

Compliance Berater

5 / 2024

Betriebs-Berater Compliance

25.4.2024 | 12.Jg
Seiten 137-180

EDITORIAL

Eine Hommage an Compliance Officer | I

Prof. Dr. Bartosz Makowicz

AUFSÄTZE

KI-Verordnung – Was bisher geschah und jetzt zu tun ist | 137

Dr. Thorsten Ammann und Jan Pohle

Zeitenwende bei der Cybersecurity-Compliance: Ausweg aus der Haftungsfalle für die Geschäftsleitung | 145

Dr. Lucas Blum und Dr. Philipp Adelberg

Beschäftigtendatenschutz auf dem Prüfstand – Ein Interview | 151

Dr. Frank Schemmel und Dr. Stefan Brink

Remote Work und ihre Herausforderungen an die Compliance – Teil 2 | 155

Rainer Burkardt und Laura-Felicia Bokranz

Praxistipps zum Hinweisgeberschutzgesetz | 158

Jan-Patrick Vogel

RECHTSPRECHUNG

BFH: Haftung eines Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers | 164

VG Ansbach: Einstweiliger Rechtsschutz gegen Veröffentlichung | 169

LAG Mecklenburg-Vorpommern: Haftung des Arbeitgebers für Falschauskünfte gegenüber der Staatsanwaltschaft | 174

CB-BEITRAG

Dr. Frank Schemmel und Dr. Stefan Brink

Beschäftigtendatenschutz auf dem Prüfstand – Ein Interview

Vor gut einem Jahr, im März 2023, hat der EuGH die deutschen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz kritisiert und für teilweise unvereinbar mit Europarecht erachtet. Gleichzeitig diskutiert der Gesetzgeber – wieder einmal – über ein neues Beschäftigtendatenschutzgesetz. Dr. Stefan Brink (SB), ehemaliger Landesbeauftragter für den Datenschutz in Baden-Württemberg, spricht in diesem Interview mit Dr. Frank Schemmel (FS) über die aktuellen Entwicklungen und die neuesten Erkenntnisse aus Berlin. Dr. Stefan Brink war über sein wissenschaftliches Institut wida in das bisherige Gesetzgebungsverfahren eingebunden und hat sich bereits in seiner Zeit als Leiter einer Datenschutzbehörde intensiv mit diesem Thema befasst.

I. Aktueller Stand des Gesetzgebungsverfahrens

FS: Ein Referentenentwurf ist in der Mache und soll dieses Jahr noch kommen. Damit sind wir aber natürlich noch relativ am Anfang des Gesetzgebungsverfahrens. Wie ist deine Einschätzung, nachdem wir schon viele Anläufe genommen haben: Wie stehen die Chancen, dass dieser Anlauf nach mehreren Versuchen endlich von Erfolg gekrönt ist?

SB: Ja, das ist wirklich die Preisfrage, die 1.000-Punkte Frage. Ich weiß gar nicht, wie viele Anläufe wir in den letzten zehn, 15 Jahren schon hatten für ein solches Gesetz.¹ Aber es sieht ganz gut aus nachdem, was ich höre: Ein Referentenentwurf ist in der Mache und es sieht so aus, als hätte sich das Bundesarbeitsministerium, das ja federführend ist, mit dem Bundesinnenministerium geeinigt, sodass möglicherweise sogar noch in diesem Jahr die Ressorts-Anhörung beginnen kann. Du sagst ganz richtig, das ist nur der erste Schritt. Das ist noch lange kein Parlamentsgesetz. Aber immerhin, es tut sich was. Und ich bin sehr gespannt, wie der Entwurf aussieht. Normalerweise werden solche Referentenentwürfe ja früher oder später geleakt und dann können wir uns das ein bisschen näher anschauen. Spannend wird es dann endgültig, wenn er ins Parlament kommt. Die Koalition hat eine Menge Probleme. Ob sie sich dieses schwierige Thema „Beschäftigtendatenschutz“ wirklich auflädt, wenn absehbar ist, dass es auch innerhalb der Koalition erhebliche Differenzen gibt – das werden wir sehen.

II. EuGH kritisiert bisherige deutsche Regulierung

FS: Der EuGH hat im März eine Vorschrift im Hessischen Datenschutzgesetz, die fast inhaltsgleich mit unserem § 26 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist, als sehr kritisch und nicht vereinbar mit Europarecht eingestuft.² Was ist dem EuGH da so übel aufgestoßen? Und was muss der Gesetzgeber nun unternehmen, um das wieder glatt zu bügeln?

SB: Da muss er einiges tun. Der Europäische Gerichtshof macht das, was er immer macht: Er schaut in die Datenschutz-Grundverordnung, findet den Artikel 88 DSGVO und stellt fest, da stehen ja Anforderungen drin. Artikel 88 Abs. 1 besagt, ihr könnt den Bereich Beschäftigtendatenschutz national regeln, aber ihr müsst es spezifischer tun. Das heißt, ihr müsst es genauer tun, konkreter tun und besondere Verarbeitungssituationen regulieren. Und da war der § 26 Abs. 1 BDSG jedenfalls in seiner etwas schlichten Einfalt mit Sicherheit dem Europäischen Gerichtshof nicht genug. Genauso wie das Hessische Datenschutzgesetz letztlich nichts geregelt hat außer dem Erforderlichkeitsprinzip. Aber wir brauchen die nationale Regelung nicht, um so eine Norm aus der DSGVO zu wiederholen. Das war die eine Kritik.

Die zweite Kritik ergibt sich aus Artikel 88 Abs. 2 DSGVO. Danach müssen nämlich immer dann, wenn national Beschäftigtendatenschutz geregelt wird, besondere Schutzvorschriften vorgesehen werden. Und auch da ist der Europäische Gerichtshof nicht fündig geworden. Allerdings muss man die ganze Situation auch einordnen. Tatsächlich ist dieser Zweifel an § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG jetzt nicht so gravierend. Nämlich wenn er wegfiel, wäre es kein großer Verlust. Dann würden wir normalerweise auf die DSGVO zurückfallen.

Artikel 6 Abs. 1 lit. b DSGVO zum Beispiel könnte uns eine Lösung geben, vielleicht auch Art. 6 Abs. 1 lit. f in der einen oder anderen Konstellation. Und darüber hinaus hat der § 26 BDSG ja mehr zu bieten als den etwas nichtssagenden Satz 1. In Satz 2 zum Beispiel stehen doch interessante Dinge drin und auch die folgenden Absätze des § 26 haben durchaus Substanz. Und ich glaube schon, dass die vor dem scharfen Blick des Europäischen Gerichtshofs bestehen würden.

¹ Versuche das Thema Beschäftigtendatenschutz in Deutschland durch ein Spezialgesetz zu regulieren gab es bereits in den 1980er Jahren. Daneben gab es Entwürfe 2009, 2010 und zuletzt 2013.

² Vgl. EuGH, Urt. v. 30.3.2023 – C-34/21, NJW 2023, 542 (m. Anm. Kuznik).

III. Fortführung der BAG-Rechtsprechung: Datenschutz ist kein Tatenschutz!

FS: Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat im Sommer 2023 in Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung ein Urteil gefällt und ist sich dem Grundsatz treu geblieben: *Datenschutz ist kein Täterschutz*.³ Das heißt datenschutzwidrig erlangte Informationen dürfen gerichtlich verwertet und verwendet werden, um nachgewiesenes Fehlverhalten zu sanktionieren. Der Gesetzgeber will nun im Rahmen seines Eckpunktapiers⁴ auch diesen Bereich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens prüfen, ob Beschäftigte durch prozessuale Verwertungsverbote vor unzulässiger Datenverarbeitung geschützt werden sollen. Wie siehst du das? Und müsste das BAG hier nicht endlich dem EuGH auch diese Frage vorlegen?

SB: Allerdings! Das, was das Bundesarbeitsgericht jetzt schon seit einigen Jahren mit dem Datenschutz macht, ist freundlich gesagt eine Wundertüte. Ab und zu liefert der zweite Senat, der insbesondere für Datenschutzfragen zuständig ist, sehr, sehr gute Entscheidungen. Ich erinnere an die „Spind-Entscheidung“ zu Beweisverwertungsverböten.⁵ Dann aber wieder die jüngste Entscheidung – du hast sie angesprochen – wo ich als Datenschützer nur sagen kann: Das ist nicht besonders klug, was das Bundesarbeitsgericht da macht. Es ist so ein grober Keil, der angesetzt wird mit dieser Floskel „Datenschutz ist kein Täterschutz“ oder „Datenschutz ist kein Tatenschutz“. Was sollen wir denn damit anfangen? Wir haben klare rechtliche Regeln. Die sollte bitteschön das Bundesarbeitsgericht sich anschauen, auslegen und anwenden und nicht so mit dem ganz dicken Daumen über die Themen drüber rutschen. Deswegen ist die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus meiner Sicht schwach und was es wirklich problematisch macht: Das BAG hat nicht das letzte Wort in diesen Fragen der Auslegung des Datenschutzrechts, insbesondere der Datenschutzgrund-Verordnung.

Das Bundesarbeitsgericht muss als letztinstanzliches nationales Gericht solche Fragestellungen dem Europäischen Gerichtshof zwingend vorlegen. Und wenn es das nicht tun, dann weiß es, warum. Das Gericht will nämlich lieber selbst entscheiden, anstatt sich vom Europäischen Gerichtshof die bekanntermaßen datenschutzfreundlichen Positionen servieren zu lassen. Und das ist ganz schlecht. Um es mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sagen: Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter, auch aus nationaler Sicht und wenn das BAG nicht vorlegt, verletzt es die Beteiligten in ihren Grundrechten. Also dringender Appell ans Bundesarbeitsgericht: Fragt bitte den Europäischen Gerichtshof!

FS: Das sehe ich relativ ähnlich, auch als ehemaliger Arbeitsrechtler. Der erste Teil der Frage ist aber noch nicht beantwortet: Der Gesetzgeber hat das in seinem Eckpunkt Papier ja auch verortet, das zumindest zu prüfen. Was könnte der tun, um dem Herr zu werden? Bzw. vielleicht hast du ja auch Insiderinformationen, was vielleicht schon im Hintergrund in der Mache ist.

SB: Der Gesetzgeber kann einiges tun in dem Punkt. Er kann insbesondere eine andere Position einnehmen als das Bundesarbeitsgericht. Und nachdem was man hört, ist insbesondere das Bundesarbeitsministerium auch durchaus offen für die Vorstellung, dass man in ein solches Gesetz auch Beweisverwertungsverbote aufnehmen könnte, zum Beispiel wenn Entsprechendes in einer Betriebsvereinbarung niedergelegt ist. Das, was das Bundesarbeitsgericht da sehr

schröf, wie ich finde, und sehr endgültig sagen wollte, in dem Sinne, dass man solche Beweisverwertungsverbote oder Sachvortragsverbote nicht ohne Weiteres vereinbaren könnte und das Gericht sozusagen in seiner Tätigkeit nicht einschränken könnte, das ist so nicht richtig.

Schauen wir mal aufs allgemeine Prozessrecht. Es gibt dort Sonderarten der Prozesse, zum Beispiel Urkundenprozesse, bei denen auch die Parteien im Rahmen ihrer Privatautonomie vereinbaren können, was als Beweismittel zugelassen wird und was nicht. Und warum das jetzt im arbeitsrechtlichen Bereich anders sein sollte, das müsste mir das BAG mal erklären. Jedenfalls halte ich es für ganz eindeutig: Der Gesetzgeber kann das festlegen und ich fände es vernünftig, wenn er eine andere Position einnehmen würde als das Bundesarbeitsgericht.

IV. Dauerbrenner: datenschutzrechtliche Einwilligung im Arbeitskontext

FS: Kommen wir zu einem anderen Dauerbrenner im Beschäftigten-datenschutz, nämlich *Einwilligung*. Ihr Aufsichtsbehörden habt früher die Ansicht vertreten, eine Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis ist überhaupt nicht möglich wegen mangelnder Freiwilligkeit, aufgrund des Ober-Unterordnung-Verhältnisses. Von dieser Position seid ihr dann vor ein paar Jahren abgerückt. Der Gesetzgeber hat in seinem Eckpunkt Papier dieses Thema auch aufgegriffen und will bei dem Thema *Einwilligung im Beschäftigungskontext* eine beispielhafte Auflistung einführen, in der konkret geregelt ist, für welche Bereiche eine *Einwilligung im Beschäftigtenverhältnis* möglich ist. Wie ist es aber jetzt in der Zwischenzeit: Was können Unternehmen tun, um diese Quadratur des Kreises hinzubekommen? Und ich spreche nicht von den allseits bekannten und auch von den Aufsichtsbehörden akzeptierten Beispielen wie *Fotos im Intranet* oder *Bewerberpool*?

SB: Ja, das ist vollkommen richtig angesprochen. Die Aufsichtsbehörden haben da einen gewissen Weg hinter sich gebracht. Die ursprüngliche Position war sehr eindeutig und apodiktisch: Zu sagen, dass die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis nichts verloren hat und auf der Basis keine Daten verarbeitet werden sollten, das konnten die Aufsichtsbehörden nicht weiterführen, weil wir den § 26 Abs. 2 BDSG haben, wo der Gesetzgeber es nun mal anders gesehen hat.

Und der Gesetzgeber hat, wie ich finde, auch eine ganz gute Linie vorgegeben, indem er nämlich schlicht und ergreifend auf die Interessenlage schaut. Ist das tatsächlich eine Datenverarbeitung, die allein im Interesse des Arbeitgebers ist? Dann wird es eng mit der Wirksamkeit der Einwilligung. Oder hat der Betroffene selbst, haben die Beschäftigten auch Vorteile von dieser Datenverarbeitung? Und da gibt es schöne Beispiele, wie das funktionieren kann.

Ein Beispiel ist die betriebliche Zusatzrente, die der Arbeitgeber anbietet und für die er natürlich Daten des einzelnen Beschäftigten braucht. Er muss ausrechnen können, wie hoch diese Zusatzrente sein wird. Und das erfordert wiederum Datenverarbeitungen von personenbezogenen Daten. Wenn der Beschäftigte sagt, „ich will

3 Vgl. Schemmel, CB 2023, 206, 207 ff.

4 Übersicht zum offiziellen Eckpunkt Papier Schemmel, ZD-Aktuell 2023, 01164.

5 BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, CB 2014, 260 (m. Anm. Wybitil/Astor).

diese Zusatzrente gerne und dafür gebe ich dir meine Daten“, ist alles okay. Und der Beschäftigte hat offensichtlich auch selbst einen Vorteil. Also sieht alles nach einer ordentlich wirksamen Datenverarbeitung aus.

Wenn der Beschäftigte sagt, „na ja, eigentlich sind mir meine persönlichen Daten wichtiger als irgendeine Zusatzrente zu bekommen“, dann hätte er die Möglichkeit, das Ganze abzulehnen. Auch dieses Beispiel zeigt allerdings, dass es mit der Freiwilligkeit im Beschäftigungsverhältnis wirklich eine schwierige Sache ist. Wenn die betriebliche Zusatzrente nur hoch genug ist, dann wird diese Einwilligungsfähigkeit wirklich unter Druck kommen und in Frage gestellt. Man muss also immer in jedem Einzelfall schauen. Aber es gibt durchaus Konstellationen, wo eine Einwilligung eine gute, manchmal sogar auch die einzige Grundlage für eine Datenverarbeitung des Arbeitgebers sein kann.

FS: Betriebsrentenrecht ist eine sehr spezielle, aber in der Praxis dennoch sehr wichtige Materie. Kommen wir zu einer Folgefrage: In der aktuellen Version der Orientierungshilfe Beschäftigtendatenschutz deiner ehemaligen Behörde – und diesen Ratgeber hast du in der vierten Auflage auch maßgeblich mitgestaltet – findet sich die folgende Empfehlung: „Das Argument der Zwangslage und Unfreiwilligkeit kann der Arbeitgeber minimieren, indem er die Einwilligung an die Gewährung rechtlicher Vorteile knüpft, auf die der Betroffene sonst keinen Anspruch hätte.“⁶ Du hast also seinerzeit schon das heiß diskutierte Prinzip „Pay or Okay“ im Beschäftigtenkontext vorweggenommen und dem Gesetzgeber damit auch Interpretationsgrundlage geliefert. Kannst du konkrete Beispiele aus der Praxis nennen, wie bzw. wo das funktioniert? Außer im Betriebsrentenrecht, zu dem du ja gerade schon Stellung genommen hast.

SB: Die Beispiele sind da nicht besonders breit gesät. Ein Beispiel hast du vorhin selbst schon erwähnt. Das ist die Situation, dass ein Beschäftigter an einem Firmenvideo, z.B. einem Werbevideo mitwirkt und der Arbeitgeber verhindern möchte, dass der Beschäftigte, wenn ihm eine Laus über die Leber läuft oder er den Arbeitgeber verlässt, einfach die Einwilligung widerruft und damit das ganze schöne Firmenvideo zerschnipselt, er dann jedenfalls entfernt werden müsste. Wie macht das der kluge Arbeitgeber? Er erklärt seinen Beschäftigten zum Model, gibt ihm einen Model-Vertrag, drückt ihm 100 EUR in die Hand und hat damit eine vertragliche Grundlage. Das ist ein zwar nicht besonders freundliches, aber ein typisches Beispiel für „Pay or Okay“, das kann funktionieren. Dass man also von einer Einwilligung in Richtung Vertrag geht und dann etwas leistet als Arbeitgeber.

Ansonsten muss ich aber zugeben, dass so viele Beispiele mir jedenfalls dazu nicht bekannt sind. Ich bin gespannt, vielleicht lässt sich ja der Gesetzgeber genau auf diese Konstellation ein. Und ich bin ganz sicher, dass die Arbeitgeber da erfinderisch sein werden in den Angeboten. Nämlich alles, was wegführt von dieser sehr vulnerablen Rechtsgrundlage Einwilligung, kann eigentlich nur im Sinne der Arbeitgeber sein. Und eine Stabilität der Datenverarbeitung dadurch zu erkaufen, dass man eine überschaubare Summe an den Beschäftigten gibt, ist, glaube ich, eine ganz gute Lösung.

V. Betriebsrat und Datenschutz

FS: Das Eckpunktepapier sieht auch einen Punkt vor, in dem die Mitbestimmung um die besonderen Aspekte des Schutzes der Per-

sönlichkeitsrechte der Beschäftigten weiterentwickelt werden soll. Und diese Aufgabe sieht das Bundesministerium für Arbeit und Soziales beim Betriebsrat bzw. beim Personalrat. Mal unabhängig davon, dass die Prämisse schon falsch ist, Datenschutz sei Ausfluss des Persönlichkeitsrechts, besteht hier aber noch ein anderer, für die Praxis viel größerer Konflikt: Der nationale Gesetzgeber kann dem Betriebsrat keine Aufgabe zuweisen, die nach Datenschutzgrund-Verordnung dem Datenschutzbeauftragten zukommt. Insofern sperrt doch die DSGVO jedwede nationale Regelung in dieser Richtung, oder sehe ich das falsch?

SB: Das ist ein ganz heißes Eisen: Von Arbeitgeberseite wurde schon sehr deutlich geäußert, dass das für sie ein absoluter Tabubruch wäre, das Thema Datenschutz zu einem Mitbestimmungsthema zu machen. De facto mächtige Betriebsräte schaffen das schon beim Datenschutz mitzureden. Aber gesetzlich vorgesehen ist das nicht. Jetzt also die Frage: geht das? Kann man dem Betriebsrat solche Aufgaben zuordnen?

Ich wäre nicht ganz so streng, wie du das siehst. Ich würde sagen, es ist nicht ausgeschlossen, dass neben dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten – der natürlich eine ganz klare, auch höherrangige gesetzliche Zuweisung dieser Thematik hat – noch andere Akteure aufs Feld treten und sich ebenfalls darum bemühen, die Datenschutzlage, das Datenschutzniveau vor Ort möglichst gut zu gestalten. Ich würde da keine Ausschließlichkeit sehen.

Wenn man diese Aufgabe alleine dem Betriebsrat zuweisen würde, das wäre europarechtswidrig. Da stimme ich dir zu. Aber dem Betriebsrat eine zusätzliche Funktion zu geben, sich auch und besonders um den Schutz der informationellen Selbstbestimmung der Beschäftigten zu kümmern, da würde ich sagen, das muss noch keine Beeinträchtigung der durch die DSGVO vorgesehenen Aufgabenzuweisung sein.

FS: Für Unternehmen, die externe Datenschutzbeauftragte⁷ stellen, heißt das doch: Konflikt ist vorprogrammiert. Wenn eine solche Regelung getroffen wird, dann müsste man wahrscheinlich irgendwo aufnehmen – wie es ja im Betriebsverfassungsgesetz sowieso schon steht – dass die Betriebsparteien vertrauensvoll zusammenarbeiten müssen. Das heißt, auch der Betriebsrat müsste dann mit dem Datenschutzbeauftragten eine Einigung erzielen. Was in der Praxis nämlich nicht passieren darf, ist, dass der Betriebsrat „A“ sagt, Datenschutzbeauftragte „B“ und der verantwortliche Arbeitgeber dann vor dem Konflikt steht: „Welcher Ansicht folge ich und was für rechtliche Konsequenzen hat es, wenn ich die andere Ansicht nicht beachte?“

SB: Das sehe ich tatsächlich deutlich entspannter. Ich glaube, die Rolle des internen und externen Datenschutzbeauftragten ist durch die DSGVO sehr stark. Er wird möglicherweise seine Rolle anders wahrnehmen müssen, wenn der Betriebsrat sich auch um Datenschutzfragen kümmert. Er wird nämlich prüfen müssen: Ist das, was der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber vereinbart, oberhalb des Niveaus, dass die DSGVO fordert? Und dann wird sich der Datenschutzbeauftragte zurückziehen und sagen: „Na gut, wenn ihr das so regelt, lieber Arbeitgeber, sage ich nichts dazu. Ich kläre dich vielleicht noch auf,

⁶ LfDI Baden-Württemberg, Ratgeber Beschäftigtendatenschutz v. April 2020, S. 22.

⁷ Bergt/Herbot, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 4. Auflage 2024, DS-GVO, Art. 37 Rn. 36 f. sowie Ehmann/Selmayr/Heberlein, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, DS-GVO, Art. 37 Rn. 42 ff.

dass du das datenschutzrechtlich nicht musst. Aber wenn du dich mit dem Betriebsrat darauf einlässt, sei es drum.“

Im umgekehrten Fall, dass sich Betriebsrat und Arbeitgeber auf eine Lösung einigen, die unterhalb des Datenschutzniveaus der Datenschutz-Grundverordnung liegt, ist die Rolle des Datenschutzbeauftragten gefragt. Dann muss er den Finger heben und sagen: „Freunde, ihr könnt das zwar versuchen zu vereinbaren, es ist aber nicht wirksam. Die DSGVO hat ein höheres Niveau.“ Wir haben es dann also tatsächlich in dieser Konstellation, dass der Betriebsrat mitreden möchte beim Datenschutz, mit einer neuen Definition der Aufgabe des Datenschutzbeauftragten zu tun. Er muss darauf achten, dass die DSGVO als Mindestniveau eingehalten wird.

VI. Was sollte ein Beschäftigtendatenschutzgesetz enthalten?

FS: Und jetzt mal eine komplett andere Frage. Spielen wir „Wünsch dir was“. Wenn du jetzt konkret damit beauftragt werden würdest, ein Eckpunktepapier zu erstellen zum neuen Beschäftigtendatenschutzgesetz, was wäre darin enthalten? Und vielleicht sogar noch spannender die Frage, was nicht?

SB: Mit „Wünsch dir was“ kann ich sehr gut umgehen. Also natürlich gibt es ein paar Punkte, die aus meiner Sicht unbedingt rein müssten in so ein Beschäftigtendatenschutzgesetz. Ich glaube zum Beispiel, dass das Thema Screening am Arbeitsplatz ganz dringend reguliert werden müsste. Da passiert in der Praxis sehr viel, was falsch ist, wo auch zu stark in die Beschäftigtenrechte eingegriffen wird und der Arbeitgeber nicht wirklich eine Rechtsgrundlage hat.⁸

Ich würde darüber hinaus die Transparenzanforderung der DSGVO in den Vordergrund stellen und alle heimlichen Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers, auch wenn sie im Moment vom Bundesarbeitsgericht noch für zulässig erachtet werden, verbieten. Ich glaube, die Datenschutz-Grundverordnung lässt solche intransparenten Überwachungsmaßnahmen überhaupt nicht zu. Und schließlich würde ich insbesondere im Bewerbungskontext klarer regeln, was der Arbeitgeber an Informationen über den Bewerber einsammeln darf.⁹ Stichwort: Nutzung von Social Media. Wie stark darf er dem Bewerber hinterher ermitteln, wie darf er in dessen Facebook- oder Instagram-Account reinschauen? Darf er gucken, was der Bewerber so auf TikTok gemacht hat? Oder darf er das nicht? Ich glaube, da brauchen wir dringend klare gesetzliche Vorgaben.

Umgekehrt gibt es das eine oder andere, was ich nicht so gerne in einem Beschäftigtendatenschutzgesetz sehen würde. Das ist alles –

ich weiß, da blutet dir das Herz – was eher arbeitsrechtlicher Natur ist. Also Regelungen zu Solo-Selbstständigen würde ich wirklich nicht in den Beschäftigtendatenschutz hineinbringen wollen. Das macht den parlamentarischen Verhandlungsprozess viel zu kompliziert. Also raus damit! Auch wenn die Themen natürlich wichtig sind, aber bitte nicht bei diesem Gesetzgebungsvorhaben.

Und ich würde ganz dringend dafür appellieren, dass der Gesetzgeber sich noch mal überlegt, ob er die Rolle des Betriebsrats als verantwortlicher Datenverarbeiter nicht noch mal überdenken will. Der Gesetzgeber hat im Betriebsverfassungsgesetz Normen geschaffen, die in der Praxis nicht gut funktionieren. Er hat den Betriebsrat zum „unverantwortlichen Datenverarbeiter“ erklärt, und ich glaube, jetzt wäre es an der Zeit, das noch mal anzupacken und zu sagen: Das war keine gute Idee, wir überlegen uns das noch mal neu.

AUTOREN



Dr. Frank Schemmel, Compliance Officer (Univ.) ist Senior Director Privacy, Compliance & Public Affairs bei DataGuard in München. Schwerpunkt seiner Arbeit sind Datenschutz, Informationssicherheit, Whistleblowing und die rechtlichen Herausforderungen der Digitalisierung.



Dr. Stefan Brink, war zuletzt Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit in Baden-Württemberg. Nach Promotion bei Prof. Dr. Hans Herbert von Arnim (Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer) war er beim Wissenschaftlichen Dienst des Landtags Rheinland-Pfalz, sodann als Richter am Verwaltungsgericht Koblenz und als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht tätig. Von 2008 bis 2016 war er Leiter Privater Datenschutz beim LFDI Rheinland-Pfalz.

⁸ Vgl. zum Thema Mitarbeiterüberwachung Schemmel, CB 2023, 206.

⁹ Vgl. zum Thema Background-Checks Schemmel, ZD 2022, 541.