

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zum Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern

Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 (DS-GVO) und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (DS-RL) 07.12.2016

I. Grundsätzliche Positionsbestimmung

Die Digitalisierung der Wirtschaft und Gesellschaft ist eine große Herausforderung, gerade auch für Beschäftigte, Arbeitnehmervertreter und Gewerkschaften, da sie im Begriff ist, die Industrie, Dienstleistungen, Märkte, aber auch die Arbeitswelt im Allgemeinen (in der Privatwirtschaft, wie im öffentlichen Dienst, im Bildungswesen usw.) zu verändern. Es besteht die Gefahr, dass Digitalisierung nicht nur die sozialen Ungleichheiten weiter verschärfen, sondern insbesondere den Persönlichkeitsschutz von Beschäftigten und ihren Vertretern in den Betrieben und Verwaltungen beeinträchtigen könnte. Auch aus diesem Grund wird der Persönlichkeits- und Datenschutz immer wichtiger. Um diesen Schutz transparent und vollständig zu gewährleisten, ist ein **eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz** überfällig. Die europäische Reform des Datenschutzrechts durch die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), deren Ziel – neben dem freien Verkehr personenbezogener Daten in der Union – der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist, ist eine erste Antwort auf die Sicherung der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen unter der fortgeschrittenen Bedingungen von Digitalisierung und Globalisierung, sie reicht aber im Beschäftigungskontext nicht aus. Seit dem 25.05.2016 läuft die zweijährige Phase der Anpassung der nationalen Rechtsvorschriften an die Vorgaben der DSGVO, da die DSGVO zahlreiche an die Mitgliedstaaten gerichtete Regelungsaufträge, aber auch – insbesondere für „besondere Verarbeitungssituationen“ (wie den Beschäftigungskontext) – viele Öffnungsklauseln enthält, aus denen sich ein gesetzlicher Anpassungsbedarf im nationalen Datenschutzrecht ergibt.

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften, aber auch der überwiegenden Auffassung in der Literatur, wird den Mitgliedstaaten durch die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO bei der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext ein weiterer Anwendungsbereich für „spezifischere“ Regelungen (durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen) eingeräumt, so dass grundsätzlich

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Ralf-Peter Hayen
Referatsleiter

ralf-peter.hayen@dgb.de

Telefon: 030/24060-272
Telefax: 030/24060-761
Mobil: 0160/7121758

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de



Abweichungen zugunsten eines höheren Schutzniveaus nationaler Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz möglich sind, soweit sie sich mit den Besonderheiten des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gegenüber - inhaltlich regelungsfreien oder einschränkenden - allgemeinen bzw. grundsätzlichen Regelungen der DSGVO rechtfertigen lassen. Für diese spezifischeren Regelungen gibt die DSGVO sowohl die zweckbezogenen Regelungsbereiche (Art. 88 Abs. 1) als auch inhaltliche Anforderungen an die Persönlichkeitsschutz- und Grundrechtewahrung in Bezug auf das Schutzniveau von im Beschäftigtenkontext zu treffenden besonderen Maßnahmen (Art. 88 Abs. 2) vor.

Zur gesetzlichen Ausgestaltung der Regelungsaufträge und Öffnungsklauseln wurde ein noch nicht abschließend im Ressortkreis abgestimmter Entwurf vorgelegt. Kernstück dieses Entwurfs ist ein neugefasstes Bundesdatenschutzgesetz, das sich zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (Beschäftigtendatenschutz) jedoch nur sehr knapp (§ 24 BDSG-E neu) befasst. Wie dem Anschreiben zur Versendung des Entwurfs an Länder und Verbände zu entnehmen ist, liegt ein Regelungsentwurf des BMAS zu dieser Vorschrift vor, der noch einer weiteren vertieften inhaltlichen und europarechtlichen Diskussion im Ressortkreis bedarf. Dieser Regelungsentwurf sieht für eine Erweiterung des § 24 BDSG-E (neu) Ergänzungen vor

- zur Einwilligung,
- zu Kollektivvereinbarungen,
- zur Definition des Beschäftigtenbegriffs und
- zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten.

Der DGB und seine Gewerkschaften vertreten die Auffassung, dass die vom Gesetzgeber vorliegend gewollte Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes nach Maßgabe des Art. 88 DSGVO durch die Schaffung eines **eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes** vorgenommen werden sollte. Die Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext unterstreicht diese Sichtweise. Solange eine detaillierte – und dem entsprechend - umfangreiche eigenständige Regelung kurzfristig nicht realisierbar ist, muss jedenfalls im Zuge des Anpassungsgesetzes eine Absenkung des Schutzniveaus verhindert werden. Dort, wo auf Grundlage etwaig defizitärer Regelungen der DSGVO ein Absinken des Schutzniveaus möglich werden könnte, muss durch die Schaffung von nationalen Spezialregelungen dafür gesorgt werden, dass es im Zuge dieser geplanten Anpassung nicht zu Verschlechterungen des bestehenden Datenschutzniveaus kommt. Ein Zurückfallen hinter heutige Schutzstandards, insbesondere des bestehenden BDSG, aber auch hinter bereichsspezifische Datenschutzvorschriften und Rechtsprechung, die den benötigten Schutz von Beschäftigten auf der Grundlage des informationellen Selbstbestimmungsrechts und auf dem Hintergrund ihrer persönlichen Abhängigkeit im Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet hat, ist für den DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften nicht hinnehmbar.



Zum Erhalt des bestehenden Schutzniveaus gehört u.a. die Fortführung und Konkretisierung der nachfolgenden Regelungen; inwieweit diese im Entwurf aufgegriffen werden, wird wie folgt bewertet:

- Richtig ist die Fortführung der Regelung des § 32 BDSG, die der Entwurf zwar als Übernahme der „Rahmenregelung“ des BDSG (punktuell) einlöst, deren Ergänzung durch spezifische Schutzvorschriften für den Beschäftigungskontext aber im Entwurf fehlt: Entweder werden einige diesbezügliche Regelungen (etwa zur Einschränkung der Einwilligung, zur Klarstellung der Regelungsmöglichkeit durch Kollektivvereinbarungen, zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und zur Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs) durch Verweis im Anschreiben zum Entwurf auf einen noch zu diskutierenden Regelungsentwurf des BMAS nur in Aussicht gestellt. Oder es werden andere erforderliche Konkretisierungen für eine personenbezogene Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext gar nicht angesprochen (etwa zu einer notwendigen Erweiterung des Mitbestimmungsrechts für Betriebsräte bei der personenbezogenen Datenverarbeitung, zur Videoüberwachung und der Nutzung personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien sowie zur spezifischen Zweckbindung und Zweckänderung im Beschäftigungskontext). Darüber hinaus fehlt eine Klarstellung im Entwurf, dass es sich bei § 32 BDSG-E (neu) um eine abschließende Sonderregelung – etwa im Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO – handelt.
- Richtig ist die Beibehaltung des Anwendungsbereichs auf Beschäftigte, Bewerber, arbeitnehmerähnliche Personen etc. gem. § 3 Nr. 11 BDSG, die der Entwurf erfreulicherweise übernimmt. Der Beschäftigtenbegriff muss jedoch aktuell weiter gehend auf Leiharbeiter/innen (auch nach Inhalt des vorgelegten Regelungsentwurfs des BMAS) und ggf. auch auf Werkvertragsbasis Tätige erweitert werden. Regeln zur Überwachung am Arbeitsplatz und im privaten Umfeld einschließlich von Leistungs- und Verhaltenskontrollen, z.B. die Regelung zur Zulässigkeit der Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume durch optisch-elektronische Einrichtung (Videoüberwachung) im Beschäftigungskontext (entsprechend § 6b BDSG), fehlen. Sie sind im Entwurf weder in § 4 BDSG-E (neu) hinreichend erfasst noch – spezifisch - in § 24 BDSG-E (neu) aufgenommen; auch wird eine diesbezügliche Regelungsabsicht nicht in Aussicht gestellt.
- Die Regelung zur Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien im Beschäftigungskontext (entsprechend § 6c BDSG) fehlt vollständig, da sie im Entwurf weder im allgemeinen Teil noch für die besondere Verarbeitungssituation des Beschäftigungsverhältnisses angesprochen oder als Regelungsentwurf in Aussicht gestellt wird.



- Die Regelung zur strengen Zweckbindung von personenbezogenen Daten, die zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind (entsprechend § 31 BDSG) fehlt im Entwurf ebenfalls vollständig, sodass für sie als im Beschäftigungskontext auszugestaltende „spezifischere Vorschrift“ Ergänzungsbedarf besteht.
- Begrüßt werden die Regelung zur Bestellpflicht eines Datenschutzbeauftragten (entsprechend § 4f Abs. 1 BDSG) und zum besonderen Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten (entsprechend § 4f Abs. 2 BDSG); sie sind im Entwurf erfreulicherweise mit dem Ansatz einer weitreichenden Regelung enthalten.
- Richtig ist auch die beabsichtigte Beibehaltung sektorspezifischer Spezialregelungen, wie die der Regelungen der §§ 19 – 21 Gendiagnostikgesetz, die im vorliegenden Entwurf jedoch nicht Regelungsgegenstand sind.

Durch das Anpassungsgesetz sollte außerdem entsprechend § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG für den Beschäftigungskontext ausdrücklich vorgesehen werden, dass die Zwecke, für die die Beschäftigtendaten verarbeitet werden sollen, bereits bei der Erhebung dieser personenbezogenen Daten konkret vom Arbeitgeber festzulegen sind; Zweckänderungen sind nur bei einer grundsätzlich geänderten Sachlage zulässig. Der Entwurf enthält – obwohl spezialgesetzlich sowohl im Hinblick auf Zweckbindung, als auch Zweckänderungen möglich – hierzu keine Konkretisierungen für den Beschäftigungskontext, während den Angaben im Anschreiben zur Versendung des Entwurfs zu entnehmen ist, dass die Regelung der „Verarbeitung zu anderen Zwecken“ (§ 23 BDSG – neu) noch Gegenstand einer vertieften inhaltlichen und europarechtlichen Diskussion im Ressortkreis ist.

Die Forderung des DGB nach Fortführung – zumindest – des derzeit bestehenden Datenschutzniveaus gilt nicht nur für Regelungen zur Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, sondern – im Vergleich zum geltenden BDSG – insbesondere auch für die allgemeinen Bestimmungen, die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung und die Betroffenenrechte im vorgelegten Entwurf eines neuen BDSG, zumal diese generelleren Regelungen häufig die „Rückfallgrundlagen“ für spezifischere Regelungen im Beschäftigungskontext darstellen, wenn durch diese keine Verdrängung der allgemeinen Vorschriften stattfinden. Während die generelle Vorschrift zur Zweckänderung von Datenverarbeitungen (§ 23 BDSG-E –neu) dem bislang geltenden Datenschutzstandard nicht gerecht wird, da sie viel zu weit gefasst ist, werden die Betroffenenrechte (§§ 30ff. BDSG-E-neu) durch den Entwurf (für den nicht-öffentlichen Bereich) zu weit eingeschränkt. Darüber hinaus dient die Aufrechterhaltung des Datenschutzniveaus der allgemeinen Datenschutzregelungen den Beschäftigten in ihrer Rolle als von personenbezogener Datenverarbeitung betroffene Bürger und Konsumenten.



Der DGB sieht (zusammenfassend) im vorliegenden Entwurf noch weiteren Regulierungsbedarf und fordert eine Festlegung der Politik auf die **Schaffung eines eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes**, um die genannten Detailanforderungen bei der Anpassung der Datenschutzgrundverordnung – insbesondere für den spezifischen Beschäftigungskontext – umfassend aufzunehmen.

II. Zu ausgewählten Regelungen des Artikel 1 (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG)

Teil 1: Gemeinsame Bestimmungen

Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen (Kapitel 1)

Zu § 1: Anwendungsbereich

Bislang erfasst der Anwendungsbereich des geltenden BDSG auch die **nichtautomatisierte Datenverarbeitung** gemäß § 1 Abs. 2. Die DSGVO erfasst jene Datenverarbeitung gemäß Art. 2 Abs. 1 jedoch nur, soweit es um eine „nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“ Damit werden nichtautomatisierte Datenverarbeitungsprozesse, die auch nicht auf eine entsprechende Speicherung angelegt sind, nicht erfasst, was im Beschäftigungskontext etwa auf das Fragerecht des Arbeitgebers, die Überwachung von Arbeitnehmern durch Detekteien, das Abhören von Telefonaten und handschriftliche Notizen zuträfe, sofern hier jeweils keine Speicherung von Daten bzw. eine Überführung in ein Dateisystem erfolgt. Der DGB und seine Mitgliedgewerkschaften begrüßen daher, dass § 32 Abs. 2 des geltenden BDSG in § 24 Abs. 2 BDSG (neu) inhaltlich übernommen und damit für den Beschäftigungskontext als eine - gleichsam - „spezifischere“ Regelung für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs i.S. des Art. 88 Abs. 1 DSGVO beibehalten wird (vgl. aber zur Problematik der Betroffenenrechte die weiteren Ausführungen zu § 24 Abs. 2 BDSG neu).

Zu § 2: Begriffsbestimmungen

Die Definition des geltenden § 3 Abs. 10 BDSG zu mobilen personenbezogenen Speicher- und Verarbeitungsmedien wurde nicht übernommen.. Dass sich aber **zur Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** (entsprechend § 6c des geltenden BDSG) in den allgemeinen Datenschutzregelungen der DSGVO keine diesbezügliche Regelung findet, darf nicht zu dem Schluss verleiten, dass insoweit auch keine Definition notwendig ist. Die Norm des bislang geltenden BDSG (§ 6c) ist bedeutsam beim Einsatz von Ortungsdiensten für Beschäftigte (etwa im Rahmen der Routenkontrolle oder aus Sicherheitsgründen). Wenn – mangels Nachfolgeregelung – keine Verpflichtung mehr bestehen würde, etwa eine eindeutige Erkennbarkeit von Kommunikationsvorgängen, die auf dem Medium eine Datenverarbeitung auslösen für den Betroffenen zu gewährleisten, würde sich das bisherige Datenschutzniveau für Beschäftigte verschlechtern. Da dieses Defizit in der DSGVO bezüglich der zulässigen Nutzung dieser Medien durch eine spezialgesetzliche Regelung für den Beschäftigungskontext ausgeglichen werden muss [vgl. nachfolgende Erläuterung in der Stellungnahme zu § 24 BDSG



(neu)], bedarf es auch weiterhin ihrer Definition in der vorliegenden Norm oder (ergänzend) im Rahmen der spezifischeren Vorschrift über die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext.

Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Kapitel 2)

Zu § 4 Videoüberwachung

Dem Regelungsansatz des geltenden BDSG folgend, erfasst die Vorschrift als Nachfolgeregelung in Abs. 1 Nr. 2 auch die Videoüberwachung durch nicht-öffentliche Stellen. Die Bestimmung setzt für die Zulässigkeit der **Videoüberwachung** deren Erforderlichkeit „zum Schutz von Leben, Gesundheit oder Freiheit von Personen [...], die sich in öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen, insbesondere Sport-, Versammlungs- und Vergnügungstätten, Einkaufszentren oder Parkplätzen, oder Einrichtungen und Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs aufhalten“ voraus.

In der Gesetzesbegründung wird dazu erläutert: „Neben dieser auf Artikel 6 Abs. 1 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2016/679 gestützten Überwachungsbefugnis verbleibt für andere Fallgestaltungen Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 als allgemeine Rechtsgrundlage der Videoüberwachung durch Private.“

Demzufolge wird die Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Räumen im Vergleich zur Regelung des geltenden § 6b BDSG in größeren Umfang und nach zum Teil deutlich weniger strengen Voraussetzungen zulässig sein.

Diese Einschätzung wird bestätigt durch Art. 35 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 35 Abs. 3 lit. c DSGVO (sowie Erwägungsgrund 91), der nur die „systematische“ und „umfangreiche“ Videoüberwachung als eine Datenverarbeitung erachtet, die hohe Risiken für die Rechte und Freiheiten der Betroffenen in sich birgt., Diese Anforderung erfasst lediglich einen kleinen Ausschnitt des Arbeitslebens. Wichtige Bereiche von Produktion, Dienstleistung und Verwaltung, in denen die Videoüberwachung gerade auch zur Kontrolle von Leistung und Verhalten sowie der Privatsphäre von Beschäftigten eingesetzt wird bzw. eingesetzt werden kann, würden vom Schutzbereich dieser Norm ausgeblendet. Auch würde die häufig punktuelle und auf kleinere Bereiche bezogene Videoüberwachung in Betrieben, aber auch in öffentlich zugänglichen Ladenlokalen, der – gegenüber § 6b BDSG – herabgesetzten Rechtfertigungsschwelle für Videoüberwachung nach der DSGVO unterfallen, soweit über Art. 88 Abs. 1 DSGVO keine **spezifischere Vorschrift** für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen würde. Ohnehin haben die aus dem derzeit geltenden § 6b BDSG abgeleiteten Voraussetzungen einer zulässigen Videoüberwachung auch Rückwirkungen auf die Zulässigkeit in nicht öffentlich zugänglichen Bereichen, wie etwa Produktionsstätten, deren Zulässigkeit sich nach dem geltenden § 32 BDSG richtet. Auf der Grundlage der vorliegenden (defizitären) Regelung erscheint es möglich, dass die Rechtsprechung zukünftig bei der Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen auch im Beschäftigungskontext auf § 4 BDSG-E (neu) und ergänzend



auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zurückgreifen wird. Das aber würde eine deutliche Absenkung des Schutzstandards im Beschäftigungskontext bewirken, der nicht hinnehmbar ist. Da der Entwurf nach dem Wortlaut dieser Vorschrift (§ 4 BDSG-E neu) eine Fortführung von § 6b BDSG für den Beschäftigungskontext und die Beibehaltung der bisherigen nationalen Maßstäbe nicht ausdrücklich klargestellt hat, muss die Videoüberwachung im Beschäftigungskontext spezifisch in § 24 BDSG-E (neu) geregelt werden. Die Regelung muss klarstellen, dass eine Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung), von der Beschäftigte betroffen sind, nur dann zulässig ist, soweit sie zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen überwiegen (vgl. den geltenden § 6b Abs. 1 BDSG). Ferner sind auch die Absätze 2 bis 5 des geltenden § 6b BDSG zu übernehmen. Weiter ist in der vorliegenden Vorschrift (§ 4 BDSG-E –neu) – zur Beilegung des bislang insoweit bestehenden und zur Vermeidung zukünftigen dogmatischen Streits – klarzustellen, dass für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext im Hinblick auf Videoüberwachung die Spezialnorm des § 24 BDSG-E (neu) ergänzend hinzutritt.

Zudem muss in der Gesetzesbegründung klar herausgestellt werden, dass mit der Fortführung der Regelungen des geltenden § 32 BDSG in § 24 BDSG-E in Bezug auf die Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen die bisherige Rechtslage fortgeführt werden soll.

Teil 2: Durchführungsbestimmungen für Verarbeitungen zu Zwecken gemäß Artikel 2 der Verordnung (EU) 2016/679

Rechtsgrundlagen der Verarbeitung personenbezogener Daten (Kapitel 1)

Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten und Verarbeitung zu anderen Zwecken (Abschnitt 1)

Zu § 22: Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Soweit ersichtlich, sind Verschärfungen der Einwilligung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten – etwa das Erfordernis der Ausdrücklichkeit in § 4a Abs. 3 BDSG – in der vorliegenden Vorschrift nicht vorgesehen. Dies ist angesichts der besonderen Sensibilität dieser Daten auch nach Maßgabe der DSGVO nicht hinnehmbar. Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO deckt als Öffnungsklausel für den Ausschluss einer Einwilligung bei der Verarbeitung die Überführung von § 4a Abs. 3 BDSG in die vorliegende Vorschrift. Die Einwilligung **der/des Beschäftigten** in die Verarbeitung ihrer/seiner personenbezogenen Daten bedarf insgesamt dringend einer **spezifischen Regelung**. Diese Regelung muss sicherstellen, dass die Grundsätze der Freiwilligkeit und der Informiertheit sichergestellt werden. Dabei können und sollten auch die besonderen Umstände, die in Bezug auf sensitive Daten zu beachten sind, Berücksichtigung finden.



Zu § 23: Verarbeitung zu anderen Zwecken

Diese Vorschrift wird dem bislang geltenden Datenschutzstandard nach dem BDSG nicht gerecht, da sie als Grundlage für eine zweckändernde Verarbeitung personenbezogener Daten auch für den privaten Bereich viel zu weit gefasst ist. Außerdem betont sie einseitig und pauschal die „Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen“ für eine zulässige Zweckänderung (vgl. Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs). Ein solcher Erlass umfassender Regelungen für Zweckänderungen im privaten Bereich ist von Art. 6 Abs. 4 DSGVO, der keine diesbezügliche Öffnungsklausel darstellt, nicht gedeckt und kann deren Erfordernis einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO nicht ersetzen. Da gerade (unzulässige) Zweckänderungen erheblich in den Persönlichkeits- und Datenschutz der Betroffenen eingreifen, muss diese Regelung gestrichen werden.

Darüber hinaus bedarf es – nach Maßgabe der hierzu ermächtigenden Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO - einer spezialgesetzlichen Einschränkung zulässiger Zweckänderungen für den Beschäftigungskontext in § 24 BDSG-E (neu), um einer etwaig möglichen Interpretation weiter (als bislang nach § 32 BDSG) reichender Zweckänderungen durch Art. 6 Abs. 4 DSGVO und damit einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen. Gleiches gilt für eine erforderliche gesetzliche Klarstellung im Rahmen des § 24 BDSG-E (neu), dass die allgemeine Interessenabwägung nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. 4f DSGVO im Beschäftigungskontext nicht greift, da § 24 BDSG-E (neu) insoweit als abschließende Sonderregelung zu betrachten ist, wonach der Begriff der „Durchführung“ des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1) weit zu verstehen ist und bereits eine spezielle Interessenabwägung beinhaltet.

Besondere Verarbeitungssituationen (Abschnitt 2)

Zu § 24: Verarbeitung im Beschäftigungskontext

Der Erhalt und die Weitergeltung des § 32 Abs. 1 bis 3 BDSG und des § 3 Abs. 11 BDSG in Gestalt des § 24 Abs. 1 bis 4 BDSG-E (neu) werden vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften grundsätzlich begrüßt. Angesichts des Wegfalls (etwa von § 4 BDSG) oder der Modifizierung von weiteren Bestimmungen des geltenden BDSG durch die DSGVO sowie deren Eröffnung einer Konkretisierung der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigten-daten im Beschäftigungskontext durch Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen, bedarf es jedoch weiterer ergänzender Regelungen im BDSG-E (neu).

Zu Abs. 1 (Erhalt des Inhalts von § 32 BDSG):

Anders als durch den wegfallenden § 4 BDSG, der Kollektivvereinbarungen (Tarif- und Betriebsvereinbarungen) i.S. einer „andere Rechtsvorschrift“ (Abs.1) als Erlaubnistatbestand für die Zulässigkeit von personenbezogenen Datenverarbeitungen angesehen hat, werden Kollektivvereinbarungen mangels Nachfolgenorm für § 4 BDSG und in der vorliegenden Vorschrift nicht explizit als Legitimationstatbestand genannt. Allerdings räumt die DSGVO in Art. 88 Abs. 1 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Befugnis ein, durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Beschäftigtendatenschutzes vorzusehen, die unionsrechtlich dann den gleichen materiellen Anforderungen unterliegen



wie eigene Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten, insbesondere dem Abs. 2 des Art. 88 DSGVO und den allgemeinen Grundsätzen aus Art. 5 DSGVO. Erwägungsgrund 155 nennt dabei Betriebsvereinbarungen explizit als Beispiel. Zwar lässt sich auf diesem Hintergrund vertreten, dass der status quo insoweit erhalten bleibt, weil bereits nach geltendem Recht eine entsprechende Legitimation als „andere Rechtsvorschrift“ im Sinne des geltenden § 4 Abs. 1 BDSG anerkannt ist, und gegenwärtig unmittelbar aus dem Unionsrecht abgeleitet wird. Da dies aber nicht eindeutig ist und in Frage gestellt wird, ist eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung notwendig, dass die Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG (sowie von Dienstvereinbarungen nach Maßgabe der einschlägigen personalvertretungsrechtlichen Regelungen) zusätzlich weiterhin möglich ist. Insbesondere ist eine rechts-sichere Datenverarbeitung auf der Grundlage von (auch allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen sicherzustellen. Bei Regelung durch tarifliche oder betriebliche Vereinbarungen müssen diese mindestens dem gesetzlichen Niveau entsprechen.

Schließlich ist auch vor dem Hintergrund, dass fraglich ist, ob der EU die Kompetenz zusteht, im Wege einer Verordnung Fragen der Regelungsbefugnis von Kollektivvertragsparteien - also Fragen betreffend das Arbeitsrecht – zu regeln (vgl. Art. 153 i.V.m. Art. 114 Abs. 2 AEUV), eine nationale Regelung, die den Kollektivvertragsparteien diese Befugnis ausdrücklich zuweist, aus Gründen der Rechtssicherheit erforderlich.

Daher wird auch der – im Anschreiben für die Versendung des vorliegenden Referentenentwurfs an die Länder und Verbände hervorgehobene und im Ressortkreis noch zu diskutierende – **Regelungsentwurf des BMAS** begrüßt, nach dessen Inhalt durch die Einfügung eines eigenständigen Absatzes klargestellt werden soll, dass die **Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses auch auf Grundlage von Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen) zulässig** ist (wobei Artikel 88 Abs. 2 DS-GVO sowie entsprechende einfachgesetzliche Schutzvorschriften, etwa § 75 BetrVG oder § 70 Abs. 4 SPersVG als beispielhafte personalvertretungsrechtliche Vorschrift, zu beachten sind).

Dies reicht nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften als Regelungsentwurf in Bezug auf die Befugnisse der Kollektivpartei „Betriebsrats“ zur Wahrnehmung seiner Aufgaben i.S. des Art. 88 DSGVO aber nicht aus: Damit bei Betriebsvereinbarungen beide Vertragsparteien an dieser Ausgestaltung auf Augenhöhe mitwirken können, bedarf es weiter einer gesetzlichen Verankerung eines – über den Anwendungsbereich des geltenden Mitbestimmungsrechtes (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) hinaus gehenden – erzwingbaren und einigungsstellenbewehrten Mitbestimmungsrechts, das generell die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext umfasst. Dies gilt auch für den Anwendungsbereich des Bundespersonalvertretungsrechts. Die §§ 68 Abs. 1 Nr. 2, 75 Abs. 3 Nr. 17, 76 Abs. 2 Nr. 2, 5 und 7 BPersVG stellen die Mitbestimmung des Personalrats bei sämtlichen Vorgängen, die die Verarbeitung personenbezogener Daten einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses beinhalten, nicht in hinreichend und umfassend sicher.



Zu Abs. 2 (Analoge Anwendung § 32 Abs. 1 BDSG a.F. auf nicht-automatisierte DV):

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen, dass auch § 32 Abs. 2 des geltenden BDSG in die vorliegende Norm inhaltlich übernommen und damit für den Beschäftigungskontext als eine „spezifischere“ Regelung für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs i.S. des Art. 88 Abs. 1 DSGVO beibehalten wird. Damit ist die **nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten**, die auch nicht in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, durch diese Regelung erfasst. Dies ist von besonderer praktischer Bedeutung in der Arbeitswelt etwa hinsichtlich des Fragerechts des Arbeitgebers, der Überwachung von Arbeitnehmern durch Detekteien oder des Abhörens von Telefonaten, sofern hier jeweils keine Speicherung erfolgt. Erfasst sind darüber hinaus aber auch handschriftliche Notizen, etwa in Bewerbungsgesprächen, oder von Beschäftigten ausgefüllte Arbeitsbögen (etwa Erhebungen vor Umstrukturierungen etc.), die nicht in ein Dateisystem überführt werden sollen.

Fraglich ist jedoch, ob in diesen Fällen auch die Betroffenenrechte greifen, da diese auch im BDSG-E (neu) auf die Anwendung der DSGVO verweisen, die wiederum für das Eröffnen ihres Anwendungsbereichs – anders als § 1 Abs. 2 des geltenden BDSG - zumindest eine (beabsichtigte) Speicherung in einem Dateisystem voraussetzt (vgl. Art. 2 Abs. 1 DSGVO). So dürfte etwa das Auskunftsrecht in Art. 15 DSGVO in Bezug auf die von der DSGVO nicht erfassten handschriftlichen Notizen, die nicht in einem Dateisystem erfasst werden, nicht greifen. Insoweit bedarf es für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext einer entsprechenden Klarstellung, damit die Reduktion des Anwendungsbereichs der DSGVO hier nicht zu einer Verschlechterung des Status quo des datenschutzrechtlichen Niveaus für die Beschäftigten führt.

Zu Abs. 3 (Klarstellungshinweis):

Auch die Beibehaltung des klarstellenden Hinweises auf die gesonderte **Geltung der Beteiligungrechte der Interessenvertretungen** der Beschäftigten wird begrüßt.

Zu Abs. 4 (Definition des Beschäftigtenbegriffs):

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die weitgehende – lediglich redaktionell überarbeitete und aktualisierte - Übernahme der geltenden Begriffsbestimmungen aus § 3 Abs. 11 BDSG und ihre Integration in die vorliegende Norm. Insoweit bedarf es jedoch der vom **BMAS** in seinem Regelungsentwurf (vgl. Anschreiben zur Übersendung dieses Entwurfs) vorgesehenen Ergänzung, dass der **Beschäftigtenbegriff auch Leiharbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher erfassen** muss. Diese sind in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und seinen Weisungen unterworfen, so dass sie bezüglich ihrer Schutzbedürftigkeit auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht den Stammbeschäftigten gleichgestellt werden müssen. Richtigerweise werden Leiharbeitnehmer daher bereits nach geltender Rechtslage den eigenen Beschäftigten des Entleihers gleichgesetzt (vgl. Simitis, § 3 BDSG, 8. Aufl., § 3 Rn. 283 m.w.N.). Das aktuelle Gesetzgebungsverfahren bietet somit die Gelegenheit, durch eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung die Rechtsanwendung durch höhere Klarheit des Gesetzestextes zu vereinfachen. Zu erwägen ist jedoch weiter, auch andere im Betrieb tätige Personen, die keinen Arbeitsvertrag mit dem Betriebsinhaber



geschlossen haben (etwa Beschäftigte eines beauftragten Unternehmens oder auf Werkvertragsbasis), in Bezug auf die Daten, die aufgrund ihrer Tätigkeit vom Betriebsinhaber verarbeitet werden, dem gleichen Datenschutzregime wie Stammbeschäftigte zu unterstellen, zumal aus dieser Datenverarbeitung unter bestimmten Konstellationen auch Rückschlüsse möglich sind auf Leistung und Verhalten der Stammbeschäftigten.

Zutreffend soll nach Auffassung des BMAS die o.g. Regelung zur Erweiterung des Beschäftigtenbegriffs sowie ein eigenständiger Absatz zu der **Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten** in die vorliegende Norm integriert werden.

— Weitere Regelungserfordernisse:

Um den Besonderheiten des abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gegenüber allgemeinen Datenverarbeitungssituationen gerecht zu werden, für die den Mitgliedsstaaten die Option der Regelung „spezifischerer Vorschriften“ zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten der Betroffenen vom Ordnungsgeber eingeräumt wurde, sind **weitere ergänzende bzw. konkretisierende Regelungen**, vorzugsweise durch Integration in die vorliegende Vorschrift (§ 24 BDSG-E – neu), erforderlich. In ihrer Notwendigkeit unabweisbar sollten durch spezialgesetzliche Vorschriften im Beschäftigungskontext die **Einschränkung der Einwilligung**, die **Einschränkung zulässiger Zweckänderungen**, die **Einschränkung der Videoüberwachung im Beschäftigungskontext** und die **Grenzen der Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** geregelt werden.

Hierzu im Einzelnen wie folgt:

— **Einwilligung** unter den besonderen Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften darf wegen der Besonderheit des Ungleichgewichts (Abhängigkeit) zwischen dem/der Beschäftigten und dem Arbeitgeber als Datenverarbeitendem die Einwilligung des/der Beschäftigten in die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungsverhältnis nur unter engen Voraussetzungen eine Rechtsgrundlage für die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten darstellen. Soweit die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis – gegenüber Art. 6 und Art. 9 DSGVO - ausnahmsweise als Rechtfertigung möglich sein soll, muss sie an strenge Voraussetzungen (vgl. auch Art. 7 DSGVO, Erwägungsgründe 42, 43, 155) geknüpft werden. Das in der DSGVO fehlende (im geltenden BDSG aber enthaltene) **Schriftformerfordernis** soll fortgeführt werden. Denn mit dem Wegfall des Schriftformerfordernisses entfällt auch die damit bislang einhergehende Warnfunktion, mit der der Betroffene - durch die Notwendigkeit einer eigenhändigen Unterschrift - vor einer unüberlegten und vorschnellen Entscheidung abgehalten wurde. Zum anderen kommt es auch zu Einbußen an Rechtssicherheit hinsichtlich des Bestehens einer Einwilligung als Erlaubnistatbestand im konkreten Fall, die bislang das Schriftformerfordernis gewährleisten konnte. Dies ist auch für die datenverarbeitende Stelle nach Art. 7 Abs. 1 DSGVO von großer Bedeutung, da sie die Be-



weislast dafür trägt, dass der Betroffene seine Einwilligung zu der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten erteilt hat. Im Falle einer bloß mündlich oder konkludent erteilten Einwilligung wird dieser Nachweis regelmäßig nicht zu führen sein.

Es bedarf weiter einer ausdrücklichen Regelung, dass die Einwilligung nur bezogen auf einen genau umschriebenen **Verwendungsvorgang** unter Benennung der gebilligten Verbreitungsziele und Verbreitungsphasen erteilt werden kann. Sie muss **jederzeit widerrufbar** sein und der Widerruf oder die Ablehnung der Einwilligung darf sich **nicht zum Nachteil** des oder der Beschäftigten auswirken. Im Fall des Widerrufs hat der Arbeitgeber die aufgrund der Einwilligung erhobenen Daten unverzüglich zu löschen. Es muss zudem sichergestellt werden, dass der oder die Beschäftigte vor der Erteilung der Einwilligung ausführlich über den Zweck oder die Zwecke der Datenverarbeitung, die strenge Zweckbindung, die Freiwilligkeit der Einwilligung, das Benachteiligungsverbot im Weigerungsfalle, das jederzeitige Widerrufsrecht und die daraus resultierende Lösungsverpflichtung unterrichtet wird.

Zutreffend schlägt insoweit auch das **BMAS** mit seinem – noch im Ressortkreis zu diskutierenden – Regelungsentwurf vor, dass die Einwilligung in die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext besonderen Anforderungen zu unterwerfen ist. Zu diesem Vorschlag des BMAS wird im Anschreiben zur Übersendung des Referentenentwurfs hinsichtlich der Einschränkung für die Zulässigkeit einer Einwilligung inhaltlich ausgeführt: *„Sie muss grundsätzlich schriftlich erteilt werden und der Arbeitgeber hat den Beschäftigten über den Zweck der Datenverarbeitung und über dessen Widerrufsrecht in Textform aufzuklären. Außerdem ist die Einwilligung nur wirksam, wenn der Beschäftigte diese freiwillig erklärt. Freiwilligkeit soll nach der vorgeschlagenen Regelung nur dann gegeben sein, wenn die Umstände des Einzelfalls, einschließlich des im Beschäftigungsverhältnis bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses, berücksichtigt werden. Das Vorliegen rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteile für den Beschäftigten oder gleichgelagerte Interessen bei Beschäftigtem und Arbeitgeber geben Hinweise auf den Maßstab für die Beurteilung der Frage, ob im konkreten Anwendungsfall von Freiwilligkeit ausgegangen werden kann.“*

Wenn man diesem Ansatz des BMAS folgt, ist dieser Hinweis auf den Maßstab für die Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung jedenfalls unzureichend: Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass eine Einwilligung für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften (generell und ohne Prüfung in jedem Einzelfall) nur **ausnahmsweise** als Rechtsgrundlage angesehen werden kann. Sie kann in Bezug auf die Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses - ausnahmsweise - dann als rechtmäßig angesehen werden, wenn die daraus resultierenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Folgen für den abhängig Beschäftigten **überwiegend** vorteilhaft sind. Eine „irgendwie“ geartete Vorteilhaftigkeit kann als Hinweis auf die Freiwilligkeit der Einwilligung nicht ausreichen. Die Vorteilhaftigkeit der Folgen einer Einwilligung müssen für den Beschäftigten gegenüber den Vorteilen, die der Arbeitgeber aus der Einwilligung zieht, zumindest überwiegen (mehr als 50%). So fehlt es auch nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich an der Freiwilligkeit einer Einwilligung, wenn diese „in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer Schwäche oder Unterordnung erteilt wird“ (vgl. BGH Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, DuD 2008, 818 (820)



– Payback; Urt. v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, DuD 2010, 493 (495) – Happy Digits). Im Bewerbungsverfahren ist das Kriterium einer – auch überwiegenden – Vorteilhaftigkeit für den - angehenden - Beschäftigten hingehend untauglich, da (auch) nach weit überwiegender Auffassung in der Literatur (vgl. für viele: Taeger/Rose, BB 2016, 819FF., 822; Wybitul/Pötters, RdA 2016, 10ff., 12f.; Stelljes, DuD 2016, 1ff., 2, mit Hinweis auf BVerfG vom 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NJW 2007, 286.) in dieser Situation eine Freiwilligkeit der Einwilligung kaum denkbar ist, weil der Bewerber das Verlangen des Arbeitgebers nach einer Einwilligung immer als Einstellungs Voraussetzung für den Arbeitsplatz verstehen wird, der er zur Erlangung dieser Existenzgrundlage zustimmen muss. Daher sollte für diese Situation (im Bewerbungsverfahren) die Einwilligung als Rechtfertigungsmöglichkeit generell ausgeschlossen werden.

Schließlich muss – sowohl im Zuge eines Bewerbungsverfahrens, als auch in Bezug auf Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses - ausgeschlossen sein, dass der Erhalt oder die Erhaltung des Arbeitsplatzes als vorteilhaft gilt oder sich der Arbeitgeber die Einwilligung durch finanzielle Zuwendungen an den/die Arbeitnehmer/in „erkauft“; darauf ist zumindest in der Gesetzesbegründung hinzuweisen.

Darüber hinaus sollte der Regelungsvorschlag des BMAS zu den Voraussetzungen einer Zulässigkeit der Einwilligung der Beschäftigten im Beschäftigungskontext zwischen den gesetzlich anzuordnenden Geboten und Verboten einerseits und der Unterrichtsverpflichtung des Arbeitgebers in Bezug auf diese einzelnen Elemente andererseits unterscheiden. Die Unterrichtung des Beschäftigten muss – über die mitgeteilten Elemente hinaus - auch auf die strenge Zweckbindung, die Freiwilligkeit, das Verbot der Benachteiligung und die Folge einer arbeitgeberseitigen Lösungsverpflichtung bei Widerruf erstrecken.

Zweckänderungen unter den besonderen Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften bedarf es im Rahmen dieser Vorschrift (§ 24 BDSG-E neu) – nach Maßgabe der hierzu ermächtigenden Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO - einer spezialgesetzlichen **Einschränkung zulässiger Zweckänderungen** (nach Maßgabe der allgemeinen Vorschrift des § 23 BDSG-E –neu) für den Beschäftigungskontext, um einer etwaig möglichen Interpretation von weiter - als bislang nach dem geltenden § 32 BDSG - reichenden Zweckänderungen durch Art. 6 Abs. 4 DSGVO und damit einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen. Dies könnte beispielsweise - in Sektor spezifischer Weiterführung des geltenden § 31 BDSG - auch eine **besondere Zweckbindung** für solche personenbezogenen Beschäftigtendaten beinhalten, die ausschließlich zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert werden (zur Ergänzung einer entsprechenden Vorschrift des § 31 BDSG in dieser Norm: vgl. nachfolgende Ausführungen).

Um einer Verschlechterung der datenschutzrechtlichen Position von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vorzubeugen, ist gleichsam auch eine gesetzliche Klarstellung im Rahmen dieser Norm (oder ersatzweise mit Hinweis auf die Besonderheiten zur „Verarbeitung



personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck“ im Beschäftigungskontext in § 23 BDSG-E neu) erforderlich, dass die allgemeine Interessenabwägung nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO im Beschäftigungskontext nicht greift, da die vorliegende Norm des § 24 BDSG-E (neu) insoweit als abschließende Sonderregelung zu betrachten ist, wonach der Begriff der „Durchführung“ des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1) weit zu verstehen ist und bereits eine spezielle Interessenabwägung beinhaltet.

Videüberwachung unter den besonderen Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Der Entwurf stellt nach seinem Wortlaut in § 4 BDSG-E (neu) eine Fortführung von § 6b BDSG für den Beschäftigungskontext - und die Beibehaltung der bisherigen nationalen Maßstäbe - nicht ausdrücklich klar. Daher muss zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten die Videoüberwachung im Beschäftigungskontext spezifisch in § 24 BDSG-E (neu) geregelt werden. Insoweit ist in der vorliegenden Vorschrift – zur Beilegung des bislang insoweit bestehenden und zur Vermeidung zukünftigen dogmatischen Streits – klarzustellen, dass für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext im Hinblick auf Videoüberwachung die vorliegende spezifische Norm (§ 24 BDSG-E neu) ergänzend hinzutritt. Insoweit sind Regeln zur Videoüberwachung und Kontrolle von Beschäftigten in nicht allgemein zugänglichen Bereichen sowie Regeln zur Videoüberwachung in allgemein zugänglichen Bereichen in der Folge zu diesem Entwurf (vom beteiligten BMAS) zu formulieren.

Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien:

Ergänzungsbedarf für eine Aufrechterhaltung des bisherigen Datenschutzniveaus besteht weiter gegenüber den – insoweit defizitären - Vorschriften des Entwurfs auch in Bezug auf bislang fehlende **Regelungen zur Zulässigkeit der Nutzung mobiler personenbezogener Speicher- und Verarbeitungsmedien** (entsprechend § 6 c des geltenden BDSG). Zwar finden sich hierzu in den allgemeinen Datenschutzregelungen der DSGVO gleichsam keinerlei Regelungen. Die Verwendung von Chipkarten (bspw. zur Zugangskontrolle), SIM-Karten im Mobilfunkbereich, Systeme der Radio Frequency Identification (RFID) spielt in der betrieblichen Realität jedoch eine große Rolle. Daher haben Regelungen über die Zulässigkeit ihrer Nutzung - auch wegen des insoweit bestehenden Überwachungspotenzials - im Beschäftigungskontext eine große Bedeutung. Ein (ersatzloser) Fortfall der bisherigen Regelung des § 6c BDSG würde den derzeit bestehenden rechtlich vorgegebenen Datenschutzstandard für abhängig Beschäftigte senken, weshalb dieses Defizit durch eine spezialgesetzliche Regelung für den Beschäftigungskontext ausgeglichen werden muss.

Besondere Zweckbindung unter den Bedingungen der abhängigen Beschäftigung:

Ergänzungsbedarf besteht schließlich im Beschäftigungskontext in Bezug auf die **Fortführung der Regelungen zur strengen Zweckbindung von personenbezogenen Daten**, die zu Zwecken der Datenschutzkontrolle, der Datensicherung oder zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Betriebes einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert sind. Ein vergleichbarer strenger spezieller Zweckbindungsgrundsatz, wie dieser im geltenden § 31



BDSG normiert ist, findet sich zwar in der DSGVO nicht. Der dort in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO allgemein geregelte Grundsatz der Zweckbindung wird zudem durch die ausnahmsweise zulässige Zweckänderung (Art. 6 Abs. 4 DSGVO) relativiert. Aber gerade im Beschäftigungskontext gilt es, die insoweit bestehenden Möglichkeiten des Arbeitgebers zum Schutz der abhängig Beschäftigten zu beschränken, auf große Datenbestände zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zurückgreifen zu können. Insoweit bedarf es einer spezialgesetzlichen Regelung.

Fortführung **bereichsspezifischer Regelungen** (z.B. §§ 19-21 Gendiagnostikgesetz)

Für den Beschäftigungskontext spielt der Umgang mit genetischen Beschäftigtendaten eine große Rolle. Für die datenschutzrechtliche Regelung sind die §§ 19 ff. GenDG als sektorspezifische Spezialvorschriften einschlägig. Demnach sind genetische Untersuchungen und Analysen (einschließlich des Einforderns und Verwertens von Ergebnissen bereits vorgenommener Untersuchungen oder Analysen) grundsätzlich unzulässig und bußgeldbewehrt. Hinsichtlich biometrischer Beschäftigtendaten greift mangels spezieller Regelung die „Generalklausel“ des geltenden § 32 BDSG. Da die DSGVO hier keine Änderungen bringt, weil sie in Art. 9 Abs. 4 für die Verarbeitung von genetischen, biometrischen und Gesundheitsdaten zusätzliche Bedingungen einschließlich Beschränkungen zulässt, sind entsprechende Sonderregelungen ausdrücklich erlaubt. Soweit bislang § 32 BDSG einschlägig ist, greift künftig der normativ identische § 24 BDSG (neu). Daher bleiben diese Regelungen des GenDG unberührt (vgl. hierzu § 1 Abs. 2 Satz 1 BDSG-E –neu).

Dies gilt gleichsam für Eignungstests, deren Zulässigkeit primär am Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 Abs.1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist. Datenschutzrechtlich müssen Eignungstests im Sinne des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG „erforderlich“ sein, also nach wissenschaftlich anerkannten Methoden Auskunft über die gesuchte Eignung geben und von einem berechtigten und billigen schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung getragen sein; außerdem muss die Einwilligung des Beschäftigten in die Teilnahme am Test und dessen Durchführung vorliegen.

Zu § 28: Scoring

Während § 28b des geltenden BDSG eine Sondervorschrift für das Scoring zur Verfügung stellt, besteht hierzu in der DSGVO keine spezielle Vorschrift. Anknüpfungspunkte lassen sich jedoch aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f, Art. 23 Abs. 1 lit. i Alt. 2, und Art. 22 sowie Erwägungsgrund 71 der DSGVO entnehmen. Der vorliegende Entwurf übernimmt fast wortidentisch die Regelungen des § 28b BDSG. Die weite Fassung dieser Anpassungsvorschrift, wie sie noch im Vorentwurf (§ 39 Abs. 2 und 3 ABDSG-E) enthalten war und die dem bislang geltenden Datenschutzstandard nach dem BDSG nicht gerecht wurde, ist - soweit ersichtlich - (jedenfalls in diesem unmittelbaren Zusammenhang) beseitigt. Damit bleibt es bei der bestehenden Rechtslage nach dem geltenden BDSG, was von Seiten des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften begrüßt wird.



Rechte der betroffenen Person (Kapitel 2)

Die Kritik des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften richtet sich gegen eine starke Einschränkung der Informations-, Auskunfts-, Lösungs- und Widerspruchsrechte der betroffenen Personen im nicht-öffentlichen Bereich durch den Entwurf. Insoweit dürfen keine Regelungen aus dem BDSG übernommen werden, die hinter den Vorgaben der DSGVO zurück bleiben. Die Betroffenenrechte in der DSGVO (insbesondere Art. 13 DSGVO) sind tendenziell gar umfassender ausgestaltet, als die des geltenden BDSG (vgl. insoweit §§ 19-21 und §§ 33-35 BDSG). Nach der DSGVO bestehen lediglich beschränkte Öffnungsklauseln (vgl. Anforderungen des Art. 23 DSGVO), die die im Entwurf vorgesehenen Einschränkungen der Betroffenenrechte nicht abdecken. Hierzu beispielhaft im Einzelnen wie folgt:

Zu § 30: Informationspflicht bei Erhebung von personenbezogenen Daten bei der betroffenen Person

Die Kritik gilt im Bereich der Regelungen zu den Betroffenenrechten für die zu weit gehende Beschränkung der Informations- und Benachrichtigungspflicht, insbesondere durch Abs. 1 Nr. 2 der vorliegenden Vorschrift wegen eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“. Dieses Kriterium wird auch nicht durch eine Interessenabwägung flankiert, da eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person nicht vorgesehen ist. Eine solche das Unterrichtsrecht einschränkende Ausnahme kennt das BDSG in diesem Kontext nicht, und sie wird auch nicht durch die Vorgaben der DSGVO gestützt (vgl. die Anforderungen in Art. 23 DSGVO). Daher sollte diese Ausnahme gestrichen werden.

Zu § 31: Informationspflicht, wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden

Die Kritik richtet sich gegen die Einschränkung der Informationspflicht gemäß Art. 14 Abs. 1 und 2 DSGVO, insbesondere durch Abs. 1 Nr. 2 lit. a, soweit (im Falle einer nicht-öffentlichen Stelle) die Information die Geschäftszwecke des Verantwortlichen erheblich gefährdet. Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften ist eine solche rein privatnützige Einschränkung nicht von der DSGVO gedeckt und sollte gestrichen werden.

Zu § 32: Auskunftsrecht der betroffenen Person

Die Kritik richtet sich – entsprechend den Ausführungen zu § 31 BDSG-E (neu) – insbesondere gegen die Einschränkung des Auskunftsrechts der betroffenen Person gemäß Art. 15 der DSGVO durch Abs. 1 (da Art. 23 DSGVO nicht die vorliegenden Abweichungen rechtfertigt) und Abs. 2 der vorliegenden Vorschrift, wonach eine nicht-öffentliche Stelle die Auskunft über die in Art. 15 Abs. 1 lit. c und g sowie Abs. 2 der DSGVO genannten Informationen verweigern kann, soweit das Interesse an der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses gegenüber dem Informationsinteresse der betroffenen Person überwiegt. Ein rein privatnütziges Interesse kann nicht Ausgangspunkt einer Interessenabwägung sein. Die



Vorschrift sollte nach Maßgabe der Anforderungen des Art. 23 DSGVO überarbeitet und die darüber hinaus gehenden Einschränkungen sollten gestrichen werden.

Zu § 33: Recht auf Löschung

Auch insoweit richtet sich die Kritik – entsprechend der Ausführungen zu § 30 BDSG-E (neu) – insbesondere gegen eine Negierung des Rechts der betroffenen Person zur Löschung personenbezogener Daten gemäß Art. 17 Abs. 1 DSGVO im Falle eines „unverhältnismäßigen Aufwandes“ (Abs. 1), ohne dass auch nur eine Abwägung mit den Interessen der betroffenen Person vorgesehen ist. Diese Einschränkung sollte gestrichen werden.

Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter (Kapitel 3)

Zu § 36: Datenschutzbeauftragte nicht-öffentlicher Stellen

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen den Ansatz einer weitreichenden Regelung auf der Basis der Art. 37 bis 38 DSGVO mit der vorliegenden Vorschrift. Die Reichweite der Bestellpflicht, die sich nach dem Entwurf aus den §§ 5 Abs. 1, 36 Abs. 1 BDSG-E (neu) ergibt, entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des geltenden § 4f Abs. 1 BDSG. Hinzu kommen über den Verweis in § 36 Abs. 1 BDSG-E (neu) auf Art. 37 Abs. 1 lit. b und c DSGVO noch die dort spezifisch hervorgehobenen Fallgruppen. Jenseits der genannten Fallgruppen wird die Bestellpflicht für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter auch weiterhin greifen, soweit sie „in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen“ (§ 36 Abs. 1 BDSG-E neu). Das ist im Ergebnis identisch zur bisherigen Regelung, die spiegelbildlich die Bestellpflicht bei höchstens neun entsprechend Beschäftigten entfallen ließ.

§ 36 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 Satz 1 enthält zwar eine Regelung zur Weisungsfreiheit nur für öffentliche Stellen; ergänzend ergibt sich eine umfassende Weisungsfreiheit jedoch aus Art. 38 Abs. 3 DSGVO. Das Benachteiligungsverbot wurde ebenso beibehalten (§ 36 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 3 S. 2 BDSG-E neu entspricht § 4f Abs. 3 S. 3 des geltenden BDSG), wie der Kündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten, da § 5 Abs. 6 BDSG n.F (für nicht-öffentliche Stellen i.V.m. § 36 Abs. 2 BDSG-RefE) § 4f Abs. 3 S. 4 - 6 des geltenden BDSG entspricht.

Sanktionen (Kapitel 5)

Zu § 39: Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren

Das vorliegende Kapitel und die vorliegende Norm äußern sich nicht zur Fortführung der bisherigen Schadensersatz-Regelungen der §§ 7, 8 des geltenden BDSG. Vielmehr enthält § 78 BDSG-E (neu) eine Neuregelung, in der die bisherigen beiden §§ 7, 8 des geltenden BDSG zusammengeführt werden und die in § 78 Abs. 2 BDSG-E (neu) nunmehr insbeson-



dere auch immaterielle Schäden erfasst („Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann die betroffene Person eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen“). Die noch in § 8 Abs. 3 des geltenden BDSG enthaltene Deckelung der Ersatzbeträge entfällt. Allerdings erfolgt die Regelung auch in Umsetzung von Art. 56 der Richtlinie (EU) 2016/680 und ist ausweislich ihrer systematischen Stellung im dritten Teil des BDSG-E (neu) und der Regelung des Anwendungsbereichs dieses Teils in § 43 BDSG-E (neu) **eigentlich nur für den Bereich der Richtlinie und nicht der DSGVO anwendbar**. Hier könnte es sich aber um ein **Redaktionsversehen** handeln, da die **Gesetzesbegründung** klar zu erkennen gibt, dass die §§ 7, 8 BDSG-E (neu) durch diese Regelung mit überführt werden sollen. Insoweit bedarf es jedoch dringend einer Klarstellung, ggf. in der vorliegenden Norm, dass die Vorschrift des § 78 BDSG-E (neu) auch im Anwendungsbereich des Gesetzes für nicht-öffentliche Stellen (Art. 1 Abs. 1 Nr. 3 BDSG-E (neu) gilt und mithin auch auf Verstöße gegen § 24 BDSG-E (neu) Anwendung findet.

Ausblick

Der Handlungsspielraum für den deutschen Gesetzgeber ist durch Art. 88 DSGVO weit eröffnet. Das mit diesem Entwurf vorgelegte Gesetz zur Anpassung des nationalen Datenschutzrechts an die DSGVO kann daher für die personenbezogene Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext nur einen ersten Schritt zur umfassenden Regelung des Beschäftigtendatenschutzes darstellen, die in einem eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetz vorzunehmen ist. Insbesondere in folgenden weiteren Themenbereichen, die nach dem Entwurf und den voranstehenden Ausführungen dazu offen bleiben, ist ein wirksamer Schutz bei Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich und einer mitgliedstaatlichen Ausgestaltung gem. Art. 88 Abs. 1 und Abs. 2 zugänglich:

- Zugriff auf personenbezogene oder beziehbare Daten bei der **Verwendung moderner Kommunikationsmittel**;
- Umfang des **Fragerechts des Arbeitgebers** und **Grenzen des ärztlichen Untersuchungen**;
- **Verwertung und Aufbewahrung von Daten** vor während und nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnissen;
- Umgang mit **Daten aus sozialen Medien**;
- Datenschutz bei **Bring Your Own Device**;
- **Beweisverwertungsverbot** von unrechtmäßig erhobenen Daten.

Zur effektiven Durchsetzung des Beschäftigtendatenschutzes sind die allgemeinen Vorgaben des Kapitel VIII (Art. 77 ff.) der DSGVO entsprechend den Anforderungen des Beschäftigungskontextes mitgliedstaatlich auszuformen:

Es müssen an den Beschäftigungskontext angepasste **Schadensersatz- und Sanktionsregelungen** sowie individuelle und kollektive **Rechtsdurchsetzungsmechanismen** – hier insbesondere ein umfassendes **Verbandsklagerecht** - eingeführt werden.



Schließlich müssen einer eigenständigen gesetzlichen Regelung die **Grundsätze der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit** sowie - unter Bezugnahme auf die Transparenzanforderungen der DSGVO - der Grundsatz der Direkterhebung beim Beschäftigten zugrunde liegen.