

3 4 **Neue Entwicklung zum Arbeitnehmerdatenschutz**

5
6 Als Reaktion des Gesetzgebers auf die Diskussion über
7 Datenschutzverstöße verschiedener Unternehmen sind
8 bereits am 1.9.2009 auf der Grundlage des „*Gesetzes zur*
9 *Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften*“ (BGBl. I
10 2009, 2814 ff.) weitreichende Änderungen im
11 Datenschutzrecht in Kraft getreten. Darüber hinaus sind
12 ergänzende Änderungen durch das „*Gesetz zur Änderung*
13 *des Datenschutzgesetzes*“ mit Wirkung zum 1.4.2010
14 (BGBl. I 2009, 2254 ff.) in Kraft getreten. Mit der
15 Neuregelung soll ein allgemeiner gesetzlicher Rahmen für
16 den Umgang mit Arbeitnehmerdaten in Unternehmen und
17 damit einhergehend für den Schutz des
18 Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers bei der
19 Datenverarbeitung geschaffen werden. Wie
20 Feststellungen im Koalitionsvertrag deutlich machen,
21 dürfte dies allerdings noch nicht der Abschluss des
22 gesetzgeberischen Wirkens gewesen sein. Insbesondere
23 wird weiter diskutiert, ob ein eigenständiges
24 Arbeitnehmerdatenschutzgesetz eingeführt werden soll.
25 Auf der Grundlage ihrer Vorschläge aus der
26 Wahlkampfendphase im September 2009 hat die SPD
27 bereits einen ersten Entwurf vorgelegt (BT-Drucks.
28 17/69). Dieser Entwurf sowie die aktuellen
29 Veränderungen haben kontroverse Diskussionen
30 ausgelöst.

31 32 **Spezialregelung für den Arbeitnehmerdatenschutz**

33 Als Sondervorschrift für das Arbeitsverhältnis,
34 einschließlich der Rechtsbeziehungen zu Bewerbern,
35 ausgeschiedenen Arbeitnehmern und Betriebsrentnern,
36 hat der Gesetzgeber **§ 32 BDSG** eingeführt, der die
37 Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener
38 Daten für Zwecke des **Beschäftigungsverhältnisses**
39 regelt (s. auch *Weller*, GmbHR 2009, R 337 f.). Sie gilt
40 für Bewerber, Arbeitnehmer und ausgeschiedene
41 Arbeitnehmer bzw. Betriebsrentner gleichermaßen. Diese
42 Vorschrift ersetzt im Rahmen ihres unmittelbaren
43 Anwendungsbereichs vor allem § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1
44 und 2 und S. 2 BDSG. Sie macht einen Rückgriff auf § 28
45 BDSG indes nicht entbehrlich. Denn die allgemeinen und
46 bereichsspezifischen Regelungen des BDSG, die vor
47 allem für das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und
48 Dritten maßgeblich sind, werden durch § 32 BDSG nicht
49 verdrängt. Dies gilt z.B. für die Durchführung einer
50 arbeitsrechtlichen Due Diligence, deren Zulässigkeit sich
51 weiterhin vor allem nach § 3a, § 28 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2
52 Nr. 2 BDSG bestimmt, auch wenn hiervon
53 Arbeitnehmerdaten betroffen sind.

54 Gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ist die Erhebung,
55 Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von
56 Beschäftigten für Zwecke des
57 Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn dies für die

58 Entscheidung über die Begründung eines
59 Beschäftigungsverhältnisses oder nach dessen
60 Begründung für die Durchführung oder Beendigung
61 erforderlich ist. Darüber hinaus ist die Erhebung oder
62 Verarbeitung personenbezogener Daten eines
63 Beschäftigten zulässig, wenn sie aufgrund zu
64 dokumentierender tatsächlicher Anhaltspunkte zur
65 Aufdeckung von im Beschäftigungsverhältnis begangener
66 Straftaten erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse
67 des Arbeitnehmers an dem Ausschluss der Datennutzung
68 nicht überwiegt, diese insbesondere nicht
69 unverhältnismäßig ist.

70 § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG stellt die Datenverarbeitung dem
71 Wortlaut nach zwar nur unter die Voraussetzung der
72 Erforderlichkeit. Aus verfassungsrechtlichen
73 Überlegungen und mit Blick auf die Vorgaben des EG-
74 Rechts muss die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung
75 geschützter Daten daneben aber weiterhin einem
76 legitimen Zweck dienen und unmittelbar in Bezug auf
77 diesen Zweck auch verhältnismäßig (geeignet,
78 erforderlich und angemessen) sein.

79 Trotz des missverständlichen Wortlauts, der
80 ausdrückliche Regelungen nur für Straftaten trifft, hat
81 § 32 BDSG keine Einschränkungen in Bezug auf den
82 Zweck der Datenverarbeitung zur Folge.
83 Personenbezogene Daten können deshalb weiterhin auch
84 zur Kriminalitätsbekämpfung oder Prävention im
85 Arbeitsverhältnis genutzt werden. Nach den
86 ausdrücklichen Feststellungen in der
87 Beschlussempfehlung des Innenausschusses können
88 „Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten oder
89 sonstigen Rechtsverstößen“ weiterhin nach der
90 Generalklausel in § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG durchgeführt
91 werden. Hierzu gehören alle vorbeugenden Maßnahmen
92 zur Kriminalitätsbekämpfung inklusive Compliance-
93 Maßnahmen. Insbesondere eine wirksame
94 Korruptionsbekämpfung (etwa durch Screening, Scoring,
95 Whistleblowing) ist damit weiterhin statthaft, solange
96 hierbei insbesondere die Grundsätze der
97 Datensparsamkeit (§ 3a BDSG) und der
98 Verhältnismäßigkeit beachtet werden.

99

100 **Einbeziehung nicht-automatisierter Datenerfassung**

101 Erhebliche Bedeutung hat der Umstand, dass die
102 Regelungen des § 32 BDSG künftig ohne Rücksicht auf
103 die Form der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der
104 Daten gelten. Damit erfasst der Gesetzgeber neben der
105 automatisierten Datenerfassung auch jede andere Form
106 der Erhebung, Verwendung und Nutzung
107 personenbezogener Daten und weicht ausdrücklich von
108 § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG ab, der die automatisierte
109 Datennutzung an sich als Voraussetzung für die
110 Anwendbarkeit des BDSG auf nicht-öffentliche Stellen
111 normiert. Ebenso verzichtet er auf die Einschränkung des
112 § 27 Abs. 2 BDSG, nach dem nicht-automatisierte Daten
113 den Regelungen der §§ 27 ff. BDSG nur dann unterstellt
114 werden, wenn sie offensichtlich aus einer automatisierten
115 Verarbeitung entnommen worden sind.
116 Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber hier den Schutz

117 der Persönlichkeit, wie er auch außerhalb des BDSG
118 gewährleistet ist (§ 75 BetrVG, § 241 Abs. 2 BGB, Art. 1
119 und 2 GG), mit datenschutzrechtlichen Überlegungen
120 vermengt. Hier sind dringend Änderungen des Gesetzes
121 erforderlich. Es ist absurd, schon die
122 zwischenmenschliche Frage nach dem persönlichen
123 Befinden in der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber
124 und Arbeitnehmer datenschutzrechtlich behandeln zu
125 wollen.

126

127 **Datenvermeidung und Datensparsamkeit**

128 Durch die Neufassung von **§ 3a BDSG** verfolgt der
129 Gesetzgeber eine Stärkung des Grundsatzes der
130 Datensparsamkeit. Insoweit wird unter der Überschrift
131 „Datenvermeidung und Datensparsamkeit“ geregelt, dass
132 die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung
133 personenbezogener Daten und die Auswahl und
134 Gestaltung von Datenverarbeitungssystemen an dem Ziel
135 auszurichten sind, so wenig personenbezogene Daten wie
136 möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen.
137 Insbesondere sind personenbezogene Daten zu
138 anonymisieren oder zu pseudonymisieren, soweit dies
139 nach dem Verwendungszweck möglich ist und keinen im
140 Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck
141 unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

142 Gerade für den Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes
143 hat diese Regelung besondere Bedeutung. Denn in der
144 Praxis machen es unterschiedliche EDV-Systeme im
145 Unternehmen bzw. Konzern und die Vielfalt der
146 automatisierten und nichtautomatisierten Datenerfassung,
147 die nunmehr übergreifend durch § 32 BDSG erfasst wird,
148 fast unmöglich, eine mehrfache Erfassung und
149 Verarbeitung gleicher (personenbezogener) Daten zu
150 vermeiden. Zu befürchten ist, dass Betriebsräte ihre
151 Berechtigung zur Überprüfung einer Einhaltung
152 gesetzlicher Regelungen zum Schutz von Arbeitnehmern
153 (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) zum Anlass nehmen werden,
154 hier Handlungsbedarf anzumahnen, der nur mit hohem
155 technischem und regulativem Aufwand erfüllt werden
156 kann.

157

158 **Sanktionen**

159 Ein Verstoß gegen die speziellen Vorgaben zum
160 Arbeitnehmerdatenschutz in § 32 BDSG ist grundsätzlich
161 nicht vorgesehen. Insbesondere kommt eine
162 Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 BDSG nicht in
163 Betracht, denn § 32 BDSG wird dort nicht genannt; eine
164 analoge Anwendung des § 28 BDSG scheidet wegen des
165 strafrechtlichen Analogieverbots aus. Denkbar ist aber,
166 dass hier künftig Verschärfungen vorgesehen werden. Der
167 Entwurf der SPD enthält bereits derartige Regelungen.

168

169 **Gesetzesentwurf der SPD**

170 Der von der SPD vorgelegte Entwurf eines
171 Beschäftigtendatenschutzgesetzes enthält einige gute

172 Ansätze, vermag indes aber insgesamt noch nicht zu
173 überzeugen.

174 Positiv zu bewerten ist, dass der Entwurf das
175 Regelungsbedürfnis für die Nutzung von Telefon, E-Mail,
176 Internet und anderen Telekommunikationsdiensten
177 erkennt. Hier müssen Vorgaben getroffen werden, um
178 Rechtssicherheit herzustellen. Denn Zulässigkeit und
179 Grenzen eines Zugriffs des Arbeitgebers auf diese Daten
180 sind stark umstritten, allerdings muss dies von dem
181 Grundsatz ausgehen, dass die Privatnutzung dieser
182 Einrichtung unzulässig ist und ausreichende
183 Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers für die Einsicht
184 in dienstliche Kommunikation zulassen.

185 Hingegen nicht verständlich und überflüssig ist, dass die
186 SPD zur Überwachung der Ausführung des Gesetzes
187 einen gesonderten Beauftragten für den
188 Beschäftigtendatenschutz fordert. Diese Aufgaben können
189 ohne weiteres durch den betrieblichen
190 Datenschutzbeauftragten (§ 4f Abs. 1 BDSG)
191 wahrgenommen werden. Dies gilt umso mehr, als dass
192 dessen Rechtsposition bereits gestärkt wurde. So ist dieser
193 gemäß § 4f Abs. 3 BDSG künftig für die Dauer seiner
194 Amtszeit und für einen nachwirkenden Zeitraum von
195 einem Jahr nur noch aus wichtigem Grund (§ 626 BGB)
196 kündbar. Dies gilt auch für Kündigungen, die keinen
197 Bezug zu seiner Arbeit als Datenschutzbeauftragter
198 haben. Darüber hinaus hat er Anspruch auf die Teilnahme
199 an Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen. Richtig ist es
200 aber, dass konkrete Regelungen zu den
201 datenschutzrechtlichen Pflichten des Betriebsrats und
202 seine Zusammenarbeit mit dem Datenschutzbeauftragten
203 getroffen werden.

204 Soweit der Entwurf detaillierte Regelungen zur
205 Datenerhebung und -verwendung im Umgang mit
206 Bewerbern trifft, wird übersehen, dass hier bereits ein
207 ausreichendes Schutzniveau besteht. Das AGG, das
208 BDSG und die Rechtsprechung zum allgemeinen
209 Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG)
210 schaffen bereits weitgehende Schranken, die
211 arbeitgeberseitig eingehalten werden müssen. Diese
212 verpflichten den Arbeitgeber zwar, die Auskünfte
213 grundsätzlich bei dem Beschäftigten selbst einzuholen.
214 Statthaft ist aber, Daten aus dem Internet (z.B. aus sog.
215 „sozialen Netzwerken“, wie StudiVZ, Facebook, Xing
216 etc.) zu verwenden. Denn § 28 Abs. 1 Nr. 3 BDSG lässt
217 eine Ausnahme von dem Grundsatz der Direkterhebung
218 zu, wenn die Daten allgemein zugänglich sind. Daran
219 sollte -- entgegen des Entwurfs der SPD -- festgehalten
220 werden.

221 Keine Regelung enthält der Gesetzesentwurf in Bezug auf
222 die offene Frage, ob die Regelungen Mitwirkungs- und
223 Mitbestimmungsrechte der betrieblichen
224 Arbeitnehmervertretung berühren. Hier sollte eine
225 Klarstellung erfolgen, da in der Praxis schon heute kaum
226 noch zwischen der bloßen Überwachung einer Einhaltung
227 des BDSG und anderer Vorschriften zum
228 Arbeitnehmerdatenschutz (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) und
229 der eigentlichen Mitbestimmung bei der Anwendung
230 technischer Einrichtungen, die geeignet sind, Leistung
231 oder Verhalten von Arbeitnehmern zu überwachen (§ 87

232 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) unterschieden wird. Oft wird
233 Mitbestimmung auch da geltend gemacht, wo bloße
234 Datenverarbeitung erfolgt, ohne dass die technischen
235 Einrichtungen die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 6
236 BetrVG erfüllen.

237

238

239

240 * CMS Hasche Sigle, Fachbereich Arbeitsrecht.

241