

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern vom 28.05.2010 zu einem

Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes

I. Allgemeines

Der Gesetzentwurf soll das im Koalitionsvertrag formulierte Ziel verfolgen, den Beschäftigtendatenschutz zu verbessern und Beschäftigte vor einer Bespitzelung am Arbeitsplatz zu schützen. Dieses Ziel verfehlt er, weil

- keine klare Differenzierung zwischen unterschiedlichen, vom Arbeitgeber mit Datenverarbeitung verfolgten Zwecken getroffen wird,
- keine informationelle Gewaltenteilung im Betrieb/Unternehmen/Konzern vorgesehen ist,
- schutzwürdige Interessen von Beschäftigten lediglich vermittelt allgemeiner Verhältnismäßigkeitserwägungen oder praktisch nicht abgrenzungsscharfer Blankett- und Generalklauseln durchgesetzt werden sollen,
- wesentliche Fragestellungen des Beschäftigtendatenschutzes (z. B. Konzernprivileg, rechtliche Bindung von Betriebsparteien, Verwertungsverbote ...) nicht geklärt werden.
- die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz als Anhängsel des Bundesdatenschutzgesetzes marginalisiert werden anstatt ein dem Gegenstand angemessenes eigenständiges Gesetz zu schaffen.

Vielmehr besteht der vorgelegte Entwurf weitgehend aus Vorschriften, die eine Überwachung und Ausforschung der Beschäftigten gesetzlich erlauben sollen. Kontrollmaßnahmen, die nach bisherigem Verständnis illegal sind, sollen durch die Neuregelungen legalisiert werden. Das selbst gesteckte Ziel, ein „vertrauensvolles Arbeitsklima zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten“ zu unterstützen, wird dadurch nicht erreicht.

Von den Ansätzen des Gesetzentwurfes ist im Wesentlichen die Beschränkung der Zulässigkeit einer datenschutzrechtlichen Einwilligung auf die gesetzlich vorgesehenen Fälle (§ 32I BDSG-E) zu begrüßen.

II. Im Einzelnen

1. § 32a BDSG-E: Erhebung von Bewerberdaten

Die Unterscheidung von für eine Eignungsprüfung erforderlichen (§ 32a Abs. 1 BDSG-E) und gleichsam unerlässlichen (§ 32a Abs. 2 BDSG-E) Bewerberdaten suggeriert, dass Bewerberdaten im allgemeinen voraussetzungslos erhoben werden dürfen, solange nur eine Eignungsprüfung für irgendeine Tätigkeit möglich erscheint. Die von § 32a Abs. 2 BDSG-E verfolgte Regelungstechnik lässt vermuten, dass sie sich an das gesetzliche Modell des Schutzes besonderer personenbezogener Daten anlehnen will (s. §§ 3 Abs. 9, 28 Abs. 6 - 8 BDSG, welche allerdings in der Entwurfsbegründung nicht erwähnt werden). Dieses Ziel wird verfehlt, denn es ist unmöglich, die subtile Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Fragerecht des Arbeitgebers in zwei Absätze eines Gesetzentwurfes zusammenzufassen.

Eine persönlichkeitsrechtskonforme Regelung müsste die Erhebung von Daten über die sexuelle Orientierung (§ 32a Abs. 2 BDSG-E) nicht erlauben, sondern verbieten¹.

§ 32a Abs. 3 und 4 BDSG-E (Gesundheitsuntersuchungen, Eignungstests) sollten, da dem (potenziellen) Arbeitgeber Ergebnisse von Tests mitgeteilt werden, unmissverständlich klarstellen, dass den Bewerbern nicht nur Ergebnisse von Tests/Untersuchungen mitgeteilt werden, sondern jedenfalls ein Auskunftsrecht über sämtliche dazu erhobenen bzw. generierten Daten besteht.

¹ Dass nunmehr gar unternehmerische Konzepte (Entwurfsbegründung, S. 24) nach objektiven Maßstäben einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung von Bewerbern rechtfertigen sollen, ist ein zum Schutz besonders sensibler Daten vollständig ungeeigneter Ansatz und indiziert einen ideologischen statt sachlichen Zugang der Entwurfsverfasser zur Materie.

§ 32a Abs. 8 S. 1 BDSG-E ist unakzeptabel, soweit dem Arbeitgeber erlaubt wird, in den vagen Grenzen von § 32a Abs. 1 BDSG-E allgemein zugängliche Daten über (zukünftige) Beschäftigte zu erheben bzw. durch Dienstleister erheben zu lassen.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum gerade Beschäftigten bzw. Bewerbern durch den Verzicht auf das grundlegende Gebot der Direkterhebung (§ 4 Abs. 2 S. 1 BDSG) ein geringerer Datenschutz zugebilligt wird als Personen, deren Daten außerhalb eines Beschäftigtenverhältnisses erhoben werden. Denn Beschäftigte sind aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses zum Arbeitgeber wesentlich schutzbedürftiger als andere Personengruppen, wie der Gesetzentwurf an anderer Stelle (§ 32I BDSG-E) auch erkennt

Eine persönlichkeitsrechtskonforme Lösung würde die Durchsuchung des Internets und sozialer Netzwerke, nach Informationen, die der Bewerber nicht zur allgemeinen Verfügung bereitgestellt hat, verbieten oder jedenfalls verfahrensrechtlich durch eine Beteiligung der Betroffenen absichern. Die Gesetzesbegründung vermag demgegenüber nicht einmal eine trennscharfe Abgrenzung von allgemein zugänglichen und nicht allgemein zugänglichen Daten zu leisten. Es muss mindestens eine obligatorische Benachrichtigungspflicht des potenziellen Arbeitgebers gegenüber dem Betroffenen über alle nicht unmittelbar bei ihm erhobenen Daten (einschließlich derer nach § 32a Abs. 8 S. 2 BDSG-E) eingeführt werden.

2. § 32c Abs. 1 S. 2 BDSG-E: Erhebung zur „Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“

Der Gesetzestext suggeriert, dass die zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses zulässige Erhebung von Beschäftigtendaten auch die Wahrnehmung (aller) arbeitgeberseitig bestehenden „Rechte einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle“ einschließen würde. Dadurch wird ein Globalzweck „Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“ eingeführt, innerhalb dessen keine (gesetzlichen) Differenzierungen mehr stattfinden (s. auch § 32d Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BDSG-E) oder auch nur gesetzlich eröffnet werden. Der Entwurf entfernt sich damit auch weit von der bisherigen Zielrichtung des Gesetzes. Ein derart weit angelegter Datenverarbeitungszweck ist verfassungswidrig.

In welchem Verhältnis Verhaltens- und Leistungskontrolle zur Verhinderung, Aufdeckung oder Verfolgung von Vertragsverletzungen oder Delikten im Beschäftigungsverhältnis (§ 32d Abs. 3 BDSG-E) stehen soll, bleibt jedenfalls ungeklärt.

3. § 32d BDSG-E: Verfolgung von Vertragsverletzungen/Delikten

§ 32d Abs. 3 BDSG-E erlaubt eine Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigendaten zur Aufdeckung und Verhinderung von Arbeitsvertragsverletzungen, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Als einzige Voraussetzung verlangt die Vorschrift, dass die Datenverarbeitung und -nutzung „erforderlich und verhältnismäßig“ ist. Gegenüber dem geltenden § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG stellt diese Vorschrift daher eine doppelte Verschlechterung dar, weil der geltende strenge Maßstab für die Verfolgung („Aufdeckung“) von Vertragsverletzungen und Delikten aufgegeben wurde. Zugleich verfehlt der Entwurf die Gelegenheit, auch für präventive Zwecke der betrieblichen Sicherheit – anders als nach geltendem Recht – zu einer klaren Beschreibung tragfähiger Schranken zu kommen. Zu Recht vermisst daher (auch) der Bundesdatenschutzbeauftragte jede Differenzierung nach der Schwere von (angenommenen) Regelverstößen, dem Grad eines eventuellen Tatverdachts usw. Auch wurden weder die Beteiligung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (Vorabkontrolle) noch des Betriebsrats vorgesehen. Die Vorschrift dürfte sich in der gegenwärtigen Entwurffassung als verfassungswidrig erweisen, zumal sogar die – normativ irrelevante – allgemeine Verhältnismäßigkeitsklausel weggelassen wurde.

4. § 32e BDSG-E: Prävention/Aufdeckung von Vertragsverletzungen und Delikten mit heimlichen Mitteln – ein Regulativ?

Die Vorschrift will die – in § 32d Abs. 3 BDSG-E zu vermissende - Begrenzung der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zur Verhinderung und Verfolgung von Vertragsverletzungen und Delikten (nur) dann vorsehen, wenn sie „ohne Kenntnis der Beschäftigten“ mittels Datenerhebung oder -verarbeitung erfolgt.

Die Vorschrift kann jedoch nicht leisten, was der Gesetzgeber in der Begründung verspricht: Es ist bereits heute keinesfalls die Regel, dass Datenverarbeitung nach dem Modell von § 32d Abs. 1, Abs. 2 BDSG-E mit Kenntnis der Beschäftigten erfolgt. Es sind keine Anhaltspunkte für eine Änderung dieser Tendenz erkennbar. Allenfalls können Beschäftigte eine gewisse Vorstellung entwickeln – und durch Wahrnehmung ihres Auskunftsrechts verdichten –, welche Datenverarbeitung mittels ihrer Beschäftigtendaten zu welchen Zwecken erfolgt. Auch die Wahrnehmung von Mitbestimmungsrechten leistet diesbezüglich wichtige Dienste zur Herstellung einer Minimaltransparenz.

§ 32e S. 1 BDSG-E wird im Ergebnis allenfalls bei der Erhebung von Daten ohne Kenntnis der Betroffenen und mithin bezüglich bis dato nicht nach § 32c Abs. 1 (i. V. m. § 32a Abs. 8) BDSG-E erhobener Daten Wirkung entfalten. Eine obligatorische Benachrichtigungspflicht über jedwede Datenverarbeitung, welche den Betroffenen von heimlichen Maßnahmen nach § 32e S. 1 BDSG-E die Kenntnis von Verarbeitung oder Nutzung im Regelfall vermitteln würde, ist nicht vorgesehen. Auch nach § 32e BDSG-E fehlt es im Übrigen an jeder verfahrensrechtlichen Sicherung.

Bezüglich der Datenerhebung nach § 32e S. 1 BDSG-E fehlt es an einer relevanten Zugriffsschwelle. Insbesondere stellt die Berechtigung des Arbeitgebers zu einer fristlosen Kündigung keinen sinnvollen Maßstab dar: Nicht jede Ordnungswidrigkeit oder Straftat kann und soll durch den Arbeitgeber verhindert oder aufgedeckt werden. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen sich ein Regelverstoß gar nicht gegen Interessen des Arbeitgebers richtet.

Die wohl als Regulativ gedachte Erinnerung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 32e Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E) fügt dem normativen Programm der Vorschrift nichts hinzu. Es wirft eher die Frage auf, ob es Fälle gibt, in denen selbst unverhältnismäßige Datenverarbeitung gleichwohl zulässig sein soll.

Der Entwurf trifft keinerlei Aussage dazu, wie Verstöße gegen die Erhebungsbeschränkungen, die sich aus dem Gesetz selbst oder aus Verfassungsrecht ergeben, geahndet werden sollen oder welche Auswirkungen sie haben. Hier wäre mindestens ein Verwendungs- und Verwertungsverbot vorzusehen.

Es bleibt schließlich unklar, in welchem Verhältnis die Regelung zu geltenden oder zukünftigen Betriebs- bzw. Personalvereinbarungen stehen.

5. § 32f BDSG-E – Videoüberwachung

Eine gesetzliche Regelung der Videoüberwachung ist grundsätzlich zu begrüßen. Der gesetzliche Verhältnismäßigkeitsmaßstab nach § 32f Abs. 1 BDSG-E („... keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegen ...“) verzichtet jedoch auf klare Kriterien und überlässt letztlich der verantwortlichen Stelle die Abwägung.

Ob § 32f Abs. 2 BDSG-E die gezielte Überwachung eines bestimmten Beschäftigten oder die (problematischere) Überwachung von allen Beschäftigten meint, erschließt sich aus dem Entwurfstext ebenso nicht.

Die Regelung bleibt damit weit hinter der durch umfangreiche Rechtsprechung gefestigten Auslegung der heutigen Gesetzeslage zurück und ist in dieser Form nicht nur verzichtbar, sondern schädlich.

6. § 32g BDSG-E – Ortungssysteme

Die Beschränkung der Nutzung von Daten, welche bei (nur) zum Schutz beweglicher Sachen eingesetzten Ortungssystemen anfallen, auf eine personenbezogene Ortung des Beschäftigten während der erlaubten Nutzung der Sache ist ungenügend. Auch nach erlaubter Nutzung der Sache sind (nachträgliche) Auswertungen, welche zugleich immer Verhaltens- und Leistungskontrollen sind, zu unterlassen.

Die vermeintliche Begrenzung der Ortung von Beschäftigten bei Nutzung einer zu ortenden Sache in § 32g Abs. 2 BDSG-E hält im übrigen der technischen Realität nicht stand: die Unterbindung der Zuordnung von Nutzern zu genutzten Sachen des Arbeitgebers ist de facto nicht möglich. Die Regelung muss daher mangels Umsetzbarkeit gestrichen werden.

7. § 32i BDSG-E: Telekommunikationsdienste

Die Regelungsvorschläge für den Umgang mit Daten aus privater Nutzung von Telekommunikation am Arbeitsplatz sind verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. So sieht etwa § 32i Abs. 5 S. 2 BDSG-E vor, dass ein Arbeitgeber u. a. private E-Mails von Beschäftigten unter den Voraussetzungen des § 32e BDSG-E erheben, verarbeiten und nutzen darf. Es soll bereits der Verdacht einer Ordnungswidrigkeit genügen, um E-Mails mit privaten Inhalten auszuwerten. Diese niedrige Eingriffsschwelle wird dem besonderen Schutzbedürfnis auf Seiten des Beschäftigten nicht nur nicht gerecht. Übergangen wird vor allem, dass eine Erlaubnis zur Kenntnisnahme privater E-Mails durch den Arbeitgeber verfassungswidrig ist. Denn bei Eingriffe mit einer derartigen Intensität ist zu berücksichtigen, dass der Inhalt der Kommunikation in höherem Maße als Kommunikationsdaten schutzwürdig ist. Der Eingriff gewinnt zusätzliches Gewicht, wenn an der aufzuklärenden Straftat unbeteiligte Kommunikationsteilnehmer in ihren Grundrechten betroffen sind.

Vernünftiger hingegen ist § 32i Abs. 4 BDSG-E, welcher freilich dazu führen wird, dass der Konflikt um die verfassungs- und datenschutzkonforme Nutzung von Telekommunikationstechnik verlagert wird auf die Frage, ob eine private Nutzung überhaupt noch erlaubt werden soll (bzw. geduldet werden kann).

Auch dienstliche Telekommunikation, gleich in welcher Form, unterliegt von Verfassungs wegen dem Fernmeldegeheimnis der Beteiligten. Eingriffe von Arbeitgebern sind allenfalls unter strengen Voraussetzungen verfassungsrechtlich erträglich. Der Entwurf von § 32i BDSG-E dürfte daher wegen des unverhältnismäßig tiefen Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht bzw. das Fernmeldegeheimnis verfassungswidrig sein.

So ist bereits die Erlaubnis zur „stichprobenartigen oder anlassbezogenen Verhaltens- oder Leistungskontrolle“, einschließlich Sicherheitszwecken, welche nach der Entwurfsfassung ohne jede materielle Voraussetzung auskommt, auch bei ausschließlich beruflich oder dienstlich genutzter Telekommunikation (§ 32i Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E) nicht hinnehmbar. Eine gesetzliche Erlaubnis in dieser Allgemeinheit legt den Verdacht nahe, sie wolle die verfassungsrechtlichen Schranken von Betriebsvereinbarungen zur Nutzung von Telekommunikationstechnik (§ 87 Nr. 6 BetrVG) neu definieren.

Die Callcenter-Lösung mit § 32i Abs. 2 S. 2 BDSG-E ermöglicht ausdrücklich eine abweichende Information von Beschäftigten und betroffenen Gesprächsteilnehmer und soll die Beschäftigten im Unklaren über eine konkret erfolgende Gesprächsüberwachung lassen.

Damit wird ein permanenter Überwachungsdruck für die Beschäftigten erzeugt. Heimliches Abhören von Beschäftigten bleibt auch dann verfassungswidrig, wenn es im Callcenter erfolgt. Die Benachrichtigung (§ 32i Abs. 2 S. 3 BDSG-E) hilft diesem Missstand nicht ab, sondern versteht sich als nachträglich.

Die entsprechende Regelung für sonstige Telekommunikationsdienste (§ 32i Abs. 3 BDSG-E) läuft ebenfalls auf eine verfassungswidrige Erlaubnis zur Totalüberwachung hinaus, da mit der „Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“ auch jede Verhaltens- und Leistungskontrolle angesprochen ist (s. oben und § 32c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BDSG-E). Auch insoweit fehlt es an jeder verfahrensrechtlicher Sicherung und auch insoweit kann die Ausschlussklausel (§ 32i Abs. 3 S. 2 BDSG-E: „keine Anhaltungspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen ... überwiegen“) in der Handhabung durch die Arbeitgeber kein wirkungsvolles Korrektiv darstellen.

Ebenfalls als verfassungswidrig wird sich § 32i Abs. 5 BDSG-E erweisen, welcher nach Beendigung einer Kommunikation sämtliche – auch Inhaltsdaten – der beliebigen Nutzung durch den Arbeitgeber unterwirft. Auch private Inhalte – ob zulässig oder unzulässig erzeugt – sollen zu Zwecken der Verfolgung von Vertragsverletzungen oder Delikten heimlich verwendet werden dürfen (§ 32i Abs. 5 S. 2 BDSG-E).

8. Verhältnis zum Betriebsverfassungsrecht

Während der gegenwärtige Rechtszustand von einem Nebeneinander von kollektiven Regelungen und wenigen gesetzlichen Rumpfvorschriften geprägt ist, wird ein BDSG-Unterabschnitt zur Arbeitnehmerdatenverarbeitung die Konkurrenzfrage neu aufwerfen und verschärfen. Denn der Gesetzentwurf enthält mit seinen arbeitgeberfreundlichen Erlaubnisnormen ein gesetzliches Modell, das im gerichtlichen Konflikt um die Angemessenheit von Kollektivvereinbarungen die Gewichte einseitig zu Lasten des Datenschutzes verschiebt.

Der vorgelegte Referentenentwurf hätte dieser absehbaren Entwicklung nicht einmal dann etwas entgegenzusetzen, wenn – wie verbreitet gefordert – gesetzlich klargestellt würde, dass gesetzliche Schutzvorschriften und –standards nicht durch Kollektivvereinbarung unterschritten werden dürfen.