

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Arbeitsrechtsausschuss

zum

Referentenentwurf für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (Stand: 28.05.2010 - BMI - V II 4 - 191 521-5/1)

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

zuständig in der DAV-Geschäftsführung:

Rechtsanwalt Franz Peter Altemeier

Verteiler:

siehe Deckblatt-Rückseite

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

- Bundesrat
- Landesministerien für Inneres der Länder
- Landesministerien für Arbeit und Soziales
- Landesjustizministerien der Länder

- 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
- Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

- 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
- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Handelsblatt
- Süddeutsche Zeitung
- Financial Times
- Corporate Compliance Zeitschrift
- Computer und Recht

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.

1. Vorbemerkung

Die Zielsetzung des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes (E-BDSG) - Rechtssicherheit, Transparenz und Erforderlichkeit - ist zu begrüßen. Es überzeugt, grundsätzlich auf die Notwendigkeit einer Zweckbestimmung und den Maßstab der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit abzustellen, um den durch das Grundgesetz und die Grundrechtecharta der Europäischen Union gebotenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu finden. Dabei kann auf eine weitere Aufnahme von Einzelfallregelungen verzichtet werden, zumal die Erscheinungsformen einer Verarbeitung personenbezogener Daten vor, während und nach einem Beschäftigungsverhältnis in jedem Fall nur unvollkommen erfasst werden können. Es muss weiterhin möglich sein, durch Generalklauseln auch ungenannte Sachverhalte zu erfassen und einer interessengerechten Lösung zuzuführen.

Der sachliche Geltungsbereich des Entwurfs erscheint dem DAV allerdings entschieden zu weit geraten, weil in der nunmehrigen Entwurfsfassung praktisch die gesamte personenbezogene Kommunikation im Arbeitsverhältnis unter ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt wird (s. dazu unten Ziffer 7). Für ebenfalls grundlegende überarbeitungsbedürftig erachtet der DAV die Regelung zum Spannungsverhältnis zwischen Arbeitnehmerdatenschutz einerseits und Complianceanforderungen andererseits (s. dazu unten Ziffer 14).

Nur mit diesen – allerdings elementaren – Einschränkungen enthält der Entwurf ausgewogene Regelungen, die die Erforderlichkeit der Datenerhebung und -nutzung, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers und die schutzwürdigen Interessen der Beschäftigten in Einklang bringen. Soweit zusätzliche Anforderungen geschaffen werden, erscheint dies weitgehend vertretbar und sachgerecht. Erweiterte Informationspflichten gegenüber den Beschäftigten erscheinen handhabbar. Insgesamt erhöht der Entwurf die Transparenz und Rechtssicherheit im Beschäftigtendatenschutz; ungeachtet dessen verbleibt durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung der notwendige Spielraum zur Beurteilung

des Einzelfalls. Damit die übergreifende Bedeutung der Verhältnismäßigkeit insbesondere für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes erkennbar wird, empfiehlt der DAV, § 32 E-BDSG entsprechend zu ergänzen.

Soweit aus Sicht des DAV noch Ergänzungs- oder Änderungsbedarf besteht, wird - ergänzend zur DAV-Stellungnahme Nr. 2/2010 von Januar 2010 (abrufbar über www.anwaltverein.de) – hierzu wie folgt ausgeführt:

2. Übergeordnete Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Der Entwurf geht an verschiedenen Stellen zu Recht davon aus, dass jede Maßnahme des Arbeitgebers, die personenbezogene Daten von Beschäftigten betrifft und nicht durch eine Einwilligung des Arbeitnehmers gerechtfertigt wird, in Bezug auf das legitime Ziel geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen auch angemessen sein muss. Dies folgt bereits aus dem Gebot einer praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechte, den Vorgaben der Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (95/46/EG) sowie Art. 8 Charta der Grundrechte (GR-Charta). Dabei richtet sich der Begriff der Erforderlichkeit unter objektiven Gesichtspunkten an dem legitimen Ziel aus, das sich aus gesetzlichen Vorgaben, aber auch aus privatautonom bestimmten Zielen des Arbeitgebers etwa im Hinblick auf betriebliche Notwendigkeiten oder arbeitsplatzbezogene Anforderungen ergeben kann (vgl. BAG vom 28.01.2010 - 2 AZR 764/08 zur Ausgestaltung von Anforderungsprofilen).

Der DAV empfiehlt, diese übergeordnete Bedeutung der Verhältnismäßigkeit unmittelbar in § 32 E-BDSG festzuschreiben. Eine Konkretisierung dieses Grundsatzes muss dann einzelfallbezogen im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Gesetzes erfolgen. Soweit in einzelnen nachfolgenden Regelungen des E-BDSG nur in allgemeiner Form auf die Notwendigkeit einer erforderlichen und angemessenen Maßnahme verwiesen wird (z. B. 32 a Abs. 9, 32 c Abs. 4, 32 d Abs. 1 Nr. 3 E-BDSG), können diese Regelungen dann gestrichen werden.

3. Systematik des Beschäftigtendatenschutzes im BDSG

Der Entwurf bindet den Beschäftigtendatenschutz in das BDSG ein. Danach sind grundsätzlich die in §§ 32 ff. E-BDSG getroffenen Regelungen maßgeblich für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber zum Zwecke eines

früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses (§§ 12 Abs. 4, 32 Abs. 1 E-BDSG).

Der DAV begrüßt ausdrücklich die in seiner Stellungnahme von Januar 2010 angeregte Klarstellung, dass die allgemeinen und gemeinsamen Bestimmungen des BDSG anwendbar bleiben, soweit in den §§ 32 ff. BDSG bestimmte Fragestellungen nicht (z. B. Datensparsamkeit, grenzüberschreitender Datentransfer) oder nicht abschließend (z. B. Einwilligung, Auftragsdatenverarbeitung) geregelt sind.

Soweit Daten von Beschäftigten durch den Arbeitgeber für Zwecke erhoben, verarbeitet oder genutzt bzw. an Dritte übermittelt werden, ohne dass dies Bezug zum Beschäftigungsverhältnis hat (z. B. Kontodaten des Mitarbeiters einer Bank, Personal- und Gehaltsdaten im Rahmen einer Due Diligence), bestimmt sich die Zulässigkeit damit weiterhin nach den allgemeinen Regelungen, insbesondere also nach § 28 BDSG. Auch hier bleiben allerdings die allgemeinen Schranken maßgeblich, z. B. Datensparsamkeit (§ 3 a BDSG), Verhältnismäßigkeit (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 BDSG) und Zweckbindung (§ 28 Abs. 1 S. 2 BDSG).

4. Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

Auch nach dem E-BDSG bestimmen sich Zulässigkeit und Grenzen des Umgangs mit personenbezogenen Daten nicht allein nach dem BDSG. Vielmehr ist alternativ oder ergänzend auf die in anderen Rechtsvorschriften getroffenen Regelungen zurückzugreifen. Da dieser Grundsatz derzeit an unterschiedlichen Stellen bestätigt wird (vgl. nur § 4 Abs. 1 Nr. 1, 32 Abs. 3, 32 a Abs. 1, 32 c Abs. 3 Nr. 1 E-BDSG), empfiehlt es sich, diesen Grundsatz mit dem Ziel einer Klarstellung unter der Überschrift „Allgemeine Grundsätze“ in § 32 E-BDSG zusammenzufassen. Der besseren Klarheit wegen empfiehlt sich eine Neuformulierung von § 32 Abs. 3 S. 2 E-BDSG. Sie könnte wie folgt lauten: „Ebenfalls unberührt bleiben Regelungen zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Beschäftigtendaten, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben.“

Solche Regelungen können nach dem E-BDSG auch durch Dienstvereinbarung, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag getroffen werden. Angesichts der umfangreichen gesetzlichen Vorgaben ist der Anwendungsbereich indes gering. Richtigerweise stellt § 32 Abs. 3 S. 1 E-BDSG aber klar, dass die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten durch das Gesetz nicht berührt werden sollen. Dies trägt insbesondere

§ 80 Abs. 1 Nr. 1, und § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Rechnung, die durch das BDSG in ihrer Anwendbarkeit nicht beschränkt werden.

Dass auch andere Rechtsvorschriften, insbesondere Regelungen der Sozialpartner (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Dienstvereinbarung), die allgemeinen Schranken der Erforderlichkeit und Angemessenheit beachten müssen, folgt bereits aus § 75 BetrVG, § 27 SprAuG und den Regelungen des Personalvertretungsrechts in Verbindung mit Art. 1, 2 Abs. 1 GG, Art. 8 Charta der Grundrechte und Richtlinie 95/46/EG und – wenn der hiesigen Empfehlung gefolgt wird – aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er übergreifend durch § 32 E-BDSG bestimmt wird.

5. Einwilligung des Arbeitnehmers (§ 32 I E-BDSG)

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht grundsätzlich in der Verfügungsbefugnis des Arbeitnehmers, auch wenn ihm einzelne Bereiche dieser Gestaltungsbefugnis aus übergeordneten Gründen entzogen sind. Hiervon geht auch die Richtlinie 95/46/EG aus, die – wie § 4 Abs. 1 BDSG – eine konkrete und generelle Einwilligung ausdrücklich zulässt. Der Koalitionsvertrag betont die Einwilligung als „wesentliche Säule des informationellen Selbstbestimmungsrechts“. Dieser Freiheit wird durch § 32 I E-BDSG nicht ausreichend Rechnung getragen. Hinzu kommt, dass die dort vorgesehene Beschränkung auf die im Gesetz genannten Einwilligungsfälle angesichts der vielfältigen (berechtigten) Zwecke einer Nutzung personenbezogener Daten von Beschäftigten im Zweifel nicht praktikabel ist. Dies betrifft vor allem solche Betriebe, in denen kein Betriebs- oder Personalrat besteht, denn hier scheiden kollektivrechtliche Regelungen zur Rechtfertigung der Datenverarbeitung aus.

Im Übrigen wird der Schutz von Arbeitnehmern schon im geltenden Recht ausreichend gewahrt durch die formalen Anforderungen an eine Einwilligung (Schriftform, drucktechnische Hervorhebung, Benennung der besonderen personenbezogenen Daten), die Notwendigkeit einer konkreten Zweckbestimmung bei der Datenerhebung, die Zweckbindung der Datenverarbeitung und die AGB-Kontrolle, die bei der Ausgestaltung entsprechender Klauseln zur Anwendung kommt. Eine formularmäßige Einwilligungserklärung, die gegen wesentliche Grundgedanken des Datenschutzes verstößt, ist ohnehin unangemessen und deshalb nach § 307 BGB unwirksam. Ein besonderes Bedürfnis, im Beschäftigungsverhältnis die Möglichkeit einer Einwilligung in der vorgesehenen Weise zu begrenzen, ist deshalb nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als die Einwilligung nach ganz herrschender Meinung in den Grenzen von Treu und Glauben (§ 242

BGB) mit Wirkung für die Zukunft – ggf. mit einer Auslauffrist – widerrufen werden kann, ohne dass hierfür eine ausdrückliche Regelung notwendig ist.

Vor diesem Hintergrund sollte § 32 I E-BDSG gestrichen werden. Das gleiche gilt für besondere Regelungen zur Einwilligung, wie sie z. B. in 32 a Abs. 8 E-BDSG enthalten sind. Es genügt der durch § 4 Abs. 1, § 4 a BDSG bestimmte Rahmen der Einwilligung. Um diesbezügliche Klarheit herzustellen, empfiehlt der DAV allerdings eine entsprechende Regelung, die unter Berücksichtigung des vorstehenden Formulierungsvorschlages in § 32 Abs. 3 Satz 2 E-BDSG verankert werden könnte: „Ebenfalls unberührt bleiben Regelungen zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Beschäftigtendaten, die sich aus anderen Rechtsvorschriften oder einer Einwilligung des Beschäftigten ergeben.“

6. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 3 Nr. 11 E-BDSG)

Der Gesetzgeber behält die Definition des Beschäftigten in § 3 Nr. 11 E-BDSG bei, so dass das Gesetz auch auf arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung findet.

Der DAV hat bereits bei früherer Gelegenheit Bedenken in Bezug auf diese Einbindung geäußert, weil die arbeitnehmerähnlichen Personen selbständig tätig und mangels Einbindung in den Betrieb nicht in mit Arbeitnehmern vergleichbarer Weise schutzbedürftig sind. In der Vergangenheit wurden aus dem Grund Arbeitnehmerschutzvorschriften zu Recht nur dann auf diese Personengruppe erstreckt, wenn dies zur Gewährleistung eines angemessenen Schutzniveaus unabdingbar gewesen ist. Mittlerweile ist demgegenüber eine Tendenz festzustellen, arbeitnehmerähnliche Beschäftigte den Arbeitnehmern generell gleichzustellen (z. B. AGG, PflegeZG). Durch die Erstreckung des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmerdatenschutzes auf arbeitnehmerähnliche Selbständige entsteht indes die Gefahr, dass künftige Änderungen des Arbeitnehmerdatenschutzes ungeprüft auch auf arbeitnehmerähnliche Selbständige erstreckt werden. Ein Bedürfnis hierfür besteht nicht, da § 28 BDSG ein ausreichendes Schutzniveau für den Zivilrechtsverkehr gewährleistet, das sogar dem Wortlaut nach inhaltsgleich ist.

Die Anwendbarkeit des E-BDSG auf Beamte und Beamtenbewerber bleibt unklar. Zwar unterfallen Beamte und Beamtenbewerber gemäß § 3 Abs. 11 Nr. 8 BDSG dem Beschäftigtenbegriff, doch gehen gemäß § 1 Abs. 3 BDSG bundesgesetzliche Regelungen über personenbezogene Daten dem BDSG vor. Das Beamtenrecht des Bundes enthält in § 50 BeamStG jedoch lediglich Regelungen zur Führung von Personalakten. Soweit dies als abschließende Regelung im Hinblick auf die Erhebung und Nutzung personenbezogener

Daten angesehen werden soll, führt dies zu einem unterschiedlichen Datenschutzniveau nicht nur zwischen Arbeitnehmern und Beamten, sondern auch zwischen Beamten des Bundes und der Länder. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Differenzierung ist nicht erkennbar.

7. Sachlicher Anwendungsbereich (§ 32 Abs. 1 S. 2 E-BDSG)

Der Entwurf hatte in der ursprünglichen Fassung die vom DAV in seiner Stellungnahme von Januar 2010 dringend angeregte Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Daten vorgesehen, die in oder aus automatisierten oder nicht automatisierten Dateien verarbeitet oder genutzt oder dafür erhoben werden. Der Referentenentwurf in der Fassung vom 28.05.2010 kehrt demgegenüber wieder zu der aktuellen Gesetzeslage des § 32 Abs. 2 BDSG zurück und bezieht Beschäftigendaten auch dann in den sachlichen Geltungsbereich des BDSG ein, wenn diese nicht automatisiert und nicht im Zusammenhang mit einer strukturierten nicht-automatisierten Datei erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Ob dies von der Regelungsabsicht des Gesetzgebers tatsächlich umfasst ist, ist angesichts der Entwurfsbegründung, die lediglich ausführt, dass auch „der Umgang mit z. B. papiergebundenen Beschäftigendaten“ erfasst wird, unklar. Hier wäre eine Klarstellung dringend erforderlich

Der für die Gesetzesauslegung maßgeblichen Wortlaut der jetzigen Entwurfsfassung entspricht weder der sonstigen Systematik des BDSG noch den europarechtlichen Vorgaben. Gemäß § 27 Abs. 2 BDSG gelten die Vorschriften des 3. Abschnitts des BDSG - und damit auch die §§ 32 ff E-BDSG - nicht für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten außerhalb von nicht automatisierten Dateien, soweit es sich nicht um personenbezogene Daten handelt, die offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung entnommen worden sind. Eine dieser Systematik entgegenstehende Ausweitung des BDSG ist weder sinnvoll noch europarechtlich erforderlich. Gemäß Nr. 15 der Präambel der Richtlinie 95/46/EG erfasst diese nur die automatisierte Verarbeitung von Daten oder Daten, die in Dateien enthalten oder für solche bestimmt sind, die nach bestimmten personenbezogenen Kriterien strukturiert sind, um einen leichten Zugriff auf die Daten zu ermöglichen. Damit sollen die Gefahren besonderer Datenverarbeitungssysteme begrenzt werden.

Die Einbeziehung aller Daten und jeder Form der Datenerfassung in den Anwendungsbereich des BDSG führt demgegenüber zu einer vollständigen Verrechtlichung der innerbetrieblichen Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die auch

durch sachgerechte Schutzinteressen nicht zu rechtfertigen ist. Schließlich wird das Erheben von Daten nach dem heute bereits geltenden § 3 Abs. 3 BDSG als das „Beschaffen von Daten über den Betroffenen“ definiert, was als Erhebung jede Form der Beschaffung personenbezogener Daten erfasst. Das bloße Ansehen eines Bewerbers für ein Beschäftigungsverhältnis, der eine offenkundige Behinderung aufweist, ist damit bereits die Erhebung von Gesundheitsdaten; gleiches gilt für die Äußerung „Guten Morgen, Herr X, wie geht es Ihnen, haben Sie Ihre Erkältung überwunden?“. In beiden Fällen wäre eine solche Form der Erhebung von Gesundheitsdaten nicht von einer Ermächtigung des E-BDSG gedeckt. Die letztgenannte Form der Datenerfassung stellt sogar, da die erfragten Daten nicht öffentlich zugänglich sind, eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit gem. § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG dar. Dies ist mit dem Gebot einer vertrauensvollen Ausgestaltung der arbeitsvertraglichen Zusammenarbeit schwer zu vereinbaren. Die jetzige Fassung von § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG stellt praktisch jede personenbezogene Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und unterbindet damit einen erheblichen Teil des zwischenmenschlichen Gedankenaustausches am Arbeitsplatz, zumal wenn man bedenkt, dass hiervon Gespräche mit Vorgesetzten jeglicher Art, die nicht unmittelbar der Durchführung des Arbeitsverhältnisses dienen - etwa über Hobbies, familiäre Verhältnisse, Freizeitgestaltung etc. - betroffen sind. Diese Sichtweise verkennt die soziale Dimension eines Arbeitsverhältnisses, die über rein arbeitsplatzbezogene Aspekte deutlich hinausgeht. Da jede Form der Sinneswahrnehmung erfasst wird, würde damit letztlich auch eine Pflicht geschaffen, deren vollständige Erfüllung bereits im Ansatz unmöglich ist.

Der DAV spricht sich deshalb eindringlich dafür aus, die einfache innerbetriebliche Kommunikation nicht an datenschutzrechtlichen Grundsätzen auszurichten und zu der ursprünglichen Entwurfsfassung zurückzukehren. Die Anwendung der §§ 32 ff E-BDSG auf strukturierte Dateien, die den Personalaktenbestand ebenso erfassen wie jede sonstige – auch untechnische – strukturierte Sammlung von Daten über Beschäftigte, ist zur Wahrung eines angemessenen Schutzniveaus geboten, aber auch ausreichend.

8. Konzernsachverhalte

Konzernsachverhalte werden auch im E-BDSG keiner besonderen Regelung zugeführt. Konzernunternehmen sind daher im Zweifel Dritte oder Beteiligte einer Auftragsdatenverarbeitung i. S. d. § 11 BDSG. Wenn Auslandsbeziehungen in Rede stehen, sind auch §§ 4 b, 4 c BDSG zu beachten.

Entgegen der aktuellen Gesetzeslage und abweichend zum E-BDSG erscheint es allerdings sinnvoll, innerhalb von verbundenen Unternehmen (§ 15 AktG) die wechselseitige Verarbeitung personenbezogener Daten zuzulassen, wenn sie erforderlich ist und schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an der Datenerhebung und –verarbeitung nicht überwiegen. Hier könnte an § 28 Abs. 1 BDSG angeknüpft werden. Hiervon erfasst wären beispielsweise die konzernbezogene Personalentwicklung, die Durchführung von Trainings, die Budgetierung oder die Vorbereitung von Entscheidungen über die strategische Entwicklung einzelner Konzernunternehmen (z. B. Vergabe von Aufträgen, Lokalisierung von Entwicklungsbereichen). Sollte auf eine solche Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeiten verzichtet werden, ist auf jeden Fall zu gewährleisten, dass eine entsprechende Datenerhebung und –verarbeitung (weiterhin) zumindest auf der Grundlage einer Einwilligung des Arbeitnehmers oder einer Vereinbarung mit dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft erfolgen kann, sofern diese den allgemeinen Grundsätzen des Schutzes personenbezogener Daten Rechnung trägt.

9. Zweckbindung

Datenerhebung und –verarbeitung kann grundsätzlich nur im Rahmen einer zuvor festgelegten Zweckbindung erfolgen. Daten, die für den ursprünglichen Zweck nicht mehr benötigt werden, müssen gelöscht werden. Denkbar ist allerdings, dass sich (berechtigte) Zwecksetzungen ändern (Bsp.: Nutzung der Beschäftigtendaten zunächst für Zwecke der Gehaltsabrechnung, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Erfüllung steuerlicher Aufbewahrungspflichten.). Es ist sicherzustellen, dass berechtigte Zwecke, die im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses nachträglich entstehen, ebenfalls berücksichtigt werden dürfen. Derzeit sieht der Entwurf dies nur für die Verarbeitung im bestehenden Beschäftigungsverhältnis vor (§ 32 d Abs. 1 Nr. 2 E-BDSG).

10. Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (§ 32 a E-BDSG)

Im Bewerbungsverfahren ist die Datenerhebung gem. § 32 a Abs. 1 E-BDSG zulässig, soweit die Daten erforderlich sind, um die Eignung des Bewerbers für die in Betracht kommende Tätigkeit festzustellen. Diese Bestimmung ist inhaltlich sachgerecht. Ausgangspunkt ist dabei die Annahme, dass der Begriff der Eignung in § 32 a Abs. 1 E-BDSG neben den fachlichen auch die persönlichen Eigenschaften des Bewerbers oder der Bewerberin erfasst. Die Grenze in Bezug auf Inhalt und Umfang etwaiger Fragen ergibt sich

dabei aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere also der Erforderlichkeit der erhobenen Daten für die Eignungsfeststellung.

Die in Abs. 1 normierte Berechtigung der Datenerhebung wird durch die Absätze 2 bis 7 wieder eingeschränkt. Diese Einschränkungen sind in weiten Teilen angemessen, in einzelnen Bereichen indes zu eng gefasst.

§ 32 a Abs. 2 E-BDSG begrenzt die Zulässigkeit der Erhebung von Daten über die rassische oder ethnische Herkunft, eine Behinderung, die Gesundheit, die sexuelle Identität, die Vermögensverhältnisse, Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren. Diese dürfen nur erhoben werden, wenn die Daten im Hinblick auf die auszuübende Tätigkeit eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen“ darstellen. Diese Anforderung des Entwurfs geht über das Verlangen nach berechtigten betrieblichen Belange weit hinaus; denn lediglich sachliche Gründe oder Zweckmäßigkeitserwägungen sind insoweit nicht ausreichend (BAG v. 27.04.2000 - 8 AZR 295/99). Entscheidend ist eine Anforderung, wenn sie für die vertragsgemäße Erfüllung der Tätigkeit erforderlich ist, wesentlich, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtanforderungen des Arbeitsplatzes betroffen ist. Es wird angenommen, dass dies dem Begriff einer für die Tätigkeit „unverzichtbaren Voraussetzung“ entspricht (ErfK/*Schlachter*, AGG § 1 Rz. 4 m. w. N.).

Diese strengen Anforderungen des Entwurfs sind für diskriminierungsrechtlich bedeutsame Daten (rassische und ethnische Herkunft, sexuelle Identität) sachgerecht und angemessen. Entsprechend Richtlinie 2000/78/EG wird man dies auch für das Merkmal der Behinderung annehmen müssen. Der Arbeitgeber muss also alle zumutbaren Maßnahmen ausschöpfen, um behinderungsbedingte Beschäftigungshemmnisse zu beseitigen, bevor das Vorliegen einer Behinderung Einfluss auf die Auswahlentscheidung haben darf. Dies entspricht auch den heutigen Vorgaben in § 8 Abs. 1 AGG, 81 Abs. 4 SGB IX.

Für die verbleibenden Daten (Vorstrafen, Vermögensverhältnisse, Ermittlungsverfahren) ist die Begrenzung nach Auffassung des DAV aber zu eng. Sie geht über die bisherige Rechtsprechung des BAG hinaus, das diesbezügliche Fragen für zulässig erachtet hat, wenn und soweit die Art der vorgesehenen Tätigkeit (z. B. Vorstrafen eines Bankangestellten im Schalterdienst, Ermittlungsverfahren wegen personenbezogener Straftaten bei Erziehern und Erzieherinnen) ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntnis dieser persönlichen Eigenschaften begründete (BAG vom 20.05.1999 - 2 AZR 320/98). Dem sollte durch eine entsprechende Regelung des Fragerechts Rechnung getragen werden.

Vergleichbare Einschränkungen sieht § 32 a Abs. 3 E-BDSG für Gesundheitsuntersuchungen vor. Damit würden alle Untersuchungen ausgeschlossen, die nicht auf bestimmte gesundheitliche Einschränkungen / Behinderungen bezogen sind, deren Fehlen für die vertragsgerechte Ausübung der Tätigkeit unverzichtbar ist. Dies erscheint grundsätzlich angemessen. Sonstige Untersuchungen und Prüfungen (Eignungstests) sollen nach § 32 a Abs. 4 E-BDSG zulässig sein, wenn deren Durchführung zur Feststellung der Eignung erforderlich ist. Dass dabei Eignungstests ausgeschlossen werden, denen bereits selbst die Eignung zur Bewerberbeurteilung abgesprochen wird, ist sachgerecht. Allerdings wird man zu berücksichtigen haben, dass sich die Eignung und Erforderlichkeit eines Tests stets an den Anforderungen ausrichten, die der Arbeitgeber durch das Anforderungsprofil eines Arbeitsplatzes zulässigerweise in Bezug auf die Eignung eines Bewerbers stellt.

Der Entwurf verbietet dem Arbeitgeber in Abs. 5 weiterhin die Frage nach einer festgestellten Schwerbehinderung oder einer Gleichstellung mit einem schwerbehinderten Menschen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens selbst dann, wenn der Arbeitgeber die Beschäftigungsquote nicht erfüllt und durch die Einstellung behinderter Menschen die gesetzlichen Vorgaben erfüllen will. Ausweislich der Begründung soll der Arbeitgeber darauf verwiesen werden, in der Stellenausschreibung auf eine bevorzugte Einstellung schwerbehinderter Bewerber zu verweisen und dann abzuwarten, ob eine etwaige Schwerbehinderung oder Gleichstellung offenbart wird. Der DAV ist der Auffassung, dass diese Einschränkung weder sinnvoll noch europarechtlich geboten ist. Da der Arbeitgeber, ggf. sogar auf Verlangen von Betriebs- oder Personalrat, die Integration schwerbehinderter Menschen fördern soll, muss er nach diesen Eigenschaften im Rahmen des Bewerbungsgesprächs auch fragen können. Damit solche Fragen nicht bereits als Indiz für eine Diskriminierungsabsicht gewertet werden können, dürfte es sich allerdings empfehlen, das Interesse an einer solchen Förderung bereits in der Stellenausschreibung zum Ausdruck zu bringen.

Es wird begrüßt, dass § 32 a Abs. 8 E-BDSG bestätigt, dass der Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren auch allgemein zugängliche Informationen (z. B. Internet, Netzwerke) verwerten kann. Dass der Schutz der Bewerberdaten durch die Notwendigkeit einer Einwilligung für den Fall einer Datenerhebung bei Dritten erweitert wird, erscheint vertretbar.

11. Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses (§ 32 b BDSG)

Soweit in § 32 b Abs. 1 und 2 E-BDSG zwischen arbeitgeberseitig erhobenen bzw. anderweitig erlangten Daten und Daten unterschieden wird, die der Arbeitgeber „unverlangt“ von dem Beschäftigten selbst erhalten hat, müsste klargestellt werden, wann solche Daten „verlangt“ werden. Ist diese Voraussetzung bereits mit der Aufforderung erfüllt, „aussagefähige“ Bewerbungsunterlagen einzureichen oder ist eine konkrete Frage geboten?

Der DAV begrüßt, dass § 32 b Abs. 3 E-BDSG die Zulässigkeit von Bewerberpools anerkennt, in denen die Bewerberdaten zeitlich unbegrenzt vorgehalten werden dürfen, soweit der Bewerber darin eingewilligt hat.

Im Gegensatz zu der ursprünglichen Fassung verzichtet der Referentenentwurf jedoch auf die Festlegung einer zeitlichen Frist, binnen derer Bewerberdaten nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens gelöscht werden müssen. Vielmehr geht der Entwurf davon aus, dass die Daten ohne eine Einwilligung des Bewerbers gem. § 35 Abs. 2 BDSG zu löschen sind. Denn § 35 Abs. 2 BDSG gebietet die Löschung personenbezogener Daten, wenn ihre Kenntnis für die Erfüllung des Zwecks der Speicherung nicht mehr erforderlich ist und auch keine andere die Speicherung legitimierende Zwecksetzung besteht. Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Geltendmachung von Ansprüchen nach dem AGG nicht mehr zu besorgen ist. Da ohnehin umstritten ist, ob die zweimonatige Frist zur Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen europarechtskonform ist (vgl. einerseits BAG vom 24.09.2009 - 8 AZR 705/08; andererseits LAG Hamburg vom 03.06.2009 - 5 Sa 3/09), hält der DAV den darin liegenden Verzicht auf eine starre Fristenregelung für sinnvoll.

12. Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis (§ 32 c E-BDSG)

Die Regelungen zur Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis (§ 32 c E-BDSG) erscheinen grundsätzlich angemessen. Die weite Fassung des § 32 c E-BDSG berücksichtigt die Vielzahl berechtigter Zwecksetzungen, die sich bei der Durchführung, Beendigung und Abwicklung von Arbeitsverhältnissen ergeben kann.

System- und sachgerecht erscheint auch die Bezugnahme auf § 32 a E-BDSG zur Eignungsfeststellung in § 32 c E-BDSG. Allerdings gelten die vorstehend geäußerten

Bedenken gegen die Begrenzung gesundheitlicher und sonstiger Untersuchungen hier entsprechend.

Die Durchführung gesundheitlicher Untersuchungen sollte darüber hinaus im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht auf die Eignungsfeststellung begrenzt werden. Beispielsweise kann der Einfluss von Alkohol oder Drogen zwar die (aktuelle) Eignung zur Ausübung der Tätigkeit ausschließen und damit eine Untersuchung rechtfertigen. Führt der Einfluss von Suchtmitteln demgegenüber nicht zum vollständigen Ausschluss der Arbeitsfähigkeit, kann dennoch eine Gefährdungslage bestehen bleiben. Ergänzend hierzu sollte deshalb die Zulässigkeit einer gesundheitlichen Untersuchung anerkannt werden, sofern aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte der begründete Verdacht einer Gefährdung von Leib oder Leben des Arbeitnehmers oder Dritter oder eine wesentliche Schädigung des Arbeitgebers besteht. In diesem Fall steht die grundsätzliche Eignung des Arbeitnehmers nicht immer in Frage. Zusätzlich sollte sichergestellt sein, dass ärztliche Untersuchungen, die zur Erfüllung der gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere nach dem SGB IX, erforderlich sind, angeordnet werden können. So muss klargestellt werden, dass der Arbeitgeber solche Daten (ggf. einschließlich einer Diagnose) erheben und verwerten kann, weil sonst die allgemeinen Pflichten (z. B. behinderungsgerechte Ausgestaltung von Arbeitsplätzen, Eingliederungsmanagement bei längerer Krankheit) nicht erfüllt werden können. Zu diesen Zwecken lässt der Entwurf eine gesundheitliche Untersuchung derzeit nicht zu. Angesichts der vorgesehenen Einschränkung der Einwilligungsfähigkeit des Arbeitnehmers könnte dieser einer Untersuchung auch nicht zustimmen. Die Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements würde dadurch deutlich erschwert; der Arbeitnehmer müsste die erforderlichen Gesundheitsuntersuchung selbst veranlassen und die Daten dem Arbeitgeber zur weiteren Verwendung zur Verfügung stellen. Dies widerspricht § 84 Abs. 2 SGB IX.

Es ist richtig, über die bloße Erforderlichkeit hinaus auch zu verlangen, dass die Erhebung von Beschäftigtendaten auch verhältnismäßig sein muss. Hiervon war die Rechtsprechung schon mit Blick auf die grundrechtliche Absicherung und die europarechtlichen Vorgaben zu § 28 BDSG ausgegangen. Konsequenz ist, dass die Anforderungen an das Gewicht der Gründe für eine Datenerhebung und –verarbeitung umso höher sind, je stärker damit ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre verbunden ist. Die vorgeschlagene Ergänzung von § 32 E-BDSG (siehe oben) trägt diesem Umstand aber bereits übergreifend Rechnung, so dass der letzte Absatz von § 32 c E-BDSG entfallen könnte.

13. Datennutzung im Beschäftigungsverhältnis (§ 32 d Abs. 2 E-BDSG)

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass die Datennutzung auch für nachträglich eingetretene berechnigte Zwecke zulässig ist (§ 32 d Abs. 2 E-BDSG).

14. Compliance (§§ 32 c, 32 d und § 32 e BDSG)

Positiv ist die Entscheidung der Entwurfsverfasser zu sehen, präventive Maßnahmen im Bereich der Compliance zu erfassen und dabei Vertragsverletzungen zu Lasten des Arbeitgebers und Ordnungswidrigkeiten neben Straftaten zu erfassen. Das geltende Gesetz erwähnt solche Maßnahmen nur reaktiv (Verdacht von Straftaten) und lässt präventive Maßnahmen ohne ausdrückliche Einbeziehung in den Gesetzestext wohl nur als Bestandteil von Maßnahmen zur „Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses“ zu, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt hat.

Soweit diese Regelungen derzeit auf § 32 c, 32 d und 32 e E-BDSG verteilt sind, hält der DAV indes eine Zusammenfassung für sinnvoll. Dadurch würden Abgrenzungsprobleme und Wertungswidersprüche vermieden. Die Zusammenfassung könnte in § 32 e E-BDSG erfolgen und deutlich machen, dass die dort getroffenen Regelungen „abweichend von §§ 32 c und 32 d E-BDSG gelten“. Dass in § 32 f Abs. 2 E-BDSG (optisch-elektronische Einrichtungen), § 32 g Abs. 1 S. 3 E-BDSG (Ortungssysteme) und § 32 h E-BDSG (biometrische Verfahren) insoweit gegenüber § 32 e E-BDSG weitere Verschärfungen in Bezug auf diesen Regelungskomplex erfolgen, erscheint weitgehend vertretbar. Sinnvoller dürfte allerdings sein, diese Regelungen in eine generelle Bestimmung zur Compliance einzubinden, damit auch insoweit eine Klarstellung zum Verhältnis der Vorschriften zueinander erfolgt.

Der Entwurf unterscheidet zwischen der Erhebung neuer und der Verwendung bereits vorhandener Daten, ebenso zwischen der offenen und verdeckten Erhebung von Daten. Die (offene) Erhebung von Daten zu Compliance-Zwecken richtet sich nach § 32 c Abs. 1 Nr. 4 BDSG und ist auch präventiv zu Zwecken der „Leistungs- und Verhaltenskontrolle“ zulässig. Dies erfasst beispielsweise Tor- und Taschenkontrollen. Die Verarbeitung und Nutzung rechtmäßig erhobener Daten ist gem. § 32 d Abs. 3 E-BDSG zulässig, um die Begehung von Vertragsverletzungen, Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten zu verhindern oder aufzudecken. Ein besonderer Tatverdacht ist insoweit nicht erforderlich, wohl aber ein konkreter Bezug zu dem von den Daten erfassten Beschäftigten („den Beschäftigten“).

Die heimliche Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung zu Compliance-Zwecken ist an die engen Voraussetzungen des § 32 e E-BDSG gebunden. Sie setzt einen tatsachenbasierten Verdacht voraus, dass der Beschäftigte eine schwere Vertragsverletzung, eine Ordnungswidrigkeit oder Straftat begangen hat. Insoweit erscheint der Bezug auf „schwere Vertragsverletzungen“ sachgerecht; allerdings grenzt der Entwurf diese dahingehend ein, dass diese „den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde“. Nicht zuletzt die aktuellen Entscheidungen zu den sogenannten „Bagatell-Delikten“ zeigen aber, dass zwischen dem Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes und der Berechtigung zur außerordentlichen (fristlosen) Kündigung, die von dem Ergebnis einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung abhängig ist, streng zu differenzieren ist. Insoweit wäre es sachgerechter, darauf abzustellen, dass die schwere Vertragsverletzung geeignet sein muss, einen wichtigen Grund i. S. d. § 626 Abs. 1 BGB darzustellen.

Eine Begrenzung der heimlichen *Datenerhebung* ist mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten sachgerecht. Dagegen sollte es hinsichtlich der *Verarbeitung und Nutzung* von Beschäftigtendaten nach Auffassung des DAV bei der ursprünglichen Regelung des § 32d Abs. 3 BDSG verbleiben. Bezieht sich, wie in dem jetzigen Entwurf vorgesehen, § 32e BDSG dagegen auch auf die Verarbeitung und Nutzung von vorhandenen Daten, ist im übrigen das Verhältnis zu § 32d Abs. 3 BDSG evident unklar.

Der völlige Ausschluss präventiver heimlicher Datenerhebung erscheint im übrigen zu weitgehend. Berücksichtigt man, dass das BDSG nach dem aktuellen Entwurf nicht auf strukturierte Datenerhebung begrenzt werden soll, wäre damit auch der Einsatz von Ladendetektiven und Testkäufern zu Präventionszwecken ausgeschlossen. In Anlehnung an die Regelungen zur Überwachung laufender Telekommunikationsdienste empfiehlt der DAV daher, die präventive heimliche Überwachung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle wie auch zur Prävention von schweren Vertragsverletzungen, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten zuzulassen, sofern die Beschäftigten vorab über die allgemeine Möglichkeit der Überwachung in Kenntnis gesetzt wurden und über die erhobenen Daten nachträglich informiert werden.

Eine Datenerhebung oder –verwendung zur Aufdeckung *geplanter* Straftaten wird durch den Entwurf nicht erfasst. Hier erscheint eine Ausweitung unter den sonstigen Voraussetzungen notwendig. Darüber hinaus sollte sich der die Datenerhebung rechtfertigende Verdacht nicht (nur) gegen einen bestimmten Beschäftigten, sondern - wie auch in § 32 f Abs. 2 E-BDSG -

allgemein auch gegen noch nicht identifizierte „Beschäftigte“ richten dürfen. Hier ist der Wortlaut anzupassen.

15. Videoüberwachung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten (§ 32 f E-BDSG)

Die Bestimmungen sind inhaltlich sachgerecht. Es wird begrüßt, dass sich der für eine heimliche Überwachung erforderliche Verdacht nicht gegen einen bestimmten Beschäftigten richten muss. Auch wenn die Person des Täters noch nicht feststeht, kann ein konkreter Verdacht bestehen (Beispiel: Diebstahl aus dem Lager eines Einzelhändlers durch einen unbekanntem Mitarbeiter). Unabhängig davon sollte in § 32 f E-BDSG auch die „Planung“ bzw. „Vorbereitung von Straftaten“ erfasst werden.

Gegenüber der ursprünglichen Entwurfsfassung bindet der Referentenentwurf die heimliche Überwachung an die Vorabkontrolle gemäß § 4 d Abs. 5 BDSG. Die Überwachung ist daher vorab von dem Datenschutzbeauftragten zu überprüfen. Betriebe, die keinen Datenschutzbeauftragten bestellt haben, können heimliche Überwachungsmaßnahmen daher nicht durchführen; anderenfalls sind sie zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet, was zu einer zusätzlichen Belastung von Kleinunternehmen führt, die anderenfalls nicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet wären.

16. Ortungssysteme (§ 32 g E-BDSG)

Problematisch erscheint aus technischer Sicht die Umsetzbarkeit einer Begrenzung der Datenerhebung auf Arbeitszeit. Bei konkreten Verdachtsfällen sollte zudem auch hier die Erhebung und Nutzung personenbezogener Daten über die Zwecke des § 32 g Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 hinaus zulässig sein (Bsp: Verdacht privater Verrichtungen des Außendienstmitarbeiters während der Arbeitszeit). Allerdings wird man eine Ortung nach § 32 Abs. 2 E-BDSG zum Schutz beweglicher Sachen des Arbeitgebers nur vorsehen können, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine vertragswidrige Nutzung bestehen.

17. Biometrische Verfahren (§ 32 h E-BDSG)

Die Bestimmungen sind inhaltlich sachgerecht. Entgegen dem ursprünglichen Entwurf wird die Einwilligungsfähigkeit des Beschäftigten auf die Nutzung von Lichtbildern begrenzt.

18. Telekommunikationsdienste (§ 32 i E-BDSG)

Der Gesetzentwurf differenziert in § 32 i E-BDSG zwischen den verschiedenen Telekommunikationsdiensten, zwischen dienstlicher und privater Nutzung und zwischen laufenden und abgeschlossenen Telekommunikationsvorgängen. Die von dem DAV empfohlene Vermutung der Gestattung einer nur dienstlichen Nutzung wurde nicht aufgegriffen. Dennoch enthält das vorgeschlagene Regelungssystem handhabbare Vorgaben für die Arbeitsvertragsparteien. Dies ergibt sich insbesondere aus der Unterscheidung zwischen dem laufenden Übertragungsvorgang und dem Zeitraum nach dessen Abschluss, denn mit dem Abschluss des Kommunikationsvorgangs kommt das Telekommunikationsrecht nicht (mehr) zur Anwendung. Außerdem bleibt es bei dem Fehlen einer (hiervon abweichenden) gesetzlichen Regelung bei der tatsächlichen Vermutung, dass Arbeitsmittel grundsätzlich nur zu dienstlichen Zwecken genutzt werden dürfen, wenn keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen wird. Da allerdings Unklarheit darüber besteht, wann etwa bei dem Versand einer E-Mail der Telekommunikationsvorgang abgeschlossen ist, empfiehlt sich hier eine klarstellende Regelung. Der DAV hält es insoweit für sinnvoll, in Anlehnung an die zivilrechtliche Beurteilung des Zugangs einer Willenserklärung auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem unter Berücksichtigung der individuellen technischen Bedingungen für den Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht, unabhängig davon, ob die Kenntnisnahme tatsächlich erfolgt ist.

Laufende Telekommunikationsdienste dürfen nur begrenzt überwacht werden. Dabei dürfen Verkehrsdaten zu den in § 32 i Abs. 1 BDSG genannten Zwecken erhoben und genutzt werden, wobei zu begrüßen ist, dass Präventions- und Aufdeckungszwecke ebenfalls genannt werden. Das Bedürfnis für eine Überwachung der Inhalte laufender Telekommunikationsvorgänge ist begrenzt. § 32 i Abs. 2 BDSG ermöglicht dabei für Telefondienste (Telefonate über Netzleitungen oder Internet) die Überwachung durch silent monitoring und voice recording, wobei die wechselseitigen Interessen ausgewogen gewichtet werden. Für den Arbeitgeber genügen „berechtigte Interessen“, überzogene Anforderungen werden dadurch vermieden. Die Interessen des Beschäftigten und des Kommunikationspartners werden durch die vorherige Einwilligung gewahrt, wobei der DAV angesichts des Wortlauts davon ausgeht, dass die Einwilligung des Beschäftigten nicht im Einzelfall erfolgen muss, sondern generell erklärt werden kann. Für besondere Beschäftigungsverhältnisse, in denen die Qualität der Kommunikationsinhalte wesentlicher Inhalt der Arbeitsleistung ist (Call-Center, Empfangsdienste etc) ist auch das heimliche Mithören/Aufnehmen ohne konkreten Hinweis im Einzelfall und ohne die Einwilligung des Beschäftigten zulässig.

Die Inhalte anderer Kommunikationsdienste können gemäß § 32i Abs. 3 BDSG bereits aus berechtigten Interessen und zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebes der Dienste - z.B. durch den Einsatz von Firewalls, Spam-Filter etc - erhoben und genutzt werden; gleiches gilt für Präventions- und Aufklärungszwecke.

Soweit - wie im Regelfall - auch die private Nutzung der Telekommunikationsdienste gestattet ist, wird die Erhebung und Nutzung von Verkehrsdaten sowie Inhalten auf die Fälle des § 32 i Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 BDSG beschränkt. Damit werden die Anforderungen des § 88 Abs. 3 Satz 3 TKG übernommen, dessen Anwendbarkeit im Entwurf nebst Begründung ausdrücklich klargestellt wird.

§ 32 i Abs. 5 BDSG regelt die Verwendung der Daten - Verkehrsdaten wie auch Inhalte - aus abgeschlossenen Telekommunikationsvorgängen. Dabei richtet sich die Nutzung dienstlicher Daten nach den Bestimmungen der § 32 c und 32 d E-BDSG; ausgehend davon, dass die Wahrnehmung der Durchführung der Rechte aus dem Arbeitsverhältnis gemäß § 32 c Abs. 1 S. 2 Nr. 4 E-BDSG auch die Rechte des Arbeitgebers an den Arbeitsinhalten umfasst, ergeben sich daraus angemessene Einsichtsrechte des Arbeitgebers insbesondere in die Email-Kommunikation des Arbeitnehmers. Die Begrenzung der Nutzung privater Inhalte auf die Fälle des § 32 e BDSG erscheint angemessen. Problematisch ist in der Praxis allerdings die tatsächliche Abgrenzung dienstlicher von privaten Daten. Hier sollte ergänzt werden, dass von einer (auch) dienstlichen Nutzung auszugehen ist, wenn und solange der private Charakter eines Kommunikationsvorgangs nicht erkennbar ist. Dies gilt auch und insbesondere für E-Mails, die unklare Bezugsregelungen enthalten oder dienstliche mit privaten Inhalten vermischen.

Die Erhebung und Nutzung von Daten laufender Telekommunikationsvorgänge ist damit eng begrenzt und bei erlaubter Privatnutzung zudem auf das Maß des § 88 Abs. 3 TKG beschränkt. Die Erhebung und Nutzung der Daten abgeschlossener Telekommunikationsvorgänge ist zur Wahrung der Rechte des Arbeitgebers demgegenüber weitgehend zulässig, soweit betriebliche Daten betroffen sind. Private Daten sind nur zu Präventions- und Aufklärungszwecken bei konkreten Verdachtsmomenten nutzbar. Überwiegende Interessen des Beschäftigten im Einzelfall können und müssen berücksichtigt werden. Damit ist ein Handlungsspielraum vorgegeben, mit dem die Praxis gut umgehen kann.

19. Einwilligung (§ 32 I E-BDSG)

Hierzu wird auf die Ausführungen unter 5. verwiesen.

20. Bestellung des Datenschutzbeauftragten

Der Entwurf trifft keine Regelung zu dem Verhältnis zwischen dem Datenschutzbeauftragten und dem Betriebsrat. Die mangelnde Beteiligung des Betriebsrats bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten führt dazu, dass der Betriebsrat keiner datenschutzrechtlichen Überprüfung unterliegt. Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb bereits mit Urteil vom 11.11.1997 (Az. 1 ABR 21/97) angeregt, einen angemessenen Regelungsausgleich für diese Frage zu finden. Der DAV regt an, auch diese Fragen - Beteiligung des Betriebsrats bei der Bestellung des Datenschutzbeauftragten und Zulässigkeit der datenschutzrechtlichen Überwachung des Betriebsrats - der gebotenen Klärung zuzuführen. Dabei könnten auch die wechselseitigen Informationsansprüche von Datenschutzbeauftragtem und Betriebsrat geregelt werden.