

Berlin, im Oktober 2010
Stellungnahme Nr. 62/2010
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins
durch den Arbeitsrechtsausschuss
in Abstimmung mit dem Informationsrechtsausschuss
zum
Gesetzesentwurf der Bundesregierung für ein
Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes
vom 25.08.2010 (BR-Drs. 535/10)

Mitglieder des Arbeitsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen, Düsseldorf (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
Rechtsanwalt und Notar Paul-Werner Beckmann, Herford
Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
Rechtsanwältin Angela Leschnig, Würzburg
Rechtsanwalt Dr. Stefan Lunk, Hamburg
Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf
Rechtsanwältin Regina Steiner, Frankfurt

weitere Berichterstatterin für den Arbeitsrechtsausschuss:

Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln

Zuständiger Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Franz Peter Altemeier

Mitglieder des Ausschusses Informationsrecht:

Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt/Main
Rechtsanwalt Niko Härting, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständige Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Tanja Brexl

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie

- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschusses für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
- Fraktionen der im Bundestag vertretenen Parteien

- Bundesrat
- Landesministerien für Arbeit und Soziales, Inneres, Justiz und Wirtschaft

- Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
- Deutscher Gewerkschaftsbund
- Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e.V.

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland
- ver.di Bundesverwaltung

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Fach- und Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit
- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Handelsblatt
- Süddeutsche Zeitung
- Financial Times
- Corporate Compliance Zeitschrift
- Computer und Recht
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Diese Stellungnahme knüpft an diejenige von Januar 2010 (Nr. 2/2010) und von Juni 2010 (Nr. 28/2010) an (<http://anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen>). Der nunmehrige Gesetzentwurf der Bundesregierung, welcher am 25.08.2010 vom Bundeskabinett beschlossen wurde, weicht in wesentlichen Punkten von den zuvor in der Fachöffentlichkeit diskutierten Fassungen ab. Insgesamt haben dadurch nach Überzeugung des DAV die Ausgewogenheit und Praktikabilität des Entwurfs gelitten. Nachfolgend wird lediglich auf die wichtigsten Kritikpunkte eingegangen.

1. Der DAV hatte bereits mit seiner Stellungnahme im Januar 2010 den weiten Anwendungsbereich des Gesetzes kritisiert. Infolge der weiten Definition der Begriffe der personenbezogenen Daten und der Erhebung von Daten in § 3 Abs. 1 und 3 BDSG erfasst das Datenschutzrecht auf Grund der Regelungen in § 27 Abs. 3 E-BDSG nun die gesamte innerbetriebliche Kommunikation. Denn das Gesetz erfasst durch die Fortschreibung von § 32 Abs. 2 BDSG jede Form der Erhebung personenbezogener Daten, selbst wenn keine weitere Verarbeitung oder Nutzung in einer automatisierten oder einer nicht-automatisierten Datei geplant ist. Dies konterkariert die Natur des Arbeitsverhältnisses, bei dem die soziale Komponente des innerbetrieblichen Austausches nicht ausgeblendet werden kann. Die Erstreckung des Datenschutzrechts auf einfache, im betrieblichen Alltag millionenfach vorkommende Kommunikationsvorgänge wird durch die jüngste Fassung des Gesetzentwurfs weiter verschärft, indem die Datenerhebung gem. § 32 e Abs. 1 E-BDSG nunmehr
 - in allen Bereichen des Beschäftigungsdatenschutzes (also auch unabhängig von Compliance-Maßnahmen) grundsätzlich nur mit Kenntnis des Beschäftigten zulässig sein soll, und
 - das Gesetz völlig unklar lässt, ob auf Seiten des Beschäftigten positive Kenntnis im jeweiligen Einzelfall vorhanden sein muss, ob ein allgemeiner Hinweis des Arbeitgebers auf die Möglichkeit der Datenerhebung in Bezug auf konkrete Angelegenheiten den Anforderungen Rechnung trägt oder ob allgemein-abstrakte Hinweise des Arbeitgebers auf die Möglichkeit der Datenerhebung ausreichend sind.

Wenn – was nach dem Verständnis des DAV gewollt ist - positive Kenntnisnahme im Einzelfall notwendig ist, handelt es sich um eine überzogene Forderung, die über das eigentliche Ziel, die Beschäftigten vor Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht zu schützen, weit hinaus schießt. Hinzu kommt, dass die Vorgabe in der Praxis in vielen Fällen nicht umsetzbar ist.

Zur Verdeutlichung der Problematik mögen folgende Beispiele dienen:

- Der Vorgesetzte erkundigt sich bei einer Mitarbeiterin nach einem schweren operativen Eingriff besorgt, ob dieser gut gelungen und die Mitarbeiterin wieder vollständig genesen sei. Dies stellt die Erhebung besonders geschützter Gesundheitsdaten einer Beschäftigten dar, die mangels Rechtfertigung durch Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses gemäß § 43 Abs. 2 BDSG mit einem Bußgeld von bis zu € 300.000 sanktioniert ist. Erkundigt sich der Vorgesetzte in gleicher Weise bei einer Kollegin der Mitarbeiterin, weil letztere noch nicht an den Arbeitsplatz zurückgekehrt ist, begründet dies mangels Kenntnis der betroffenen Mitarbeiterin zusätzlich einen Verstoß gegen § 32e Abs. 1 E-BDSG.
- Der Arbeitgeber begrüßt einen Mitarbeiter nach der Rückkehr aus dem Urlaub mit den Worten: Haben Sie sich gut erholt? Was haben Sie unternommen? Auch dies stellt die Erhebung besonders geschützter Gesundheitsdaten sowie personenbezogener Daten ohne Bezug zum Beschäftigungsverhältnis mit der vorstehend genannten Rechtsfolge dar.
- Der Arbeitgeber, der einen Beschäftigten zur Erledigung einer bestimmten Aufgabe benötigt und diesen nicht am Arbeitsplatz antrifft, fragt einen Kollegen, wo sich der Beschäftigte aufhält. Diese Datenerhebung ist gem. § 32e Abs. 1 E-BDSG unzulässig, da sie nicht mit Kenntnis des Beschäftigten erfolgt.
- Der Arbeitgeber greift auf die Akten des Beschäftigten zurück, um dessen Leistungen gegenüber dem Kunden abzurechnen. Diese Nutzung der Daten des Beschäftigten wäre zwar inhaltlich gem. 32d E-BDSG zulässig, wegen § 32e Abs. 1 E-BDSG jedoch unzulässig, wenn der Beschäftigte von der Akteneinsicht nicht vorher in Kenntnis gesetzt wird.
- Der Arbeitgeber will eine erkennbar dienstliche E-Mail durch einen anderen Mitarbeiter bearbeiten lassen, weil der Adressat plötzlich erkrankt ist. Diese Nutzung wäre nach § 32 i Abs. 4 E-BDSG zwar zulässig, aber nur bei vorheriger Kenntnis des unvorhergesehen ausgefallenen Beschäftigten.

Der DAV geht davon aus, dass mit der Neuregelung des Datenschutzrechts die Auswüchse missbräuchlicher Datenerhebung begrenzt, nicht aber die für eine funktionierende Wirtschaft unabdingbare tagtägliche innerbetriebliche Kommunikation unter ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt werden soll. Der DAV regt deshalb dringend an, den Geltungsbereich des Arbeitnehmerdatenschutzes auf die wirklich relevanten Formen der personenbezogenen Datenerhebung zu begrenzen. Es wird daher vorgeschlagen, den neu vorgesehenen § 27 Abs. 3 Satz 2 E-BDSG - der systematisch zudem nach wie vor im Widerspruch zu § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG steht - wie folgt zu fassen:

„Satz 1 gilt auch, wenn Beschäftigtendaten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht-automatisierten Datei verarbeitet oder genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben, soweit nicht die Daten auf den Inhalt und die Ausführung der vom Beschäftigten vertraglich geschuldeten Tätigkeit bezogen oder Gegenstand einer sozialüblichen Kommunikation im Betrieb sind.“

Auf die Regelung in § 32e Abs. 1 E-BDSG sollte verzichtet werden. Das Erfordernis der Zwecksetzung und der Verhältnismäßigkeit der Datenerhebung im weiteren Sinne ist ausreichendes Korrektiv gegen unangemessene Datenerhebung, so dass die (vorherige) Kenntnis des Beschäftigten als weitergehende allgemeine Einschränkung nicht erforderlich ist. Dem Arbeitgeber sollte es als Gläubiger der geschuldeten Arbeitsleistung nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen möglich sein, sich über die ordnungsgemäße Vertragserfüllung durch den Beschäftigten jederzeit ein eigenes Bild zu machen; die Unterbindung oder Einschränkung eines solchen Gläubigerrechts hat nach Überzeugung des DAV nichts (mehr) mit Arbeitnehmerdatenschutz zu tun, sondern gehört – wenn überhaupt – in den Kontext des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Lediglich hilfsweise sollte darüber nachgedacht werden, die positive Kenntnis von der Datenerhebung auf konkrete Fallgestaltungen zu beschränken und es dort als Ausnahme festzuschreiben (z. B. Leistungs- und Verhaltenskontrolle).

2. In der Entwurfsbegründung ist ausgeführt, dass Regelungen zur Vereinfachung der konzerninternen Datenübermittlung zum jetzigen Zeitpunkt unterbleiben sollen. Durch die weiterhin vorgesehene Beschränkung der Möglichkeit, die Datenübertragung durch eine Einwilligung des Beschäftigten zu rechtfertigen, ergibt sich jedoch zusätzlich eine wesentliche Verschärfung der bestehenden Rechtslage. Eine rechtssichere Datenübermittlung, die in der Regel auch den Interessen des Beschäftigten dient, ist damit nicht mehr möglich.

Auch eine Rechtfertigung durch innerbetriebliche Normen wird nicht mehr möglich sein. Zwar soll mit § 4 Abs. 1 Satz 2 E-BDSG klargestellt werden, dass auch Dienst- und Betriebsvereinbarungen Rechtsnormen im Sinne des BDSG sein sollen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll damit lediglich die bestehende Rechtslage klargestellt werden. In Verbindung mit der neuen Entwurfsregelung des § 32I Abs. 5 E-BDSG ergibt sich jedoch, dass eine Abweichung von den Bestimmungen des BDSG zum Nachteil des Beschäftigten unzulässig sein soll. Betriebs- und Dienstvereinbarungen werden damit faktisch keine eigenständige Rechtsgrundlage mehr für Sachverhalte bieten können, die im BDSG nicht geregelt sind. Damit entfällt eine gerade für die konzerninterne Personalentwicklung notwendige Grundlage des Austauschs personenbezogener Daten.

3. Die Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten soll weiterhin - bei zusätzlich verschärften Anforderungen - nur bei konkretem Tatverdacht sein (§ 32e Abs. 2 E-BDSG). Hier ist zu begrüßen, dass ausweislich der Gesetzesbegründung der Verdacht

nicht auf einen bestimmten Beschäftigten bezogen sein muss. Allerdings müssen dieser aus der Begründung des Entwurfs erkennbare Regelungszweck auch im Gesetzestext zum Ausdruck gebracht und die Worte „der Beschäftigte“ durch die Worte „einen oder mehrere Beschäftigte“ ersetzt werden; der derzeitige Wortlaut des Entwurfs trägt die Begründung nicht. Unabhängig davon kritisiert der DAV, dass mit § 32e E-BDSG angemessene Leistungskontrollen und Präventionsmaßnahmen ausgeschlossen bleiben. So soll zwar der Arbeitgeber eines Beschäftigten, der mit der telefonischen Kundenberatung betraut ist, unter den Voraussetzungen des § 32i Abs. 2 Satz 2 E-BDSG Inhalte von Telefonaten kontrollieren dürfen, der Einsatz von Testkunden zur Überprüfung der Verkaufsleistung in der persönlichen Kundenbetreuung ist demgegenüber untersagt, obgleich der damit verbundene Eingriff für den Beschäftigten weniger belastend ist. Dies erscheint unausgewogen.

4. Die heimliche Videoüberwachung soll grundsätzlich unzulässig sein (§ 32f Abs.1 E-BDSG). Damit werden auch angemessene Überwachungsmaßnahmen bei konkretem Tatverdacht etwa des Diebstahls ausgeschlossen. Hierdurch werden gerade kleinere Unternehmen, die eine ständige und damit offenkundige, flächendeckende Überwachungsanlage nicht vorhalten können, unangemessen benachteiligt. Datenschutz läuft auf diese Weise Gefahr, zum Täterschutz zu werden.
5. Die Inhalte einer Telekommunikationsdienstleistung sollen gem. § 32i Abs. 3 Satz 2 E-BDSG zulässiger Gegenstand einer Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung sein, wenn dies in Abwesenheitsfällen für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlich ist. Der DAV begrüßt diese Regelung. Allerdings soll wohl auch dies - vgl. § 32e Abs. 1 E-BDSG - nur mit Kenntnis des Beschäftigten möglich sein. Gerade in Abwesenheitsfällen ist allerdings zu besorgen, dass die vorherige Kenntnis insbesondere bei unvorhergesehenen Abwesenheitsfällen und bei Eilbedürftigkeit nicht sichergestellt werden kann (vgl. Anmerkung zu Ziff. 1).
6. Der Entwurfsbegründung lässt sich entnehmen, dass ein Telekommunikationsvorgang abgeschlossen sein soll, wenn die Übermittlung der Signale abgeschlossen ist, die Daten mithin vom Arbeitsplatz abrufbar, z.B. auf dem Arbeitsplatzcomputer eingegangen sind. Der DAV regt insoweit mit Blick auf den zivilrechtlichen Begriff des Zugangs einer Willenserklärung an, in § 32 i Abs. 4 E-BDSG klarzustellen, dass die Übermittlung mit der Möglichkeit der Kenntnis der Daten und Inhalte durch den Beschäftigten abgeschlossen ist. Gleichzeitig sollte das Wort „erkennbar“ vor dem Begriff der „privaten Daten“ eingefügt werden, um eine Übereinstimmung zwischen Gesetzeswortlaut und Begründung des Gesetzes herzustellen.

Soweit mit dem Regierungsentwurf vom 25.08.2010 die bislang geäußerten Bedenken des DAV gegen die Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes nicht aufgegriffen worden sind, wird im Übrigen auf die bereits vorliegenden Stellungnahmen ergänzend verwiesen; ebenso wird ergänzend verwiesen auf die Stellungnahme durch den Ausschuss Informationsrecht Nr. 29/2010 von Juni 2010.