

Karin Schuler

Gesetz zum Beschäftigtendatenschutz

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 5.11.2010 eine Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes verabschiedet. Dabei hat er auf 31 Seiten in 34 Ziffern umfangreiche formale und inhaltliche Änderungswünsche formuliert, deren Zahl allein bemerkenswert ist. Die Art der Nachbesserungsforderungen stellt bei genauer Betrachtung eine Blamage für die Autoren des Gesetzentwurfs dar. Leider gelingt es auch dem Bundesrat mit seinen zahlreichen Anregungen nicht, aus einem schon strukturell vollkommen missglückten Gesetzentwurf ein aus Sicht von Beschäftigten akzeptables Regelwerk zu zaubern. Auch wenn der Bundesrat an vielen Stellen deutlich die Position von Beschäftigten zu stärken gedenkt, sind die geforderten Korrekturen doch nur Flickwerk. Sie reichen in der Gesamtschau bei weitem nicht aus, um einen Beschäftigtendatenschutz zu etablieren, der in erster Linie den Schutz von Beschäftigten und nicht die Überwachungs- und Kontrollinteressen der Arbeitgeber im Blick hat.

1 Inhalt

Der vorliegende Text gibt einen Überblick über Art und einige ausgewählte Inhalte der Empfehlungen. Er bietet keine vollständige Darstellung, sondern soll Inter-



Karin Schuler

ist Vorsitzende der Deutschen Vereinigung für Datenschutz e.V. und Beraterin für

Datenschutz und IT-Sicherheit. Sie ist anerkannte Sachverständige für Datenschutz-Gütesiegel des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz in Schleswig-Holstein (rechtlich/technisch) und Mitglied des Leitungsgremiums der Fachgruppe PET der Gesellschaft für Informatik. E-Mail: schuler@datenschutzverein.de

essierten die erste Orientierung vor dem Einstieg in die Originallektüre, den Beschluss des Bundesrates, erleichtern. Bewertungen der Änderungsempfehlungen geben im Wesentlichen die Position der Deutschen Vereinigung für Datenschutz e.V. (DVD) wieder. Deren wesentliche Forderungen sind dem veröffentlichten Eckpunktepapier³ zu entnehmen.

2 Grundlegende Aspekte

Obwohl der Bundesrat grundsätzlich die Gesetzgebungsinitiative der Bundesregierung begrüßt, fällt die grundlegende Beurteilung des Entwurfstextes herbe aus. Man gewinnt bei der Lektüre leicht den Eindruck, dass den Autoren auf halbwegs höfliche Art mitgeteilt wird, sie hätten es beim Texten vor allem an der nötigen handwerklichen Sorgfalt fehlen lassen. So wird ganz zu Recht kritisiert, die §§ 32 bis 32l zum Beschäftigtendatenschutz seien für diejenigen, die sie im betrieblichen Alltag umsetzen sollten, teilweise schlichtweg unverständlich. Besonders hervorge-

hoben werden die zahlreichen Verweise (ein Übel, an dem das gesamte Bundesdatenschutzgesetz – BDSG – seit langem leidet) und die daraus resultierende **schlechte Lesbarkeit und Erschließbarkeit**. Der Bundesrat betont die dringende Notwendigkeit, Verständlichkeit und Handhabbarkeit der Bestimmungen zu erhöhen. Er regt hierzu zweierlei Änderungen an. Anstelle von Verweisungen, soll der fragliche Bezugstext ausgeführt und das Verhältnis zu konkurrierenden oder ergänzenden Regelungen (z. B. zum Gendiagnostikgesetz oder zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz) jeweils explizit klargestellt werden.

Leider hält der Bundesrat in seinen Änderungsvorschlägen diese an sich begründenswerten Vorschläge selbst nicht durch. Zwar wird an der einen oder anderen Stelle ein Verweis aufgelöst oder ein Bezug zu spezialgesetzlichen Regelungen geschaffen bzw. gefordert, aber eine durchgängige Beachtung wesentlicher konkurrierender Regelungen gelingt nicht. So wird z. B. das in der Praxis immer wieder schwierige Konkurrenzverhältnis zwischen Betriebsverfassungsgesetz (Mitbestimmung) und BDSG nicht thematisiert, geschweige denn geregelt.

Ebenfalls verwundert, dass wie im Gesetzentwurf in ähnlich unübersichtlicher Manier Sätze empfohlen werden: bspw.

¹ BR-Drucksache 535/10(Beschluss) vom 5.11.2010: Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, abrufbar unter www.bundesrat.de/cln_161/nn_1759312/SharedDocs/Beratungsvor-gaenge/2010/0501-600/0535-10.html.

² Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, abrufbar unter: http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzestexte/Entwuerfe/Entwurf_Beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publicationFile.

³ Forderungskatalog „Eckpunkte eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes“ der Deutschen Vereinigung für Datenschutz e.V., Bonn, und anderer Organisationen vom 20.5.2010 unter www.datenschutzverein.de/Pressemitteilungen/2010_Eckpunkte_Arbeitnehmerdatenschutz.pdf.

„§ 19 des Gendiagnostikgesetzes bleibt unberührt“. Obwohl also der Bundesrat in § 32 Abs. 2 Satz 1 aus Gründen der Verständlichkeit „aufräumt“ und die fragliche Regelung ausdrücklich zitiert, fällt er hier hinter die eigenen Anforderungen zurück. Da er aber die Hintergründe dazu, was gemeint ist („dass für gendiagnostische Untersuchungen die speziellen Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes gelten“) in der Begründung zur Empfehlung in schönen Worten darlegt, hätten diese Worte eigentlich nur in den Haupttext aufgenommen werden müssen, um dem betrieblichen Praktiker das Nachschlagen des Verweises zu ersparen.

Die im Gesetzentwurf reichlich vorhandenen **Begriffsverwirrungen** bemängelt der Bundesrat zumindest teilweise. So werden einige Begriffsdefinitionen (Bsp. „Beschäftigtendaten“) zumindest oberhalb der Trivialitätsgrenze („Beschäftigtendaten sind personenbezogene Daten von Beschäftigten“) neu formuliert. Andererseits schafft er selbst neue Unklarheiten, wie z. B. durch die Bestimmung, wonach der betriebliche Datenschutzbeauftragte, sollte er gleichzeitig die Interessensvertretung der Beschäftigten kontrollieren, „der Geheimhaltung“ unterliegt. Was genau diese Geheimhaltung bedeutet und wem gegenüber sie gilt, ist nicht näher ausgeführt und damit Spielwiese für diverse Interpreten. Das Wahlrecht der Interessenvertretung, einen eigenen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, wird in einem Nebensatz konstatiert. Genaue Aufgaben und Befugnisse dieser Person werden hingegen nicht geregelt. Der Schutz des § 4f BDSG soll für den Beauftragten der Interessensvertretung allerdings ausdrücklich nicht gelten, was diesen in Bezug auf seine Unabhängigkeit zu einem Beauftragten „zweiter Klasse“ macht.

Soweit darüber hinaus gefordert wird, dass bestimmte Daten, die „Gegenstand sozialüblicher innerbetrieblicher Kommunikation“ seien, aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes fallen sollen, stellt sich die Frage, wer wohl als erster die Deutungshoheit über derart schwammige Begriffe beanspruchen wird.

Der Bundesrat mahnt zudem Regelungen zum Umgang mit Beschäftigtendaten in (internationalen) **Konzernen** an, ohne dass er konkrete Vorschläge unterbreitet. So richtig die Problembeschreibung daher auch ausfällt, so unbefriedigend lesen sich die Hinweise auf „Erfordernisse in-

ternational organisierter Konzernstrukturen“ und die Stärkung der „Wettbewerbsfähigkeit auf dem internationalen Markt“. Vom Erfordernis, dass Beschäftigte solcher Konzernunternehmen vor schrankenlosem und unkontrollierbarem Datenfluss geschützt werden müssen, ist in der Empfehlung nicht die Rede.

Durch Modifizierung des Begriffs des „Dritten“ soll außerdem die Möglichkeit zur **Auftragsdatenverarbeitung** gem. § 11 BDSG durch Dienstleister in einem sicheren Drittstaat ausgedehnt werden.

Bedauerlicherweise bemängelt der Bundesrat wesentliche Aspekte nicht, wie ihm dies in den Empfehlungen der Ausschüsse nahegelegt wurde⁴. So fordert er weder die Schaffung eines eigenständigen Gesetzes, noch eine qualifizierte Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit den rechtlichen Bedenken der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder. Gerade in Hinblick auf die eingeforderte rechtssichere und einheitliche Anwendbarkeit der Regelungen in der betrieblichen Praxis ist dieser Verzicht kaum nachvollziehbar.

3 Ausgewählte Detailfragen

3.1 Einwilligung

Der Bundesrat weist an diversen Stellen zutreffend darauf hin, dass ein Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestünde, das ein erhöhtes Schutzbedürfnis für den Beschäftigten auslöse. Zur grundlegenden Frage, ob dann überhaupt und unter welchen Umständen eine wirksame Einwilligung erhalten werden kann, wird jedoch keine schlüssige Antwort erteilt. Vielmehr begnügt sich der Bundesrat mit einer Schönheitskorrektur, indem er fordert, dass die Einwilligung eines Bewerbers, Daten vom früheren Arbeitgeber abzufragen, schriftlich und unter Nennung des Zwecks zu erfolgen habe. Da dies ohnehin den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung gem. § 4a BDSG entspricht, stellt diese Empfehlung keine materielle Verbesserung dar. Immerhin wird aber das „strukturelle Ungleichgewicht“ zum Anlass ge-

⁴ BR-Drucksache 535/2/10 vom 25.10.2010: Empfehlungen der Ausschüsse für Innere Angelegenheiten, Arbeit und Sozialpolitik, Gesundheit, Recht und Wirtschaft, abrufbar unter www.bundesrat.de/cdn_161/nn_1759312/SharedDocs/Beratungsvorgaenge/2010/0501-600/0535-10.html.

nommen, die unaufgeforderte Information des Beschäftigten zu fordern, wenn Daten bei Dritten erhoben wurden.

3.2 Nachweisbarkeit

Aus verschiedenen Empfehlungen lässt sich der Wunsch des Bundesrates ablesen, den willkürlichen und nicht nachvollziehbaren Umgang mit Beschäftigtendaten möglichst einzuschränken. Beruft sich ein Arbeitgeber beispielsweise darauf, dass er eine medizinische Untersuchung anordnen musste, um Zweifel an der Eignung eines Beschäftigten zu zerstreuen, so soll dies nur möglich sein, wenn die Anhaltspunkte hierfür vorher dokumentiert worden sind.

3.3 Screening und Aufdeckung von Straftaten

Die Vorstellungen der Bundesregierung zu Screening-Maßnahmen („automatisierter Abgleich“) sind nur schwer mit den Abläufen in der Praxis in Einklang zu bringen. Leider schafft es auch der Bundesrat nicht, die nebulöse Wunschvorstellung von anonymisierten Auswertungen in realisierbare Bahnen zu lenken. So fordert er zwar berechtigterweise die Eingrenzung der Datennutzung zur Aufklärung von Straftaten im Betrieb des Beschäftigten (sonst könnte der Arbeitgeber auch außerhalb des Beschäftigungsverhältnisses begangene Straftaten durch Auswertungen von Beschäftigtendaten versuchen aufzuklären) und schränkt auf diese Weise die zulässige Datenverwendung zur Aufdeckung von Straftaten gegenüber dem Regierungsentwurf deutlich ein. Dennoch gelingt es auch dem Bundesrat nicht, eine praxistaugliche Regel zu formulieren.

Zunächst einmal wird nirgends definiert oder unterschieden, was automatisierte Abgleiche in anonymisierter oder pseudonymisierter Form sein sollen. Erfahrungsgemäß ist diese Umschreibung meist eine (unzutreffende) Bezeichnung für die Massenauswertung von Beschäftigtendaten nach bestimmten Kriterien. Dabei werden zunächst vom System nur statistische Trefferlisten ausgegeben. Die Möglichkeiten einer Drill-Down-Funktion (Zugriff auf Einzelwerte) ist dann an bestimmte, privilegierte Zugriffsberechtigungen geknüpft. Von einer Pseudonymisierung kann dabei bestenfalls in Bezug auf die begrenzten Zugriffsberechtigungen auf die Quelldaten gesprochen

werden. Von anonymisierten Auswertungen zu sprechen, ist schlichtweg falsch: wären die Auswertungen tatsächlich anonym, wäre eine Rückführung auf natürliche Personen nicht möglich (denn genau das ist die Definition von anonym!). Dass dies nicht gemeint ist, wird spätestens bei der Vorgabe deutlich, die eine Personalisierung (übrigens ebenfalls ein undefinierter Begriff!) der anonymen Form vorsieht, wenn sich ein konkreter Verdachtsfall ergibt. Ist dies jedoch möglich, kann es sich vorher nicht um eine anonymisierte Auswertung gehandelt haben.

Das wirklich Ärgerliche an diesem bereits seit langem gepflegten Konstrukt ist nicht nur, dass es vollkommen undurchdacht ist, sondern auch, dass hier vorgegaukelt wird, man könne zum Schutz der Beschäftigten ein persönlichkeitschützendes (anonymes) Massenscreening durchführen – und müsste nur im Verdachtsfälle die Identität der Verdächtigen lüften. Tatsächlich jedoch ist kein Screening möglich, ohne dass personenbezogene Daten in großer Menge kategorisiert, zusammengestellt, nach bestimmbar Kriterien gerastert und die Ergebnisse bestenfalls unter definierten Zugriffsrechten bereitgestellt werden. Eine anonyme Auswertung ist dies jedoch in keinem Fall – und sie wäre auch nicht zielführend.

Glücklicherweise bemängelt der Bundesrat zumindest, dass die Bundesregierung selbst zur Verhinderung von (nicht Aufdeckung begangener!) Straftaten eine heimliche Datenerhebung zulassen möchte. Auch verlangt er strengere Voraussetzungen für den Einsatz heimlicher Überwachungsmaßnahmen, als dies im Entwurf vorgesehen ist. Bloße „Bequemlichkeitserwägungen“ (wörtlich!) sollen nicht ausreichen, um der heimlichen Überwachung den Vorzug vor offenen Maßnahmen geben zu dürfen.

Spätestens hier wird deutlich, wie unangemessen stark dieser Gesetzentwurf den Schwerpunkt auf die Formulierung von Befugnisnormen für Arbeitgeber legt, statt den Schutz der Beschäftigten zu gestalten.

3.4 Vorabkontrolle

Der Bundesrat wünscht eine Vorabkontrolle für die als besonders sensibel eingestuften Verwendungen von Beschäftigten-daten. Explizit benennt er heimliche Datenerhebungen zur Aufdeckung von Straftaten, den Einsatz von Ortungssystemen, biometrischen Verfahren und von Telekommunikationsdiensten, die der Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten bedürfen. Man sollte diesen Katalog so lesen, dass den besonderen Gefährdungen aus diesen Anwendungen durch eine besonders intensive Begleitung durch den Datenschutzbeauftragten begegnet werden soll.

Nötig wäre jedoch, das gesamte Konstrukt der Vorabkontrolle auf den Prüfstand zu stellen. Denn im Vergleich zu einer ordnungsgemäß durchgeführten Zulässigkeitsprüfung in Verbindung mit der rechtzeitigen Beteiligung des Datenschutzbeauftragten (was für **jedes** Verfahren erforderlich ist) geht von der Vorabkontrolle keine zusätzliche Schutzwirkung aus. Prüfung vor Produktivsetzung, Ermittlung der Zulässigkeitsgrundlagen und evtl. erforderlicher technischer und organisatorischer Schutzmaßnahmen, sowie die schriftliche Dokumentation der Prüfergebnisse sind für jedes Verfahren erforderlich. Die Vorabkontrolle begründet – entgegen landläufiger Meinung – keine konkreten zusätzlichen Pflichten.

3.5 Mitbestimmung

Der Bundesrat versäumt, wie auch schon die Bundesregierung, das Verhältnis von datenschutzrechtlicher Zulässigkeit und zustimmungspflichtigen Anwendungen (Mitbestimmung) eindeutig darzulegen. Stattdessen wird durchgehend der Eindruck erweckt, dass die Erlaubnisnormen des geplanten BDSG den Einsatz der geregelten Systeme (Ortungssysteme, biometrische Systeme, TK-Systeme, optische Überwachungssysteme etc.) ohne weiteres erlaubten. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Vielmehr sind die Vorschriften des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nach wie vor zu beachten. Ein Einsatz von Systemen, die zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle geeignet sind, ist nur zulässig, wenn neben der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit auch die Mitbestimmung eingehalten, also die Zustimmung der Interessenvertretung eingeholt wurde. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre – das zeigt die betriebliche Praxis – dringend erforderlich. Leider schafft der Bundesrat auch bei diesem Thema selbst nicht, was er eingangs fordert, nämlich den juristischen Laien mit verklausulierten juristischen Verweisen zu verschonen. Eine zu § 32i Absatz 3 empfohlene Ergänzung lautet sinngemäß, dass die private Nutzung von TK-Diensten von den Bestimmungen des § 32i unberührt bleiben solle. In der Begründung erfährt man die Bedeutung dieser Regelung: sie soll „klarstellen, dass der Abschluss von Betriebsvereinbarungen zum praxisgerechten Umgang mit anfallenden Nutzungsdaten in gleichem Umfang wie bisher möglich“ sei. Darauf muss man als juristischer Laie erst mal kommen.

4 Fazit

Auch durch die Empfehlungen des Bundesrats wird das von der Bundesregierung vorgelegte Flickwerk zum Beschäftigten-datenschutz nicht zu einer praktikablen Schutznorm für die Persönlichkeitsrechte Beschäftigter. Auch wenn der Bundesrat erkennbar stärker die Rechte der Beschäftigten im Blick hat als die Bundesregierung, reicht dies für einen effektiven Beschäftigtendatenschutz nicht aus.

Zur genaueren Einschätzung der Position des Bundesrates lohnt es, den vollständigen Beschlusstext durchzusehen.

Nicht zuletzt sollte man den Machern dieses Gesetzes wohl außerdem Seminare der Art „Klares Deutsch für Juristen“ ans Herz legen.