

## **Rückschritt im Beschäftigtendatenschutz**

### **- Die ver.di Position zum Entwurf eines Gesetzes über den Beschäftigtendatenschutz -**

Am 25.8.2010 hat das Bundeskabinett Änderungen im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) beschlossen. Hierzu nimmt ver.di wie folgt Stellung:

#### **1. Grundsätzlich falscher Ansatz – Keine Verbesserungen für Beschäftigte**

In ihrem Entwurf formuliert die Bundesregierung zuerst wirtschaftliche Interessen der Arbeitgeber und fragt danach erst, an welchen Stellen diese wegen der Interessen der Beschäftigten ausnahmsweise eingeschränkt werden müssen. Damit ist allein der Anknüpfungspunkt des geplanten Gesetzes stark kritikwürdig. Es wird nicht etwa von **Persönlichkeitsrechten** der Beschäftigten ausgegangen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes den Status von Grundrechten haben, sondern der Entwurf hat eine massive Schiefelage: Er hätte vielmehr fragen müssen, wo ausnahmsweise in dieses Grundrecht eingegriffen werden darf. Persönlichkeitsrechte müssen Vorrang haben und sind unverzichtbar. Ver.di lehnt den Gesetzentwurf deshalb ab und fordert die Bundesregierung auf, sich „...für eine Verbesserung des Arbeitnehmerdatenschutzes einzusetzen und Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Bespitzelungen an ihrem Arbeitsplatz wirksam zu schützen“, so wie im Koalitionsvertrag vollmundig versprochen.

Das Gesetz soll Rechtsgrundlagen schaffen, die das Ausspionieren von Beschäftigten ausdrücklich ermöglichen. In seinen Wirkungen würde es über das System des elektronischen Entgeltnachweises ELENA noch hinausgehen. Der Entwurf verdient nicht den Namen *Gesetz zum Schutze der Beschäftigtendaten*, sondern es handelt sich dabei um einen Katalog von Erlaubnistatbeständen zur Nutzung von Beschäftigtendaten. Ein Gesetz, das keinen politischen Mehrwert im Sinne von mehr Beschäftigtenschutz darstellt und sogar noch hinter dem Status Quo, den die Rechtsprechung gesetzt hat, zurückbleibt, wird von uns ausdrücklich abgelehnt.

#### **2. Forderung nach eigenständigem Gesetz nicht erfüllt**

Unsere Kernforderung, Beschäftigtendatenschutz in einem eigenständigen Gesetz zu regeln, wurde nicht erfüllt. Vielmehr handelt es sich lediglich um gesetzliche Ergänzungen, versteckt im Bundesdatenschutzgesetz. Dadurch wird kein effektiver Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis gewährleistet werden können. Es fehlt jegliche Transparenz, denn das BDSG gehört nicht zu den aushangpflichtigen Gesetzen. Erforderlich wären dagegen klare sowie eindeutige Vorschriften zur wirksamen Stärkung des Beschäftigtendatenschutzes und zum Schutz des Persönlichkeitsrechts. So finden die allgemeinen Regeln des Datenschutzes auch im Beschäftigungsverhältnis Anwendung, die teilweise hierauf gar nicht zugeschnitten sind und die durch die ordentliche Gerichtsbarkeit ausgelegt werden (z. B. der Begriff Datensparsamkeit).

### **3. Zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe – Vorbehalt der Einwilligung als Etikett**

Die vorgeschlagenen Regelungen enthalten wachsweiße, dehnbare Formulierungen, die den Arbeitgebern viele Möglichkeiten eröffnen können, die gesetzlich zur Verfügung gestellten Instrumente zum „Ausspionieren“ zu nutzen. Es wird infolge des Gesetzes zu Auseinandersetzungen in den Betrieben und Unternehmen über die Zulässigkeit der Erhebung von Beschäftigtendaten kommen, mit denen sich dann Gerichte befassen müssen, weil die vorgeschlagenen Regelungen Spielräume in Auslegung und Anwendung offen lassen. Die unbestimmten Begriffe „betriebliche Gründe“ und „schutzwürdige Belange/Interessen des Beschäftigten“ ziehen sich wie ein roter Faden durch den Gesetzentwurf. Hier hätten ausfüllende Regelbeispiele für mehr Klarheit gesorgt.

Problematisch ist außerdem der versteckte und verschachtelt gestaltete Einwilligungsvorbehalt „zu Gunsten“ der Beschäftigten, den das Gesetz vorsieht. Das Beschäftigungsverhältnis ist keine gleichrangige Beziehung. Es besteht eine Abhängigkeit der Beschäftigten, die es dem Arbeitgeber im Zweifel möglich macht, eine Generaleinwilligung zur Datenerhebung schon bei Aufnahme des Arbeitsverhältnisses, aber auch im bestehenden Beschäftigungsverhältnis zu erhalten. Die Freiwilligkeit der Einwilligung ist sehr zweifelhaft. Wie soll ein Beschäftigter eine Einwilligung zur Datenerhebung bezüglich seiner Person geben, wenn er die Rahmenbedingungen noch nicht einmal zur Kenntnis nehmen kann?

### **4. Katalog der Eingriffe**

#### **a) Videoaufnahmen**

Ein grundsätzlich richtiger Ansatz des Entwurfs ist das Verbot heimlicher Videoaufnahmen. Aufnahmen in Sanitär-, Umkleide- und Schlafräumen sind generell nicht gestattet. Aber selbst diese „Verbesserungen“ gegenüber dem Vorentwurf des BMI ändern an der Bewertung insgesamt nichts. Die heimliche Videoüberwachung, die ein Vorentwurf des Bundesinnenministeriums noch vorsah, hätte einer verfassungsrechtlichen Überprüfung sowieso nicht standgehalten. Aufgrund der Möglichkeit, offene Videoüberwachung zukünftig zur Grundausstattung im Betrieb machen zu können, wird diese „Verbesserung“ im Gesetzentwurf geschmälert. Außerdem sind nach der Rechtsprechung des BAG der Videoüberwachung strenge Grenzen zu ziehen, um die Persönlichkeitsrechte der Einzelnen zu wahren. Hierzu enthält der Gesetzentwurf nichts. Die Arbeitgeber bekommen vom Gesetzgeber die Handhabe, Videoüberwachung im Betrieb einzusetzen, nachdem sie dies vorher (wo auch immer) kenntlich gemacht haben.

#### **b) Der Arbeitgeber mit Polizeibefugnis**

Eine weitere falsche Weichenstellung sieht der Vorschlag auch bei der Korruptionsbekämpfung und den Interessen der Unternehmer zu Einhaltung der Compliance-Anforderungen vor. Der Gesetzentwurf eröffnet die Möglichkeit, weitgehend den Datenschutz auszuhebeln mit der Begründung, pflichtwidriges Verhalten aufdecken zu wollen. Damit wird das bestehende Schutzniveau erheblich unterschritten. Dies entspricht exakt den Forderungen, die die Arbeitgeberverbände seit Jahren in der Diskussion um den Datenschutz immer wieder erheben. Hinzu kommt, dass der Begriff Compliance nicht gesetzlich definiert ist und sehr weitgehende Möglichkeiten des Arbeitgebers beinhaltet, „Wohlverhalten“ der Beschäftigten zu

fordern– und mit den geplanten Neuregelungen auch zu überwachen.

Die Arbeitgeber sollen künftig Ermittler und Aufklärer der Korruption im Unternehmen sein, obwohl dies eine eindeutige Aufgabe von Polizei und Staatsanwaltschaft ist. Hier werden die Vorgänge bei der Deutschen Bahn im Nachhinein legalisiert und gerechtfertigt. Es wird eine „Betriebspolizei“ gesetzlich festgeschrieben, die vorgeschaltet die Ermittlungen durch Detekteien oder eigene Mitarbeiter/innen betreibt. Was dabei ohne „Aussieben“ der tatsächlichen Korruption im Unternehmen ans Tageslicht kommt, bleibt den Unternehmen vorbehalten.

Auch hier wäre eine Stärkung der Mitbestimmungsrechte oder der betrieblichen Datenschutzbeauftragten zur wirklichen Aufklärung von Korruption sinnvoll gewesen. Zusammen mit den unbestimmten Rechtsbegriffen „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit“ sind damit der Willkür Tor und Tür geöffnet. Denn mit der Begründung, die Einhaltung von Compliance-Anforderungen kontrollieren zu müssen, setzt der Arbeitgeber selbst den Maßstab der Erforderlichkeit und die Bedingungen der Verhältnismäßigkeit. Das entspricht weder dem Prinzip der Rechtssicherheit, noch ist es transparent. Sinnvollerweise kann „Compliance“ nur die Einhaltung des geltenden Rechts bedeuten. Dazu gehören aber gerade auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmer und der Beschäftigtendatenschutz.

Es gibt keine Rechtfertigung dafür, unter den Aspekten von Compliance und Korruptionsbekämpfung neue Einschränkungen des Datenschutzes vorzunehmen und damit einen „Freibrief“ für Ausforschung auszustellen. Die fehlende Rechtfertigung für Eingriffe in Beschäftigtengrundrechte kann durch schwammige Begriffe höchstens überdeckt, aber nicht ersetzt werden. Dabei ist die entsprechende Regelung nicht auf Korruptionsbekämpfung beschränkt, sondern gilt für Straftaten ganz allgemein. Auch der Diebstahl von Bagatelgegenständen ist formal eine Straftat. Selbst wenn nur ein diesbezüglicher Verdacht besteht, ist es nach dem Entwurf dem Arbeitgeber erlaubt, heimlich Daten zu erheben. Damit wird der Verdachtskündigung Vorschub geleistet.

### **c) Ärztliche Untersuchung und Eignungstest**

Der Entwurf sieht außerdem die Möglichkeit von ärztlichen Untersuchungen und Eignungstests vor und während des Beschäftigungsverhältnisses vor. Damit wird ermöglicht, ein Profil der Bewerberinnen und Bewerber zu erstellen. Der Gesetzentwurf bleibt aber andererseits ohne konkrete Regelungen, etwa zum Verbot der Frage nach der Schwangerschaft, wie von uns konkret gefordert und durch die Rechtsprechung so entschieden. Wie verhält sich dies im Zusammenspiel mit den anderen Möglichkeiten des Arbeitgebers eigentlich zu dem vom Bundesfamilienministerium initiierten Projekt der anonymisierten Bewerbungsunterlagen?

Völlig neu im deutschen Arbeitsrecht ist die Möglichkeit, ärztliche Untersuchungen und Eignungstests von bereits Beschäftigten einseitig durch den Arbeitgeber veranlassen zu können. Bisher ist dies nur für vom Gesetz festgelegte arbeitsmedizinische Untersuchungen durch unabhängige Stellen erlaubt. Damit verschlechtert der Gesetzentwurf Beschäftigtenrechte eklatant und übersieht den bislang einzuhaltenden und genau umgekehrt gestalteten Weg des Betrieblichen Eingliederungsmanagements.

Werden die Ergebnisse der arbeitsmedizinischen Untersuchungen missbräuchlich genutzt, können unliebsame oder leistungsschwächere Beschäftigte zukünftig stark unter Druck gesetzt werden. Dies lässt der Gesetzentwurf eindeutig zu.

#### **d) Verhaltens- und Leistungskontrolle**

Auch die weiteren Vorschriften zu Ortungssystemen, der Nutzung biometrischer Merkmale (z. B. Iris, Fingerprint, Handgeometrie, Stimmenmerkmale) sowie der Nutzung von Telekommunikationsdaten von Beschäftigten lassen zu viel Spielraum für die Arbeitgeber. Im Zweifel dienen die Regelungen nur dem Zwecke der Verhaltens- und Leistungskontrolle. Hinsichtlich der Telekommunikationsdaten ist offen, ob der Arbeitgeber nicht nur den Empfänger einer Nachricht ermitteln darf, sondern auch deren Inhalt selbst; hier fehlen klarstellende Hinweise zum Verhältnis des BDSG zum Telemedienrecht. Im Übrigen sind auch hier heimliche Datenerhebungen möglich.

#### **e) Keine klaren zeitlichen Begrenzungen**

Der Entwurf sieht an einigen Stellen Dokumentationspflichten, Informationspflichten und Begrenzungen von Datenerhebungsmaßnahmen vor. Diese scheinbare Limitierung der Arbeitgeber wird dadurch geschwächt, dass der Entwurf keine Angaben darüber macht, wann bestimmte Vorgaben vom Arbeitgeber zu erfüllen sind. Eine klare zeitliche Begrenzung der Datenerhebung, z. B. in Anlehnung an § 626 Absatz 2 Satz 2 BGB (2-Wochen-Frist bei außerordentlicher Kündigung), hätte bereits mehr Datenschutz für die Beschäftigten bedeutet.

Der Gesetzgeber vermischt außerdem die Löschung der eigentlichen Daten mit der Löschung der Dokumentation über die Datenerhebung.

#### **f) Vernachlässigung der Interessenvertretungen**

Der Entwurf nimmt an keiner Stelle eine Stärkung der Interessenvertretungen in Fragen des Beschäftigtendatenschutzes vor. Der Gesetzgeber stellt damit der Stärkung des Arbeitgebers keine gleichwertige Beteiligung der Interessenvertretungen gegenüber. Der Generalverweis in § 321 Abs. 3 des Entwurfes ist nicht ausreichend. Auch unsere Forderung zur Stärkung der Datenschutzbeauftragten ist nicht umgesetzt worden.

### **5. Unsere Gegenvorschläge**

Bereits im Dezember 2008 hat der DGB Eckpunkte zu den notwendigen gesetzlichen Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz beschlossen. Danach muss Zweck des Datenschutzes sein, den Einzelnen davor zu schützen, dass durch Missbrauch seiner Daten eine Beeinträchtigung seines grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts erfolgt. Insbesondere muss die gezielte Beobachtung und Überwachung von Beschäftigten am Arbeitsplatz, aber auch im privaten Umfeld, ausdrücklich verboten werden. Dazu gehört z. B. auch der Einsatz von Detektiven und sog. Testkäufern. Der Begriff der Überwachung ist dabei weit zu verstehen, d. h., sowohl Video- und Tonaufnahmen, direktes Ausspähen, Abgleichen von Daten (insbesondere dem persönlichen Bereich zurechenbaren wie Kontonummer, Postverkehr u. ä.), Kontrolle von Telefongesprächen und bei der Verwendung moderner Kommunikationsmittel wie E-Mail und Internet, Scannen und das Erstellen von Bewegungsprofilen mit Hilfe von Ortungssystemen müssen erfasst werden. Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot dürfen nur für gesetzlich ausdrücklich geregelte Fälle, wenn eine andere Möglichkeit der

Aufklärung, insbesondere die Einschaltung von Polizei und Staatsanwaltschaft nicht möglich ist, z. B. bei begründetem Verdacht einer strafbaren Handlung oder schwerwiegender Schädigung des Arbeitgebers oder Gefährdung zugelassen werden. Ebenso muss für diese Fälle ein Verfahren gesetzlich geregelt werden, das das Zustimmungserfordernis der betrieblichen Interessenvertretung und, falls diese nicht vorhanden ist, die Einbeziehung einer neutralen Stelle, z. B. den Landesdatenschutzbeauftragten, sowie Dokumentationspflichten und die Pflicht zum geringstmöglichen Eingriff festlegt.

## **6. Schlussfolgerungen**

Insgesamt muss der Gesetzentwurf im parlamentarischen Verfahren dringend nachgebessert werden. Die vorgesehenen Regelungen schützen die Beschäftigten nicht ausreichend genug, sondern schaffen erstmals Rechtsgrundlagen, die das Ausspionieren von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ausdrücklich ermöglichen. Den Arbeitgebern werden weit reichende Befugnisse hierzu eingeräumt. Die Gewerkschaften müssen im Gesetzgebungsprozess beteiligt werden.

Jens M. Schubert

Kerstin Jerchel

Ressort 3, Bereich Recht, Rechtspolitik

Berlin, 15.09.2010