

**Professor Dr. Michael Kort, Universität Augsburg**  
**Spannungsfeld Datenschutz und Compliance im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz**  
**1. Bitburger Gespräche in München 15. Oktober 2010**

**Zusammenfassung und Fazit des Vortrags**

*In summa* stellt sich die Frage, ob die geplante Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes den rechtspolitischen Forderungen nach Auflösung des Spannungsverhältnisses von Compliance-Anforderungen und einem ausreichenden Beschäftigtendatenschutz gerecht wird.

**1. Berücksichtigung beider Pole des Spannungsverhältnisses**

Teilweise betonen die rechtspolitischen Forderungen zu stark nur *einen* Pol dieses Spannungsverhältnisses. So tritt das *Eckpunktepapier* der Datenschutzbeauftragten für eine Modernisierung des Datenschutzrechts aus dem Jahr 2010 zwar für eine umfassende Verstärkung des Datenschutzes ein. Hinweise, wie zunehmenden Compliance-Anforderungen Genüge getan werden kann, finden sich dort aber nicht. Vielmehr heißt es sehr pauschal und allgemein, es sei höchste Zeit, den Bürger wieder zum „Herrn seiner Daten“ zu machen. Der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz hingegen bemüht sich, beide Pole des Spannungsverhältnisses zu berücksichtigen.

**2. Beziehung des Beschäftigtendatenschutzes zum allgemeinen Datenschutz**

Zu Recht nimmt der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz davon Abstand, den Beschäftigtendatenschutz in einem eigenen Gesetz zu behandeln. Aufgrund der engen Verzahnung des Beschäftigtendatenschutzes mit anderen datenschutzrechtlichen Gebieten und Themen ist die Einbettung des Beschäftigtendatenschutzes in das allgemeine Datenschutzrecht eine richtige gesetzgeberische Entscheidung.

Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Einbettung im Einzelnen gelungen ist. Insgesamt erwecken die geplanten §§ 32 ff. BDSG den Eindruck zu vieler und zu langer Normen. Auch wird der Bezug zum allgemeinen Datenschutz nicht immer deutlich. So richten sich berechnete rechtspolitische Forderungen etwa auf eine zukünftige Klarstellung des Verhältnisses von § 28 BDSG zum Beschäftigtendatenschutz, und zwar sowohl für präventive als auch für repressive Compliance-Maßnahmen, soweit diese datenschutzrechtlich relevant sind. Diese Klarstellung ist, wie aufgezeigt, nicht oder jedenfalls nicht ausreichend genug erfolgt.

**3. Whistleblowing**

Besonders bedauerlich ist, dass das Gesetzesvorhaben keinerlei Aussage zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Whistleblowing enthält, obwohl das ein Kernbestandteil des Spannungsverhältnisses von Compliance und Datenschutz ist. Rechtspolitische Forderungen nach Regelung des Whistleblowing bleiben somit unerfüllt. Hingegen sieht etwa der DGB-Entwurf für ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz von 2010 eine wenn auch zu knapp geratene und damit letztlich nicht befriedigende Regelung des externen Whistleblowing vor.

**4. Mitarbeiterüberwachung**

Forderungen nach einer umfassenden und einheitlichen Regelung der offenen und der verdeckten Mitarbeiterüberwachung erfüllt der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz nur teilweise. So sind repressive und präventive Compliance-Maßnahmen nur partiell in § 32 e BDSG angesprochen, die Videoüberwachung ist in § 32 f BDSG ebenfalls nicht umfassend geregelt.

Richtig ist, dass sich der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz nicht für ein rechtspolitisch vorgeschlagenes umfassendes Verbot von Video- und Tonbandaufnahmen ausgesprochen hat. Videoaufzeichnungen unter Wahrung des Gebots der Verhältnismäßigkeit dienen einer Erfüllung von Compliance-Anforderungen. Dies gilt insbesondere für die in § 32 e Abs. 3 BDSG angesprochene Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und schwerwiegenden Pflichtverstößen.

**5. Beweisverwertungsverbote**

Rechtspolitische Forderungen nach gesetzlicher Festschreibung von Beweisverwertungsverböten bei unrechtmäßiger Datenerhebung oder Datenverarbeitung kommt die geplante gesetzliche Neuregelung zu Recht nicht nach. Im Einzelfall mögen sich auf der Basis der Rechtsprechung des BAG aus schweren Verstößen gegen datenschutzrechtliche Normen, die zugleich einen schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers bilden, Beweisverwertungsverböte ergeben. Dabei macht die Rechtsprechung aber zutreffend deutlich, dass weder aus bloßen datenschutzrechtlichen Verstößen (ohne schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht) noch aus dem bloßen Fehlen der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung ein prozessuales Beweisverwertungsverbot resultiert.

Eine umfassende gesetzliche Anordnung von Beweisverwertungsverböten wäre nicht sachdienlich.

## **6. Privatnutzung von Telekommunikationseinrichtungen**

Das der Praxis auf den Nägeln brennende Thema der Stellung des Arbeitgebers bei der erlaubten Privatnutzung von E-Mail und Internet ist im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz ebenfalls nicht geregelt, obwohl es diesbezüglich deutliche rechtspolitische Forderungen gibt. Es wäre sinnvoll gewesen, wenn der Gesetzesentwurf entgegen der heute auf der Basis des geltenden Rechts gebildeten h. M. klarstellen würde, dass der Arbeitgeber kein Diensteanbieter im Sinn der Telekommunikationsgesetzgebung ist, wenn er die private Email-Nutzung oder die private Internetnutzung gestattet.

## **7. Konzernverbindungen**

Ferner fehlt im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz trotz entsprechender rechtspolitischer Forderungen jegliche Regelung des praxisrelevanten Personaldatenflusses bei Konzernverbindungen.

Hingegen ist die rechtspolitische Forderung nach *gesetzlicher Präzisierung* der berechtigten Interessen des Arbeitgebers an einer konzernweiten Verarbeitung von Beschäftigungsdaten im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz zu Recht nicht erfüllt worden. Eine solche Präzisierung von Arbeitgeberinteressen ist wegen ihrer starken Einzelfallorientierung im Gesetz nicht möglich.

## **8. Auftragsdatenverarbeitung und DV-Outsourcing**

Wie bereits ausgeführt, wäre eine gesetzliche *Erweiterung* der Möglichkeit zur Auftragsdatenverarbeitung durchaus sinnvoll. Hierzu schweigt der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz leider.

Richtig ist es, dass der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz nicht umgekehrt auf eine weitere *Verengung* der Möglichkeit zur Auftragsdatenverarbeitung eingeht, wie sie für die Auftragsdatenverarbeitung im Konzern etwa von der *Deutschen Vereinigung für Datenschutz* und anderen vorgeschlagen worden ist.

Auch ist es richtig, dass der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz nicht der ihrerseits unklaren Forderung nachkommt, bei Einschaltung eines externen Dienstleisters sollten Verbote und Informationspflichten, die für den Arbeitgeber gelten, auch beim Einsatz externer Diensteanbieter einzuhalten. Ist der externe Diensteanbieter Auftragnehmer im Sinn von § 11 BDSG, bleibt im Wesentlichen der Auftraggeber verantwortlich. Liegt hingegen ein Datenverarbeitungs-Outsourcing vor, ohne dass die Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung gegeben sind, z. B. bei einer Funktionsausgliederung, so ist der externe Diensteanbieter ohnehin neben dem Arbeitgeber verantwortlich.

## **9. Fehlen einer Regelung des grenzüberschreitenden Informationsaustausches**

Forderungen nach einer Regelung des grenzüberschreitenden Informationsaustausches bei der Korruptionsbekämpfung, etwa zur Ermöglichung von Cross Border Investigations, werden im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz leider nicht erfüllt.

## **10. Betriebsvereinbarungen**

Nicht zufriedenstellend gelöst ist im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz die rechtspolitisch aufgeworfene Frage, ob Betriebsvereinbarungen zum Nachteil der Arbeitnehmer vom BDSG abweichen können.

## **11. Einwilligung**

Die Beschränkung der Möglichkeit zur Einwilligung in die Datenerhebung und Datenverarbeitung als Erlaubnistatbestand beim Beschäftigungsverhältnis auf einzelne Fallgruppen im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz ist fragwürdig.

## **12. Erfassung nicht automatisierter Dateien**

Positiv zu bewerten ist im RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz hingegen die konsequente Fortschreibung von § 32 Abs. 2 BDSG 2009 im zukünftigen § 27 Abs. 3 BDSG.

## **13. Fazit**

Insgesamt zeigt sich, dass der RegE Beschäftigtendatenschutzgesetz zwar das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Compliance thematisiert, aber nicht in jeder Hinsicht befriedigend löst.