

STELLUNGNAHME

des Zentralverbandes Gewerblicher Verbundgruppen e.V. (ZGV)

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des
Beschäftigtendatenschutzes (Stand 25.08.2010)**

1. Grundsätzliches

Der ZGV begrüßt dem Grunde nach den Versuch, den bislang im Wesentlichen durch Rechtsprechung geprägten Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes gesetzlich zu regeln und damit für Unternehmen und Beschäftigte transparenter zu gestalten. Vor diesem Hintergrund macht es auch durchaus Sinn, die durch die BDSG-Novelle 2009 eingefügte Vorschrift des § 32 BDSG nun - in einem zweiten Schritt - zu einem umfassenderen Regelwerk des Beschäftigtendatenschutzes auszubauen.

Der Schutz der personenbezogenen Daten der Beschäftigten darf allerdings nicht höher bewertet werden, als der Schutz der Unternehmen. Der nun vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung lässt insoweit einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Arbeitgeberinteresse auf Schutz seiner Unternehmensdaten und -geheimnisse sowie dem Persönlichkeitsschutz der Beschäftigten vermissen. Der Gesetzentwurf bedarf deshalb der Nachbesserung, um diesen Interessenausgleich vorzunehmen und den Arbeitnehmerdatenschutz im Ergebnis rechtsklar und praxistauglich auszugestalten.

Als die beiden vornehmlichsten Mängel sind hier festzustellen:

- die Behinderung von unternehmerischen Maßnahmen zur Korruptions- und Kriminalitätsbekämpfung, insbesondere die Vernachlässigung des Themas Inventurdifferenzen

- die Abschaffung der Möglichkeit zur betrieblichen Gestaltung des Arbeitnehmerdatenschutzes durch Betriebsvereinbarungen zwischen Unternehmensleitung und Betriebsrat.

Das von der Bundesregierung verfolgte Ziel, die von der Rechtsprechung geschaffenen Regelungen für den Arbeitnehmerdatenschutz als gesetzliche Regelungen auszugestalten, ist deshalb durch den vorgelegten Entwurf bislang verfehlt worden. Die neuen Regelungen gehen teilweise weit über dieses Ziel hinaus und schaden insbesondere dem von der Reform am deutlichsten getroffene Mittelstand, als dem größten Arbeitgeber des Landes.

2. Im Einzelnen

Im Folgenden gehen wir auf einzelne Vorschriften des Gesetzentwurfes ein, die nach unserer Ansicht Nachbesserungsbedarf haben.

zu § 32a Abs. 1 BDSG-E

Nach § 32a Abs. 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses von einer ärztlichen Untersuchung abhängig machen, wenn insoweit die Erfüllung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme darstellt. Nach § 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E muss der Beschäftigte in die Untersuchung nach Aufklärung über deren Art und Umfang sowie in die Weitergabe des Untersuchungsergebnisses an den Arbeitgeber eingewilligt haben.

Ein derartiges Einwilligungserfordernis bei gesundheitlichen Untersuchungen ist nach unserer Ansicht weder erforderlich, noch gesetzlich zulässig. Der Arbeitgeber ist aufgrund der gesetzlichen Regelungen zur Arbeitssicherheit in vielen Fällen sogar verpflichtet, vor der Einstellung eines neuen Mitarbeiters eine gesundheitliche Untersuchung vorzunehmen bzw. vornehmen zu lassen. Die Untersuchung ist vor diesem Hintergrund notwendige Voraussetzung für die Einstellung des Bewerbers. Sie ist darüber hinaus Bestandteil des Bewerbungsverfahrens mit der Folge, dass sie gerade nicht von einer Einwilligung im Sinne des Datenschutzrechtes abhängig gemacht werden kann. Eine Einwilligung gemäß § 4a BDSG setzt voraus, dass sie freiwillig gegeben wird. Da das Bewerbungsverfahren des Arbeitgebers aber ohne die notwendigen gesundheitlichen Untersuchungen gar nicht durchgeführt bzw. fortgeführt werden kann und darf, kann von „Freiwilligkeit“ insoweit keine Rede sein.

§ 32a Abs. 1 Satz 2 BDSG-E sollte sich daher ausschließlich auf die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich Art und Umfang sowie der Weiter-

gabe des Untersuchungsergebnisses beschränken. Das Einwilligungserfordernis ist zu streichen.

zu § 32a Abs. 2 BDSG-E

Eine ähnliche Problematik stellt sich auch bei § 32a Abs. 2 BDSG-E. Auch insoweit ist eine vorherige Einwilligung des Bewerbers in die Durchführung eines Eignungstestes (Assesement Center) nicht erforderlich. Auch an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass es auf eine förmliche Einwilligung im Sinne des Datenschutzgesetzes nicht ankommen kann, da es dem Bewerber grundsätzlich frei steht, an dem Eignungstest teilzunehmen oder nicht.

§ 32a Abs. 2 Satz 2 BDSG-E ist mithin auf die arbeitgeberseitige Aufklärung des Bewerbers über Art und Umfang sowie die Weitergabe des Ergebnisses des Eignungstests zu beschränken. Das Einwilligungserfordernis ist zu streichen.

zu § 32b Abs. 3 BDSG-E

Kommt es zwischen dem Arbeitgeber und einem Bewerber, von dem bereits personenbezogene Daten im Zuge des Bewerbungsverfahrens erhoben wurden, nicht zum Abschluss eines Arbeitsvertrages, sind nach § 32b Abs. 3 BDSG-E die Beschäftigtendaten zu löschen, es sei denn, dass der Beschäftigte in die weitere Speicherung eingewilligt hat.

Gefordert wird auch in dieser Regelung eine förmliche Einwilligung nach § 4a BDSG. Dies ist für den Arbeitgeber mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbunden und dürfte auch vom Bewerber als bloßer bürokratischer Formalismus betrachtet werden. Ob darüber hinaus von einem „abgelehnten“ Bewerber die Einwilligung nach § 4a BDSG erlangt werden kann, ist ohnehin zweifelhaft. In der Praxis hat sich vielmehr die Übung als Interessengerecht herausgestellt, bei einem weiteren Interesse an dem abgelehnten Bewerber, diesen lediglich über die weitere Speicherung seiner Daten zu informieren (z.B. vor dem Hintergrund, dass er bei der nächsten Einstellungsrunde möglicherweise Berücksichtigung finden könnte) und ihm ggf. ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird. Diese bereits heute praktizierte Verfahrensweise ist pragmatisch und sollte daher nicht aufgegeben werden.

Der Arbeitgeber benötigt die Daten mindestens in der vom AGG vorgegebenen Klagefrist, um bei Geltendmachung von Ansprüchen eines abgelehnten Bewerbers seiner Darlegungs- und Beweislast Genüge tun zu können.

zu § 32e BDSG-E

Nach § 32e Abs. 2 Nr. 1 BDSG-E darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten ausnahmsweise ohne Kenntnis des Beschäftigten erheben, wenn Tatsachen den Verdacht begründen, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder eine andere schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, die den Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde. Abgestellt wird mithin nicht nur darauf, dass konkrete Verdachtsmomente vorliegen, die belegt werden können, sondern auch darauf, dass diese Verdachtsmomente den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würden. Diese Hürde für eine fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB, ist allerdings regelmäßig sehr hoch und überdies unwägbare.

Im Vorfeld einer solchen Datenerhebung ist in der Regel nicht vorhersehbar, ob sich bestehende Verdachtsmomente tatsächlich bestätigen werden und die aufzudeckende Vertragsverletzung eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen wird.

§ 32e Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E sollte daher ausschließlich auf den konkreten Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung abstellen, nicht dagegen auf die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung.

zu § 32e Abs. 4 BDSG-E

Die Erhebung von Beschäftigtendaten ohne deren Kenntnis ist nach § 32e Abs. 4 BDSG-E unzulässig, wenn Sie - so Nr. 3 der Vorschrift - erfolgt mit Hilfe sonstiger besonderer technischer Mittel, die für Beobachtungszwecke bestimmt sind. Hierunter fällt der in der Praxis überaus wichtige Fall der Videoüberwachung zur Aufdeckung von Korruptions- und Kriminalitätsdelikten.

Während die offene Videoüberwachung auch künftig möglich sein soll, was ausdrücklich begrüßt wird, sieht der Gesetzentwurf für den Fall der verdeckten Videoüberwachung vor, diese ausnahmslos zu verbieten. Dieses rigorose Verbot wird den Interessen der Unternehmer nicht gerecht.

Die Möglichkeit zur Videoüberwachung ist zur Prävention von insbesondere Inventurdifferenzen und Straftaten für den mittelständischen Handel, insbesondere den Einzelhandel, genauso aber auch für den Großhandelsbereich (Lagerhaltung) überaus wichtig und darf daher nicht gestrichen werden. Inventurdifferenzen verursachen in Deutschland jedes Jahr einen Schaden von etwa 4 Milliarden Euro im Einzelhandel. Die offene Videoüberwachung von Verkaufsräumen stellt dabei nur eine Möglichkeit dar, auf die Kostenposition „Inventurdifferenzen“ Einfluss zu nehmen. Eine andere, ebenso wichtige Option, bot sich bislang durch den Einsatz verdeckter Videoüberwa-

chungstechnik zur Überführung von Beschäftigten, gegen die ein konkreter Tatverdacht vorlag. Dies muss auch künftig zulässig sein.

Selbstverständlich ist, dass die verdeckte Videoüberwachung nur in Ausnahmefällen bei Vorliegen eines konkreten Tatverdachts und unter Wahrung der Verhältnismäßigkeitsgrundsätze möglich ist, wenn alle anderen Mittel ausgeschöpft sind und es für das Unternehmen keine andere Möglichkeit gibt, um eine Straftat aufzuklären. Dies ist bereits heute so. Die von der Rechtsprechung höchstrichterlich hierzu gesetzten Grenzen sind ausreichend eng und sichern die Einbeziehung von Betriebsrat und Datenschutzbeauftragten. In diesen Grenzen muss es den Unternehmen auch künftig möglich sein, zu agieren.

Das Bundesarbeitsgericht sprach in seinem Urteil vom 27.03.2003 (BAG Az. AZR 51/02) ausdrücklich von einer notwehrähnlichen Lage des Arbeitgebers.

Daher sollten die Regelungen in § 32e Abs. 4 Nr. 2 u. 3 BDSG-E gänzlich gestrichen werden.

zu § 32g BDSG-E

Der Einsatz von Ortungssystemen soll künftig nur unter engen Voraussetzungen möglich sein. So soll die Erhebung von Beschäftigtendaten an die Voraussetzung geknüpft werden, dass sie aus betrieblichen Gründen zur Sicherheit des Beschäftigten oder zur Koordinierung des Einsatzes erforderlich ist und keine Anhaltspunkte für entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Beschäftigten bestehen. Diese Einschränkung im Wortlaut des Entwurfs ist sehr eng gefasst und widerspricht der Formulierung in der Gesetzesbegründung, die lediglich ein Überwiegen der Interessen des Arbeitgebers an Datenerhebung-, verarbeitung und –nutzung verlangt.

Der Gesetzentwurf sieht zudem vor, dass Ortungssysteme zum Schutz von Arbeitsmitteln oder sonstigen beweglichen Sachen, die sich in der Obhut des Beschäftigten befinden, nur dann eingesetzt werden dürfen, wenn sich diese Sachen nicht in der ordnungsgemäßen Nutzung bzw. Obhut des Beschäftigten befinden. Diese Regelung geht an den Erfordernissen der Realität vollkommen vorbei. Die Organisation einer zeitgemäßen Logistik und der Schutz von Sachwerten kann nur dann gewährleistet werden, wenn die Fahrzeuge oder die Fracht, auch während sie sich in der Obhut des Beschäftigten befinden, geortet werden dürfen. Es wäre geradezu widersinnig, in genau diesen Zeiträumen die Nutzung eines Ortungssystems auszuschließen oder maßgeblich zu erschweren.

zu § 32i BDSG-E

Mit dem Gesetzentwurf soll die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten bei der Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen eingeschränkt werden. Dies gilt insbesondere in dem Fall, in dem Anhaltspunkte für entgegenstehende überwiegende Interessen des Beschäftigten zu erkennen sind. Nach dieser sehr eng gefassten Regelung wird Unternehmen die Organisation und Durchführung einer wirksamen Compliance nahezu unmöglich gemacht, sofern sie Beschäftigten auch die private Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen gestatten. In der Praxis würde dies dazu führen, dass Arbeitgebern dringlich zu empfehlen wäre, genau diese private Nutzung zu verbieten. Wir plädieren daher für eine Streichung des § 32i Absatz 1 des Entwurfes und zusätzlich für eine Klarstellung im Telekommunikationsgesetz, wonach ausschließlich Unternehmen, die gewerblich Telekommunikationsdienstleistungen erbringen, diesem Gesetz unterfallen. Damit sollen Unternehmen, die nach heutigem Stand der Gesetzgebung nur bei Gelegenheit ihre Geschäftstätigkeit durch Erlaubnis der privaten Nutzung von Telekommunikationsdienstleistungen erbringen, von dem Geltungsbereich ausgenommen werden und die Möglichkeit zur stichprobenartigen Überprüfung der Telekommunikation erhalten.

Dr. Marc Zgaga
stellv. Geschäftsführer