

---

Der Arbeitnehmerdatenschutz nach dem Regierungsentwurf eines  
Beschäftigtendatenschutzgesetzes

**Auswirkungen auf Compliance-Untersuchungen / interne Ermittlungen**

---

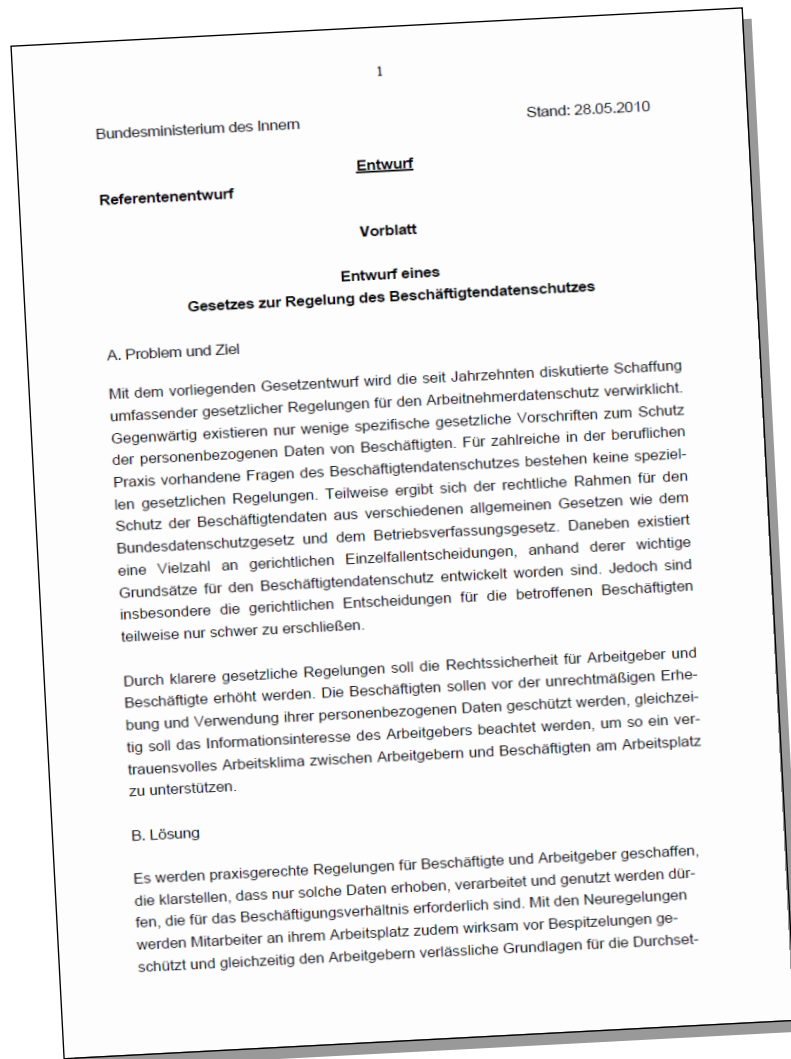
**Dr. Marc Philipp Weber**

Taylor Wessing, Hamburg

Herbstakademie 2010

---

## Regierungsentwurf für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz



- ▶ Regierungsentwurf („RegE“) eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes („BDatG“) vom 25. August 2010
- ▶ Neuer Unterabschnitt im BDSG, §§ 32, 32a-I BDSG-E
- ▶ Diverse Änderungen im Vergleich zum Referentenentwurf vom 28. Mai 2010

## Anwendungsbereich des BDatG

- ▶ Grundsätzlich abschließende Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten „für die Zwecke“ eines Beschäftigungsverhältnisses
- ▶ § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG bleibt anwendbar, soweit Beschäftigtendaten für andere Zwecke als für ein Beschäftigungsverhältnis erhoben, verarbeitet (insb. übermittelt) oder genutzt werden
- ▶ Unterabschnitt gilt auch für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch Dritte (§ 3 Abs. 8 BDSG), die für den Arbeitgeber tätig werden (vgl. § 32I Abs. 2 BDSG-E)

## Halb-zwingendes Recht

- ▶ Vorschriften des BDatG sind grundsätzlich zwingendes Recht
- ▶ Abweichungen sind nur zu Gunsten der Beschäftigten erlaubt (§ 32I Abs. 5 BDSG-E)
- ▶ Gesetzliche Klarstellung, dass Betriebsvereinbarungen, Dienstvereinbarungen oder Tarifverträge die gesetzlichen Regelungen nur konkretisieren können
- ▶ Bspw. Betriebsvereinbarungen für Compliance-Maßnahmen oder Sonderprüfungen dürfen das Schutzniveau des BDatG nicht unterschreiten, sondern dürfen nur Abläufe gestalten bzw. Bestimmungen konkretisieren

## Einschränkung der Einwilligung

- ▶ Begrenzte Einwilligungsmöglichkeit gem. § 32 I BDSG-E
  
- ▶ Einwilligung nur noch zulässig, soweit im neuen Unterabschnitt ausdrücklich vorgesehen
  - § 32 Abs. 6 Satz 4 BDSG-E
  - § 32a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 BDSG-E
  - § 32b Abs. 3 BDSG-E
  - § 32h Abs. 1 Satz 2 BDSG-E
  - § 32i Abs. 2 Satz 1 BDSG-E
  - § 32i Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BDSG-E

## Einschränkung der Einwilligung

- ▶ Negatives Recht auf informationelle Selbstbestimmung?
- ▶ Europarechtliche Zulässigkeit unklar, vgl. Art. 7 lit. a der allgemeinen Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG
- ▶ Auswirkungen auf Abläufe z.B. bei Sonderuntersuchungen:  
Sonderuntersuchungen werden bisher häufig auf der Grundlage einer Einwilligung leitender Angestellter durchgeführt (Hintergrund: Keine Anwendbarkeit von Betriebsvereinbarungen gegenüber leitenden Angestellten, vgl. §§ 77 Abs. 1, 5 Abs. 3 BetrVG)

## Datenschutz vor / im Beschäftigungsverhältnis

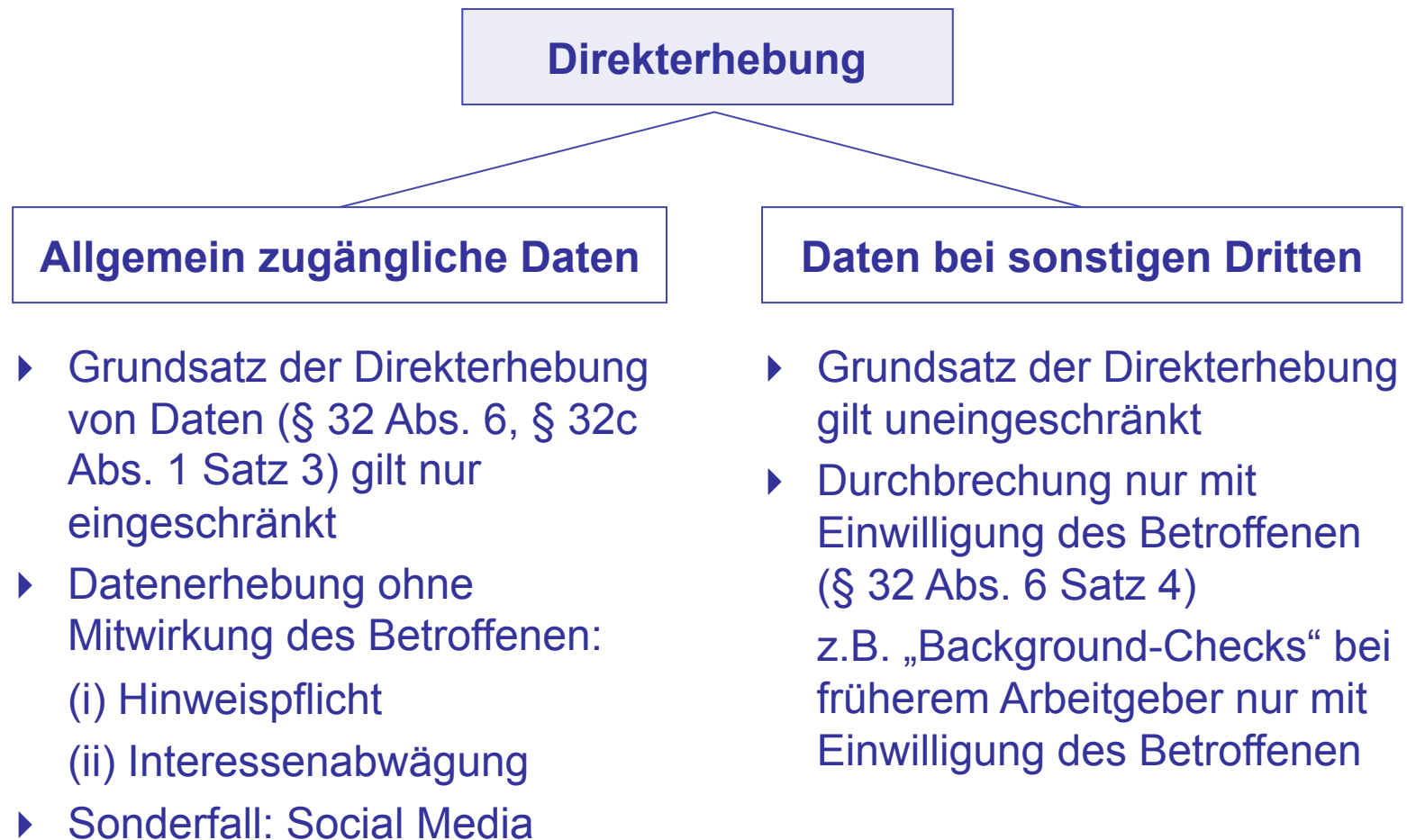
### Im Vorfeld der Begründung

- ▶ Grundsatz der Direkterhebung (Social Media, „Background-Checks“)
- ▶ Bestandsdaten“, zudem: Erforderlichkeit zur Eignungsfeststellung (§ 32 Abs. 1)
- ▶ Fragerecht des Arbeitgebers (Frage nach der Schwangerschaft?)
- ▶ Ärztliche Untersuchungen
- ▶ Eignungstests

### Im Beschäftigungsverhältnis

- ▶ Grundsatz der Direkterhebung
- ▶ Erforderlichkeit für Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des AV (§ 32c), z.B. Leistungs-/Verhaltenskontrolle
- ▶ Ärztliche Untersuchung
- ▶ Eignungstest
- ▶ Sonderregelungen: §§ 32d-i, insb. Korruptionsbekämpfung, Durchsetzung von Compliance-Anforderungen

## Grundsatz der Direkterhebung von Daten



## Sonderfall: Social Media



- ▶ „Facebook“-Verbot bezüglich Stellenbewerbern (§ 32 Abs. 6)
- ▶ Verbot gilt entsprechend für Beschäftigte (§ 32c Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 32 Abs. 6)
- ▶ Interessenabwägung bleibt bei Netzwerken zur Darstellung der beruflichen Qualifikation

## Fragerecht des Arbeitgebers bei besonders schutzwürdigen Daten (§ 32 Abs. 2 BDSG-E)

- ▶ Besonders schutzwürdige Daten: insb. Vorstrafen, Ermittlungsverfahren, Vermögensverhältnisse
- ▶ Gleichlauf mit AGG (Erhebung zulässig, wenn Art der auszuübenden Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung eine „**wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung**“ darstellen, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.)
- ▶ Vermögensverhältnisse als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung?
- ▶ Vorstrafen: BZRG bleibt unberührt (§ 32 Abs. 2 Satz 2), Geldstrafen bis 90 Tagessätze müssen nicht genannt werden

## Datenerhebung / Datenverarbeitung und -nutzung

### Erhebung (§ 32c)

- ▶ „**Erforderlichkeit**“ für (i) die Durchführung, (ii) Beendigung oder (iii) Abwicklung des Arbeitsverhältnisses
- ▶ Insbesondere: Gesetzliche Melde-/Auskunftspflichten, Leistungs- und Verhaltenskontrolle
- ▶ Social Media-Regelung (vgl. § 32c Abs. 1 Satz 3)
- ▶ **Konkrete Regelungen für bestimmte Konstellationen:** §§ 32e-i BDSG-E, § 32c Abs. 3

### Verarbeitung, Nutzung (§ 32d)

- ▶ § 32d Abs. 1: Daten, die nach §§ 32, 32a/32c erhoben wurden
- ▶ § 32d Abs. 2: Daten, die nicht nach §§ 32, 32a/32c erhoben wurden
- ▶ § 32d Abs. 3:  
**Datenscreening**
- ▶ **Konkrete Regelungen:** §§ 32e-i BDSG-E

## Videüberwachung von Beschäftigten (§ 32f BDSG-E)



- ▶ Abschließende Regelung der Zulässigkeit der Videüberwachung mittels CCTV-Systemen in § 32f BDSG
- ▶ „Beobachtung“ und Aufzeichnung (Arg. § 32f Abs. 3 BDSG-E)
- ▶ Ergänzung zu § 6b BDSG: Videüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Betriebsgeländen, Betriebsgebäuden oder Betriebsräumen
- ▶ Grundsätzliche Unzulässigkeit in Sanitär-, Umkleide- und Schlafräumen

## Zulässigkeit der Videoüberwachung



### Offen, präventiv

- ▶ Hinweisschilder erforderlich
- ▶ Wichtige betriebliche Interessen
  - ▶ Zutrittskontrolle, Hausrecht
  - ▶ Schutz des Eigentums
  - ▶ Sicherheit des Beschäftigten
  - ▶ Sicherung von Anlagen
  - ▶ Gefahrenabwehr bzgl. Sicherheit des Betriebs
  - ▶ Qualitätskontrolle (neu)
- ▶ Interessenabwägung

### Verdeckt, repressiv

- ▶ Vorabkontrolle durch DSB
- ▶ Konkreter Verdacht einer schwerwiegenden Vertragsverletzung und/oder Straftat (Vergleichsmaßstab fristlose Kündigung)
- ▶ Videoüberwachung nicht Betroffener
- ▶ Verhältnismäßigkeit

RefE

## Videüberwachung

- ▶ Zulässigkeit dauerhafter Videoüberwachung?  
(Erforderlichkeit?)
- ▶ Attrappenregelung (§ 32f Abs. 1 Satz 4 BDSG-E): Schutz vor Irrtum durch das BDSG?
- ▶ Einwilligung des Beschäftigten ausgeschlossen  
(vgl. § 32I Abs. 1 BDSG-E)
- ▶ Kein Unterschreiten des Schutzniveaus zum Nachteil des Beschäftigten, d.h. keine heimliche Videoüberwachung durch Betriebsvereinbarung (vgl. § 32I Abs. 5 BDSG-E)

## Weitere Bestimmungen im BDSG-E

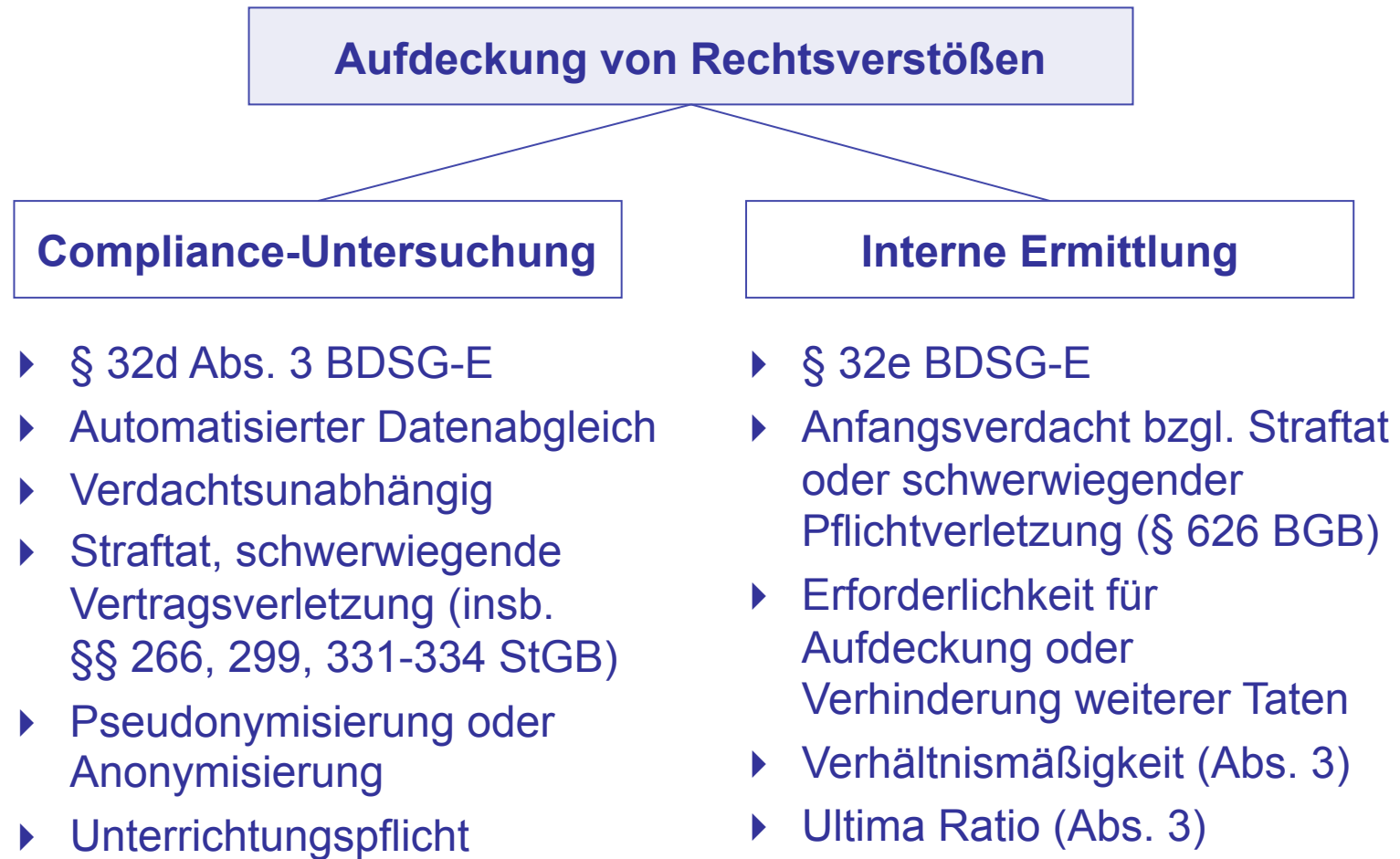
- ▶ Mithören von Telefongesprächen unzulässig (außer bei Call-Centern unter bestimmten Voraussetzungen)
- ▶ Anzeige- und Meldepflicht bei Datenpannen (sehr viel weitergehend als § 42a BDSG)
- ▶ Einsatz elektronischer Ortungssysteme (insb. GPS)
- ▶ Einsatz biometrischer Verfahren (z.B. Fingerabdruck-/Retina-Scanner)

## Compliance-Untersuchungen und interne Ermittlungen



- ▶ Rückblick auf die lex lata: § 32 BDSG
- ▶ § 32 BDSG hat in der Praxis mehr Probleme geschaffen als gelöst
- ▶ Insb. Zulässigkeit präventiver Maßnahmen unklar (Compliance-Untersuchungen; Inkongruenz von Wortlaut und Regierungsbegründung)
- ▶ Keine Aufdeckung von Vertragsbrüchen oder Ordnungswidrigkeiten?
- ▶ Erfassung von Mehrpersonen-Konstellationen?

## Grundsätzliche Systematik nach §§ 32d Abs. 3, 32e BDSG-E



## § 32d Abs. 3 BDSG-E: Grundnorm für die Durchsetzung von Compliance-Anforderungen u. Korruptionsbekämpfung

- ▶ Präventive Compliance-Maßnahmen sind i.d.R. auf die automatisierte Verarbeitung von Datenmassen angelegt
  - ↳ Datenscreening von Beschäftigtendaten: Automatisierter Abgleich von Beschäftigtendaten mit Daten des Arbeitgebers  
*z.B. Finanzcontrolling: Abgleich der Kontonummern von Beschäftigten mit denen von Dienstleistern/Lieferanten*
- ▶ Aufdeckung von Straftaten oder schwerwiegenden Vertragsverletzungen
- ▶ Verdachtsunabhängig (grds. „fishing expeditions“)
- ▶ Abgleich sämtlicher Daten – keine Beschränkung durch das Merkmal der Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit

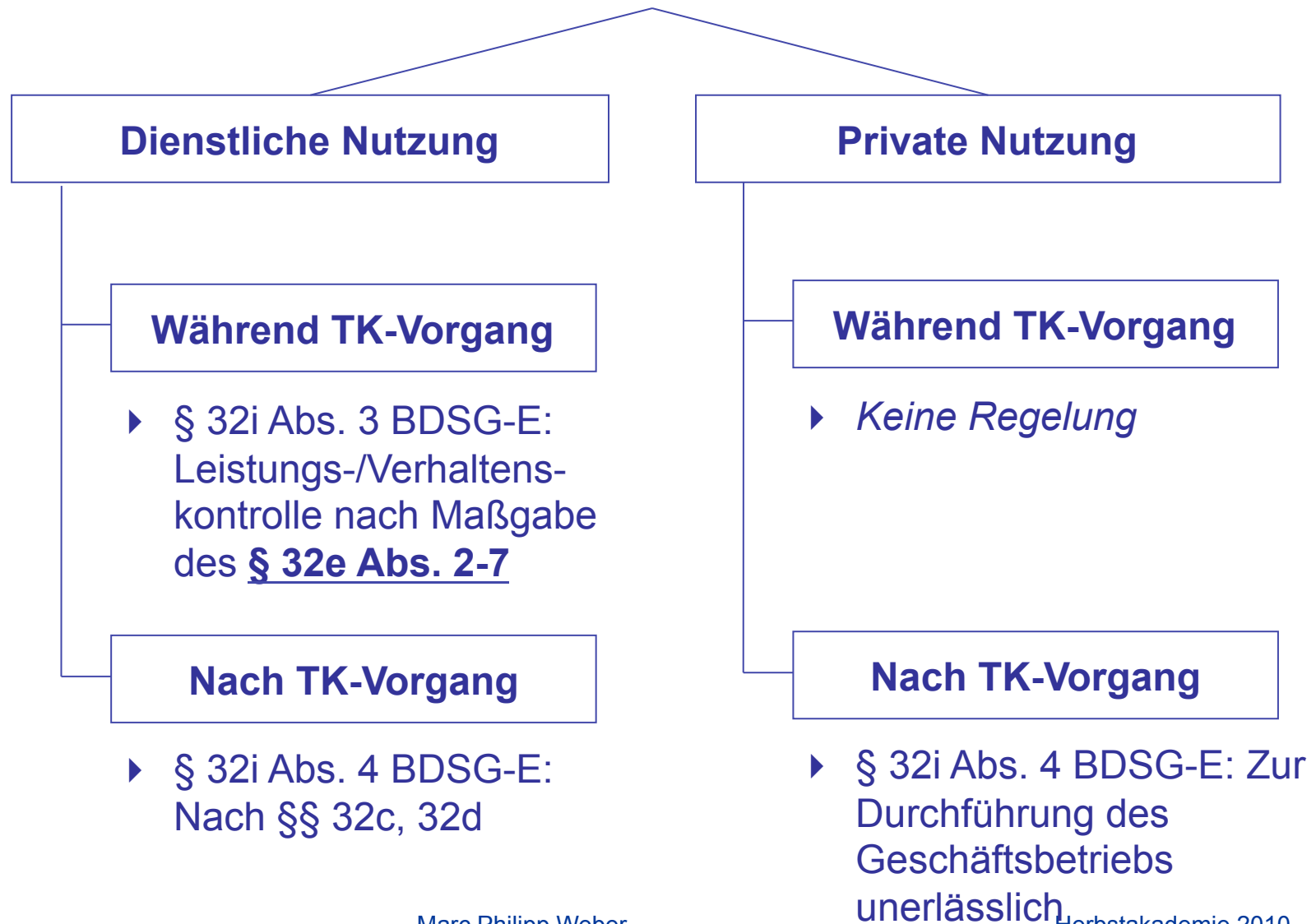
## § 32e BDSG-E: Datenerhebung im Rahmen von Sonderuntersuchungen / internen Ermittlungen

- ▶ **Anfangsverdacht** bzgl. Straftat / schwerwiegender Pflichtverletzung gegen Beschäftigten oder gegenüber einer Gruppe von Beschäftigten (Regierungsbegründung)
  - ▶ **Erforderlichkeit** zur Aufdeckung / Verhinderung weiterer Straftaten / Pflichtverletzungen
  - ▶ **Verhältnismäßigkeit**
  - ▶ Ultima ratio / Subsidiarität: Erhebung nur, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise „**weniger erfolgversprechend oder erschwert**“ würde
  - ▶ Dauer ist auf das „**Unerlässliche**“ zu beschränken
- ↪ Viele unbestimmte Rechtsbegriffe: Schwierigkeit belastbare Ermittlungskonzepte zu erstellen

## § 32e Abs. 4-7 BDSG-E: Rahmenbedingungen für interne Ermittlungen

- ▶ „Schwarze Liste“ verbotener Erhebungsmethoden: § 32e Abs. 4: Beschränkung des zeitlichen Ausmaßes (nicht länger als 24 Stunden ununterbrochen / an mehr als 4 Tagen) und der Mittel der Datenerhebung (z.B. keine heimliche Videoüberwachung oder Aufzeichnung von Gesprächen)
- ▶ § 32e Abs. 5: Zweckbindung, Dokumentations- und Unterrichtungspflicht
- ▶ § 32e Abs. 6: Löschungspflicht
- ▶ § 32e Abs. 7: Keine Datenerhebung im „Kernbereich privater Lebensgestaltung“

## Einsicht in E-Mails des Beschäftigten?



## Abgrenzung in der Praxis problematisch



- ▶ Hintergrund Fernmeldegeheimnis (§ 88 II TKG, Art. 10 I GG), Beschäftigter als „Dritter“
- ▶ (P) Fernmeldegeheimnis greift auch, während der TK-Vorgang nur „ruht“ / Spezifische Gefährdungslage bleibt bestehen, wenn E-Mails nach Abruf / Zugriff beim Provider gespeichert bleiben (BVerfG)
- ▶ Diese Rechtsprechung ist auf das Arbeitsverhältnis übertragbar: E-Mail-Accounts auf dem Exchange-Server unterliegen grundsätzlich dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses, auch nach Abruf einer E-Mail durch den Beschäftigten

## Praxisproblem: E-Mail-Zugriff bei privater Nutzung (z.B. Durchsuchung Exchange-Server)

Bisher	Nach dem RefE
Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses bei dem Verdacht einer Straftat (str.)	<del>Jetzt § 32i IV BDSG-E, keine Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses mehr möglich</del>
Einwilligung des Beschäftigten	Einwilligung des Beschäftigten ausgeschlossen (§ 32 I BDSG-E)

## Praxisproblem: E-Mail-Zugriff bei privater Nutzung (z.B. Durchsuchung Exchange-Server)

Bisher	Nach dem RegE
Durchbrechung des Fernmeldegeheimnisses bei dem Verdacht einer Straftat (str.)	<i>Keine Regelung, bisherige unklare Rechtslage wird beibehalten</i>
Einwilligung des Beschäftigten	Einwilligung des Beschäftigten ausgeschlossen (§ 32 I BDSG-E)

## Ausblick

- ▶ Detaillierte Regelungen für Compliance-Maßnahmen / interne Ermittlungen bringen mehr Rechtssicherheit
- ▶ Regelungen für die Durchsuchung von E-Mail-Accounts bedürfen einer Überarbeitung (insb. bei Privatnutzung)
- ▶ Weitere Regelungsanliegen: Einsatz von Whistleblowing-Hotlines, Übermittlung von Beschäftigtendaten im Konzern

## Kontakt

Dr. Marc Philipp Weber

Taylor Wessing  
Hanseatic Trade Center  
Am Sandtorkai 41  
20457 Hamburg

Tel.: +49 (0) 40 36 80 3 – 229

Fax: +49 (0) 40 36 80 3 – 280

E-Mail: [m.weber@taylorwessing.com](mailto:m.weber@taylorwessing.com)

[www.taylorwessing.com](http://www.taylorwessing.com)

# Taylor Wessing

## Berlin

Ebertstraße 15  
10117 Berlin  
Deutschland  
Tel. +49 30 885636-0  
Fax +49 30 885636-100  
berlin@taylorwessing.com

## Brüssel

Trône House  
4 Rue du Trône  
1000 Brussels  
Belgien  
Tel. +32 2 28960-60  
Fax +32 2 28960-70  
brussels@taylorwessing.com

## Cambridge

24 Hills Road  
Cambridge CB2 1JW  
England  
Tel. +44 1223 4464-00  
Fax +44 1223 4464-01  
cambridge@taylorwessing.com

## Dubai

28th Floor, Al Moosa Tower II  
Sheikh Zayed Road  
P.O. Box 33675, Dubai  
Vereinigte Arabische Emirate  
Tel. +971 4 332-3324  
Fax +971 4 332-3325  
dubai@taylorwessing.com

## Düsseldorf

Benrather Str. 15  
40213 Düsseldorf  
Deutschland  
Tel. +49 211 8387-0  
Fax +49 211 8387-100  
duesseldorf@taylorwessing.com

## Neuss

Am Krausenbaum 42  
41464 Neuss  
Deutschland  
Tel. +49 2131 74030-0  
Fax +49 2131 74030-50  
neuss@taylorwessing.com

## Frankfurt am Main

Senckenberganlage 20-22  
60325 Frankfurt a. M.  
Deutschland  
Tel. +49 69 97130-0  
Fax +49 69 97130-100  
frankfurt@taylorwessing.com

## Hamburg

HTC – Am Sandtorkai 41  
20457 Hamburg  
Deutschland  
Tel. +49 40 36803-0  
Fax +49 40 36803-280  
hamburg@taylorwessing.com

## London

No. 5 New Street Square  
London EC4A 3TW  
England  
Tel. +44 20 7300-7000  
Fax +44 20 7300-7100  
london@taylorwessing.com

## München

Isartorplatz 8  
80331 München  
Deutschland  
Tel. +49 89 21038-0  
Fax +49 89 21038-300  
muenchen@taylorwessing.com

## Paris

42, Avenue Montaigne  
75008 Paris  
Frankreich  
Tel. +33 1 727403-33  
Fax +33 1 737403-34  
paris@taylorwessing.com

## Alicante

Paseo Explanada de España No.1  
03002 Alicante  
Spanien  
Tel. +34 965 142805  
Fax +34 965 200248  
alicante@taylorwessing.com

## Beijing

Unit 1503, Tower 2,  
Prosper Center  
No. 5, Guanghua Road,  
Chaoyang District  
Beijing 100020  
Volksrepublik China  
Tel +86 10 8587-5886  
Fax +86 10 8587-5885  
beijing@taylorwessing.com

## Shanghai

Unit 1509  
United Plaza  
No. 1468, Nanjing West Road  
Shanghai 200040  
Volksrepublik China  
Tel +86 21 624772-47  
Fax +86 21 624772-48  
shanghai@taylorwessing.com

## Warszawa

BSJP  
Al. Armii Ludowej 26  
00-609 Warszawa  
Polen  
Tel +48 (0)22 5 79 89 80  
Fax +48 (0)22 5 79 89 81  
warszawa@taylorwessing.com