

## Bewertung der Änderungsvorschläge zum Beschäftigtendatenschutzgesetz vom 10.01.2013

### Vorbemerkung:

Trotz einiger Überarbeitungen und der begrüßenswerten Tatsache, dass die umfassende Möglichkeit durch individuelle Einwilligung und Betriebsvereinbarung von den Bestimmungen des Gesetzes (auch) nach unten abgewichen werden kann und unter Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Kritik am falschen Ansatz des Gesetzes, werden durch die neuen Änderungsvorschläge die Zukunftsprobleme, die durch neue Technik und Methoden wie Cloud Working entstehen, auch nicht ansatzweise mitgedacht. Dies zeigt sich insbesondere auch an den völlig unzureichenden Regelungen zu Ortungssystemen in §32g und zu biometrischen Verfahren in § 32h. Darüber hinaus fehlt offensichtlich jeder Abgleich mit dem Entwurf zu einer EU Datenschutzgrundverordnung, was aber dringend geboten ist, da bislang die Bereichsausnahme nur nationale Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz zulässt, die sich im durch die Datenschutzgrundverordnung gesetzten Rahmen bewegen.

### **§ 32 Abs. 2** (Fragerecht vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses)

Unter Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Kritik an Fragen nach den Vermögensverhältnissen, stellt die Neuregelung, die sich an der einschränkenden Fragemöglichkeit nach rassischer und ethnischer Herkunft, Religion und Weltanschauung, einer Behinderung und sexueller Identität nach dem AGG orientiert, eine Verbesserung gegenüber der bisherigen Formulierung dar. Unberücksichtigt bleibt aber, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Frage nach einer Schwangerschaft wegen der darin liegenden unmittelbaren Benachteiligung wegen des Geschlechts unzulässig ist und nicht nur die Frage nach einer Schwerbehinderung, sondern auch die nach einer Behinderung diskriminierend und damit unzulässig sein kann. Entsprechende Regelungen fehlen hier völlig. Darüber hinaus müsste in die Regelung klarstellend aufgenommen werden, dass bei einer unzulässigen Frage der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin das Recht hat, diese Frage wahrheitswidrig zu beantworten.

### **§ 32 c Abs. 3** (Ärztliche Untersuchungen und Eignungstests im laufenden Beschäftigungsverhältnis)

Die Regelung in Nummer 1 (Zweifel an der fortdauernden Eignung eines Beschäftigten) ist deutlich eingeschränkt worden. Durch die Formulierungen könnte sichergestellt sein, dass ärztliche Untersuchungen bei Zweifel an der fortdauernden Eignung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen tatsächlich zulässig sind, für die es möglicherweise auch dann einen sinnvollen Ansatz geben könnte. Unzureichend ist allerdings die Regelung von Nummer 2 – bei einem Wechsel der Tätigkeit sind (unter den Voraussetzungen des § 32 a Abs. 1 und 2) weiterhin ärztliche Untersuchungen und Eignungstests möglich. Dabei ist es nach wie vor ausschließlich den Wertungen des Arbeitgebers überlassen, wann er die Voraussetzungen für gegeben hält. Diese Wertungen müsste dann der Arbeitnehmer widerlegen, wenn er versuchen wollte, sich einer solchen Untersuchung oder einem Test zu entziehen. Sofern er das nicht täte, und dem Verlangen nicht Folge leistete, verstieß er gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Es wäre deshalb, auch aus systematischen Gründen, unverzichtbar, dass die Voraussetzungen, die in Nummer 1 vorliegen müssen, auch für Nummer 2 gelten.

### **§ 32 d Abs. 3** (Screening)

Mit der Neuregelung wird das anlasslose Screening eingeschränkt. Es müssen tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen, um ein solches Screening durchführen zu können. Allerdings kann auch die Erfüllung gesetzlicher Prüf- und Kontrollpflichten ein solches Screening rechtfertigen. Dies schwächt die Regelung gegenüber der bestehenden Rechtslage ab. Denn bislang wurde die Rechtfertigung von Überprüfungen zur Erfüllung von Prüf- und Kontrollpflichten an den allgemeinen Grundsätzen des Datenschutzes und damit am möglichen Grundrechtseingriff gemessen, was zukünftig entfallen würde, weil durch die

jetzige Formulierung gesetzliche Prüf- und Kontrollvorschriften den Eingriff grundsätzlich rechtfertigen und nur einer einfachen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliegen. Nach wie vor ungeklärt ist das Verhältnis dieser Vorschrift zum Strafverfolgungsmonopol des Staates und der Tatsache, dass der Arbeitgeber keineswegs zum Erfüllungsgehilfen von Polizei und Staatsanwaltschaft werden kann. Insofern müsste in jedem Fall klargestellt werden, dass eine solche Überprüfung nur erfolgen kann, wenn Gefahr im Verzuge vorliegt und ein Einschalten von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht möglich oder unzumutbar ist. Um dies sicherzustellen, wäre wiederum die Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten und den Betriebsrat bzw. für den Fall, dass beides nicht vorhanden ist, durch den behördlichen Datenschutzbeauftragten notwendig.

**§ 32 e Abs. 1** (Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufdeckung von Straftaten)

Die Regelung stellt gegenüber dem Kabinettsbeschluss eine erhebliche Verschlechterung dar, da es für die Datenerhebung auch ohne Kenntnis der Beschäftigten genügt, dass der Arbeitgeber die Kündigung des Beschäftigten aus wichtigem Grund lediglich in Betracht ziehen kann. Will man dem entgegenstreiten, müsste nachgewiesen werden, dass seine Einschätzung wesentlich falsch war. Dadurch eröffnen sich erhebliche Missbrauchsmöglichkeiten, weil ein solcher Nachweis kaum geführt werden kann und damit auch rein hypothetische Annahmen des Arbeitgebers solche Datenerhebungen rechtfertigen können. Positiv zu bewerten ist allerdings, dass ausdrücklich klargestellt ist, dass eine Videoüberwachung zur Aufdeckung solcher Straftaten unzulässig ist.

**§ 32 f Abs. 1** (Videoüberwachung)

Die Möglichkeit der verdeckten Videoüberwachung (in Abgrenzung zur heimlichen Videoüberwachung – von Arbeitgeberseite wird sie als „offen“ bezeichnet, obwohl die Kameras verdeckt angebracht werden können und nur auf den Umstand der Überwachung an sich hingewiesen werden muss- wird durch die gewählten Formulierungen allenfalls unwesentlich eingeschränkt. Anders als nach der Rechtsprechung des BAG, nach der eine Videoüberwachung nur vorübergehend und anlassbezogen zulässig ist, kann nach der vorgesehenen Regelung eine solche Überwachung auch präventiv und zeitlich unbegrenzt erfolgen. Außerdem lassen die Formulierungen „zur Absicherung wesentlicher Betriebsabläufe oder zum Schutz bedeutender Rechtsgüter“ einen erheblichen Wertungsspielraum für den Arbeitgeber offen. Es werden nur wenige Fälle diese Kriterien offensichtlich nicht erfüllen, so dass auch mit dieser neuen Formulierung die Videoüberwachung weitgehend freigegeben wird. Das wird auch durch die an sich positive Einschränkung der Videoüberwachung zur Qualitätskontrolle fortgesetzt. Sie soll nur möglich sein, soweit diese Kontrolle rechtlich verpflichtend ist. Da damit allerdings auch vertragliche Verpflichtungen erfasst werden, wird sich der Anwendungsbereich gegenüber der jetzigen Rechtslage erweitern, und der Arbeitgeber hat es letztlich selbst in der Hand, durch vertragliche Vereinbarungen die Voraussetzungen für eine solche Regelung zu schaffen.

**§ 32 i** (Nutzung von Telekommunikationsdiensten – Callcenter-Regelung)

Obwohl gegenüber den Vorschlägen vom Mai hier keine Änderung eingetreten ist, ist noch einmal deutlich darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Regelung die Möglichkeit eröffnet, Callcenter-Mitarbeiter unter Dauerbewachung zu stellen. Diese Regelung wird nach wie vor nachdrücklich abgelehnt. Es ist höchst zweifelhaft, ob diese Regelung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten würde, da nach der bisherigen Rechtsprechung alle Maßnahmen, die Betroffene einem lang andauernden oder ständigen Überwachungsdruck aussetzen, unwirksam, weil mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht zu vereinbaren waren. Ein solcher ständiger Überwachungsdruck würde aber durch die vorgesehene Regelung erzeugt.

Ungeregelt ist weiterhin die Frage, wie mit Kontrollen bei erlaubter oder geduldeter Privatnutzung von Kommunikationsdiensten umzugehen ist. Angesichts der Tatsache, dass die Privatnutzung inzwischen allgemein üblich ist, ist eine Regelung zu diesem Bereich längst überfällig.

**§ 32 I Abs. 1** (Einwilligung BV, TV)

Positiv zu bewerten ist, dass die Einwilligung nur noch in ausgewählten Fällen überhaupt zulässig ist und ansonsten eine klarstellende Regelung gefunden wurde, dass sie dort zulässig ist, wo sie für den Beschäftigten rechtlich oder wirtschaftlich vorteilhaft ist. Positiv ist auch zu bewerten, dass ein Benachteiligungsverbot eingeführt wurde. In Absatz 5 ist ausdrücklich geregelt, dass eine Abweichung durch Betriebsvereinbarung und Tarifverträge ausgeschlossen ist. Dies ist ebenfalls gegenüber den Änderungsanträgen vom Mai positiv.

**§ 32 m** (Konzerndatenübermittlung)

Es bleibt bei den Änderungsvorschlägen vom Mai, die eine aus unserer Sicht unzureichende Konzerndatenübermittlung vorsieht. So fehlt es an jeglicher näherer Definition, was unter dem sich aus der Konzernzugehörigkeit ergebenden berechtigten Interesse zu verstehen ist. Ebenso wenig ist eine Kontrolle oder ein Nachweis für die Wahrung der Belange der Beschäftigten vorgesehen. Kritisch ist insbesondere auch zu sehen, dass die übermittelnde Stelle zwar sicherzustellen hat, dass die empfangende Stelle, die Daten nur für solche Zwecke verarbeitet, speichert und nutzt, zu denen sie übermittelt wurden. Weder ist in irgendeiner Weise geregelt, was für diese Sicherstellung erforderlich ist, noch welche Konsequenzen folgen, wenn diese Sicherstellung nicht oder unzureichend erfolgt. Allerdings enthalten die Vorschläge einen Prüfvorbehalt im Hinblick auf die Datenschutzgrundverordnung.