DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Informationsrecht

zum Änderungsantrag der CDU/CSU und FDP zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ (Drucksache 17/4230)

Stellungnahme Nr.: 6/2013 Berlin, im Januar 2013

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Isabell Conrad, München
- Rechtsanwalt Prof. Niko Härting, Berlin
- Rechtsanwalt Peter Huppertz, LL.M., Düsseldorf (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Schneider, München
- Rechtsanwalt Dr. Robert Selk, LL.M. (EU), München
- Rechtsanwalt und Notar Ulrich Volk, Wiesbaden
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger Zuck, Stuttgart

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 (0)30 726152-0
Fax: +49 (0)30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de
www.anwaltverein.de

Verteiler

Bundesministerium des Innern
Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium für Arbeit und Soziales

Deutscher Bundestag – Innenausschuss
Deutscher Bundestag – Rechtsausschuss
Deutscher Bundestag – Ausschuss für Arbeit und Soziales

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Fraktionen der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder
Justizminister und Justizsenatoren der Länder
Landesministerien für Arbeit und Soziales

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Deutscher Gewerkschaftsbund
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.

Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder

Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Richterbund
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
Deutscher Notarverein
ver.di Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

GRUR
BITKOM
DGRI
EDV-Gerichtstag

DAV-Vorstand und Geschäftsführung
Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
Vorsitzende der Landesverbände des DAV
Vorsitzende des FORUMs Junge Anwaltschaft

Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
Redaktion NJW
JUVE-Verlag
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
Zeitschrift Recht der Arbeit
Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
Süddeutsche Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Auch wenn der Bundestag nicht am 1. Februar 2013 über den Änderungsantrag der CDU/CSU und FDP zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ (Drucksache 17/4230) entscheiden wird, so bleibt doch das Thema hochaktuell und die Vorschläge der Regierungsfraktionen in der Debatte. Der Deutsche Anwaltverein nimmt deshalb aus generell datenschutzrechtlicher Perspektive Stellung zu dem besagten Änderungsantrag.

Durch die vorgeschlagenen Änderungen soll in erster Linie der Datenschutz für Arbeitnehmer verstärkt werden. Neben den Regelungsgegenständen, die unmittelbar mit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Zusammenhang stehen, enthält der Entwurf auch einige allgemeinere Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung (§ 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG-E), zum Erlaubnisvorbehalt (§ 4 Abs. 1 Satz 2 BDSG-E; § 32l Abs. 5 BDSG-E) und zum Konzernprivileg (§ 32m BDSG-E), die Anlass zu einer Stellungnahme geben.

1. § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG-E

In der Neufassung von Satz 3 dieser Vorschrift ist nunmehr ausdrücklich unter Nr. 4 aufgenommen, dass Auftragsdatenverarbeiter aus Drittländern jedenfalls dann nicht mehr als „Dritte“ gelten, wenn für das betreffende Drittland durch die Europäische Kommission gemäß Art. 25 Abs. 6 der Richtlinie 95/46/EG ein angemessenes Schutzniveau festgestellt wurde. Diese begrüßenswerte Ergänzung führt insbesondere dazu, dass für Auftragsdatenverarbeiter aus diesen Drittländern zukünftig unmittelbar die Regelungen zur Auftragsdatenverarbeitung gemäß § 11 BDSG Anwendung finden. Die betroffenen Auftragsdatenverarbeiter müssten daher die in § 11 BDSG festgelegten Voraussetzungen für eine zulässige Auftragsdatenverarbeitung vollumfänglich erfüllen. Andererseits würden ihnen aber auch die Privilegierungen der Auftragsdatenverarbeitung, insbesondere im Hinblick

auf die Entbehrlichkeit einer gesonderten Einwilligung der Betroffenen in die Übermittlung, zu Gute kommen.

Kritisch anzumerken ist jedoch, dass diese sinnvolle Ergänzung auf den Fall der Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus durch die Europäische Kommission beschränkt wurde. Zielführender wäre es, an dieser Stelle auch den Fall zu erfassen, bei dem die verantwortliche Stelle gemäß § 4c Abs. 2 Satz 1 BDSG sonstige ausreichende Garantien hinsichtlich des Schutzes des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen und der Ausübung der damit verbundenen Rechte nachgewiesen hat. Dies betrifft nicht nur den Fall, dass die zuständige Aufsichtsbehörde im Einzelfall eine konkrete Übermittlung genehmigt hat, sondern insbesondere auch die Fälle, in denen die verantwortliche Stelle durch den Abschluss der EU-Standardvertragsklauseln bzw. durch die Einführung von verbindlichen Unternehmungsregelungen (Corporate Binding Rules) ein angemessenes Schutzniveau sicherstellt.

Eine entsprechende Ergänzung würde sich schon allein deshalb anbieten, weil die Aufsichtsbehörden in der Praxis der Auffassung sind, dass bei der Datenübermittlung in unsichere Drittstaaten neben dem Abschluss der EU-Standardvertragsklauseln auch die Anforderungen von § 11 BDSG einzuhalten sind (vgl. z.B. Orientierungshilfe Cloud Computing, Arbeitskreise Technik und Medien der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder, Stand 26.09.2011, S. 10 f.). Streng genommen lässt sich die Anwendung von § 11 BDSG in diesen Szenarien bislang nicht aus dem Gesetz herleiten, da Auftragsdatenverarbeiter in unsicheren Drittstaaten nach der Definition von § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG „Dritte“ bleiben und daher die Privilegierungen von § 11 BDSG für diese nicht anwendbar sind. Im Ergebnis würde sich daher durch eine entsprechende Ergänzung von § 3 Abs. 8 Satz 3 BDSG-E die Möglichkeit ergeben, die ohnehin schon von den Aufsichtsbehörden in diesem Bereich praktizierte Anwendung von § 11 BDSG auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.

2. § 4 Abs. 1 BDSG-E / § 32 l Abs. 5 BDSG-E

Die Ergänzung in § 4 Abs. 1 BDSG-E, wonach als andere Rechtsvorschriften auch Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sowie Vereinbarungen nach § 28 Abs. 2 des Sprecherausschussgesetzes gelten, ist sicherlich begrüßenswert und folgt auch der weithin herrschenden Meinung. Unglücklich erscheint es jedoch, wenn in § 32l Abs. 5 BDSG-E lediglich apodiktisch festgestellt wird, dass von den Vorschriften des Beschäftigtendatenschutzes nicht zu Ungunsten der Beschäftigen durch Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sowie Vereinbarungen nach § 28 Abs. 2 des Sprecherausschussgesetzes abgewichen werden darf. Bislang war es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zulässig, durch Betriebsvereinbarungen auch zu Ungunsten der Arbeitnehmer von den Vorschriften des BDSG abzuweichen (BAG v. 27.05.1986 - 1 ABR 48/84, BAGE 52, 88). Nach den Vorgaben des BAG müssen sich die Betriebspartner aber im Rahmen ihrer jeweiligen Regelungskompetenz halten und den Grundsätzen über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers Rechnung tragen. Demgegenüber vertreten die Aufsichtsbehörden die Auffassung, dass Betriebsvereinbarungen vom BDSG solange abweichen dürfen, wie sie die dort getroffenen Regelungen durch Schutzverordnungen ersetzen, die den jeweils spezifischen Geschäftsbedingungen besser angepasst, allerdings mindestens ebenso weitreichend sind. Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung könne insofern präzisiert und ausgebaut, nicht jedoch verdrängt werden (vgl. Simitis, BDSG, 7. Auflage, § 32 Rn. 167).

Auch wenn man der ständigen Rechtsprechung des BAG nicht folgen möchte, gibt es selbst nach der strengeren Auffassung der Aufsichtsbehörden einen gewissen Gestaltungsspielraum der Betriebspartner, um durch den Abschluss von Betriebsvereinbarungen flexible und praxisgerechte Lösungen zu finden. Durch § 32l Abs. 5 BDSG-E dürfte dieser erhaltenswerte Gestaltungsspielraum stark eingeschränkt werden, da zukünftig jegliche Abweichung „zu Ungunsten der Beschäftigten“ nicht mehr möglich sein wird. Durch die neue Regelung könnte den Parteien daher die Flexibilität genommen werden, die ihnen selbst nach der strengeren Auffassung Aufsichtsbehörden bislang zugestanden war. Im Ergebnis besteht daher die Gefahr, dass die Anerkennung von Tarifverträgen, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sowie Vereinbarungen nach § 28 Abs. 2 des Sprecherausschussgesetzes als „andere Rechtsvorschriften im Sinne des BDSG“

durch die Einschränkung in § 32l Abs. 5 BDSG für die verantwortlichen Stellen ohne großen praktische Nutzen bleiben wird.

3. § 32i BDSG-E

Leider fehlt in § 32i BDSG-E eine Regelung für den für die Praxis immens wichtigen Bereich der privaten Nutzung von Telekommunikationsdiensten des Arbeitgebers durch die Beschäftigten (siehe hierzu auch Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 10/2010, Ziff. 3a).

4. § 32m BDSG-E

Mit § 32m BDSG-E soll nunmehr das vielfach geforderte Konzernprivileg für die Übermittlung von Beschäftigtendaten eingeführt werden. Bereits in einer ersten Stellungnahme des Bundesrats zum Beschäftigtendatenschutz wurde eine Reform zur Datenübermittlung im Konzern eingefordert. Insbesondere wies der Bundesrat in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die Regelungen zur Datenübermittlung im Konzern an die Erfordernisse international organisierter Konzernstrukturen anzupassen sind, um mit mehr Rechtssicherheit für die Unternehmen deren Wettbewerbsfähigkeit auf dem internationalen Markt zu stärken (Stellungnahme des Bundesrats zum „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“, Drucksache 535/10, S. 4). Grundsätzlich ist die vorgeschlagene Regelung daher begrüßenswert, auch wenn durch die Nennung von Regelbeispielen und/oder konkreten Bandbreiten ein Mehr an Rechtssicherheit erzielt werden könnte.

Vor dem Hintergrund der Datenschutz-Grundverordnung wird sich allerdings noch zeigen müssen, ob dieser Sonderweg für Beschäftigtendaten Bestand haben kann. In dem vorliegenden Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung ist indes an keiner Stelle eine ähnliche Regelung enthalten, so dass man im Moment jedenfalls davon ausgehen muss, dass der europäische Gesetzgeber es offenbar nicht für erforderlich hält, ein generelles Konzernprivileg einzuführen.

Die Kompetenz eines einzelnen Mitgliedstaates zur Einführung eines auf Beschäftigtendaten beschränkten nationalen Konzernprivilegs dürfte sich aber auch nicht ohne weiteres aus Artikel 82 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung ergeben. Auch wenn den Mitgliedstaaten in Artikel 82 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung für die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext eine eigenständige Regelungskompetenz zugewiesen wird, soll sich diese nur „in den Grenzen der Verordnung“ bewegen dürfen. Da diese jedoch – wie ausgeführt – ein Konzernprivileg nicht kennt, wird man schwer begründen können, wieso sich ein auf Beschäftigtendaten beschränktes Konzernprivileg innerhalb der Grenzen der Datenschutz-Grundverordnung bewegt. Soll § 32m BDSG-E daher Bestand haben, wird man in den weiteren Konsultationen zur Datenschutz-Grundverordnung darauf drängen müssen, dass auch darin ein entsprechendes Konzernprivileg geregelt wird (siehe hierzu auch Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 47/2012, S. 21). Idealerweise sollte dieses jedoch nicht auf Beschäftigtendaten begrenzt werden, sondern für alle Arten von personenbezogenen Daten gelten.

Die Anwendung von § 32m BDSG-E wird auf solche Unternehmen beschränkt, die gemäß § 15 AktG als verbundene Unternehmen gelten. Problematisch hieran ist, dass § 15 AktG viele Unternehmensgruppen nicht erfasst. Die in Art. 4 (16) der Datenschutz-Grundverordnung enthaltene Definition der Unternehmensgruppe geht viel weiter und bezieht sich auch auf das Beherrschungsverhältnis. Insoweit wäre zwar fraglich, ob ein faktisches Beherrschungsverhältnis ausreicht und ob das auch für GmbH-Konzerne gilt, in denen es ja gesellschaftsrechtlich kein eigentliches Beherrschungsverhältnis gibt. Trotzdem scheint die weitere Definition der Datenschutz-Grundverordnung besser als § 15 AktG geeignet zu sein, alle relevanten Konstellationen zu adressieren.

In § 32m Satz 2 BDSG-E wird bestimmt, dass die §§ 4b und 4c BDSG unberührt bleiben. Dies bedeutet zunächst, dass das angedachte Konzernprivileg auf die Übermittlung von Beschäftigtendaten zwischen Konzernunternehmen mit Sitz in Deutschland beschränkt ist, wenn nicht zusätzlich die Voraussetzungen von §§ 4b und 4c BDSG erfüllt sind. Im Änderungsantrag ist jedoch keine Änderung des geltenden § 4b Abs. 1 BDSG vorgesehen ist. Hiernach richtet sich die Übermittlung personenbezogener Daten an Stellen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen

Union bzw. in andere Vertragsstaaten des EWR nur nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 28-30a BDSG). § 32m Satz 2 BDSG-E würde daher auf diesen Sachverhalt keine Anwendung finden. Folge wäre damit, dass – wenn die Voraussetzungen des § 4 c Abs. 1 BDSG erfüllt sind – Beschäftigtendaten zwar an Konzernunternehmen außerhalb der EU übermittelt werden dürften, nicht aber an Konzernunternehmen in der sicheren EU. Die Einführung eines Konzernprivilegs, das gerade die Übermittlung innerhalb der EU nicht mit einschließt, dürfte aber wenig Sinn machen, zumal das Konzernprivileg gerade den Erfordernissen international organisierter Konzernstrukturen gerecht werden soll. Daher ist anzuregen, dass in § 4b Abs. 1 BDSG ein ausdrücklicher Verweis auf die Anwendbarkeit von § 32m BDSG-E aufgenommen wird.

Ferner wäre es wünschenswert, dass weiter konkretisiert wird, wie die übermittelnde Stelle sicherzustellen hat, dass die empfangende Stelle die übermittelten Daten nur für solche Zwecke verarbeitet, zu denen sie übermittelt wurden. Denkbar wäre z.B. die Ergänzung, dass dies durch eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zwischen der übermittelnden und der empfangenden Stelle erfolgen kann.