

Die Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes

1. Zulässigkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten

Kern des neuen Beschäftigtendatenschutzes ist § 26 BDSG, der die Überschrift trägt:

„Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“. Der Gesetzgeber übernimmt für die Verarbeitung einfacher personenbezogener Daten den bisherigen § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG in § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG n.F. und ergänzt die Regelung durch den Rechtfertigungsgrund der Erfüllung einer gesetzlichen oder kollektivrechtlichen Pflicht:

„Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten erforderlich ist.“

Das ist eine Klarstellung, die zu begrüßen ist.

Das Gesetz beseitigt auch die Unübersichtlichkeit, die im geltenden Recht für die Verarbeitung sensibler Daten im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses auf die für alle Schuldverhältnisse geltende Spezialnorm des § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG⁷ verweist. In § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG n.F. wird diese gesetzgeberische Fehlleistung korrigiert:

„Abweichend von Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.“

Zu diesen besonders zu schützenden Daten gehören:

- Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen,
- Daten, die genetischer, biometrischer Art sind und die Identifizierung eines Beschäftigten ermöglichen,
- Daten, die die Gesundheit des Beschäftigten betreffen,
- Daten, die Aussagen zum Sexualleben sowie zur sexuellen Orientierung enthalten.

Die Verarbeitung solcher sensibler Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ist nach § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG n.F. nur zulässig, soweit sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit des Sozialschutzes erforderlich ist. Zusätzlich darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Beispiel: Die bei den Einstellungsverhandlungen gestellte *tätigkeitsneutrale Frage* nach dem Vorliegen der Eigenschaft „schwerbehinderter Mensch“ ist danach unzulässig. Es handelt sich um ein besonders geschütztes Gesundheitsdatum i.S.v. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG n.F. Weder ist dessen Kenntnis zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit des Sozialschutzes erforderlich, noch besteht kein Grund zu der Annahme, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Erforderlich könnte die Kenntnis allenfalls für die Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht sein, wenn wegen der Art oder Schwere der konkreten Behinderung die vorgesehene berufliche Tätigkeit ausgeschlossen wäre. Dazu wäre jedoch nur eine tätigkeitsbezogene Frage sinnvoll. Am Ausschluss der tätigkeitsneutralen Frage besteht stets ein

schutzwürdiges Interesse der betroffenen behinderten Person, weil sie sich bei Zulassung der Frage einem hohen Diskriminierungsrisiko aussetzt.

2. Einschränkung der Einwilligung im Beschäftigungskontext

Entsprechend Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Buchst. a der DSGVO wird in § 26 Abs. 2 BDSG n.F. die Zulässigkeit der Datenverarbeitung aufgrund der Einwilligung des Beschäftigten reguliert:

„Erfolgt die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung, so sind für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen. Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen. Die Einwilligung bedarf der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Der Arbeitgeber hat die beschäftigte Person über den Zweck der Datenverarbeitung und über ihr Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.“

Ergänzt wird diese Regelung durch die für sensitive Daten geltende Bestimmung in § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG n.F.:

„Absatz 2 gilt auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; die Einwilligung muss sich dabei ausdrücklich auf diese Daten beziehen.“

Vom DGB ist unter Hinweis auf den Erwägungsgrund 43 DSGVO kritisiert worden, „das Ungleichgewicht des/der strukturell abhängig Beschäftigten (müsse) noch stärker betont und die Annahme der Freiwilligkeit der Einwilligung deutlicher und weiter gehender definiert werden“⁸. Gefordert wurde: „Freiwilligkeit liegt (nur) vor, wenn die betroffene Person eine echte und freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“⁹ Dieser Vorschlag ist nicht übernommen worden.

3. Kollektivvereinbarungen

Die Befugnis zur Regelung der Verarbeitung von Beschäftigtendaten aufgrund von Kollektivvereinbarungen, insbesondere Dienst- und Betriebsvereinbarungen, kann schon Art. 88 Abs. 1 DSGVO entnommen werden. § 26 Abs. 4 BDSG n.F. schafft eine übersichtliche Regelung, die im Interesse der besseren Lesbarkeit die unionsrechtliche Regelung in den Normtext einbezieht:

„Die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, ist auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig. Dabei haben die Verhandlungspartner Artikel 88 Absatz 2 der Verordnung (EU) 2016/679 zu beachten.“

Betriebsvereinbarungen dürfen folglich weiterhin die Verarbeitung von Beschäftigtendaten erlauben, müssen dabei jedoch nach Art. 88 Abs. 2 DSGVO angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Beschäftigten umfassen. Insbesondere müssen sie ausreichende Regelungen enthalten, die die Transparenz der Verarbeitung sicherstellen. Daraus ist auch der Schluss zu ziehen, dass Betriebsvereinbarungen, die die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe zulassen, hinreichende Schutzmaßnahmen vorsehen müssen. Lassen Betriebsvereinbarungen Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz zu, müssen sie angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Beschäftigten umfassen. Eine Übergangsregelung für „Alt-

Betriebsvereinbarungen“ gibt es nicht.¹⁰ Bereits abgeschlossene Betriebsvereinbarungen müssen darauf überprüft werden, ob sie den ab dem 25.05.2018 geltenden Anforderungen entsprechen.¹¹

4. Aufklärung von Straftaten

Die bislang in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG enthaltene Erlaubnisnorm ist nach § 26 Abs. 2 BDSG n.F. gewandert:

„Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.“

5. Klarstellung von Mitbestimmungsrechten

Die Unberührtklausel im bisherigen § 32 Abs. 3 BDSG ist nach § 26 Abs. 6 BDSG n.F. übernommen worden:

„Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.“

6. Zulässigkeit nicht-automatisierter Datenverarbeitung

In § 26 Abs. 7 BDSG n.F. ist die bereits in § 32 Abs. 2 BDSG enthaltene Ausweitung des Geltungsbereichs des Beschäftigtendatenschutzes übernommen worden:

„Die Absätze 1 bis 6 sind auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, von Beschäftigten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“

Fußnoten

- 8) Stellungnahme der DGB Abt. Recht v. 17.02.2017.
- 9) Stellungnahme der DGB Abt. Recht v. 17.02.2017.
- 10) Wybitul/Böhm/Ströbel, Bundestag verabschiedet neuen Beschäftigtendatenschutz: Das Wichtigste auf einen Blick in <http://hoganlovells-blog.de/2017/04/27>.
- 11) Wybitul/Böhm/Ströbel, Bundestag verabschiedet neuen Beschäftigtendatenschutz: Das Wichtigste auf einen Blick in <http://hoganlovells-blog.de/2017/04/27>.