

15.06.10

Seite 1 von 13

**Stellungnahme
zum Referentenentwurf:**

**Zum Entwurf eines Gesetzes
zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes**

15.06.10

Seite 2 von 13

Vorbemerkung:

Das Bundesministerium des Innern hat mit dem Hinweis, dass es sich um eine zwischen den Ressorts noch nicht abgestimmten Entwurf handelt, am 01.06.2010 den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vorgelegt. Damit sollen entsprechend dem Koalitionsvertrag mit umfassenden allgemeingültigen Regelungen für den Datenschutz am Arbeitsplatz mehr Rechtssicherheit erreicht und bestehende Schutzlücken geschlossen werden.

Dieser Ansatz ist durchaus zu begrüßen, erfordert aber im Gegensatz zu den Vorschlägen des Bundesinnenministeriums klare Begrenzungen durch gesetzliche Verbote der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten. Richtigerweise hätte dieser Bereich im Übrigen in einem eigenständigen Gesetz geregelt werden müssen.

Der DGB hat dazu bereits im Dezember 2008 Eckpunkte beschlossen. Danach muss Zweck des Datenschutzes sein, den Einzelnen davor zu schützen, dass durch Missbrauch seiner Daten eine Beeinträchtigung seines grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts erfolgt. Insbesondere muss die gezielte Beobachtung und Überwachung von Beschäftigten am Arbeitsplatz, aber auch im privaten Umfeld ausdrücklich verboten werden. Der Begriff der Überwachung ist dabei weit zu verstehen, d. h., sowohl Video- und Tonaufnahmen, direktes Ausspähen, Abgleichen von Daten (insbesondere dem persönlichen Bereich zurechenbaren wie Kontonummer, Postverkehr u. ä.), Kontrolle von Telefongesprächen und bei der Verwendung moderner Kommunikationsmittel wie E-Mail und Internet, Scannen und das Erstellen von Bewegungsprofilen mit Hilfe von Ortungssystemen müssen erfasst werden. Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot dürfen nur für gesetzlich ausdrücklich geregelte Fälle, wenn eine andere Möglichkeit der Aufklärung, insbesondere die Einschaltung von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht möglich ist, z.B. bei begründetem Verdacht einer strafbaren Handlung oder schwerwiegender Schädigung des Arbeitgebers oder Gefährdung zugelassen werden. Ebenso muss für diese Fälle ein Verfahren gesetzlich geregelt werden, das das Zustimmungserfordernis der betrieblichen Interessenvertretung und, falls diese nicht vorhanden ist, die Einbeziehung einer neutralen Stelle, z.B. den Landesdatenschutzbeauftragten, sowie Dokumentationspflichten und die Pflicht zum geringstmöglichen Eingriff festlegt.

Der Grundansatz des BMI geht in eine völlig andere Richtung. Vorgesehen ist, den Datenschutz vor allem dem Interesse der Unternehmen an Korruptionsbekämpfung und zur Einhaltung von Compliance-Anforderungen unterzuordnen. Dies führt nicht zu mehr, sondern zu weniger Datenschutz. Dieser Ansatz eröffnet die Möglichkeit, weitgehend den Datenschutz auszuhebeln mit der Begründung, vertragswidriges Verhalten aufdecken zu wollen. Damit wird das bestehende Schutzniveau erheblich unterschritten. Dies entspricht exakt den Forderungen, die die Arbeitgeberverbände seit Jahren in der Diskussion um den Datenschutz immer wieder erheben. Hinzu kommt, dass der Begriff Compliance nicht gesetzlich definiert ist und sehr weitgehende Möglichkeiten des Arbeitgebers beinhaltet, „Wohlverhalten“ der Beschäftigten zu fordern – und mit den geplanten Neuregelungen auch zu überwachen. Zusammen mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ sind damit der Willkür Tor und Tür geöffnet. Denn auch mit der Begründung, die Einhaltung von Compliance-Anforderungen kontrollieren zu müssen, setzt der Arbeitgeber selbst den Maßstab der Erforderlichkeit und die Bedingungen der Verhältnismäßigkeit. Das entspricht weder dem Prinzip der Rechtssicherheit, noch ist es transparent.

Sinnvollerweise kann „Compliance“ nur die Einhaltung des geltenden Rechts bedeuten. Dazu gehören aber gerade auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer und der Beschäftigtendatenschutz. Es gibt keine Rechtfertigung dafür, unter den Aspekten von Compliance

15.06.10

Seite 3 von 13

und Korruptionsbekämpfung neue Einschränkungen des Datenschutzes vorzunehmen und damit einen „Freibrief“ für Ausforschung auszustellen. Die fehlende Rechtfertigung für Eingriffe in Beschäftigtengrundrechte kann durch schwammige Begriffe höchstens überdeckt, aber nicht ersetzt werden.

Im Übrigen fehlt es an Regelungen zum Gebot der Datensparsamkeit. Dies müsste ausdrücklich als Grundsatz festgehalten werden.

Ein Gesetz, das keinen politischen Mehrwert im Sinne von mehr Arbeitnehmerschutz darstellt und sogar noch hinter dem Status Quo, den die Rechtsprechung gesetzt hat, zurückbleibt, wird von den Gewerkschaften ausdrücklich abgelehnt.

Das System des elektronischen Entgeltnachweises ELENA hat viel Widerstand ausgelöst. Wenn aber schon die Sammlung von Daten zur Gewährung von Leistungen der Sozialversicherungsträger im Hinblick auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung verfassungsrechtlich bedenklich ist, um wie viel problematischer ist die Eröffnung von fast unbeschränkten Möglichkeiten für den Arbeitgeber, Daten zu sammeln und aufzubewahren und sie zur Überwachung seiner Beschäftigten zu nutzen?

Zu den Regelungen im Einzelnen:

Zu Art. 1 Nr. 3: § 12 Abs. 4

Bezüglich der Ergänzungen im § 12 um den Abs. 4 stellt sich die Frage, wie die Aufzählung „erhoben, verarbeitet und genutzt“ zu verstehen ist. Gemeint sein kann doch nicht, dass nur dann, wenn alle drei Vorgänge erfüllt sind, die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften gelten. Deshalb müsste hier eine sprachliche Klarstellung erfolgen und statt des „und“ ein „oder“ eingesetzt werden.

Zu Art. 1 Nr. 5: § 32 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich ist weit gefasst. Sowohl der sachliche als auch der personelle Anwendungsbereich soll wohl umfassend sein. Dies wird grundsätzlich begrüßt.

Zu Art. 1 Nr. 6: § 32a Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses Zu Abs. 1:

Vorgesehen ist, dass der Arbeitgeber Beschäftigtendaten erfragen darf, die er benötigt, um die Eignung des Bewerbers für eine in Betracht kommende Tätigkeit festzustellen. Dabei wird nicht nur auf die fachliche Eignung abgestellt, sondern es wird ganz allgemein von Eignung gesprochen und dann ausdrücklich auf die persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen zurückgegriffen. Damit wird dem Arbeitgeber ein erheblicher Spielraum eingeräumt, da er selbst definieren kann, welche persönlichen Voraussetzungen er für notwendig hält und welche nicht. Um diese Voraussetzungen feststellen zu können, wird die Erhebung aller nur denkbaren Daten möglich sein. Das Persönlichkeitsrecht kann nur dann wirksam geschützt werden, wenn nur rein objektiv fachliche, auf die Eignung bezogene Kriterien zugelassen werden. Nur auf diese fachlich bezogenen Kriterien dürfen sich Fragen oder andere Datenermittlungen beziehen.

15.06.10

Seite 4 von 13

Darüber hinaus soll die Datenerhebung nach Abs. 2 in Bezug auf rassische und ethnische Herkunft, Behinderung, Gesundheit, sexuelle Identität, Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren dann erfolgen können, wenn sie wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung wesentlich und entscheidende berufliche Anforderungen oder Hindernisse sind. Teilweise entspricht diese Regelung der ebenfalls unzureichenden Regelung im AGG.

Bereits in der Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum AGG-Gesetzesentwurf ist darauf hingewiesen worden, dass hier nicht die Art der auszuübenden Tätigkeit **oder** die Bedingungen ihrer Ausübung wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen sein können, sondern es muss sich um eine Sowohl-als-auch-Regelung handeln, d. h., sowohl die Art der auszuübenden Tätigkeit als auch die Bedingungen ihrer Ausübung müssen bestimmte Fragen rechtfertigen, ansonsten wird in das Persönlichkeitsrecht zu weit eingegriffen. „Oder“ müsste also durch „und“ ersetzt werden.

Völlig inakzeptabel ist es, die Frage nach den Vermögensverhältnissen oder der Gesundheit zuzulassen. Einerseits regelt Abs. 5, dass von Beschäftigten keine Auskunft darüber verlangt werden kann, ob eine schwere Behinderung oder Gleichstellung vorliegt, andererseits sollen Fragen nach der Gesundheit aber zulässig sein, dies ist widersprüchlich. Darüber hinaus ist die Frage insbesondere dann äußerst problematisch, wenn man es bei der bisherigen Formulierung belässt und die Bedingungen der Ausübung als alleiniges Kriterium zulässt. Die Bedingungen der Ausübung können nämlich einseitig vom Arbeitgeber bestimmt werden, und unterliegen keinem objektiven Prüfungsmaßstab. Darüber hinaus müssen dann, wenn die Bedingungen der Ausübung eine konkrete gesundheitliche Gefährdung darstellen können, zunächst alle Maßnahmen unternommen werden, um die gesundheitliche Gefährdung auszuschließen (vgl. z. B. § 4 ArbSchG: Gefahren sind an ihrer Quelle zu bekämpfen und individuelle Maßnahmen nachrangig). Nur dann kann überhaupt eine Frage nach gesundheitlichen Einschränkungen denkbar sein.

Die Frage nach den Vermögensverhältnissen ist völlig inakzeptabel, da keine Konstellation denkbar ist, in der die privaten Vermögensverhältnisse in irgendeinem Zusammenhang eine wesentliche oder entscheidende berufliche Anforderung sein könnten. Gerade die Vermögensverhältnisse sind ebenso wie die Familienplanung eine ausschließlich private Angelegenheit – sie gehen den Arbeitgeber schlicht nichts an.

Wir schlagen hier vor, einen Katalog mit unerlaubten Fragebereichen – wie etwa Schwangerschaft, Familienplanung oder Gewerkschaftszugehörigkeit – ausdrücklich in das Gesetz aufzunehmen. Sowohl vom BAG als auch vom EuGH gibt es dazu eine differenzierte Rechtsprechung.

15.06.10

Seite 5 von 13

Zu Abs. 3:

Hier gilt das zur Frage nach der Gesundheit Gesagte entsprechend. Nur dann, wenn der Arbeitgeber alles ihm Mögliche getan hat, um eine Gesundheitsgefährdung am konkreten Arbeitsplatz auszuschließen, wenn aber trotzdem bei einer bestimmten Veranlagung die Gefahr der Erkrankung besteht, kann überhaupt eine gesundheitliche Untersuchung zulässig sein. (Hier sollten die entsprechenden Regelungen im Gendiagnostikgesetz als Vorbild genommen werden.) Die Fälle müssen ausdrücklich gesetzlich geregelt werden und dürfen nicht der Entscheidungsbefugnis des einzelnen Arbeitgebers überlassen bleiben.

Die gesundheitliche Untersuchung und Weitergabe des Ergebnisses durch einen Vorbehalt der Einwilligung des Arbeitnehmers rechtfertigen zu wollen, ist praxisfern. Eine datenschutzrechtlich relevante Einwilligung setzt die Freiwilligkeit der Entscheidung voraus. Insbesondere im Bewerbungsverfahren wird aber im Zweifel kein Bewerber eine Einwilligung zu einer gesundheitlichen Untersuchung verweigern, wenn der Arbeitgeber sie einfordert, weil er ansonsten nicht weiterhin näher in Betracht kommt.

Die vorbehaltene Einwilligung sollte wegen der im Interesse des Bewerbers gebotenen Warnfunktion an die Schriftform gebunden sein.

Zu Abs. 4:

Durch die Regelung in Abs. 4 wird dem Arbeitgeber jede Möglichkeit gegeben, durch weitere Untersuchungen und Prüfungen, die nicht weiter spezifiziert sind, den Bewerber umfassend auszuforschen. Weder ist näher beschrieben, was unter Untersuchungen zu verstehen ist, noch sind Prüfungen (außer durch die Umschreibung „Eignungstest“) in irgendeiner Art eingegrenzt. Es fehlt jede Verpflichtung, einen Bezug zur fachlichen Eignung herzustellen, sondern es kommt allein darauf an, ob der Arbeitgeber der Meinung ist, er bräuchte bestimmte Tests, um die allgemeine Eignung festzustellen. Völlig ad absurdum geführt wird die Regelung dadurch, dass der Eignungstest nach den Regeln der Fachkunde durchzuführen ist, **sofern solche bestehen**. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass dann, wenn keine Fachkunde besteht, die Tests trotzdem durchgeführt werden dürfen. Damit ist jeder noch so obskure Text zulässig.

Der Absatz muss ersatzlos gestrichen werden, wenn im Einstellungsverfahren keine umfassende Durchleuchtung der Bewerber gewollt ist.

Zu Abs. 5:

Die Regelung ist klarstellend und entspricht der juristischen Literatur nach der Rechtsprechung des BAG.

Zu Abs. 6:

Die Regelung entspricht § 9 Abs. 1 AGG, die ihrerseits aber wegen der Verletzung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG europarechtswidrig ist. Danach ist die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft oder Weltanschauungsgemeinschaft nur dann zulässig, wenn unter Beachtung des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft im Hinblick auf ihr Selbstbestimmungsrecht **und** (und eben nicht „oder“) nach der Art der Tätigkeit diese Zugehörigkeit eine gerechtfertigte berufliche Anforderung darstellt. Dies muss klargestellt werden.

15.06.10

Seite 6 von 13

Zu Abs. 7:

Durch die einheitliche Regelung zum Fragerecht bei politischer, koalitionspolitischer oder einer Tätigkeit im Bereich der Medien wird erreicht, dass nicht nur die auf die jeweiligen Tendenzträger bezogenen Fragen zulässig sind, sondern dass die Fragen zu jedem der Bereiche bei allen Arbeitgebern zulässig sind. Das bedeutet, dass bei der Einstellung eines Journalisten in einem Tendenzblatt nicht nur nach der politischen Einstellung, sondern auch nach der Gewerkschaftszugehörigkeit gefragt werden darf. Dies ist inakzeptabel. Deshalb ist es notwendig, dass an dieser Stelle eine unterschiedliche Regelung für jeden einzelnen Tendenzbereich getroffen wird und hinter „Daten“ „jeweils“ eingefügt wird.

Zu Abs. 8:

Mit der Regelung, dass Beschäftigtendaten, die allgemein zugänglich sind, auch erhoben und genutzt werden dürfen, werden Vorgehensweisen wie z. B. sog. Scorrings (Detekteien werden beauftragt, im privaten Umfeld des Bewerbers nach Auffälligkeiten zu suchen; z. B. wird kontrolliert, ob auffällig viele Alkoholflaschen im Abfall sind, welche Zeitungen gelesen werden, wie das Freizeitverhalten ist usw.) und Internetrecherchen weiterhin möglich sein. Bloße Mutmaßungen werden so personelle Entscheidungen beeinflussen können. Berücksichtigt man dabei, dass es weder eine Kontrolle des Wahrheitsgehaltes solcher Recherchen gibt, noch es der Zustimmung desjenigen, über den Informationen beispielsweise in frei zugängliche Netze gestellt werden, bedarf, wird deutlich, dass hier Informationen erhoben werden können, die mit der Wirklichkeit nichts zu tun haben, aber auch keinen Bezug zur Eignung haben. Sie können aber gleichwohl bei einer Personalentscheidung berücksichtigt werden. Dies ist kein Persönlichkeitsschutz.

Ebenso ist es falsch, eine Datenerhebung bei Dritten zuzulassen, wenn der Bewerber einwilligt, denn diese Einwilligung wird im Zweifel erteilt werden müssen, soll die Bewerbung erfolgreich sein. Den Bewerber auf das Maßregelungsverbot des Arbeitgebers zu verweisen, wenn er die Einwilligung nicht erteilt, ist absolut praxisfern. Er bekommt einfach keine weitere Chance. Ebenso ist es unzureichend, den Bewerber nur auf Verlangen über den Inhalt der erhobenen Daten zu unterrichten. Denn im Zweifel wird dieses Verlangen nicht geäußert, um die weiteren Chancen nicht zu verbauen. Deshalb muss der Bewerber über alle über ihn erhobenen Daten informiert werden, und zwar ohne konkrete Aufforderung.

Nach der Begründung des Entwurfs (Bes. Teil, S. 27) stellt diese Bestimmung keine den § 4 BDSG ausschließende, sondern eine diesen „ergänzende“ Regelung dar. Das würde eine intransparente, unklare und konturlose Ermächtigung an den Arbeitgeber schaffen, die in der Praxis zu Ausweitung und Missbrauch geradezu einlädt.

Zu Abs. 9:

In Abs. 9 wird festgelegt, dass die Datenerhebung an den Maßstab der Verhältnismäßigkeit geknüpft ist.

Das sollte zur Klarstellung der Beweislast in positiver Fassung geschehen und indem klargestellt wird, dass es sich um eine zusätzliche Hürde für Datenerhebungen handelt. Diese dürfen also unter Beachtung aller übrigen Rechtmäßigkeitvoraussetzungen nur dann durchgeführt werden, wenn sie verhältnismäßig sind. Aus Gründen der Transparenz sollte die Methode der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Text selbst beschrieben werden.

15.06.10

Seite 7 von 13

Zu § 32b: Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

Zu Abs. 1:

Wir verweisen auf die Kritik zu § 32a Abs. 1. Durch das Abstellen ausschließlich auf die allgemeine Eignung des Bewerbers ist dem Arbeitgeber ein ausufernder Spielraum überlassen, welche Daten er zur Feststellung dieser Eignung für notwendig hält, da er selbst die Kriterien der Eignung festlegen kann.

Außerdem fehlt bei der letzten Alternative („oder für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich“) jeder eingrenzende Maßstab. Klar ist nur, dass es noch sonstige Parameter außer der Eignung geben soll. Welche anderen Umstände gemeint sind, von denen die Einstellungsentscheidung abhängig gemacht werden soll, wird nicht einmal in der Entwurfsbegründung angedeutet.

Zu Abs. 2:

Es ist inakzeptabel, dass der Arbeitgeber überhaupt Daten verarbeiten und nutzen darf, die er erlangt hat, ohne dass wenigstens die sowieso schon unzureichenden Vorschriften des § 32a beachtet wurden. Erhält der Arbeitgeber also, auf welchem Weg auch immer, Daten über Beschäftigte, kann er mit der Begründung, sie seien für seine Entscheidung zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig, diese Daten verarbeiten und nutzen. Noch gesteigert wird dies, wenn der Beschäftigte ihm „unverlangt“ Daten übermittelt. Die Kräfteverhältnisse im Arbeitsverhältnis und insbesondere im Bewerbungsverhältnis ermöglichen so dem Arbeitgeber immer den Zugang. Er kann immer mehr oder weniger deutlich machen, dass er erwartet, dass ihm bestimmte Informationen „unverlangt“ zur Verfügung gestellt werden. Mit einer tatsächlichen Freiwilligkeit hat dies in dieser Abhängigkeitssituation überhaupt nichts zu tun.

Darüber hinaus fördert die Regelung innerbetriebliches „Denunziantentum“; bezeichnend die Begründung, S. 28: „ihm auf andere Weise *zugetragen*“. Der gesamte Abs. 2 sollte deshalb gestrichen werden.

Zu Abs. 3:

Auch in der Bewerbungsphase ist die Einwilligung nicht freiwillig.

Zu § 32c: Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis

Zu Abs. 1:

Es ist unklar, welche Beschäftigtendaten überhaupt erforderlich sind zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Klar ist, dass bestimmte Daten zur Durchführung und zur Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses und natürlich auch zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig sind. Welche Daten aber zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses notwendig sein könnten, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus der Begründung. Hier ist eine Klarstellung erforderlich. Abzulehnen und klar auszuschließen ist jedenfalls eine allgemeine Erlaubnis von Datenerhebungen zur Vorbereitung von Kündigungen und einer „Munitionssammlung“ für künftige Kündigungsschutzprozesse.

15.06.10

Seite 8 von 13

Zu Abs. 2, 3 und 4:

Hier wird auf die Ausführung zu § 32a verwiesen. Es sollten nur die gesetzlich vorgeschriebenen Untersuchungen zulässig sein. Eine Weigerung auch im Beschäftigtenverhältnis ist in der Regel mit Konsequenzen verbunden, und diese können häufig nicht als Benachteiligung nachgewiesen werden.

Zu § 32d: Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis

Zu Abs. 1 und 2:

Hier wird auf das bereits Gesagte zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit verwiesen. Es bleibt allein in der Hand des Arbeitgebers, nach welchen Kriterien er seine Entscheidungen treffen will. Ein Arbeitnehmer wird während des Arbeitsverhältnisses dagegen nicht klagen – will er nicht seinen Arbeitsplatz verlieren.

Zu Abs. 1 Nr. 2:

Der damit frei erlaubte Austausch von Zwecken ist abzulehnen. Damit ist eine unkontrollierbare Lockerung der Zweckbindung der erhobenen Daten verbunden („Gelegenheitsfunde“).

Zu Abs. 2:

Vgl. Anm. zu § 32b Abs. 2 und zu § 32 c Abs. 1.

Zu Abs. 3:

Diese Regelung stellt das Kernstück der Neuregelung dar. Sie ist geeignet, sogar den Schutz der, wie dargestellt unzureichend durch die übrigen Neuregelungen geschaffen wird, ins Gegenteil umzukehren. Nach dieser Regelung darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten, die er rechtmäßig erworben hat, immer verwenden, wenn er die Begehung von Vertragsverletzung zu seinen Lasten, Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten durch den Beschäftigten verhindern oder aufdecken will. Es gibt keinerlei Vorschriften darüber, welche Voraussetzungen dafür vorliegen müssen, ob z. B. ein konkreter Verdacht oder irgendwie geartete Anhaltspunkte für tatsächliche Vertragsverletzungen vorliegen müssen, oder ob eine abstrakte Gefahr im Sinne des Polizeirechts oder darüber hinaus ausreichen soll. Ebenso ist der Begriff Vertragsverletzung in keiner Weise eingeschränkt, d. h., jede auch noch so kleine Verletzung der vertraglichen Pflichten, und damit sind nach der Begründung, S. 30, sogar ohne Rücksicht auf ihre Bedeutung Nebenpflichten gemeint, die der Arbeitgeber selbst gestalten kann, können dazu führen, dass vorhandene Daten genutzt werden können. Unter Berufung auf nicht definierte „Compliance-Anforderungen“ sollen Arbeitgeberereingriffsbefugnisse in das informationelle Selbstbestimmungsrecht erweitert werden. Damit sind Screenings wie bei der Deutschen Bahn, die einen erheblichen Sturm der Empörung ausgelöst haben, und die letztendlich bewirkt haben, dass der damalige Innenminister Schäuble zu einem Datenschutzgipfel gerufen und verabredet hat, dass Regelungen geschaffen werden sollen, die solche Vorgänge verhindern, zukünftig gesetzlich legitimiert. Darüber hinaus berücksichtigt diese Vorschrift in keiner Weise das Strafverfolgungsmonopol des Staates, sondern der Arbeitgeber wird durch diese Regelung zu einer Art Betriebspolizei, die selbst ermittelt und zu einer Betriebsstaatsanwaltschaft, die selbst Anklagen

15.06.10

Seite 9 von 13

erhebt. Dies alles aber, ohne dass die Einschränkungen staatlicher Ermittlungen bei Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten vorliegen müssen. Mit Begründung der Prävention (präventiv als Quasipolizei) sind die Ausforschungsmöglichkeiten nach diesem Teil des Entwurfs eher noch weitergehender.

Die Regelung wird strikt abgelehnt und muss ersatzlos gestrichen werden.

Zu Abs. 4:

Es ist ungenügend, dass der Arbeitgeber lediglich den Dritten, den er ja selber mit der Datenverarbeitung beauftragt hat bzw. durch den er die Nutzung zulässt, nur darauf hinweisen muss, dass er Daten nur für den Zweck verarbeiten und nutzen darf, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt wurden. Es muss vielmehr vorgesehen werden, dass dann, wenn der Dritte, dessen Dienste sich der Arbeitgeber bedient, gegen diese Verpflichtung verstößt, der Arbeitgeber dafür in Anspruch genommen werden kann. Außerdem muss festgelegt werden, dass nach Auftragsende die Daten unverzüglich zu löschen sind.

Zu § 32e: Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Verhinderung und Aufdeckung von Vertragsverletzungen, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten im Beschäftigungsverhältnis

In diesem Paragraphen setzt sich die in § 32d Abs. 3 vorgenommene Verschiebung des Schwerpunkts der Neuregelung vom Schutz von Beschäftigtendaten und der grundgesetzlich garantierten Persönlichkeitsrechte von Beschäftigten hin zur Berechtigung des Arbeitgebers zur ausufernden weiteren Datenerhebung und -nutzung mit der Begründung, Korruption bekämpfen zu wollen, weiter fort.

Die Tatsache, dass Beschäftigtendaten uneingeschränkt zur Verhinderung und Aufdeckung von Pflichtverstößen genutzt, aber auch weitergehende Daten erhoben werden können, wird noch dadurch verstärkt, dass diese Datenermittlung ohne seine Kenntnis erfolgen kann. Die Voraussetzung ist zwar, dass eine schwerwiegende Vertragsverletzung zu Lasten des Arbeitgebers, die den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würde, oder eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat vorliegen müssen. Gleichwohl fehlt es auch hier an jeder Abgrenzung zum Ermittlungsmonopol des Staates bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Wiederum wird lediglich als Eingrenzung eine Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgesehen. Damit wird aber keinerlei Transparenz hergestellt. Die Tatsache, dass lediglich Anhaltspunkte für einen Verdacht vorliegen müssen und keine Regelung getroffen werden, wie stichhaltig diese Anhaltspunkte sein müssen, lässt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Erforderlichkeitsprüfung dem Arbeitgeber einen sehr weitgehenden Spielraum. Es fehlen eine Löschungsvorschrift für die dokumentierten Anhaltspunkte sowie Sanktionsregelungen bei unterlassener Dokumentation.

Richtigerweise müssten bloße Vertragsverstöße und Ordnungswidrigkeiten als Begründung ausgeschlossen sein und eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nur beim dringenden Verdacht einer schwerwiegenden Straftat bei Gefahr im Verzuge zulässig sein.

Darüber hinaus ist keinerlei vorherige Information beispielsweise der betrieblichen Interessenvertretung oder des Datenschutzbeauftragten vorgesehen, ebenso wenig wie eine Kontrolle durch diese Gremien. Hier muss ein eigenständiges Mitbestimmungsrecht konstituiert werden.

15.06.10

Seite 10 von 13

Um einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen der Beschäftigten zu erreichen, müsste zumindest vorgesehen werden, dass schwerwiegende Anhaltspunkte den dringenden Verdacht nahelegen, dass Ausmaß, Ziel und Methode der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung vorab festgelegt und dokumentiert werden, dass vor Einleitung der Maßnahmen der betriebliche Datenschutzbeauftragte und die betriebliche Interessenvertretung und, soweit eine dieser Institutionen oder beide nicht vorhanden sind, eine unabhängige Stelle, z. B. beim Landesbeauftragten für den Datenschutz, beteiligt wird.

Zu § 32f: Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten mit optisch-elektronischen Einrichtungen

Es fehlen Regelungen gegen den Einsatz von Detektiven und Systemen zur Mitteilung von Korruptionsverdächtigungen von Beschäftigten („internes Whistleblowing“).

Zu Abs. 1:

Auch mit dieser Neuregelung werden die betrieblichen Interessen über das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Beschäftigten gestellt. Mit dem Insbesonderekatalog werden die Zutrittskontrolle, die Wahrnehmung des Hausrechts und der Schutz des Eigentums auf eine Stufe mit besonderen Sicherheitsinteressen oder der Gefahrenabwehr gestellt. Damit ist die Definition der wichtigen betrieblichen Interessen auf einer sehr niedrigen Schwelle angesiedelt und lässt es zu, dass beispielsweise eine Videoüberwachung, die bei Lidl erhebliche Empörung ausgelöst hat, zukünftig zulässig sein wird. Denn dort war es gerade der Schutz des Eigentums und die Verhinderung von Ladendiebstählen, die Lidl als Begründung dafür angeführt hat, dass die Überwachungen durchgeführt worden sind. Deshalb ist es notwendig, dass der Insbesonderekatalog beschränkt wird auf die Fälle, in denen ein besonderes Sicherheitsinteresse aufgrund der Besonderheiten der jeweiligen Arbeitsstätte besteht.

Bezüglich der Regelungen in Abs. 2 wird auf die Ausführung zu § 32e verwiesen. Immerhin ist im § 32f Abs. 2 eine Vorabkontrolle vorgesehen. Ob eine reine Information des Datenschutzbeauftragten (der im Übrigen als Institution, der die Vorabkontrolle unterliegt, lediglich in der Begründung genannt ist, was nicht eben transparent ist) beschränkt oder ob eine Zustimmung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten notwendig ist, ist unklar. Ungelöst ist außerdem die Frage, bei wem die Vorabkontrolle durchgeführt wird, insbesondere wenn ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter oder eine betriebliche Interessenvertretung nicht vorhanden ist.

Zu Abs. 3:

Die Regelung wird grundsätzlich begrüßt, müsste aber dahingehend geändert werden, dass Betriebsstätten, die **auch** zur privaten Lebensgestaltung des Beschäftigten dienen, nicht per Video überwacht werden dürfen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Privatsphäre von Beschäftigten auch am Arbeitsplatz ausreichend geschützt wird. Außerdem sollte klargestellt werden, dass dort generell **jede** Überwachung unzulässig ist. Darüber hinaus ist auch der kollektive und kommunikative und nicht nur der individuelle Rückzugsraum entgegen der Begründung, S. 33, schutzwürdig (Pausen- und Raucherräume).

15.06.10

Seite 11 von 13

Zu § 32g: Ortungssysteme

Zu Abs. 1:

Die Nutzung von Ortungssystemen zur Sicherheit der Beschäftigten ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Es müsste jedoch gesetzlich geregelt werden, in welchen konkreten Fällen Ortungssysteme überhaupt zur Sicherheit der Beschäftigten eingesetzt werden dürfen. Überdies ist für den jeweiligen Einsatz eine schriftliche Einverständniserklärung nach ausreichender Information erforderlich. Inwieweit zur Koordinierung des Einsatzes von Beschäftigten eine Nutzung von Ortungssystemen zulässig sein soll, ist nicht erkennbar. Insbesondere ist nicht erkennbar, welche Fallgruppen hier erfasst werden sollen. Wenn es beispielsweise darum geht, den Einsatz von Berufskraftfahrern bei einer Spedition oder einem Taxiunternehmen zu koordinieren, ist die Verwendung von Ortungssystemen überflüssig, da ein eventuell notwendig werdender neuer Einsatz dem jeweiligen Beschäftigten sowieso mündlich übermittelt werden muss. Vorher ihn dann auch noch zu orten, ist überflüssig. Die Zulässigkeit einer solchen Ortung beinhaltet vielmehr die Gefahr, dass durch eine solche Ortung die Fahrer unter ständiger Beobachtung gestellt werden. Insofern bietet zwar der letzte Satz von Abs. 1 eine gewisse Sicherheit, besser wäre es jedoch, grundsätzlich die Verwendung zur Koordinierung des Einsatzes auszuschließen.

Unklar ist, wie die Ortung auf die Arbeitszeit beschränkt werden kann. Nach der Begründung sind offenbar Pausenzeiten und Ähnliches der Arbeitszeit zugerechnet worden.

Zu Abs. 2 und 3:

Die Regelungen sind nicht zu beanstanden.

Abs. 2: Unklar ist, wie beim Schutz einer Sache wie einem PKW oder LKW und sogar einem Diensthandy, die Ortung der sie benutzenden Person vermieden werden soll. Wenn die Ortung aktiviert oder deaktiviert wird, wird in der Regel eine Identifikation erfolgen, um das Eigentum oder den Besitz an der Sache zu sichern. Damit ist es entgegen der Begründung nicht gerechtfertigt, hier weniger restriktiv zu verfahren. Abs. 2 würde Abs. 1 praktisch ad absurdum führen.

Zu § 32h: Biometrische Verfahren

Zu Abs. 1:

Dass S. 1 ohne Einwilligung zulässig sein soll, ist nicht einsichtig. Sie sollte auch hier schriftlich erfolgen. Mit der Regelung, dass betriebliche Gründe zu Autorisierungs- und Authentifikationszwecken ausreichen, um die Verwendung biometrischer Merkmale erforderlich zu machen, wird dem Arbeitgeber ein Alleinentscheidungsrecht übertragen, biometrische Merkmale zu erheben und zu verwenden. Die Einschränkung zur Autorisierungs- und Authentifikationszwecken hilft dabei nicht. Es ist eine grundsätzliche Frage, ob zu diesen Zwecken biometrische Merkmale und damit ganz grundlegende Bereiche der Privatsphäre vom Arbeitgeber erhoben werden dürfen. Zwingend muss nach unserer Auffassung eine Einschränkung auf sicherheitsrelevante Bereiche erfolgen. Dass jeder Arbeitgeber zukünftig Fingerabdrücke oder Irisaufnahmen für den Zugang zu allen Betriebsstätten verwenden darf, ist viel zu weitgehend und daher abzulehnen.

S. 2 enthält zwar ein Einwilligungserfordernis, lässt dafür aber jede Eingrenzung der zulässigen Ziele vermissen. Das ist angesichts der begrenzten Aussagekraft von Einwilligungen des Beschäftigten im Arbeitsverhältnis abzulehnen.

15.06.10

Seite 12 von 13

Zu § 32i: Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Zu Abs. 1:

Die Regelung in Abs. 1 ist abgesehen von Nr. 3 angemessen. Bezüglich der Regelung in Nr. 3 wird auf die Ausführungen zu § 32d Abs. 3 verwiesen.

Zu Abs. 2:

Bei dieser Regelung wird der einschränkende Charakter der Nutzungserlaubnis von Telekommunikationsdaten in § 32i ausgehebelt. Wie bereits mehrfach gesagt, ist angesichts des Kräfteverhältnisses im Arbeitsverhältnis die Einwilligung des Beschäftigten kein angemessenes Regulativ bezüglich des Missbrauchs von Arbeitnehmerdaten. Ebenso wenig sind die berechtigten Interessen des Arbeitgebers eine Einschränkung, denn nach der gesamten Anlage der Neuregelung geht die Wertung des Gesetzgebers dahin, dass die berechtigten Interessen auf einer sehr niedrigen Schwelle vorliegen. Die Sonderregelungen für die Arbeit in Callcentern nach Satz 2 und 3 sind ebenfalls völlig unangemessen. Sie geben dem Arbeitgeber ein weitgehendes Recht, die berufliche Tätigkeit der Mitarbeiter dauerhaft aufzuzeichnen. Dies entspräche an anderen Arbeitsplätzen einer Dauerbeobachtung durch Video. Dass hier außerdem eine bloße Benachrichtigung, aber nicht einmal eine vorherige Einwilligung des Beschäftigten, so unzureichend sie auch sein mag, vorgesehen ist, setzt die Beschäftigten in Callcentern einem erheblichen Überwachungsdruck aus. Ebenso wenig ist die Einwilligung der Kommunikationspartner ein einschränkendes Kriterium, als sich an der bisherigen völlig unbefriedigenden Praxis nichts ändert.

Es sollte klargestellt werden, dass eine schriftliche Einwilligung des Arbeitnehmers (nicht vorab im Arbeitsvertrag) und eine ausdrückliche Erklärung des Kommunikationspartners (entgg. Begründung) zu fordern ist.

Zu Abs. 3:

Es wird auf die Ausführung zu Abs. 1 verwiesen.

Zu Abs. 4 und 5:

Es werden keine Anmerkungen gemacht.

Zu § 32j: Unterrichtungspflichten

Zu Abs. 1:

Die Regelung ist nicht weitgehend genug. Es ist nicht ausreichend, dass der Arbeitgeber bei unrechtmäßiger Übermittlung oder Kenntniserlangung bei Dritten dies dem Arbeitnehmer mitteilt. Er hat vielmehr alles ihm Zumutbare zu tun, um daraus entstehende Schäden auszuschließen und auf den Dritten einzuwirken, dass die Daten unverzüglich gelöscht werden.

Zu Nr. 9:

Die Vorschriften des § 43 lediglich und unvollständig zu ergänzen, wird den Bedürfnissen nach wirksamen und abschreckenden Sanktionen nicht gerecht. Zum einen werden nicht einmal alle Verstöße gegen die Pflichten des Arbeitgebers aus den Neuregelungen in den Bußgeldkatalog aufgenommen (z. B. fehlt die Erlangung von Daten von Dritten ohne Einwilligung nach § 32a Nr. 8),

15.06.10

Seite 13 von 13

zum anderen müssten aber besonders schwere Verstöße auch strafbewehrt sein. Darüber hinaus fehlt die Regelung zu einem Entschädigungsanspruch des Beschäftigten bei Verletzung seines Persönlichkeitsrechts.

Zu § 32I:

Das Schriftformerfordernis und die begrenzte Aussagekraft der Einwilligung könnten auch hier zusammengefasst geregelt werden. Es ließe sich auch das Einwilligungserfordernis überhaupt für alle Maßnahmen – außer den heimlichen – hier für den Unterabschnitt regeln, wobei noch mal auf die begrenzte Freiwilligkeit einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis hinzuweisen ist.

Zusammenfassung:

Der Gesetzesentwurf verdient nicht den Namen, der ihm gegeben wurde. Es handelt sich nicht um den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, sondern um einen Entwurf zur Regelung der Erlaubnis des Arbeitgebers zur Nutzung von Beschäftigtendaten. Die vorgesehenen Regelungen gehen viel zu weit und greifen in die Rechte der Beschäftigten, insbesondere in deren Recht auf informationelle Selbstbestimmung in nicht zu rechtfertigender Weise ein. Es ist mehr als fraglich, ob mit diesem Entwurf die Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen datenschutzrechtlich relevanten Ausprägungen gesetzt hat, auch nur ansatzweise eingehalten werden.