen (im Folgenden: a-c) fest: a) zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, b) zur Wahrnehmung des Hausrechts oder c) zur

Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke. Als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit der Videoüberwachung dürfen keine Anhaltspunkte für ein Überwiegen schutzwürdiger Interessen der Betroffenen bestehen. Allerdings werden diese „schutzwürdigen Interessen“ der Betroffenen in Abs. 1 Satz 2 durch die gesetzliche Fiktion eingeschränkt, dass der Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen, die sich in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen aufhalten (als ein „besonderes wichtiges Interesse“), gilt. Nach der Gesetzesbegründung wird durch diese gesetzliche Fiktion die Abwägungsentscheidung zugunsten der Zulässigkeit der Videoüberwachung geprägt. Das heißt im Klartext: Die Zulässigkeit der Videoüberwachung ist für den Betreiber öffentlich zugänglicher Einkaufszentren etwa unter der Bedingung der Wahrnehmung des Hausrechts oder der Geltendmachung „berechtigter Interessen“ bei Berufung auf diese Schutzgüter quasi vorgegeben. Auch ein Landesdatenschutzbeauftragter kann die Videoüberwachung mit Hinweis auf die schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten in dem jeweiligen Einkaufszentrum nicht mehr untersagen. Dies stellt einen eklatanten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dar.

Fazit/Bewertung:

Durch die Neufassung der Vorschrift zur Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume wird die Videoüberwachung im Vergleich zur Regelung des geltenden § 6b BDSG in größerem Umfang und nach zum Teil deutlich weniger strengen Voraussetzungen zulässig sein. Zwar ist § 4 BDSG-E (neu) mit seinem Abs. 1 Satz 1 sowie den Abs. 2 bis 5 mit § 6b Abs. 1 bis 5 des geltenden BDSG weitgehend wortidentisch. Durch die Verknüpfung des **Satzes 1** mit dem neu eingefügten **Satz 2** des § 4 Abs. 1 BDSG-E (neu) und der damit - quasi - vorgegebenen Abwägungsentscheidung für die Zulässigkeit der Videoüberwachung, ist es einem Arbeitgeber als Betreiber einer Videoüberwachungsanlage unter Berufung auf die Verteidigung dieser besonderen Schutzgüter (letztlich zum Schutz vor Folgen terroristischer Angriffe) – etwa – in Einkaufszentren, Ladenlokalen usw. möglich, gleichzeitig seine Beschäftigten – dazu noch dauerhaft – zu überwachen.

Nach Maßgabe der Vorgaben der DSGVO (Art. 35 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 35 Abs. 3 lit. c) DSGVO sowie Art. 88 Abs. 2 DSGVO) ist der deutsche Gesetzgeber verpflichtet, die Regelungen für eine Ausweitung der Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen, wie diese im Rahmen der allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften vorgesehen sind, für die besondere Situation der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses einschränkend zu konkretisieren:

Art. 35 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 35 Abs. 3 lit. c) DSGVO (sowie Erwägungsgrund 91) erachtet nur die „systematische“ und „umfangreiche“ Videoüberwachung als eine Datenverarbeitung, die hohe Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen in sich birgt. Damit erfasst diese Anforderung jedoch lediglich einen kleinen Ausschnitt des Arbeitslebens. Wichtige Bereiche von Produktion, Dienstleistung und Verwaltung, in denen die Videoüberwachung gerade auch zur Kontrolle von Leistung und Verhalten sowie der Privatsphäre von Beschäftigten eingesetzt wird bzw. eingesetzt werden kann, würden ohne eine spezifische

Sonderregelung für den Beschäftigtenkontext vom Schutzbereich dieser Norm ausgeblendet. Auch würde die häufig punktuelle und auf kleinere Bereiche bezogene Videoüberwachung in Betrieben, aber auch in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen, der – gegenüber § 6b des geltenden BDSG – herabgesetzten Rechtfertigungsschwelle für Videoüberwachung nach der DSGVO und nach der allgemeinen Datenschutzvorschrift in § 4 Abs. 1 des BDSG-E (neu), unterfallen. **Die fehlende (Detaillierung der Datenschutzfolgeabschätzungs-) Vorschrift zur Videoüberwachung für „allgemeine Datenverarbeitungssituationen“ in der DSGVO, stellt ohne nationale Spezifizierung ihrer Voraussetzungen im Beschäftigungskontext ein „Schlupfloch“ für den Beschäftigtendatenschutz dar, das durch die für eine Zulässigkeit der Videoüberwachung vorgegebene bzw. „geprägte Abwägungsentscheidung“ nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 BDSG-E (neu) noch vergrößert wird.** Dem gegenüber verpflichtet **Art. 88 Abs. 2 DSGVO** die Mitgliedstaaten jedoch zur Ergreifung „angemessener und besonderer Maßnahmen“ zu Schutzzwecken, soweit diese Mitgliedsstaaten in ihrer nationalen Rechtsordnung von spezifischen Vorschriften zur Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext Gebrauch machen (Art. 88 Abs. 1 DSGVO). Solche Schutzmaßnahmen werden von Art. 88 Abs. 2 DSGVO namentlich in Bezug auf „Überwachungssysteme am Arbeitsplatz“ beispielhaft gefordert.

Darüber hinaus haben nach bestehender Rechtslage die aus dem geltenden § 6b BDSG abgeleiteten Voraussetzungen einer zulässigen Videoüberwachung auch Rückwirkungen auf die Videoüberwachung in **nicht öffentlich zugänglichen Bereichen**, wie etwa Produktionsstätten, deren Zulässigkeit sich nach dem geltenden § 32 BDSG richtet. Auf der Grundlage der vorliegenden (defizitären) Regelung des Gesetzentwurfs erscheint es möglich, dass die Rechtsprechung zukünftig bei der Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen auch im Beschäftigungskontext auf § 4 Abs. 1 BDSG-E (neu) und ergänzend auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zurückgreifen wird. Das aber würde eine deutliche Absenkung des Schutzstandards im Beschäftigungskontext bewirken, der nicht hinnehmbar ist. Da der Entwurf nach dem Wortlaut dieser Vorschrift (§ 4 BDSG-E neu) unter Berücksichtigung der Verknüpfung mit § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E (neu) eine Fortführung von § 6b BDSG für den Beschäftigungskontext und die Beibehaltung der bisherigen nationalen Maßstäbe tatsächlich nicht beinhaltet, muss die Videoüberwachung im Beschäftigungskontext auch aus diesem Grund spezifisch in § 26 BDSG-E (neu) geregelt werden. Schließlich erscheint angesichts der bekannten Datenskandale in Bezug auf die Überwachung von Beschäftigten sowie Vorsitzenden und Mitgliedern ihrer Interessenvertretungen Anfang der Jahre 2000 (allen voran das Beispiel des Inhabers der inzwischen insolventen Drogeriekette Schlecker, der alle Beschäftigten in den Filialen hat Videoüberwachen lassen) eine einschränkende konkretisierende Regelung zur Videoüberwachung im Beschäftigungskontext – auch durch diese Verstöße belegt – dringend erforderlich. Diese spezifischen Regelungen sollten Grundsätze für eine Videoüberwachung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ausformen (vgl. hierzu nachfolgende Ausführungen im Abschnitt „weitere Regelungserfordernisse“ im Rahmen einer Ergänzung des § 26 BDSG-E neu).

Als Ausnahmetatbestand für eine solche (vermeintlich) „zulässige Videoüberwachung“ kann sich dieser Arbeitgeber auf die „Wahrnehmung seines Hausrechts“ oder die „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ beziehen, womit ihm ein weiter Spielraum eingeräumt wird, Arbeitnehmer/innen permanent und flächendeckend zu überwachen. Während § 4 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E (neu) nach diesseitiger Auffassung und der Ansicht von Datenschutzexperten für europarechtswidrig gehalten wird, da es einen solchen – zudem „privaten“ – Rechtfertigungstatbestand nach der DSGVO (insbesondere seines Art. 6 Abs. 1) nicht gibt, ist die Zulässigkeit der Videoüberwachung/Datenverarbeitung „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen“ nach der DSGVO grundsätzlich möglich (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO). Dies allerdings nur, „...sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen...“, was mit der (oben ausgeführten) Vorgabe der Interessenabwägung für eine Zulässigkeit der Videoüberwachung in § 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E (neu) jedenfalls speziell in Bezug auf die Beschäftigten in den Einkaufszentren, Ladenlokalen etc. konfliktiert. Diese Beschäftigten in „öffentlich zugänglichen Räumen“ sind aber angesichts der „Zwangssituation“ bzw. ihrer existenziellen Abhängigkeit von Arbeitgebern, die ständige und anlasslos Videoüberwachung (z. B. in Ladenlokalen) betreiben und dabei „zufällig“ (als „unbeabsichtigtes“ Nebenprodukt) ihre Verkäufer/innen mit aufnehmen, besonders schutzwürdig. Schon seitens des europäischen Ordnungsgebers gibt es daher – wie vorstehend bereits skizziert - die Möglichkeit, solchen oder ähnlich weiten Interpretationen des Art. 4 Abs. 1 DSGVO im Beschäftigungskontext zu begegnen: Der nationale Gesetzgeber oder die Kollektivparteien können für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (Art. 88 Abs. 1 DSGVO) „spezifischere Vorschriften“ schaffen, die diesen Besonderheiten – ähnlich wie in Bezug auf die Einwilligung nach § 26 Abs. 2 BDSG-E (neu) – Rechnung tragen. Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber dem jetzt nachkommen und nicht noch die Videoüberwachung im Beschäftigungskontext erleichtern!

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzentwurf die Absätze 2 bis 5 des geltenden § 6b BDSG durch die Regelungen des § 4 Abs. 2 bis 5 BDSG-E (neu) weitestgehend übernommen hat. Jedoch sollte in der vorliegenden Vorschrift (§ 4 BDSG-E –neu) – zur Beilegung des bislang insoweit bestehenden und zur Vermeidung zukünftigen dogmatischen Streits – klargestellt werden, dass für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext im Hinblick auf Videoüberwachung die Spezialnorm des § 26 BDSG-E (neu) ergänzend hinzutritt.

Zudem muss in der Gesetzesbegründung klar herausgestellt werden, dass mit der Fortführung der Regelung des geltenden § 32 Abs. 1 BDSG in § 26 Abs. 1 BDSG-E in Bezug auf die Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen die bisherige Rechtslage fortgeführt und nicht verschlechtert werden soll.

Teil 2: Durchführungsbestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Artikel 2 der Verordnung (EU) 2016/679

Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Kapitel 1)

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und Verarbeitung zu anderen Zwecken (Abschnitt 1)

Zu § 22: Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Soweit ersichtlich, sind Verschärfungen der Einwilligung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten – etwa das Erfordernis der Ausdrücklichkeit in § 4a Abs. 3 BDSG – in der vorliegenden Vorschrift nicht vorgesehen. Dies ist angesichts der besonderen Sensibilität dieser Daten auch nach Maßgabe der DSGVO nicht hinnehmbar. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO deckt als Öffnungsklausel für den Ausschluss einer Einwilligung bei der Verarbeitung die Überführung von § 4a Abs. 3 BDSG in die vorliegende Vorschrift. Die Einwilligung **der/des Beschäftigten** in die Verarbeitung ihrer/seiner personenbezogenen Daten bedarf insgesamt dringend einer **spezifischen Regelung**. Diese Regelung muss gewährleisten, dass die Grundsätze der Freiwilligkeit und der Informiertheit sichergestellt werden. Dabei können und sollten auch die besonderen Umstände, die in Bezug auf sensitive Daten zu beachten sind, Berücksichtigung finden. Diesen – einschränkenden - Prämissen kommt auch die im Gesetzentwurf gegenüber dem Referentenentwurf ergänzte spezifische Regelung der Verarbeitung „besonderer Kategorien“ personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach Maßgabe des § 26 Abs. 3 BDSG-E (neu) nur unzureichend nach (vgl. nachfolgende Stellungnahme zu Teil 2 Kapitel 1 Abschnitt 2 des Gesetzentwurfs).

Zu § 24: Verarbeitung zu anderen Zwecken durch nicht-öffentliche Stellen

Zwar stellt die im Gesetzentwurf gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommene (systematische) Differenzierung der Verarbeitung zu anderen Zwecken zum einen durch öffentliche Stellen, zum anderen durch nicht-öffentliche Stellen, durch (zwei) gesonderte Normen sowie die (inhaltliche) Beschränkung in der Vorschrift des § 24 Abs. 1 BDSG-E (neu) auf nur noch zwei Fallgruppen eine Verbesserung dar. Insbesondere ist die weit gefasste und einseitig auf wirtschaftliche Interessen bezogene Normierung von „zulässigen“ Zweckänderungsgründen, die gegen den Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 und Art. 23 Abs. 1 DSGVO verstoßen hätten, größtenteils beseitigt worden (etwa der Zulässigkeitstatbestand „zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen“). Allerdings ist § 23 Abs. 1 **Nr. 2** BDSG-E (neu) des Gesetzentwurfs gegenüber den Anforderungen der DSGVO immer noch zu weit gefasst: Zwar ermöglicht Art. 6 Abs. 4 DSGVO den Mitgliedsstaaten für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (inzidenter) den Erlass von Rechtsvorschriften, die Zweckänderungen erlauben. Diese Erlaubnis soll nach Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO jedoch lediglich „die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche“ sicherstellen. Gesetzliche Zweckänderungsregelungen zur Durchsetzung aller „rechtlicher“ Ansprüche (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E neu) sieht die DSGVO jedoch nicht vor. Insoweit ist diese Erweiterung im Gesetzentwurf – etwa auf Ansprüche verwaltungsrechtlicher Art – unverhältnismäßig und europarechtswidrig; der Begriff „rechtlicher“ (Ansprüche) in Abs. 1 Nr. 2 sollte daher im BDSG-E (neu) durch „zivilrechtlicher“ abgeändert und ersetzt werden.

Darüber hinaus bedarf es – nach Maßgabe der hierzu ermächtigenden Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO – einer spezialgesetzlichen Einschränkung zulässiger Zweckänderungen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses in § 26 BDSG-E (neu), um einer etwaig möglichen Interpretation weiter (als bislang nach Maßgabe des geltenden § 32 BDSG) reichender Zweckänderungen durch Art. 6 Abs. 4 DSGVO und damit einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen. Gleiches gilt für eine erforderliche gesetzliche Klarstellung im Rahmen des § 26 BDSG-E (neu), dass die allgemeine Interessenabwägung nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO im Beschäftigungskontext nicht greift, da § 26 BDSG-E (neu) insoweit als abschließende Sonderregelung zu betrachten ist, wonach der Begriff der „Durchführung“ des Arbeitsverhältnisses (§ 26 Abs. 1 BDSG-E neu) weit zu verstehen ist und bereits eine spezielle Interessenabwägung beinhaltet.

Besondere Verarbeitungssituationen (Abschnitt 2)

Zu § 26 (Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses)

Der überwiegende Erhalt und die grundsätzliche Weitergeltung des § 32 Abs. 1 bis 3 und des § 3 Abs. 11 des geltenden BDSG in Gestalt des § 26 Abs. 1 bis 8 BDSG-E (neu) werden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften begrüßt, soweit nicht die bestehende Reichweite des Beschäftigtendatenschutzes durch die Herausnahme des nichtautomatisierten Anwendungsbereichs aus Abs. 2 des geltenden § 32 BDSG eine Einschränkung erfährt.) Mit dieser Streichung im neuen § 26 Abs. 7 geht eine Verschlechterung des Beschäftigtendatenschutz-Niveaus des BDSG-E (neu) gegenüber dem geltenden BDSG einher. Angesichts des Wegfalls (etwa von § 4 des geltenden BDSG) oder der Modifizierung von weiteren Bestimmungen des geltenden BDSG durch die DSGVO sowie deren Eröffnung einer Konkretisierung der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext durch Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen nach Maßgabe des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, bedarf es jedoch weiterer ergänzender Regelungen im BDSG-E (neu).

Hierzu im Einzelnen wie folgt:

Zu Abs. 1 (Zulässigkeit der Beschäftigten-DV - Erhalt des Inhalts von § 32 Abs. 1 BDSG):

Die Übernahme der bisher geltenden Vorschrift des § 32 Abs. 1 BDSG durch den vorliegenden Abs. 1 des Gesetzentwurfs ist grundsätzlich zu begrüßen. Positiv ist hervorzuheben, dass die Ergänzung in Satz 1 des Abs. 1 [„...oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag oder einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten...“] erstmalig die Datenverarbeitung auch für Zwecke der Interessenvertretungen regelt. Allerdings erscheint eine Angleichung der Begrifflichkeit „schutzwürdiges Interesse“ (*der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung* in Satz 2 des Abs. 1) an die Terminologie der DSGVO im Hinblick auf schutzwahrende Maßnahmen bei der Regelung spezifischerer Vorschriften für den Beschäftigungskontext nach Maßgabe des Art. 88 Abs. 2) DSGVO zweckmäßig und geboten („...und die berechtigten Interessen oder

Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegen,...“).

Zu Abs. 2 (Verarbeitung von Beschäftigtendaten auf der Grundlage einer **Einwilligung**)

Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass in den Gesetzentwurf gegenüber dem Referentenentwurf eine Einschränkung der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze der DSGVO (Art. 6 Abs. 1 lit. a) für die besondere Verarbeitungssituation einer Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses i.S. einer spezifischeren Vorschrift (Art. 88 Abs. 1 DSGVO) aufgenommen wurde. Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften darf wegen der Besonderheit des Ungleichgewichts (Abhängigkeit) zwischen dem/der Beschäftigten und dem Arbeitgeber als Datenverarbeitendem die Einwilligung des/der Beschäftigten in die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungsverhältnis nur unter engen Voraussetzungen eine Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten darstellen. Soweit die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis – gegenüber Art. 6 und Art. 9 DSGVO - ausnahmsweise als Rechtfertigung möglich sein soll, muss sie an strenge Voraussetzungen (vgl. auch Art. 7 DSGVO, Erwägungsgründe 42, 43, 155) geknüpft werden. Zutreffend soll nach Abs. 2 Satz 3 grundsätzlich das in der DSGVO fehlende (im geltenden BDSG aber enthaltene) **Schriftformerfordernis** fortgeführt werden. Denn mit einem Wegfall des Schriftformerfordernisses würde auch die damit bislang einhergehende Warnfunktion, mit der der Betroffene - durch die Notwendigkeit einer eigenhändigen Unterschrift - vor einer unüberlegten und vorschnellen Entscheidung abgehalten wurde, entfallen. Zum anderen kommt es ohne Schriftformerfordernis auch zu Einbußen an Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestehens einer Einwilligung als Erlaubnistatbestand im konkreten Fall, die bislang durch das Schriftformerfordernis gewährleistet werden konnte. Dies ist auch für die datenverarbeitende Stelle nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO von großer Bedeutung, da sie die Beweislast dafür trägt, dass der Betroffene seine Einwilligung zu der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten erteilt hat. Im Falle einer bloß mündlich oder konkludent erteilten Einwilligung wird dieser Nachweis regelmäßig nicht zu führen sein (auf die Nachweispflicht des Arbeitgebers als einer der Gründe für die gesetzlich grundsätzlich angeordnete Schriftform als formelle Voraussetzung einer Einwilligung weist auch die Begründung des Gesetzentwurfs hin). Allerdings ermöglicht die Vorschrift in Satz 4 „wegen besonderer Umstände“ (ausnahmsweise) auch eine andere „angemessene“ Form anstelle der Schriftform für die Einwilligung. Um insoweit Missbrauch auszuschließen und in solchen Fällen einem verminderten Schutz der betroffenen Beschäftigten vorzubeugen, bedarf es einer ausgleichenden und flankierenden Regelung, die im Anschluss an Abs. 2 Satz 4 wie folgt ergänzt werden sollte: „Wird die Einwilligung nach § 4a Absatz 1 Satz 3 BDSG [*beziehungsweise nach § 26 Abs. 2 DSGVO-E als Nachfolgenorm*] in anderer Form als der Schriftform erteilt, hat die verantwortliche Stelle dem Betroffenen den Inhalt der Einwilligung schriftlich zu bestätigen, es sei denn, dass die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene deren Inhalt jederzeit abrufen [...] kann. Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie in drucktechnisch deutlicher Gestaltung besonders hervorzuheben.“ Diese Regelung entspricht § 28 Abs. 3a des geltenden BDSG

und würde insofern als spezifische Vorschrift für den Beschäftigungskontext das bisherige Datenschutzniveau erhalten.

Ergänzend bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Regelung, dass die Einwilligung nur bezogen auf einen genau umschriebenen **Verwendungsvorgang** unter Benennung der gebilligten Verbreitungsziele und Verbreitungsphasen erteilt werden kann. Durch den Verweis in Abs. 2 Satz 4 auf Art. 7 Abs. 3 DSGVO ist zwar klargestellt, dass die Einwilligung **jederzeit widerrufen** werden kann. Ergänzungsbedarf besteht jedoch an einem klarstellenden (besonderen) Maßregelungsverbot, wonach sich der Widerruf oder die Ablehnung der Einwilligung **nicht zum Nachteil** des oder der Beschäftigten auswirken darf. Schließlich muss in diesem Zusammenhang ausdrücklich ergänzend normiert werden, dass der Arbeitgeber im Fall des Widerrufs der Einwilligung durch die Beschäftigte bzw. den Beschäftigten die aufgrund der Einwilligung erhobenen Daten unverzüglich zu löschen hat. Es muss zudem sichergestellt werden, dass der oder die Beschäftigte vor der Erteilung der Einwilligung ausführlich über den Zweck oder die Zwecke der Datenverarbeitung, die strenge Zweckbindung, die Freiwilligkeit der Einwilligung, das Benachteiligungsverbot im Weigerungsfalle, das jederzeitige Widerrufsrecht und die daraus resultierende Löschungsverpflichtung unterrichtet wird. Insoweit bedauern der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften, dass die Bundesregierung der von den Gewerkschaften geforderten umfassenden Aufklärungspflicht des Arbeitgebers nur unzureichend durch eine Normierung in Satz 4 des Abs. 2 des vorliegenden Gesetzentwurfs in Bezug auf die Angabe des Zwecks der Datenverarbeitung und auf das bestehende Widerrufsrecht nachgekommen ist.

Soweit man dem Ansatz des Gesetzentwurfs zur (definitiven) Möglichkeit des Vorliegens einer „Freiwilligkeit“ für die Beurteilung der Einwilligung in Satz 2 des Abs. 1 folgt, ist dieser Hinweis auf den Maßstab für die Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung jedenfalls unzureichend: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine Einwilligung für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften - entgegen der nach Satz 1 des Abs. 2 vorausgesetzten Einzelfallprüfung - generell und ohne Prüfung in jedem Einzelfall nur **ausnahmsweise** als Rechtsgrundlage angesehen werden kann. Sie kann in Bezug auf die Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses - ausnahmsweise - dann als rechtmäßig angesehen werden, wenn die daraus resultierenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Folgen für den abhängig Beschäftigten **überwiegend** vorteilhaft sind. Eine „irgendwie“ geartete Vorteilhaftigkeit, wie jedoch Satz 2 ausreichen lässt, kann als Hinweis auf die Freiwilligkeit der Einwilligung nicht ausreichen. Die Vorteilhaftigkeit der Folgen einer Einwilligung müssen für den Beschäftigten gegenüber den Vorteilen, die der Arbeitgeber aus der Einwilligung zieht, zumindest überwiegen (mehr als 50%). So fehlt es auch nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich an der Freiwilligkeit einer Einwilligung, wenn diese „in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird“ (vgl. BGH Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, DuD 2008, 818 (820) – Payback; Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, DuD 2010, 493 (495) – Happy Digits). Im Bewerbungsverfahren ist das Kriterium einer – auch überwiegenden – Vorteilhaftigkeit für den – angehenden – Beschäftigten hingehend untauglich, da (auch) nach weit überwiegender Auffassung in der Literatur (vgl. für viele: Taeger/Rose, BB 2016, 819FF., 822; Wybitul/Pötters, RdA 2016, 10ff., 12f.;

Stelljes, DuD 2016, 1ff., 2, mit Hinweis auf BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NJW 2007, 286.) in dieser Situation eine Freiwilligkeit der Einwilligung kaum denkbar ist, weil der Bewerber das Verlangen des Arbeitgebers nach einer Einwilligung immer als Einstellungsvoraussetzung für den Arbeitsplatz verstehen wird, der er zur Erlangung dieser Existenzgrundlage zustimmen muss. Daher muss für diese Situation (im Bewerbungsverfahren) die Einwilligung als Rechtfertigungsmöglichkeit generell ausgeschlossen werden, um das bestehende Datenschutzniveau zu erhalten. Auch eine solche Differenzierung lässt die Regelung des Abs. 2 Satz 2 leider vermissen.

Schließlich muss – sowohl im Zuge eines Bewerbungsverfahrens, als auch in Bezug auf Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses - ausgeschlossen sein, dass der Erhalt oder die Erhaltung des Arbeitsplatzes als vorteilhaft gilt oder sich der Arbeitgeber die Einwilligung durch finanzielle Zuwendungen an den/die Arbeitnehmer/in „erkauft“; darauf ist zumindest in der Gesetzesbegründung ergänzend hinzuweisen. Denn insbesondere wirtschaftliche Vorteile, wie beispielsweise Prämien oder Zulagen, haben für die allermeisten Beschäftigten teilweise existentielle Bedeutung. Insoweit haben sie keine freie Wahl, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, soweit ihnen dadurch der wirtschaftliche Vorteil wieder entzogen wird. Zudem bestehen Bedenken, ob die in Abs.2 Satz 2 vorgesehene Regelung nicht gegen das Koppelungsverbot nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO verstößt. Als bessere Alternative sollte für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung anstelle des Erreichens eines (überwiegenden) rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteils für die beschäftigte Person – unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe 43 und 44 der DSGVO – im Gesetz definiert werden: „Freiwilligkeit liegt vor, wenn die betroffene Person eine echte und freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“

Zu Abs. 3 (Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten)

Nach Art. 9 DSGVO ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten grundsätzlich untersagt und nur unter den in Abs. 2 des Art. 9 DSGVO genannten Ausnahmen (lit. a bis j) zulässig. Durch Umfang und Konkretisierungsgrad der beschriebenen Ausnahmebestimmungen ist diese Verordnungsvorschrift umfassend und abschließend. Der deutsche Gesetzgeber verstößt daher mit seiner Regelung in Abs. 3 des § 26 BDSG-E (neu) gegen das europarechtliche „Wiederholungsverbot“, zumal diese Regelung keine Einschränkung der DSGVO-Ausnahmen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (zugunsten des Beschäftigten-datenschutzes) darstellt. Jedenfalls erschließt sich die Spezifizierung dieser Sonderregelung für den Beschäftigungskontext nicht i.S. einer Ausnahmegesetzvorschrift. Sie erscheint (etwa im Hinblick auf die Zulassung einer Einwilligung der betroffenen Person nach Satz 2 in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zur Aufhebung der Untersagung nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO sowie den Verweis in Satz 3 auf § 22 Abs. 2 BDSG-E neu, ohne spezifisch geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person zu formulieren) zu Lasten des Datenschutzniveaus der Beschäftigten weiter gehender, als dies die DSGVO zulässt (etwa durch ein nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO mögliches

nationales Verbot der – ausdrücklichen – Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext, durch das die Untersagung nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht aufgehoben würde).

Anstelle dieser zweifelhaften Ausformung der Vorschrift für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext erscheint stattdessen ein Verweis auf Art. 9 DSGVO als ausreichend, sofern dieser überhaupt nötig ist.

Zu Abs. 4 (Beschäftigten-DV auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen)

Die Regelung, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig ist, ist grundsätzlich ebenso zu begrüßen, wie der – insbesondere für die Betriebsparteien wichtige – rechtliche Verweis und Hinweis auf die (neben den nationalen Schutzregelungen, etwa des – geltenden – BDSG sowie der §§ 75, 80 Abs. 1 BetrVG bzw. der einschlägigen Vorschriften des Personalvertretungsrechts) dabei zu beachtenden Schutzmaßnahmen nach Maßgabe des Art. 88 Abs. 2 DSGVO.

Anders als durch den wegfallenden § 4 BDSG, der Kollektivvereinbarungen (Tarif- und Betriebsvereinbarungen) i.S. einer „anderen Rechtsvorschrift“ (vgl. § 4 Abs. 1 des geltenden BDSG) als Erlaubnistatbestand für die Zulässigkeit von personenbezogenen Datenverarbeitungen angesehen hat, werden Kollektivvereinbarungen mangels Nachfolgenorm für § 4 des geltenden BDSG und in der vorliegenden Vorschrift nicht explizit als Legitimationstatbestand genannt. Allerdings räumt die DSGVO in Art. 88 Abs. 1 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Befugnis ein, durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Beschäftigtendatenschutzes vorzusehen, die unionsrechtlich dann den gleichen materiellen Anforderungen unterliegen wie eigene Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, insbesondere dem Abs. 2 des Art. 88 DSGVO und den allgemeinen Grundsätzen aus Art. 5 DSGVO. Erwägungsgrund 155 nennt dabei Betriebsvereinbarungen explizit als Beispiel. Zwar lässt sich auf diesem Hintergrund vertreten, dass der Status quo insoweit erhalten bleibt, weil bereits nach geltendem Recht eine entsprechende Legitimation als „andere Rechtsvorschrift“ im Sinne des geltenden § 4 Abs. 1 BDSG anerkannt ist, und gegenwärtig unmittelbar aus dem Unionsrecht abgeleitet wird. Da dies aber nicht eindeutig ist und in Frage gestellt wird, ist die vorliegende ausdrückliche gesetzliche Regelung notwendig, dass die Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG (sowie von Dienstvereinbarungen nach Maßgabe der einschlägigen personalvertretungsrechtlichen Regelungen) zusätzlich weiterhin national möglich ist. Damit wird zugleich eine rechtssichere Datenverarbeitung auf der Grundlage von (auch allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen sichergestellt. Bei spezifischer Regelung der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses durch tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen müssen diese mindestens dem gesetzlichen Niveau entsprechen.

Diese Bestimmung der kollektiven Regelungsbefugnis reicht nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften in Bezug auf die Regelungsinstrumente der Kollektivpartei

„Betriebsrat“ zur Wahrnehmung seiner Aufgaben i.S. des Art. 88 DSGVO aber nicht aus: Damit bei Betriebsvereinbarungen beide Vertragsparteien an deren Ausgestaltung und den Verhandlungen nach Maßgabe des Abs. 4 auf Augenhöhe mitwirken können, bedarf es weiter einer gesetzlichen Verankerung eines – über den Anwendungsbereich des geltenden Mitbestimmungsrechtes (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) hinaus gehenden – erzwingbaren und einigungsstellenbewährten Mitbestimmungsrechtes, das generell die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext umfasst. Dies gilt auch für den Anwendungsbereich des Bundespersonalvertretungsrechts, da die §§ 68 Abs. 1 Nr. 2, 75 Abs. 3 Nr. 17, 76 Abs. 2 Nr. 2, 5 und 7 BPersVG die Mitbestimmung des Personalrats bei sämtlichen Vorgängen, die die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses beinhalten, nicht hinreichend und umfassend sicherstellen. Daher muss § 26 BDSG-E (neu) oder (bereichsspezifisch) § 87 Abs. 1 BetrVG um ein solches Mitbestimmungs- und Initiativrecht ergänzt werden.

Zu Abs. 5 (Beachtung von DV-Grundsätzen im Beschäftigungskontext)

Der Verweis in Abs. 5 auf die Verpflichtung des Verantwortlichen „geeignete Maßnahmen“ zu ergreifen und sicherzustellen, dass „insbesondere die in Art. 5 der Verordnung (EU) 2016/679 dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden“, ist europarechtlich unzureichend (und wäre ohne Spezifizierung entbehrlich). Abs. 5 erfüllt damit in keiner Weise die Anforderungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO. Vielmehr ist der Gesetzgeber für die spezifische Ausgestaltung der Öffnungsklausel der DSGVO für den Beschäftigungskontext insoweit gehalten, Vorschriften zu erlassen, die angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten umfassen. Durch konkrete Vorschriften zum „Datenschutz durch Technik“ wäre es beispielsweise möglich, Löschroutinen oder Verfalltermine für gespeicherte Beschäftigtendaten genau vorzugeben. Satz 1 sollte daher durch folgenden Satz ergänzt werden: „Dazu gehören technische und organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Beschäftigten-Profiling. Dazu gehört insbesondere auch, dass zu unterschiedlichen Zwecken verarbeitete Beschäftigtendaten klar voneinander getrennt, frühzeitig gelöscht oder anonymisiert und dem Trennungsgebot entsprechende Zugriffsrechte eingerichtet werden.“

Zu Abs. 6 (Klarstellungshinweis):

Die Beibehaltung des klarstellenden Hinweises nach Maßgabe des § 32 Abs. 3 des geltenden BDSG auf die gesonderte **Geltung der Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen** der Beschäftigten durch Abs. 6 wird begrüßt.

Zu Abs. 7 (Analoge Anwendung § 32 Abs. 1 BDSG a.F. auf nicht-automatisierte DV):

Der DGB und seine Mitgliedgewerkschaften begrüßen, dass auch § 32 Abs. 2 des geltenden BDSG als Abs. 7 in die vorliegende Norm des § 26 BDSG-E (neu) übernommen wird. Sie lehnen jedoch ab, dass diese Regelung – entgegen noch der Formulierung in § 24 BDSG-E des Referentenentwurfs – nunmehr von der Beschreibung des Anwendungsbereichs in Art. 2 Abs. 1 der DSGVO ausgeht. Dieser Anwendungsbereich erfasst die nichtautomatisierte Datenverarbeitung nicht vollständig. § 32 Abs. 2 des geltenden BDSG ist aber

(gleichsam) für den Beschäftigungskontext als eine „spezifischere“ Regelung i.S. des Art. 88 Abs. 1 DSGVO für eine Erweiterung dieses Anwendungsbereichs der DSGVO beizubehalten. Ansonsten ist die **nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten**, die auch nicht in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, durch diese Regelung nicht mehr erfasst. Die Erfassung der nichtautomatisierten Datenverarbeitung in den Schutzbereich des Abs. 1 ist von besonderer praktischer Bedeutung in der Arbeitswelt etwa hinsichtlich des Fragerechts des Arbeitgebers, der Überwachung von Arbeitnehmern durch Detekteien oder des Abhörens von Telefonaten, sofern hier jeweils keine Speicherung erfolgt. Durch die Streichung der nichtautomatisierten Datenverarbeitung aus dem Anwendungsbereich sind darüber hinaus aber auch handschriftliche Notizen, etwa in Bewerbungsgesprächen oder von Beschäftigten ausgefüllte Arbeitsbögen (etwa Erhebungen vor Umstrukturierungen etc.), die nicht in ein Dateisystem überführt werden sollen, nicht mehr erfasst. Hierdurch ergibt sich eine datenschutzrechtliche Verschlechterung für die Beschäftigten, die nicht hingenommen werden kann.

Darüber hinaus greifen in diesen Fällen auch die Betroffenenrechte nicht, da diese ebenfalls im BDSG-E (neu) auf die Anwendung der DSGVO verweisen, die wiederum für das Eröffnen ihres Anwendungsbereichs – anders als § 1 Abs. 2 des geltenden BDSG – zumindest eine (beabsichtigte) Speicherung in einem Dateisystem voraussetzt (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Dies gilt beispielhaft für das Auskunftsrecht in Art. 15 DSGVO in Bezug auf die von der DSGVO nicht erfassten handschriftlichen Notizen, die nicht in einem Dateisystem erfasst werden. Auch insoweit bedarf es für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext einer entsprechenden Klarstellung, damit die Reduktion des Anwendungsbereichs der DSGVO nicht zu einer Verschlechterung des Status quo des datenschutzrechtlichen Niveaus für die Beschäftigten führt.

Zu Abs. 8 (Definition des Beschäftigtenbegriffs) Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die in Abs. 8 erfolgte – lediglich redaktionell überarbeitete und aktualisierte – Übernahme der geltenden Begriffsbestimmungen aus § 3 Abs. 11 des geltenden BDSG und ihre Integration in die vorliegende Norm mit der Ergänzung, dass der Beschäftigtenbegriff auch Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher erfasst. Diese sind in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und seinen Weisungen unterworfen, so dass sie bezüglich ihrer Schutzbedürftigkeit zutreffend auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht den Stammbeschäftigten gleichgestellt werden. Richtigerweise werden Leiharbeiter auch schon nach geltender Rechtslage den eigenen Beschäftigten des Entleihers gleichgestellt (vgl. Simitis, § 3 BDSG, 8. Aufl., § 3 Rn. 283 m.w.N.). Durch das aktuelle Gesetzgebungsverfahren wurde somit die Gelegenheit ergriffen, durch eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung die Rechtsanwendung durch höhere Klarheit des Gesetzestextes zu vereinfachen.

Zu erwägen ist jedoch weiter, auch andere im Betrieb tätige Personen, die keinen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber geschlossen haben (etwa Beschäftigte eines beauftragten Unternehmens oder auf Werkvertragsbasis), in Bezug auf die Daten, die aufgrund ihrer Tätigkeit vom Betriebsinhaber verarbeitet werden, dem gleichen Datenschutzregime wie Stammbeschäftigte zu unterstellen, zumal aus dieser Datenverarbeitung unter bestimmten

Konstellationen auch Rückschlüsse möglich sind auf Leistung und Verhalten der Stammbeschäftigten.

Weitere Regelungserfordernisse für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext:

Um den Besonderheiten des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gegenüber allgemeinen Datenverarbeitungssituationen gerecht zu werden, für die den Mitgliedsstaaten die Option der Regelung „spezifischerer Vorschriften“ zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten der Betroffenen vom Verordnungsgeber eingeräumt wurde, sind **weitere ergänzende bzw. konkretisierende Regelungen**, vorzugsweise durch Integration in die vorliegende Vorschrift (§ 26 BDSG-E – neu), erforderlich. In ihrer Notwendigkeit unabweisbar sollten – neben der für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erforderlichen Konkretisierung einer Einwilligung (Abs. 2), der (klarstellenden) Ermächtigung einer Verarbeitung personenbezogener Daten auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen (Abs. 4), das die Schaffung eines ergänzenden Initiativ- und Mitbestimmungsrechts für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext (generell) voraussetzt, sowie von zu beachtenden Datenschutzgrundsätzen (Abs. 5) – durch spezialgesetzliche Vorschriften im Beschäftigungskontext die **Einschränkung zulässiger Zweckänderungen**, die **Einschränkung der Videoüberwachung im Beschäftigungskontext** und die **Grenzen der Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** geregelt werden.

Hierzu im Einzelnen wie folgt:

Zweckänderungen unter den besonderen Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften bedarf es im Rahmen dieser Vorschrift (§ 26 BDSG-E neu) – nach Maßgabe der hierzu ermächtigenden Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO – einer spezialgesetzlichen **Einschränkung zulässiger Zweckänderungen** (nach Maßgabe der allgemeinen Vorschrift des § 24 BDSG-E –neu) für den Beschäftigungskontext, um einer etwaig möglichen Interpretation von weiter – als bislang nach dem geltenden § 32 BDSG – reichenden Zweckänderungen durch Art. 6 Abs. 4 DSGVO und damit einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen. Dies könnte beispielsweise – in Sektor spezifischer Weiterführung des geltenden § 31 BDSG – auch eine **besondere Zweckbindung** für solche personenbezogenen Beschäftigtendaten beinhalten, die ausschließlich zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert werden (zur Ergänzung einer entsprechenden Vorschrift des § 31 BDSG in dieser Norm: vgl. nachfolgende Ausführungen).

Um einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen, ist gleichsam auch eine gesetzliche Klarstellung im Rahmen der Norm zur Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (§ 26 BDSG-E neu) (oder – ersatzweise – in § 24 BDSG-E neu mit Hinweis auf die Besonderhei-

ten einer „Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen Zwecken durch nicht-öffentliche Stellen“ im Beschäftigungskontext) mit dem Inhalt erforderlich, dass die allgemeine Interessenabwägung nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO im Beschäftigungskontext nicht greift, da die vorliegende Norm des § 26 BDSG-E (neu) insoweit als abschließende Sonderregelung zu betrachten ist, wonach der Begriff der „Durchführung“ des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1) weit zu verstehen ist und bereits eine spezielle Interessenabwägung beinhaltet.

Videüberwachung unter den besonderen Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Der Entwurf stellt nach seinem Wortlaut in § 4 BDSG-E (neu) – entgegen der Begründung des Gesetzentwurfs (die insoweit auf einen nicht existenten Satz 2 des Abs. 1 des geltenden BDSG verweist) – keine gleichartige Fortführung von § 6b BDSG für den Beschäftigungskontext – unter Beibehaltung der bisherigen nationalen Maßstäbe – dar. Durch die Verknüpfung des (neuen) Satzes 2 des § 4 Abs. 1 BDSG-E (neu), der aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung eines der Terrorismusbekämpfung dienenden „Videoüberwachungsverbesserungsgesetzes“ (BuRats-Drs. 791/16 vom 30.12.2016) übernommen wurde, mit Satz 1 des Abs. 1 dieser Norm (der den Voraussetzungen des geltenden BDSG entspricht), beeinträchtigt die Abwägungsentscheidung für die Zulässigkeit der Videoüberwachung generell die „schutzwürdigen Interessen der Betroffenen“, da diese Entscheidung zugunsten der Zulässigkeit einer Videoüberwachung und ihrer Betreiber, etwa von Einkaufszentren, quasi vorgegeben ist (vgl. vorstehende Ausführungen zu § 4 BDSG-E neu). Damit ist es aber auch einem Arbeitgeber als Betreiber einer solchen Videoüberwachungsanlage unter Berufung auf die Wahrung der besonderen Schutzgüter Leben, Gesundheit oder Freiheit jederzeit gleichsam möglich, in solchen Einkaufszentren mit Ladenlokalen seine Beschäftigten – noch dazu dauerhaft – zu überwachen. Daher muss zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten die Videoüberwachung im Beschäftigungskontext spezifisch in § 26 BDSG-E (neu) geregelt werden. Insoweit ist in dieser Vorschrift – zur Beilegung des bislang insoweit bestehenden und zur Vermeidung zukünftigen dogmatischen Streits – klarzustellen, dass für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext im Hinblick auf Videoüberwachung die vorliegende spezifische Norm (§ 26 BDSG-E neu) ergänzend hinzutritt. Dazu sind Regeln zur Videoüberwachung und Kontrolle von Beschäftigten in nicht allgemein zugänglichen Bereichen sowie Regeln zur Videoüberwachung in allgemein zugänglichen Bereichen (in der Folge) zu formulieren. Diese spezifischen Regelungen sollten Grundsätze für eine Videoüberwachung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses wie folgt ausformen:

- Offene optisch-elektronische Überwachung der nicht öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Arbeitnehmers dienen, insbesondere in Sanitär-, Umkleide-, Pausen- und Schlafräumen, sind unzulässig.
- Offene optisch-elektronische Überwachung der öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs oder der nicht öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs, die nicht über-

wiegend der privaten Lebensgestaltung des Arbeitnehmers dienen, wie Eingangsbereiche, Foyers, Werkhallen o. ä., sind nur zulässig aus Gründen der Sicherheit der Arbeitnehmer und des Betriebs. Soweit nicht unumgänglich, sollte die Überwachung öffentlich zugänglicher Teile des Betriebs den Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz nicht mit erfassen.

- Vor der Durchführung der Überwachung ist der Arbeitnehmer darüber zu unterrichten, wann und wie lange die Überwachungsinstrumente in Betrieb genommen werden.
- Aufzeichnungen der Überwachung sind zeitnah, spätestens innerhalb eines Monats nach Vornahme der Überwachung, zu löschen. Die ordnungsgemäße Löschung unterliegt der vierteljährlichen Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten oder der zuständigen Aufsichtsbehörde.
- Offene akustisch-elektronische Überwachung ist nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit zulässig, etwa im Cockpit von Flugzeugen.
- Die heimliche Überwachung ist in jedem Fall unzulässig.

Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien:

Ergänzungsbedarf für eine Aufrechterhaltung des bisherigen Datenschutzniveaus besteht weiter gegenüber den – insoweit defizitären – Vorschriften des Entwurfs auch in Bezug auf bislang fehlende **Regelungen zur Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** entsprechend § 6 c des geltenden BDSG (vgl. hierzu auch die vorstehenden Ausführungen zu § 2 Begriffsbestimmungen). Zwar finden sich hierzu in den allgemeinen Datenschutzregelungen der DSGVO gleichsam keinerlei Regelungen. Die Verwendung von Chipkarten (bspw. zur Zugangskontrolle), SIM-Karten im Mobilfunkbereich, Systeme der Radio Frequency Identification (RFID), spielt in der betrieblichen Realität jedoch eine große Rolle. Daher haben Regelungen über die Zulässigkeit und Voraussetzungen ihrer Nutzung, auch wegen des insoweit bestehenden Überwachungspotenzials im Beschäftigungskontext, eine große Bedeutung. Ein (ersatzloser) Fortfall der bisherigen Regelung des § 6c BDSG würde den derzeit bestehenden rechtlich vorgegebenen Datenschutzstandard für abhängig Beschäftigte senken, weshalb dieses Defizit durch eine spezialgesetzliche Regelung für den Beschäftigungskontext ausgeglichen werden muss.

Besondere Zweckbindung unter den Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Ergänzungsbedarf besteht schließlich in der besonderen Datenverarbeitungssituation für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses in Bezug auf die **Fortführung der Regelungen zur strengen Zweckbindung von personenbezogenen Daten**, die zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind. Ein vergleichbarer strenger spezieller Zweckbindungsgrundsatz, wie dieser im geltenden § 31 BDSG normiert ist, findet sich zwar in der DSGVO nicht. Der dort in Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO allgemein geregelte

Grundsatz der Zweckbindung wird zudem durch die ausnahmsweise zulässige Zweckänderung (Art. 6 Abs. 4 DS-GVO) relativiert. Aber gerade im Beschäftigungskontext gilt es, die insoweit bestehenden Möglichkeiten des Arbeitgebers zum Schutz der abhängig Beschäftigten zu beschränken, auf große Datenbestände zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zurückgreifen zu können. Insoweit bedarf es einer spezialgesetzlichen Regelung.

Fortführung bereichsspezifischer Regelungen (z. B. §§ 19-21 Gendiagnostikgesetz)

Für den Beschäftigungskontext spielt der Umgang mit genetischen Beschäftigtendaten eine große Rolle. Für die datenschutzrechtliche Regelung sind die §§ 19 ff. GenDG als sektorspezifische Spezialvorschriften einschlägig. Demnach sind genetische Untersuchungen und Analysen (einschließlich des Einforderns und Verwertens von Ergebnissen bereits vorgenommener Untersuchungen oder Analysen) grundsätzlich unzulässig und bußgeldbewehrt. Hinsichtlich biometrischer Beschäftigtendaten greift mangels spezieller Regelung die „Generalklausel“ des geltenden § 32 BDSG. Da die DSGVO hier keine Änderungen bringt, weil sie in Art. 9 Abs. 4 für die Verarbeitung von genetischen, biometrischen und Gesundheitsdaten zusätzliche Bedingungen einschließlich Beschränkungen zulässt, sind entsprechende Sonderregelungen auf der Grundlage und im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO ausdrücklich erlaubt. Soweit bislang § 32 BDSG einschlägig ist, greift künftig der normativ identische § 26 BDSG (neu). Daher bleiben diese Regelungen des GenDG unberührt (vgl. hierzu § 1 Abs. 2 Satz 1 BDSG-E –neu).

Dies gilt gleichsam für Eignungstests, deren Zulässigkeit primär am Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist. Datenschutzrechtlich müssen Eignungstests im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1 des geltenden BDSG „erforderlich“ sein, also nach wissenschaftlich anerkannten Methoden Auskunft über die gesuchte Eignung geben und von einem berechtigten und billigen schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung getragen sein; außerdem muss die Einwilligung des Beschäftigten in die Teilnahme am Test und dessen Durchführung vorliegen.

Zu § 31: Scoring

Während § 28b des geltenden BDSG eine Sondervorschrift für das Scoring zur Verfügung stellt, besteht hierzu in der DSGVO keine spezielle Vorschrift. Anknüpfungspunkte lassen sich jedoch aus Art. 6 Abs. 1 U Abs. 1 lit. f, Art. 23 Abs. 1 lit. i Alt. 2, und Art. 22 sowie Erwägungsgrund 71 der DSGVO entnehmen. Der vorliegende Entwurf übernimmt fast wortidentisch die Regelungen des § 28b BDSG. Die weite Fassung dieser Anpassungsvorschrift, wie sie noch in einem Vorentwurf (§ 39 Abs. 2 und 3 ABDSG-E) enthalten war und die dem bislang geltenden Datenschutzstandard nach dem BDSG nicht gerecht wurde, ist – soweit ersichtlich – (jedenfalls in diesem unmittelbaren Zusammenhang) beseitigt. Damit bleibt es bei der bestehenden Rechtslage nach dem geltenden BDSG, was von Seiten des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften begrüßt wird.

Rechte der betroffenen Person (Kapitel 2)

Die Kritik des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften richtet sich gegen eine starke Einschränkung der Informations-, Auskunfts-, Lösungs- und Widerspruchsrechte der betroffenen Personen im nicht-öffentlichen Bereich durch den Gesetzentwurf. Insoweit dürfen keine Regelungen aus dem BDSG übernommen werden, die hinter den Vorgaben der DSGVO zurück bleiben. Die Betroffenenrechte in der DSGVO (insbesondere Art. 13 DSGVO) sind tendenziell gar – schutzbezogen – umfassender ausgestaltet, als die des geltenden BDSG (vgl. insoweit §§ 19-21 und §§ 33-35 BDSG). Nach der DSGVO bestehen lediglich beschränkte Öffnungsklauseln (vgl. Anforderungen des Art. 23 DSGVO), die die im Entwurf vorgesehenen Einschränkungen der Betroffenenrechte nicht abdecken. Hierzu beispielhaft im Einzelnen wie folgt:

Zu § 32: Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person

Die Kritik gilt im Bereich der Regelungen zu den Betroffenenrechten für die zu weit gehende Beschränkung der Informations- und Benachrichtigungspflicht, insbesondere durch Abs. 1 Nr. 1 der vorliegenden Vorschrift wegen eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“. Dieses Kriterium wird auch nicht durch eine Interessenabwägung flankiert, da eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person nicht vorgesehen ist. Eine solche das Unterrichtsrecht einschränkende Ausnahme kennt das BDSG in diesem Kontext nicht, und sie wird auch nicht durch die Vorgaben der DSGVO gestützt (vgl. die Anforderungen in Art. 23 DSGVO), zumal das (offensichtliche) Ziel, die verantwortliche Stelle vor hohem Aufwand zu bewahren, nicht als Ausdruck des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer Personen i.S. des Art. 23 Abs. 1 lit. i) angesehen werden kann. Zielrichtung dieser Norm der DSGVO ist der Schutz Dritter, nicht der Schutz des Verantwortlichen selbst. Zudem hat es der Verantwortliche selbst in der Hand, durch die Organisation seiner Datenverarbeitung zu bestimmen, wie groß der jeweilige Aufwand ausfällt. Art. 14 Absatz 5 lit. b DSGVO, auf den sich der in der Begründung genannte Erwägungsgrund 62 bezieht, erhält nur für die Fälle, in denen die Datenverarbeitung nicht bei der betroffenen Person erfolgt, eine Ausnahmemöglichkeit.

Daher sollte diese Ausnahme der Nr. 1 des Abs. 1 ersatzlos gestrichen werden, während der Begriff „rechtlicher“ (Ansprüche) in Nr. 4 des Abs. 1 – entsprechend der Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 lit. j DSGVO, die nicht die Einschränkung der Informationspflicht zur Durchsetzung aller „rechtlichen“ Ansprüche ermöglicht - durch den Begriff „zivilrechtlicher“ ersetzt werden sollte.

Zu § 33: Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden

Die Kritik richtet sich gegen die Einschränkung der Informationspflicht gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 DSGVO, insbesondere durch Abs. 1 Nr. 2 lit. a der vorliegenden Vorschrift, soweit (im Falle einer nicht-öffentlichen Stelle) die Information die Geschäftszwecke des Verantwortlichen erheblich gefährdet. Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ist eine solche rein privatnützige Einschränkung nicht von der DSGVO gedeckt. Die

DSGVO kennt keinen Ausnahmetatbestand der „allgemein anerkannten Geschäftszwecke des Verantwortlichen“, sondern erlaubt in diesem Zusammenhang nur Einschränkungen zugunsten der in Art. 23 Abs. 1 lit. i und j genannten Ziele. Daher sollte Nr. 2 lit. a) dieser Vorschrift ersatzlos gestrichen werden.

Zu § 34: Auskunftrecht der betroffenen Person

Die Kritik richtet sich – entsprechend den Ausführungen zu § 33 BDSG-E (neu) – insbesondere gegen die Einschränkung des Auskunftrechts der betroffenen Person gemäß Art. 15 DSGVO durch Abs. 1 Nr. 1 (zumal Art. 23 DSGVO nicht die vorliegenden Abweichungen rechtfertigt). Zu begrüßen ist die gegenüber dem Referentenentwurf gestrichene Ausnahme, wonach eine nicht-öffentliche Stelle die Auskunft über die in Art. 15 Abs. 1 lit. c und g sowie Abs. 2 der DSGVO genannten Informationen verweigern kann, soweit das Interesse an der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber dem Informationsinteresse der betroffenen Person überwiegt. Ein rein privatnütziges Interesse kann nicht Ausgangspunkt einer Interessenabwägung sein.

Daher sollte die Vorschrift des Abs. 1 Nr. 1 nach Maßgabe der Anforderungen des Art. 23 DSGVO überarbeitet und sollten die darüber hinaus gehenden Einschränkungen – wie die über § 34 Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E (neu) in Bezug genommene Ausnahme des § 33 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) – gestrichen werden.

Zu § 35: Recht auf Löschung

Auch insoweit richtet sich die Kritik – entsprechend der vorstehenden Ausführungen zu § 32 BDSG-E (neu) – insbesondere gegen eine Negierung des Rechts der betroffenen Person zur Löschung personenbezogener Daten gemäß Art. 17 Abs. 1 DSGVO im Falle eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“ (Abs. 1), ohne dass auch nur eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person vorgesehen ist. Art. 23 Abs. 1 DSGVO rechtfertigt die vom Gesetzentwurf in Abs. 1 erlaubte Beschränkung des Löschanpruchs nicht, da dort kein Ausnahmetatbestand der Vermeidung eines unverhältnismäßig hohen Aufwandes normiert ist, sondern in diesem Zusammenhang nur die in Art. 23 Abs. 1 lit. i und j DSGVO genannten Tatbestände Einschränkungen der Betroffenenrechte rechtfertigen können. Auch bestünde bei der vorgeschlagenen Entbindung von der Löschpflicht aufgrund der besonderen Art der Speicherung die Gefahr, dass das Recht auf Löschung dadurch umgangen würde, dass entsprechende Speicherungsarten gewählt würden, um die Löschanpflicht zu verhindern.

Da diese Einschränkung des Abs. 1 gegen die europarechtlichen Vorgaben der DSGVO verstößt, sollte sie ebenso ersatzlos gestrichen werden wie Abs. 3, der auf diese durch die DSGVO nicht gestützte Beschränkung Bezug nimmt.

Zu § 36: Widerspruchsrecht

Diese vom Gesetzentwurf vorgesehene Norm erweitert den Ausschluss des Widerspruchsrechts über Art. 21 Abs. 1 der DSGVO hinaus in einem Maße, das durch Art. 23 Abs. 1 DSGVO nicht gerechtfertigt ist. Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 DSGVO ist es dem Verantwortlichen möglich, die personenbezogenen Daten trotz Widerspruchs zu verarbeiten, wenn er zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen kann, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. In diesen Fällen nicht nur die durch den Widerspruch angegriffene Verarbeitung ausnahmsweise zu erlauben, sondern das Recht auf Widerspruch sogar ganz auszuschließen, kann nicht als dem Wesensgehalt des Grundrechts achtende und in einer demokratischen Gesellschaft notwendige und verhältnismäßige Maßnahme im Sinne des Art. 23 DSGVO angesehen werden.

Diese gegen die europarechtlichen Vorgaben der DSGVO verstoßende Vorschrift sollte ersatzlos gestrichen werden.

Zu § 37: Automatisierte Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling

Diese vom Gesetzentwurf vorgesehene Regelung in Abs. 1 **Nr. 1** würde eine Schlechterstellung der betroffenen Person im Versicherungsvertragsverhältnis im Vergleich zu allen anderen Vertragsverhältnissen darstellen, die nicht mit dem Gemeinwohlinteresse begründet werden kann (vgl. Art. 22 Abs. 2 lit. b in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO). Sie würde zu einer anwenderunfreundlichen weiteren Zersplitterung der Anwendung der DSGVO beitragen und damit eine wirksame Wahrnehmung der Rechte durch die Betroffenen verkürzen. Die weiter in Abs. 2 **Nr. 2** vorgesehene Regelung ist darüber hinaus nicht erforderlich, weil die Datenverarbeitung – einschließlich der darauf beruhenden automatisierten Einzelfallentscheidungen – für die Leistungserbringung durch Versicherungen bereits nach Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO zulässig ist.

Da die Regelungen dieser Vorschrift gegen die europarechtlichen Vorgaben der DSGVO verstößt, sollte die Vorschrift insgesamt ersatzlos gestrichen werden.

Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter (Kapitel 3)

Zu § 38: Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen den Ansatz einer weitreichenden Regelung auf der Basis der Art. 37 bis 38 DSGVO mit der vorliegenden Vorschrift. Die Reichweite der Bestellpflicht, die sich nach dem Gesetzentwurf aus den §§ 5 Abs. 1, 38 Abs. 1 BDSG-E (neu) ergibt, entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des geltenden § 4f Abs. 1 BDSG. Hinzu kommen über den Verweis in § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG-E (neu) auf Art. 37 Abs. 1 lit. b und c DSGVO noch die dort spezifisch hervorgehobenen Fallgruppen. Jenseits der genannten Fallgruppen wird die Bestellpflicht für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter auch weiterhin greifen, soweit sie „in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen“ (§ 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG-E neu). Das ist im Ergebnis identisch zur bisherigen Regelung, die spiegelbildlich die Bestellpflicht bei höchstens neun entsprechend Beschäftigten entfallen ließ.

§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 Satz 1 BDSG-E (neu) enthält zwar eine Regelung zur Weisungsfreiheit nur für öffentliche Stellen; ergänzend ergibt sich eine umfassende Weisungsfreiheit jedoch aus Art. 38 Abs. 3 DSGVO. Das Benachteiligungsverbot wurde ebenso beibehalten (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 S. 2 BDSG-E neu entspricht § 4f Abs. 3 S. 3 des geltenden BDSG), wie der Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten, da § 5 Abs. 6 BDSG-E neu (für nicht-öffentliche Stellen i.V.m. § 38 Abs. 2 BDSG-RefE) § 4f Abs. 3 Sätze 4 - 6 des geltenden BDSG entspricht.

Sanktionen (Kapitel 5)

Zu § 41: Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren

Durch Abs. 1 Satz 1 (Anwendung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten) werden grundsätzlich auch Verstöße nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO erfasst. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs geht die vorliegende Regelung des AnpUG (EU) davon aus, dass von den in Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO genannten „Verstößen gegen die folgenden Bestimmungen“ auch dann gesprochen werden kann, wenn die Mitgliedsstaaten bzgl. der in den Abs. 4 und 5 des Art. 83 der DSGVO genannten Bestimmungen nationale Regelungen aufgrund von Öffnungsklauseln erlassen haben. Dies ist aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 83 Abs. 5 lit. d) DSGVO nachzuvollziehen, die **alle Pflichten gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, die im Rahmen des Kapitels IX erlassen wurden** (zu diesen gehören auch diejenigen nach Art. 88 über die - spezifischere Vorschriften zur - Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext, mithin auch die Pflichten nach § 26 BDSG-E neu) als eine dieser „folgenden Bestimmungen“ der dort geregelten Haftung bei entsprechenden Verstößen unterstellt.

Zweifel bestehen jedoch, ob diese unmittelbare Anwendung der DSGVO-Haftungsvorschriften für Pflichtverstöße auch für die Vorschrift des Art. 82 DSGVO (Haftung und Recht auf Schadensersatz), in Frage kommt, die in Abs. 1 einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines materiellen, aber auch immateriellen Schadens aufgrund eines Verstoßes **gegen diese Verordnung** regelt. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs ergibt sich diese Folge einer Erfassung auch solcher nationalen Bestimmungen über Pflichtverstöße aus Erwägungsgrund 146 Satz 5 der DSGVO, der einen „vollständigen und wirksamen Schadensersatz“ für erlittene Schäden auch aufgrund einer Verarbeitung folgert, „die nicht mit den nach Maßgabe der vorliegenden Verordnung erlassenen delegierten Rechtsakten und Durchführungsakten und Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten zur Präzisierung von Bestimmungen der vorliegenden Verordnung im Einklang steht.“

Diese Erläuterung scheint zwar die Aussage in der Begründung des Gesetzentwurfs zu bestätigen. Da Erwägungsgründe jedoch keinen normativ-verpflichtenden Charakter haben, sondern lediglich als „Auslegungsgrundsätze“ für den Verpflichtungsteil der Verordnung fungieren, sollte – um jegliche Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit der DSGVO-Haftungsvorschriften zu beseitigen – angesichts der Bedeutung von (gerade auch immateriellen) Schadensersatzansprüchen von Beschäftigten in der besonderen Verarbeitungssitua-

tion von Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses eine solche Haftung gegenüber Verstößen und das Bestehen eines entsprechenden Rechts durch eine **ausdrückliche Klarstellung im Rahmen der vorliegenden Gesetzesnorm** (oder hilfsweise im Rahmen der spezifischen Vorschriften für den Beschäftigungskontext in § 26 BDSG-E neu,) erfolgen.

Nicht einschlägig ist dagegen § 83 BDSG-E (neu), da diese Vorschrift Regelungen zu Schadensersatz und Entschädigung im dritten Teil des BDSG-E (neu) nach Maßgabe des § 45 BDSG-E (neu) ausschließlich in Umsetzung von Art. 56 der Richtlinie (EU) 2016/680 trifft.

Ausblick

Der Handlungsspielraum für den deutschen Gesetzgeber ist durch Art. 88 DSGVO weit eröffnet. Das mit diesem Entwurf vorgelegte Gesetz zur Anpassung des nationalen Datenschutzrechts an die DSGVO kann daher für die personenbezogene Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext nur einen ersten Schritt zur umfassenden Regelung des Beschäftigtendatenschutzes darstellen, die in einem eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetz vorzunehmen ist. Insbesondere in folgenden weiteren Themenbereichen, die nach dem Entwurf und den voranstehenden Ausführungen dazu offen bleiben, ist ein wirksamer Schutz bei Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich und einer mitgliedstaatlichen Ausgestaltung gem. Art. 88 Abs. 1 und Abs. 2 zugänglich:

- Zugriff auf personenbezogene oder beziehbare Daten bei der **Verwendung moderner Kommunikationsmittel**;
- Umfang des **Fragerechts des Arbeitgebers** sowie **Regeln zur Zulässigkeit ärztlicher Untersuchungen und Eignungstests**;
- **Verwertung und Aufbewahrung von Daten** vor, während und nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnissen;
- Umgang mit **Daten aus sozialen Medien**;
- Datenschutz bei **Bring Your Own Device**;
- **Beweisverwertungsverbot** von unrechtmäßig erhobenen Daten.

Zur effektiven Durchsetzung des Beschäftigtendatenschutzes sind die allgemeinen Vorgaben des Kapitel VIII (Art. 77 ff.) der DSGVO entsprechend den Anforderungen des Beschäftigungskontextes mitgliedstaatlich auszuformen:

Es müssen an den Beschäftigungskontext angepasste **Schadensersatz- und Sanktionsregelungen** sowie individuelle und kollektive **Rechtsdurchsetzungsmechanismen** – hier insbesondere ein umfassendes **Verbandsklagerecht** – eingeführt werden.

Schließlich müssen einer eigenständigen gesetzlichen Regelung die **Grundsätze der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit** sowie – unter Bezugnahme auf die Transparenzanforderungen der DSGVO – der Grundsatz der Direkterhebung beim Beschäftigten zugrunde liegen.