

## Arbeits- und Sozialrecht

### Anpassung des nationalen Datenschutzrechts an die Vorgaben der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

#### Geringe Verbesserungen im bereichsspezifischen Beschäftigtendatenschutz

Am 27.04.2017 hat der Bundestag das Datenschutz-Anpassungs- und –Umsetzungs-Gesetz (DSAnpUG-EU) zu der am 25.05.2016 in Kraft getretenen EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) beschlossen, das in Art. 1 das neue Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-neu) enthält. Es wurde am 05.07.2017 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht (BGBl. I 2097). Das BDSG-neu wird zeitgleich mit der DSGVO ab dem 25.05.2018 anzuwenden sein. Das derzeit noch geltende BDSG tritt gleichzeitig außer Kraft (Art. 8 Abs. 1 DSAnpUG-EU). Ab diesem Zeitpunkt (25.05.2018) müssen auch die bereits abgeschlossenen und noch abzuschließenden Betriebs- und Dienstvereinbarungen die neuen europäischen Grundsatz- und Rahmen- sowie nationalen Anpassungsvorschriften, insbesondere § 26 BDSG-neu, beachten.

Der Wortlaut des § 26 BDSG-neu, der künftig den spezifischen Beschäftigtendatenschutz regelt, ist im Anhang zu diesem Newsletter abgedruckt.

INHALT:	Seite
• Welche Forderungen und Anforderungen an Betriebs- und Dienstvereinbarungen ergeben sich daraus?	2
• Beschäftigtendatenverarbeitung auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen – Zulässigkeit und inhaltliche Voraussetzungen (§ 26 Abs. 4 BDSG-neu)	2
○ Pflichten zur Benennung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 38 BDSG-neu)	4
○ Videoüberwachung (§ 4 BDSG-neu)	4
○ Inhalte und Struktur der neuen Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG-neu	5
• Die weiteren wesentlichen Änderungen und Ergänzungen des zukünftigen Beschäftigtendatenschutzes (Abs. 1 bis 3, 5 und 7 sowie zur Videoüberwachung) auf einen Blick:	6
○ Zulässigkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten (§ 26 Abs. 1 BDSG-neu)	6
○ Einschränkung der Einwilligung im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 2 BDSG-neu)	6
○ Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 3 BDSG-neu)	7
○ Beachtung von Datenverarbeitungsgrundsätzen im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 5 BDSG-neu)	8
○ Übertragung der Zulässigkeitsvoraussetzungen personenbezogener Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext auf nicht-automatisierte Datenverarbeitung (§ 26 Abs. 7 BDSG-neu)	8
○ Fazit und Ausblick	8
• Dokumentation des § 26 BDSG-neu im Wortlaut	9

#### Unser Team im VB 04 – Annelie Buntenbach:

Helga Nielebock  
Dr. Marta Böning  
Robert Nazarek  
Ralf-Peter Hayen  
Torsten Walter

Leiterin der Abteilung Recht (V.i.S.d.P.)  
Referatsleiterin Individualarbeitsrecht  
Referatsleiter Sozialrecht  
Referatsleiter Recht (Redaktion)  
Referent Rechtsprechung

**Sekretariate:**  
Rosemarie Neumann 030 – 24060-265  
Birka Schimmelpfennig 030 – 24060-531  
Sandra Werner 030 – 24060-720

### Welche Folgerungen und Anforderungen an Betriebs- und Dienstvereinbarungen ergeben sich?

Zunächst die, dass auch die Regelungen älterer Betriebs- oder Dienstvereinbarungen nach dem laufenden zwei-jährigen Anpassungszeitraum weitergelten, soweit sie sich nicht in Widerspruch zu den Vorgaben der DSGVO und insbesondere zu dessen Sondervorschrift des Art. 82 Abs. 2 setzen. Das bedeutet, dass die Betriebsparteien bis zur Anwendung der DSGVO und des BDSG-neu (25.05.2018) prüfen sollten, ob die Regelungen der bereits abgeschlossenen Betriebs- und Dienstvereinbarungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten mit den Bestimmungen der DSGVO und des BDSG-neu konform sind. Falls nicht, sind sie an die neuen gesetzlichen Anforderungen bis zu diesem Zeitpunkt anzupassen. Die DSGVO sieht bei Verstößen gegen alle Pflichten gemäß den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die im Rahmen des Kapitels IX der DSGVO erlassen werden (zu denen auch § 26 BDSG-neu gehört), Geldbußen von bis zu 20 Mio. Euro oder im Falle eines Unternehmens bis zu 4% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres vor (Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO). Angesichts dieser **Sanktionsdrohungen** kann auch von einem entsprechenden „Interesse“ an einer **rechtskonformen Anpassung** der Betriebs- und Dienstvereinbarungen auf der Seite der Unternehmens- und Verwaltungsleitungen ausgegangen werden.

### **Beschäftigtendatenverarbeitung auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen – Zulässigkeit und inhaltliche Voraussetzungen (§ 26 Abs. 4 BDSG-neu)**

Rechtsgrundlage für eine Anpassung bzw. einen Neuabschluss von Betriebsvereinbarungen zur zulässigen Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bzw. Gesamt- oder Konzernbetriebsrat ist derzeit noch § 4 Abs. 1 BDSG. Daneben besteht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei der Einführung oder Anwendung technischer Einrichtungen zur Verhaltens- oder Leistungsüberwachung, das durch die Regelung des **§ 26 Abs. 6 BDSG-neu** erhalten bleibt. § 4 Abs. 1 BDSG wird am 25.05.2018 durch **§ 26 Abs. 4 BDSG-neu** ersetzt. Diese Vorschrift regelt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen zulässig ist. Dies ermöglicht Art. 88 DSGVO, der unter der Überschrift „Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext“ nur wenige Vorgaben enthält. Er überlässt den Mitgliedstaaten die spezifischere Ausgestaltung durch Rechtsvorschriften **oder Kollektivvereinbarungen** (Art. 88 Abs. 1 DSGVO). Allerdings setzt die DSGVO dieser Ausgestaltung auch Grenzen. So müssen sowohl die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, als auch die Kollektivparteien, wie etwa Gewerkschaften in Tarifverträgen oder Betriebsräte in Betriebsvereinbarungen, „**angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person**“ vorsehen (Art. 88 Abs. 2 DSGVO). Beispielhaft wird hierfür – wegen der besonderen Risiken - auf die Transparenz der Verarbeitung, die betriebsübergreifende Übermittlung personenbezogener Daten und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz hingewiesen. Auf die Beachtung dieser Schutzmaßnahmen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO bei der Regelung der Verarbeitung von Beschäftigtendaten durch Betriebs- und Dienstvereinbarungen weist der nationale Gesetzgeber die Kollektivparteien durch den Bezugnahme-Verweis in § 26 Abs. 4 Satz 2 BDSG-neu ausdrücklich hin.

Mit dem Verweis in der Vorschrift des § 26 Abs. 4 Satz 2 BDSG-neu spricht der Gesetzgeber aber zum einen auch die (allgemeinen) Grundsätze an, die Betriebs- bzw. Personalrat und Arbeitgeber ohnehin für die Behandlung der Betriebsangehörigen nach § 75 BetrVG (insbesondere seines Abs. 2) oder nach § 67 BPersVG (konkreter zur Persönlichkeitsentfaltung analog § 75 BetrVG: § 70 Abs. 4 SPersVG) zu beachten haben. Zum anderen bezieht er sich (beispielhaft konkret) auf Maßnahmen, bei deren Einführung und Anwendung – wie in Bezug auf Überwachungseinrichtungen – der Betriebs- und Personalrat in Deutschland ein Mitbestimmungsrecht hat (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bzw. § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG), das gemäß § 26 Abs. 6 BDSG-neu vollauf erhalten bleibt.

Insoweit sollten die Betriebs- und Dienstvereinbarungen entsprechende Schutzregelungen im Hinblick auf die **Transparenz der Verarbeitung** enthalten. Entsprechende Schutzmaßnahmen sind auch für den Fall vorzusehen, dass Betriebsvereinbarungen auch Regelungen zur Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen zum Gegenstand haben. Diese beispielhafte Erwähnung einer Regelungsmöglichkeit der **Konzerndatenverarbeitung** in Art. 88 Abs. 2 DSGVO ist neu. Die Konzerndatenverarbeitung wird dadurch allerdings nicht gleichsam „privilegiert“. Schon nach dem geltenden BDSG stellt sich die Verarbeitung von Daten im Konzern als Datenverarbeitung zwischen Dritten dar, die besonderen Anforderungen und Voraussetzungen unterliegt! In jedem Fall ist die Regelung einer Konzerndatenverarbeitung daher nur unter den einschränkenden Bedingungen möglich, dass die Grundrechte der Betroffenen nicht verletzt und insbesondere ihr Persönlichkeits- und Datenschutz gewahrt werden. Darauf haben Betriebs- und Personalräte beim Abschluss neuer oder der Überprüfung bestehender Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen zu datenschutzrechtlichen Angelegenheiten – nach Maßgabe von Art. 88 Abs. 2 DSGVO - zu achten. Dies gilt in gleicher Weise für Betriebsvereinbarungen zu **Überwachungssystemen am Arbeitsplatz**. Ganz besonders aufpassen müssen Betriebs- und Personalräte bei der Regelung des Beschäftigtendatenschutzes durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung natürlich darauf, dass diese Kollektivregelungen zum einen den bestehenden gesetzlichen Schutz nach den geltenden Datenschutzgesetzen, insbesondere des BDSG bzw. des BDSG-neu, nicht „absenken“. Zum anderen dürfen diese kollektiven Regelungen die durch die Rechtsprechung - insbesondere des BVerfG und des EuGH - fortentwickelten Schutzrechte nicht einschränken. Insoweit muss das bestehende gesetzliche bzw. richterrechtlich geschaffene Schutzniveau erhalten bleiben. Denn es besteht weitgehende Einigkeit unter den Datenschutzexperten, dass eine Abweichung vom Niveau der DSGVO „nach unten“ durch Betriebsvereinbarung nicht zulässig ist.

Allerdings besteht ein bedauerliches Defizit für die Verhandlungen über die Anpassung der Betriebs- und Dienstvereinbarungen an das neue Datenschutzrecht: Im Zuge der Anpassungsgesetzgebung durch das DSAnpUG-EU bzw. das BDSG-neu wurde es versäumt, für den Beschäftigungskontext ein Mitbestimmungsrecht zur personenbezogenen Beschäftigtendatenverarbeitung generell, d.h. ohne Beschränkung auf automatisierte Überwachungseinrichtungen wie nach Maßgabe des bestehenden Mitbestimmungsrechts in § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, vorzusehen. Dieses erweiterte Initiativ- und Mitbestimmungsrecht wäre schon wegen der Regelungsbefugnis der Kollektivparteien notwendig, damit solche Verhandlungen auf „gleicher Augenhöhe“ geführt werden können. Insoweit bleibt diese Forderung für eine solche Umsetzung in der nächsten Legislaturperiode bestehen.

### Pflichten zur Benennung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 38 BDSG-neu)

Diese Norm führt die im bislang geltenden BDSG vorgeschriebenen Pflichten zur Benennung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 4f BDSG) fort. Sie ist außerhalb der Vorschrift zum spezifischen Beschäftigtendatenschutz (§ 26 BDSG-neu) geregelt. Damit sind in der Praxis auch weiterhin Möglichkeiten der **Zusammenarbeit des Betriebs- und Personalrats mit dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten** gegeben, etwa in Bezug auf Informationsaustausch bei der Einführung und Anwendung von Datenverarbeitungssystemen und die jeweils vom Arbeitgeber angestrebten Aktivitäten in dieser Angelegenheit. Bei der Erstellung einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zum Beschäftigtendatenschutz kann der Betriebs- oder Personalrat den betrieblichen Datenschutzbeauftragten auch als sachkundige Auskunftsperson (§ 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG) benennen.

### Videoüberwachung (§ 4 BDSG-neu)

Nicht spezifischer geregelt wurde im Rahmen der Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz (§ 26 BDSG-neu) die Videoüberwachung von Beschäftigten, obwohl diese in der Praxis von großer Bedeutung ist. Eine spezifischere Regelung wäre rechtlich möglich und angesichts der das geltende BDSG einschränkenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes (vgl. etwa BAG v. 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 – NZA 2017, 112 ff.; BAG v. 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, NZA 2017, 1193 ff.) auch geboten gewesen. In § 4 BDSG-neu werden Ausnahmetatbestände für eine **zulässige Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen** geregelt. Auch, wenn von Datenschutzexperten bereits in Zweifel gezogen wird, ob diese Vorschrift nicht – zumindest in Teilen – europarechtswidrig ist, ist die **sehr weite Zulässigkeitsregelung für Videoüberwachung** wie bisher. Sie entspricht zwar vordergründig dem Erlaubnistatbestand des bislang geltenden BDSG. Für eine – vermeintlich - bessere Terrorismusbekämpfung wurde im Rahmen der Gesetzgebung zum „Videoüberwachungsverbesserungsgesetz“ durch Änderungsgesetz vom 28.04.2017 schon zum geltenden BDSG und mit gleichem Wortlaut im BDSG-neu für die Interessenabwägung per „gesetzlicher Fiktion“ geregelt: Auf öffentlich zugänglichen großflächigen Anlagen (Stadien, Jahrmärkten, Einkaufszentren) und Einrichtungen (Bahnhöfe, Bahnen, Schiffen, Bussen) „gilt“ der Schutz von Leben, Gesundheit und Freiheit von vornherein als ein besonders wichtiges Interesse gegenüber den Schutzinteressen der Betroffenen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu). Dies betrifft auch Ladenlokale und **Einkaufspassagen**, in denen Millionen Kunden einkaufen und auch **Arbeitnehmer/innen beschäftigt sind**. Die haben keine Wahl, sich den Überwachungsaufnahmen zu entziehen, ohne ihre materielle Existenz zu gefährden. Die Zulässigkeit nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu ist bereits dann gegeben, wenn sie

- zur Wahrnehmung des Hausrechts oder
  - zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke
- erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen.

Ungeachtet dieser Interessenabwägung, die immer mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist, ist dem Arbeitgeber solcher Ladenlokale oder Einkaufspassagen damit ein weiter Spielraum eingeräumt, Beschäftigte permanent und flächendeckend zu überwachen. Das Zulässigkeitskriterium „zur Wahrnehmung des Hausrechts“ wird für europarechtswidrig gehalten, zumal dieses Kriterium in der DSGVO nicht enthalten ist. Die Zulässigkeit „zur Wahrnehmung berechtigter Interessen“ ist zwar nach der DSGVO grundsätzlich möglich (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO). Aber: Es besteht die Möglichkeit, solchen oder ähnlich weiten Interpretationen des § 4 Abs. 1 BDSG-neu im Beschäftigungskontext zu begegnen und sie einzuschränken. Dazu müsste der nationale Gesetzgeber für die

Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext (Art. 88 DSGVO) „spezifischere Vorschriften“ schaffen, die diesen Besonderheiten Rechnung tragen. Eine solche **einschränkende Regelung zur Videoüberwachung in Betrieben und Verwaltungen** ist sowohl rechtlich zwingend geboten, als auch **in der Praxis dringend erforderlich**: Dies ergibt sich zum einen aus dem Auftrag des Ordnungsgebers aus Art. 88 Abs. 2 DSGVO. Zum anderen ergibt sich ein solches Regelungserfordernis aus den bekannten Datenskandalen in Bezug auf die Überwachung von Arbeitnehmer/innen und ihren Interessenvertreter/innen v.a. Anfang 2000 (allen voran das Beispiel des inzwischen insolventen und dubiosen Kaufmanns Schlecker, der Beschäftigte in den Filialen hat Video-überwachen lassen).

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften empfehlen, in Betriebs- und Dienstvereinbarungen folgende Gesichtspunkte zur **Einschränkung der Überwachung von Beschäftigten** in Betrieben und Verwaltungen zu berücksichtigen:

- Offene optisch-elektronische Überwachung der nicht öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Arbeitnehmers dienen, insbesondere in Sanitär-, Umkleide-, Pausen-, und Schlafräumen, sind unzulässig.
- Offene optisch-elektronische Überwachung der öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs oder der nicht öffentlich zugänglichen Teile des Betriebs, die nicht überwiegend der privaten Lebensgestaltung des Arbeitnehmers dienen, wie Eingangsbereiche, Foyers, Büros, Werkhallen o. ä., sind nur zulässig aus Gründen der Sicherheit der Arbeitnehmer und des Betriebs.
- Soweit nicht unumgänglich, sollte die Überwachung öffentlich zugänglicher Teile des Betriebs den Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz nicht mit erfassen.
- Vor der Durchführung der Überwachung ist der Arbeitnehmer darüber zu unterrichten, wann und wie lange die Überwachungsinstrumente in Betrieb genommen werden.
- Aufzeichnungen der Überwachung sind zeitnah, spätestens innerhalb eines Monats nach Vornahme der Überwachung, zu löschen. Die ordnungsgemäße Löschung unterliegt der vierteljährlichen Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten oder der zuständigen Aufsichtsbehörde.
- Offene akustisch-elektronische Überwachung ist nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit zulässig, etwa im Cockpit von Flugzeugen.
- Die heimliche Überwachung ist in jedem Fall unzulässig.

### Inhalte und Struktur der neuen Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG-neu

Die Vorschrift des § 26 BDSG-neu hat zum einen – weitestgehend – die Regelungen und Strukturen des § 32 Abs. 1 bis 3 des noch geltenden BDSG sowie den in § 3 Abs. 11 BDSG einbezogenen Beschäftigten übernommen, angereichert um die Leiharbeiter/innen (vgl. nun § 26 Abs. 1, 6 und 7 BDSG-neu). Darüber hinaus **regelt § 26 BDSG-neu weitere Aspekte** gegenüber dem bislang in Deutschland geltenden Beschäftigtendatenschutzrecht, ohne jedoch dem Auftrag der DSGVO im Sinne einer umfassenden Regelung der Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis nachgekommen zu sein. Daher bleibt die vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften sowie von Datenschutzexperten und –beauftragten in Praxis und Wissenschaft erhobene Forderung nach einem **eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetz** auf der Tagesordnung. Sie muss in der nächsten Legislaturperiode des Bundestags verwirklicht werden.

## **Die weiteren wesentlichen Änderungen und Ergänzungen des zukünftigen Beschäftigtendatenschutzes (Abs. 1 bis 3, 5 und 7 sowie zur Videoüberwachung) auf einen Blick:**

### **Zulässigkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten (§ 26 Abs. 1 BDSG-neu)**

Die Übernahme des bislang geltenden § 32 Abs. 1 BDSG ist zunächst wegen der Wahrung des bundesdeutschen Beschäftigtendatenschutzniveaus zu begrüßen: Wie Art. 88 Abs. 1 DSGVO bezieht sich der Beschäftigtendatenschutz hiernach - umfassend - auf die Begründung, Durchführung und Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen. Die Vorschrift enthält – wie bisher – als wichtigste datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm für den Beschäftigungskontext den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit insbesondere ein Gebot der Abwägung der Interessen des Arbeitgebers als Datenverarbeitenden und des Beschäftigten als „Datensubjekt“ (Betroffenen). In der Gesetzesbegründung heißt es dazu: „Im Rahmen der Prüfung der Erforderlichkeit sind die widerstreitenden Grundrechtspositionen zur Herstellung praktischer Konkordanz abzuwägen. Dabei sind die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten zu einem schonenden Ausgleich zu bringen, der beide Interessen möglichst weitgehend berücksichtigt.“ Die Datenverarbeitung ist daher nach § 26 Abs. 1 BDSG-E erforderlich, wenn sie zum einen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses geeignet ist, zum anderen das mildeste aller dem datenverarbeitenden Arbeitgeber zur Verfügung stehenden - gleich wirksamen - Mittel ist. Außerdem darf sie das schutzwürdige Interesse der/des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegen. So darf der Arbeitgeber beispielsweise bei einem LKW-Fahrer per GPS kontrollieren, ob er sich an die gesetzlich vorgeschriebenen Pausenzeiten hält; nicht jedoch (jedenfalls nicht ohne zusätzliche Rechtfertigungsgründe), wo sich der Fahrer mit seinem LKW gerade aufhält.

Allerdings ist diese zentrale Vorschrift ähnlich allgemein gehalten, wie jene zum noch geltenden BDSG. Sie genügt damit den nun neuen Vorgaben anhand der Kriterien des Art. 88 Abs. 2 DSGVO nicht mehr. Daher wäre eine Angleichung der Formulierung „schutzwürdige Interessen“ (im vorletzten Halbsatz des § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu) an die Terminologie der DSGVO (vgl. obige Ausführungen zu Art. 88 Abs. 2) zweckmäßig und klarer erschienen. Dies auch deshalb, um der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts den Boden zu entziehen, die den Schutz von Betroffenen – etwa - in Kündigungsrechtsstreitigkeiten wegen Videoüberwachung einschränkt, indem sie eine solche Überwachung durch den Arbeitgeber in weitem Umfang zulässt (vgl. etwa die verfassungsrechtlich bedenkliche Auslegung des § 32 Abs. 1 BDSG in: BAG v. 20.10.2016 – 2 AZR 395/15). Eine weitere Anpassung durch Konkretisierung sollte der Bundestag in der nächsten Legislaturperiode vornehmen.

### **Einschränkung der Einwilligung im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 2 BDSG-neu)**

Im Verhältnis zwischen den abhängig Beschäftigten und ihrem Arbeitgeber besteht ein Ungleichgewicht. Damit ist eine Disparität der Verhandlungsmacht verbunden. Aus diesem Grunde sind für den datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand einer Einwilligung in die personenbezogene Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext spezifischere Regelungen geradezu geboten. Unter Einhaltung dieser „Grundregeln“ der DSGVO ist für Arbeitnehmer-Einwilligungen in besonderem Maße darauf zu achten, dass diese freiwillig erfolgt sind (vgl. auch Erwägungsgrund 155 der DSGVO). Deshalb muss der Arbeitgeber die bestehende Abhängigkeit der/des Beschäftigten bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung ebenso berücksichtigen wie die sonstigen Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist. Im Rahmen einer diesbezüglichen Gesamtabwägung hat der Gesetzgeber ein Beispiel

bzw. einen Hinweis zur Klärung der Frage formuliert, ob die Einwilligung freiwillig erteilt worden ist oder nicht. Danach kann Freiwilligkeit insbesondere dann vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und Beschäftigter gleichgelagerte Interessen verfolgen. Dieser Vorteil wiederum muss innerhalb des Arbeitsverhältnisses konkret sein. Dies trifft etwa auf eine Einwilligung in die Datenverarbeitung wegen besonderer Leistungen des Arbeitgebers (beispielsweise Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung) oder wegen der gewünschten Mitarbeit an einer Betriebszeitung zu. Der Vorteil darf nicht etwa nur pauschal bestehen, beispielsweise in Bezug auf den „Erhalt des Arbeitsplatzes“, zumal dieser „Vorteil“ auch als (versteckte) Drohung eingesetzt werden kann.

Darüber hinaus muss der Arbeitgeber die Einwilligung grundsätzlich schriftlich einholen, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Auch dies ist eine zutreffende, den Beschäftigtendatenschutz spezifizierende Voraussetzung, die in den allgemeinen Regelungen der DSGVO zur Einwilligung nicht vorgesehen ist. Sie entspricht dem bisherigen Beschäftigtendatenschutzniveau des BDSG. Weiter muss der Arbeitgeber den Beschäftigten über den Zweck der Datenverarbeitung und über sein Widerrufsrecht nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO aufklären. Dieses gesonderten Hinweises im Rahmen einer Einwilligung der/des Beschäftigten bedarf es auch, wenn der Arbeitgeber auf der Grundlage einer Einwilligung besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeiten will (vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen zu § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG-neu).

Die stärkere Einschränkung der Einwilligung gegenüber den allgemeinen Grundsätzen der DSGVO (insbesondere Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a) ist zwar grundsätzlich zu begrüßen. Aber die (beispielhafte) Annahme der Freiwilligkeit der Einwilligung hätte deutlicher und weiter gehender definiert werden müssen. „Irgendein“ rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil darf nicht ausreichen, um von der Bestätigung dieser rechtlichen Annahme auszugehen. Als Definition sollte im Rahmen einer weitergehenden Regelung in einem (erforderlichen) eigenständigen Beschäftigtendatenschutz - in Ansehung der Erwägungsgründe 43 und 44 der DSGVO - klarer formuliert werden: „Freiwilligkeit liegt 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.“ Darüber hinaus kann und sollte im Rahmen einer solchen Spezifizierung der Datenschutzregelungen für den Beschäftigungskontext (Art. 88 Abs. 1 DSGVO) die Arbeitnehmer-Einwilligung als Erlaubnistatbestand für die besonders kritische Bewerbersituation ganz ausgeschlossen werden.

### **Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 3 BDSG-neu)**

Diese Vorschrift nimmt auf Art. 9 Abs. 1 Bezug, wonach die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, **wie solche**, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person, **grundsätzlich untersagt** ist. Um im nationalen Umsetzungsrecht der DSGVO dennoch zu einer Erlaubnis der Verarbeitung solcher Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach Abs. 3 Satz 1 BDSG-E zu kommen, macht der deutsche Gesetzgeber von einer Ausnahmeregelung nach Art. 9 Abs. 2 lit. b) DSGVO Gebrauch. Die Nutzung der Ausnahmebestimmung ist dann möglich, wenn die Verarbeitung der o.g. besonderen Kategorien personenbezogener Daten zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich

ist und der Mitgliedstaat dies in seiner Rechtsordnung oder einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung vorsieht. Eingeschränkt wird diese Öffnung des Verbots wiederum dadurch, dass kein Grund zu der Annahme bestehen darf, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Diese Vorschrift zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG-neu erschließt sich nicht als eine konkretisierte Vorschrift zum Schutz der Beschäftigten, sondern erscheint als zu Lasten der Beschäftigten weiter gehender, als in der DSGVO vorgesehen. Insoweit wäre ein Verweis auf die europarechtliche Vorschrift des Art. 9 DSGVO zweckmäßig und völlig ausreichend gewesen.

### **Beachtung von Datenverarbeitungsgrundsätzen im Beschäftigungskontext (§ 26 Abs. 5 BDSG-neu)**

Mit dieser Vorschrift soll gewährleistet werden, dass die in Art. 5 DSGVO festgelegten Datenschutzprinzipien beachtet und umgesetzt werden. Datenschutzprinzipien umfassen die Grundsätze für die Verarbeitung, ihre Rechtmäßigkeit, der Verarbeitung nach Treu und Glauben, der Transparenz, der Zweckbindung, der Datenminimierung, der Richtigkeit, der Speicherbegrenzung, der Integrität und der Vertraulichkeit personenbezogener Daten sowie die Rechenschaftspflicht über die Einhaltung dieser Grundsätze nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO.

Der an den „Verantwortlichen“ adressierte, reine Verweis auf die Sicherstellung der Einhaltung der Grundsätze nach Art. 5 DSGVO ist jedoch für eine Anpassung des nationalen Beschäftigtendatenschutzes an die DSGVO zu wenig. In einem künftigen eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetz müssen hierzu klare Anforderungen ausformuliert werden - auch, um den Anforderungen des Abs. 2 des Art. 88 DSGVO zu genügen. Insoweit ist in diesem Zusammenhang aufzunehmen, dass dazu technische und organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung von Beschäftigten-Profilings gehören, insbesondere, dass zu unterschiedlichen Zwecken verarbeitete Beschäftigtendaten klar voneinander getrennt, frühzeitig gelöscht oder anonymisiert und dem Trennungsgebot entsprechende Zugriffsrechte eingerichtet werden.

### **Übertragung der Zulässigkeitsvoraussetzungen personenbezogener Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext auf nicht-automatisierte Datenverarbeitung (§ 26 Abs. 7 BDSG-neu)**

Mit dieser Vorschrift wird die bislang geltende Regelung des § 32 Abs. 2 BDSG (mit kleinen redaktionellen Anpassungen an die Terminologie der DSGVO und des BDSG-neu selbst) übernommen. Dieses Regelungsziel erschließt sich durch eine für den juristischen Laien schwer verständliche Formulierung nicht auf den ersten Blick. Inhaltlich wird der Beschäftigtendatenschutz und werden insbesondere die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Abs. 1 auf die **nicht automatisierte Datenverarbeitung** sowie auf die **nicht-dateimäßige Verarbeitung**, wie sie auch durch Art. 2 Abs. 1 der DSGVO geregelt ist, erstreckt. Dadurch wird diese Vorschrift der DSGVO für den Beschäftigungskontext zulässig spezifischer geregelt. Dies sollte bei Datenschutzregelungen in Betriebs- und Dienstvereinbarungen beachtet werden, beispielsweise in Bezug auf Notizen oder Aufzeichnungen, die der Arbeitgeber bei Gesprächen mit Bewerbern anfertigt.

### **Fazit und Ausblick**

Beim Beschäftigtendatenschutz beschränkt sich der Gesetzentwurf der Bundesregierung nur auf ein Minimum. Dem gegenüber sind die Gestaltungsspielräume der Mitgliedsstaaten beim Beschäftigtendatenschutz groß genug,



um im Rahmen der Ausgestaltung und Anpassung der bestehenden nationalen datenschützenden Regelungen durch den Gesetzgeber das bestehende Schutzniveau nicht nur zu halten, sondern fortzuentwickeln. Diese Weiterentwicklung gilt insbesondere im Hinblick auf Ge- und Verbote von Maßnahmen, etwa zur Beobachtung und Überwachung, in Bezug auf den Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers, zur Auswertung angeordneter Untersuchungen oder biometrischer Abgleiche, zur Leistung von immateriellem Schadensersatz bei Verstößen gegen DSGVO und BDSG-neu (neben den harten Sanktionen, wie die DSGVO diese mit bis zu 4% des weltweiten Jahresumsatzes eines Unternehmens vorsieht: vgl. einleitende Ausführungen), zu Sachvortrags- und Beweisverwertungsverboten, insbesondere bei unzulässiger Videoüberwachung, zum Verbandsklagerecht usw. Hierzu benötigen wir ein eigenständiges und detailliertes Beschäftigtendatenschutzgesetz.

### Dokumentation des § 26 BDSGE-neu im Wortlaut

#### **§ 26 Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses**

(1) 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. 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.

(2) 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 Artikel 7 Absatz 3 der Verordnung (EU) 2016/679 in Textform aufzuklären.

(3) 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. Absatz 2 gilt auch für die Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten; die Einwilligung muss sich dabei ausdrücklich auf diese Daten beziehen. § 22 Absatz 2 gilt entsprechend.

(4) 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.

(5) Der Verantwortliche muss geeignete Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass insbesondere die in Artikel 5 der Verordnung (EU) 2016/679 dargelegten Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden.

(6) Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.

(7) 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.

(8) Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, einschließlich der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Verhältnis zum Entleiher,
  2. zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte,
  3. Teilnehmerinnen und Teilnehmer an Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben sowie an Abklärungen der beruflichen Eignung oder Arbeitserprobung (Rehabilitandinnen und Rehabilitanden),
  4. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte,
  5. Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten,
  6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
  7. Beamtinnen und Beamte des Bundes, Richterinnen und Richter des Bundes, Soldatinnen und Soldaten sowie Zivildienstleistende.
- Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, gelten als Beschäftigte.