



Dr. Philipp Kramer
Chefredakteur Datenschutz-Berater

Handelsblatt Fachmedien GmbH | Redaktion HH
Süllbergstrasse 1 | 22587 Hamburg

Vorsitzender des Innenausschusses
des Deutschen Bundestags
Herrn Ansgar Heveling
Platz der Republik 1
11011 Berlin

innenausschuss@bundestag.de

Hamburg, 27. März 2017

**Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz
EU-DSAnpUG-EU
Stellungnahme**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

in der Anlage überreiche ich dem Innenausschuss zur weiteren Verwendung meine Stellungnahme zum geplanten § 26 BDSG-neu. Er ist Teil des Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetzes (EU-DSAnpUG-EU), das am 27.03.2017 im Innenausschuss auf der Tagesordnung stand.

Nach meiner Stellungnahme ist im Interesse der Praxis dringend eine klärende Regelung aufzunehmen, die zeigt, dass die Datenverarbeitungserlaubnis aus überwiegendem Interesse weiterhin auch für das Beschäftigungsverhältnis gilt. Möglich ist eine Formulierung wie „Art. 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 bleibt unberührt“.

Weitere Formulierungsvorschläge und eine Darstellung der Notwendigkeit im Detail finden Sie in meiner beigefügten Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Philipp Kramer
Redaktion Datenschutz-Berater

Dr. Philipp Kramer
Rechtsanwalt, Hamburg
Vorstand der Hamburger Datenschutzgesellschaft
Lehrbeauftragter Universität Hamburg
Lehrbeauftragter Hochschule Ulm

Stellungnahme zu

- **BT-Drucksache 18/11325**

betreffend
Entwurf eines
Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts
an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Um-
setzung der Richtlinie (EU) 2016/680
(Datenschutz-Anpassungs- und
-Umsetzungsgesetz EU- DSAnpUG-EU)

aus Anlass der Anhörung in der 110. Sitzung
des Innenausschusses des Bundestags

27. März 2017/as

Übersicht

A. Ausgangspunkt

B. Problemstellung und Lösung

C. Im Einzelnen

1. Allgemeine Erlaubnisregelung des Art. 6 DSGVO von § 26 BDSG-neu nicht erwähnt
2. Es fehlt die Güterabwägung in § 26 BDSG-neu
3. Es bedarf der Güterabwägung in § 26 BDSG-neu
4. Verweis in § 26 BDSG-neu auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f EU-DSGVO fehlt

D. Formulierungsvorschläge für die Berücksichtigung der Güterabwägung

1. Ergänzung eines Satzes 2 in § 26 Abs. 5 BDSG-neu des DSAnpUG-EU
2. Ergänzung des Satzes 1 in § 26 Abs. 1 BDSG-neu des DSAnpUG-EU um einen Erlaubnistatbestand
3. Erweiterung des Satzes 1 in § 26 Abs. 1 BDSG-neu des DSAnpUG-EU mit Rücksicht auf die Formulierungen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO

A. Ausgangspunkt

Der Bundestag ist im Begriff, ein neues Bundesdatenschutzgesetz (**BDSG-neu**) zu verabschieden. Es soll (1) Vorschriften schaffen, die nach der neuen unmittelbar wirksamen EU-Datenschutz-Grundverordnung (**DSGVO**) vom Mitgliedstaaten gesetzgeber zu schaffen sind und (2) vor allem auch Spielräume der DSGVO, gerade auch im Beschäftigtendatenschutz und bei Informationspflichten, ausschöpfen.

B. Problemstellung und Lösung

Der vor dem Bundestag zur Verhandlung stehende Regierungsentwurf des BDSG-neu hat verschiedene Kritik, auch aus dem Bundesrat, nach sich gezogen. Die Anhörung der Sachverständigen am 27.03.2017 wird hier sicher mehr Klarheit gebracht haben.

Eine wichtige Antwort aus Praktiker-Sicht sollte das BDSG-neu in jedem Fall noch auf folgende Frage geben: Wann dürfen Beschäftigtendaten vom Arbeitgeber verarbeitet werden?

Anders als zu vermuten wäre, wird diese Frage vom BDSG-neu-Entwurf bisher nicht abschließend beantwortet. Insbesondere ist fraglich, ob Datenverarbeitungserlaubnis „überwiegendes Interesse des Arbeitgebers“ (Güterabwägung) aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f DSGVO auch unter dem BDSG-neu im Beschäftigungsverhältnis fort gilt.

Bis zum 25.05.2018 sieht der Beschäftigtendatenschutzparagraph 32 BDSG in seiner Begründung vor, dass die Erlä

-
bar ist (siehe unten Abschnitt C,4).

Solche Hinweise fehlen dem neuen Entwurf eines BDSG-neu. Es droht eine Auslegung, bei dem viele anerkannte Nebendatenverarbeitungen (siehe unten Abschnitt C, 3) datenschutzrechtlich ab dem 25.05.2018 nicht mehr erlaubt sind oder nur noch mit Betriebsvereinbarung oder schwer erzielbarer Einwilligungen möglich sind.

Es bedarf daher einer Anpassung des Gesetzesentwurfs des § 26 BDSG-neu (zu den Vorschlägen siehe unten Abschnitt D, Formulierungsvorschläge für die Berücksichtigung der Güterabwägung).

C. Im Einzelnen

1. *Allgemeine Erlaubnisregelung des Art. 6 DSGVO von § 26 BDSG-neu nicht erwähnt*

Für die **vielen Datenverarbeitungen in Unternehmen, die nicht Mitarbeiter betreffen**, hält die DSGVO mit ihrem Artikel 5 (Grundsätze) und mit ihrem Artikel 6 (Erlaubnistatbestände) kla

Für den **speziellen Bereich der Verarbeitung von Beschäftigtendaten schafft der vorgeschlagene § 26 BDSG-neu eigene Erlaubnisse**. Für die Beschäftigtendaten gilt danach erstmal nicht der Artikel 6 der DSGVO (Erlaubnistatbestände). Erlaubt ist nach dem Regierungsentwurf des § 26 BDSG-neu die Beschäftigtendatenverarbeitung **für den Arbeitsvertrag** (Begründung, Durchführung, Beendigung), **für die Rechte und Pflichten von Betriebs- und Personalrat** und **bei Vorliegen einer Kollektivvereinbarung** und **bei einer wirksamen Einwilligung**. Sonderregeln gelten für die Verarbeitung sensibler Daten, insbesondere von Gesundheitsdaten.

2. *Es fehlt die Güterabwägung in § 26 BDSG-neu*

Werden Spezialvorschriften – hier mit § 26 BDSG im Verhältnis zur DSGVO – geschaffen, muss für den Praktiker klar sein, wann die Spezialvorschriften greifen und wann es bei den allgemeinen Vorschriften der DSGVO bleibt.

Der Regierungsentwurf des § 26 BDSG-neu wie auch dessen Begründung lassen jedoch offen, ob im Beschäftigungsverhältnis eine Verarbeitung von Beschäftigtendaten – a

- und
Personalrat, mit Inhalten einer Kollektivvereinbarung und mit
Einwilligung – a

(Güterabwägung),

wie es die DSGVO mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f vorsieht.

Art. 6 Abs. 1 DSGVO
Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
[...]

f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

[...]

Weder der Entwurf des § 26 BDSG-neu noch die Begründung des Regierungsentwurfs treffen dazu eine Aussage. Wohl gibt es Formulierungen, die für einen Ausschluss der Erlaubnis aus überwiegendem Verarbeitungsinteresse des Arbeitgebers sprechen.

3. *Es bedarf der Güterabwägung in § 26 BDSG-neu*

Der Arbeitsvertrag rechtfertigt die typischen Verarbeitungen von Beschäftigendaten im Arbeitsverhältnis wie die Erhebung von Bewerbungsdaten für die Entscheidung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses und die Erhebung von Kontodaten für die unbare Zahlung des Lohns/Gehalts.

Doch schon Datenverarbeitungen für interne Revisionszwecke sind nicht mehr unmittelbar aus dem Arbeitsverhältnis zu rechtfertigen. Einwilligungen sind zwar als Alternative denkbar. Doch sie müssen wirklich freiwillig sein und werden sich häufig nicht erreichen lassen. Wer würde schon einer internen Revisionsmaßnahme zustimmen, es sei denn, er will mithilfe der Ergebnisse der durchgeführten Revisionsmaßnahme zeigen, dass er doch ordnungsgemäß gehandelt.

Im Rahmen der Unternehmensführung werden Beschäftigten-
daten – a – für vielfältige organisatorische,
soziale und personelle Zwecke verwendet, die nur mittelbar mit
dem Beschäftigungsverhältnis verbunden sind (**Nebendaten-
verarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis**). Dazu gehören
neben den oben genannten Revisionsmaßnahmen die Verwen-
dung von Beschäftigtendaten für

- Personalplanungsmaßnahmen, die aus der Perspektive
des Unternehmens durchgeführt werden,
- gezielte Aus- und Fortbildungsmaßnahmen,
- unternehmens-/gruppeninterne Arbeitsprofile zur Projekt-
teambildung,
- Bescheinigungen, die nicht gesetzlich geregelt, sondern
vom Beschäftigten gewünscht werden, beispielsweise für
ausländische Gerichte,
- statistische Analysezwecke, denen der Zugriff auf perso-
nenbezogene, noch nicht anonymisierte Beschäftigtenda-
ten vorausgeht,
- Zutritts- und Zugangsberechtigungssysteme,
- Geburtstagsgrüße,
- Weiterbildungsangebote,
- Rabattierung beim Personaleinkauf,
- Essenszuschüsse,
- rabattierte Kantinennutzung,
- Firmenwagen mit Fuhrparkmanagement (einschließlich
Ordnungswidrigkeitenverwaltung),
- Fahrtkostenzuschuss,
- Busdienste,
- Zur-Verfügung-Stellung eines Parkpla
- firmenorganisierte Gesundheitsmanagementsysteme,
- Zuschüsse für die Mitgliedschaft in Sporteinrichtungen,
- freiwillige betriebliche Altersversorgungssysteme,
- Firmenkreditkarte für Firmen- und Privatnutzung,
- Betriebskindergarten,
- sonstige Betreuung von Kindern der Beschäftigten,
- Arbeitgeberdarlehen,
- Sterbekasse für Hinterbliebene des Beschäftigten.

All diese Maßnahmen müssten sich künftig auf eine Einwilli-
gung stützen, wobei die Wirksamkeit der Einwilligung im Ar-

beitsverhältnis schnell an der Darlegung der Freiwilligkeit der Einwilligung scheitern kann. Alternativ müsste der Arbeitgeber die Arbeitsverträge anpassen, was jedoch ebenfalls der Zustimmung des Mitarbeiters bedarf.

Ein weiterer Fall, bei dem eine abschließende Auslegung des neuen § 26 BDSG-neu zur Notwendigkeit der Einwilligung führen würde, wäre der Versand der Wirtschaftszeitung AKTIV. Die Zeitung wird von einem Dienstleister im Auftrag des jeweiligen Arbeitgebers an die Mitarbeiter nach Hause versendet, sofern der Mitarbeiter dem nicht widerspricht. Der Arbeitgeber nutzt dafür die ihm über den Arbeitsvertrag bekannten Privatadressen der Mitarbeiter. Diese Datenverarbeitung kann über das überwiegende Interesse des Arbeitgebers gerechtfertigt werden, soweit dem Beschäftigten ein Widerspruchsrecht eingeräumt ist. Über das Widerspruchsrecht ist er zu informieren. Eine Einwilligung hingegen ließe sich in der Mehrzahl der Fälle praktisch kaum realisieren. Einwilligungen werden vom Betroffenen häufig nur dann gegeben, wenn er einen Vorteil aus der Einwilligung erhält. Solche Vorteile können in einem Newsletter, in einer Gewinnspielteilnahme oder sonstigen Dingen, wie einer Mailingmöglichkeit, bestehen. Diese Vorteile können allerdings später auch für die Unfreiwilligkeit sprechen. Denn wer im Hinblick auf einen für ihn hohen Gewinn, wie ein Luxusauto, eine Einwilligung erklärt, wird von der Rechtsprechung teilweise als „unfreiwillig handelnd“ eingeordnet.

Will man die vielen, bisher anerkannten **Nebendatenverarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis** faktisch nicht untersagen, sondern weiterhin zulassen und keine Pflicht zur Erhebung im Zweifel unwirksamer Einwilligungen der Mitarbeiter begründen, muss die Datenverarbeitungserlaubnis „überwiegendes Interesse des Arbeitgebers“ (Güterabwägung) nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f DSGVO ausdrücklich erhalten bleiben.

4. Verweis in § 26 BDSG-neu auf Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f DSGVO fehlt

Nun kann man vertreten, dass sich die Fortgeltung der Datenverarbeitungserlaubnis „überwiegendes Interesse des Arbeitge-

bers“ (Güterabwägung) aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe f DSGVO doch gewissermaßen von selbst aus den Vorschriften ergeben würde. Doch schon bei der Novelle des BDSG 2009 war umstritten, ob die Erlaubnis der Güterabwägung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG neben dem neuen Beschäftigtendatenschutzparagrafen § 32 BDSG fortgelten würde. Immerhin half damals die Klarstellung in der Begründung:

BT-Drs. 16/13657
Bericht der Abgeordneten Beatrix Philipp, Dr. Michael Bürsch, Gisela Piltz, Jan Korte und Silke Stokar von Neuforn
Zu Artikel 1 Nummer 12 - neu - (§ 32 - neu)

Werden personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt, findet § 28 Absatz 1 keine Anwendung mehr. Für andere Zwecke können auch im Verhältnis von Arbeitgeber und Beschäftigten die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, die eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung erlauben oder anordnen, weiterhin Anwendung finden. Dazu gehören die Regelungen über die Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers (§ 28 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2) [...].

Nunmehr fehlt jede Äußerung zu dieser Berücksichtigung der Güterabwägung. Eine Ergänzung ist daher zwingend geboten, will man der Praxis nicht eine Vielzahl unnötiger neuer Abgrenzungsdiskussionen zumuten.

D. Formulierungsvorschläge für die Berücksichtigung der Güterabwägung

Es gibt mehrere Möglichkeiten, klarzustellen, dass das „überwiegende Interesse“ als Erlaubnistatbestand des noch geltenden BDSG auch beim Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG neu berücksichtigt wird.

1. Ergänzung eines Satzes 2 in § 26 Abs. 5 BDSG-neu des DSAnpUG-EU

(5) Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen um sicherzustellen, dass insbesondere die in Artikel 5 der Verordnung (EU) 2016/679 dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden. Art. 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 bleibt unberührt.

Das wäre eine übliche Formulierung, die nach dem BMJV-Handbuch der Rechtsförmigkeit, 3. Auflage, Rdz. 87, vorzusehen ist, wenn „beide Regelungen nebeneinander anwendbar“ sein sollen.

2. Ergänzung des Satzes 1 in § 26 Abs. 1 BDSG-neu des DSAnpUG-EU um einen Erlaubnistatbestand

(1) Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist oder die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Beschäftigten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

3. Erweiterung des Satzes 1 in § 26 Abs. 1 BDSG-neu des DSAnpUG-EU mit Rücksicht auf die Formulierungen des Art. 88 Abs. 1 DSGVO

Nicht gleichermaßen geeignet, jedoch immer noch mehr Rechtssicherheit, gerade auch für die Maßnahmen der Internen Revision, wäre folgende Ergänzung.

(1) Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung, eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten **oder für Zwecke des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit** erforderlich ist.

Es handelt sich hierbei um Verarbeitungszwecke, die schon von der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 88 Abs. 1 ausdrücklich genannt sind.

Dr. Philipp Kramer
Rechtsanwalt