



BfDI

Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Vortrag

Dr. Olaf Kisker

Referatsleiter beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit

„Quo vadis Beschäftigtendatenschutz?“

Fachforum beim Deutschen Betriebsräte Tag 2022

8. November 2022 in Bonn

Es gilt das gesprochene Wort

Sehr geehrte Damen und Herren,

liebe Betriebsrätinnen und Betriebsräte,

I. [Einleitung]

Ich freue mich sehr, heute hier zum Thema „Quo Vadis Beschäftigtendatenschutz“ vortragen und anschließend mit Ihnen zu diesem Thema diskutieren zu dürfen.

Sie wissen sicher, dass sich die direkte Zuständigkeit des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit als Behörde im Wesentlichen auf Personalrätinnen und -räte (insbesondere der öffentlichen Stellen des Bundes) konzentriert und wir nur in bestimmten Fällen für den Betriebsrat zuständig sind, wie etwa bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten von Bundesbeamtinnen und Beamten der Deutschen Telekom AG. Vielfach sind meine Kolleginnen und Kollegen in den Ländern für Betriebsräte zuständig.

Aber selbstverständlich können sich auch Betriebsrätinnen und Betriebsräte mit allgemeinen Datenschutzfragen an uns wenden. Gerade mit Blick auf die Schaffung von Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz, bei der wir den Gesetzgeber beraten, interessiert mich Ihre Perspektive aus der Praxis als Betriebsrätinnen und -räte sehr. Wir werden in diesem Rahmen ja gleich auch die Gelegenheit zum Austausch haben.

Der wohlklingende Titel des heutigen Fachforums – vielen Dank dafür - basiert auf einem Vorschlag der Veranstalter des diesjährigen Deutschen Betriebsrätetages. Ihr Interesse am „Quo Vadis Beschäftigtendatenschutz“ wird sicherlich besonders den Plänen für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz gelten.

Ich hoffe sehr, dass der Titel nicht in der Weise gemeint ist, dass der Plan, ein Beschäftigtendatenschutzgesetz zu schaffen, zum Martyrium bzw. zum Scheitern verurteilt ist (Einige werden die Verfilmung des Romans „Quo vadis?“ von Henryk Sienkiewicz mit Peter Ustinov als Kaiser Nero kennen). Auch aus dieser Warte freue ich mich auf die nachfolgende Diskussion.

Meines Erachtens ist das Beschäftigtendatenschutzgesetz gerade jetzt auf einem guten Weg und es besteht eine große Chance, hier tatsächlich etwas zu realisieren.

Wie komme ich zu dieser Einschätzung?

II. Ergebnisse des unabhängigen Beirats zum Beschäftigtendatenschutz

Der unabhängige, interdisziplinäre Beirat zum Beschäftigtendatenschutz, den das Bundesministerium für Arbeit und Soziales eingesetzt hatte, stellt in seinem Abschlussbericht von Januar 2022 fest, dass – neben weiteren Maßnahmen – ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz notwendig ist.

Angesichts der vielseitigen Besetzung des Beirats gab es mitunter Mehrheits- und Minderheitsmeinungen, die Sie dem Bericht entnehmen können. Er ist auf der Homepage des BMAS abrufbar. Ich möchte betonen, dass sich Herr Prof. Kelber als Mitglied des Beirats stets für weitgehende Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz eingesetzt hat. Daher bin ich froh, dass sich der Beirat im Ergebnis für die Schaffung eines eigenständigen Beschäftigtendatenschutzgesetzes ausgesprochen hat.

An dieser Stelle möchte ich Ihnen zunächst einige Empfehlungen des Beirats vorstellen:

- 1) Eine gesetzliche Klarstellung, inwiefern verdeckte Überwachungsmaßnahmen der Beschäftigten möglich sein sollen (der Mehrheit zufolge höchstens in Ausnahmefällen als ultima ratio zur Aufdeckung von Straftaten, nicht aber zur Aufklärung von sonstigen schweren Pflichtverletzungen). Empfohlen wird hierbei unter anderem eine vorherige Einbeziehung betrieblicher Akteure, wie beispielsweise dem Betriebsrat.

- 2) Regelbeispiele der Zulässigkeit und der Unzulässigkeit einer Einwilligung im Bewerbungsverfahren im Beschäftigungsverhältnis. Der aktuelle § 26 Absatz 2 Bundesdatenschutzgesetz enthält bereits Regelungen zur Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis. Diese sollen durch Regelbeispiele ergänzt werden.

- 3) Zum Thema Betriebsvereinbarungen, das Sie besonders interessieren dürfte, war die Mehrheit des Beirats der Meinung, dass der verstärkte Einsatz nur dann zu einem wirksameren Beschäftigtendatenschutz führen kann, wenn die Betriebsräte durch flankierende Regelungen im Betriebsverfassungsgesetz besser dazu befähigt werden, die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten zu schützen. Wie zu erwarten, gab es auch andere Meinungen, die im Beiratsbericht nachgelesen werden können.
- 4) Zum Thema Künstliche Intelligenz im Beschäftigungskontext war sich der Beirat einig, dass gesetzliche Regelungen nötig sind. Die Datenschutzkonferenz (Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder) hat dazu die sogenannte Hambacher Erklärung formuliert, die hier wichtige Anregungen bietet. Und die Rechtsentwicklung auf EU-Ebene muss ebenfalls berücksichtigt werden.
- 5) Wichtig war dem Beirat auch, dass für eingriffsintensive typische Datenverarbeitungen spezifische Rechtsgrundlagen geschaffen werden. Das bedeutet, dass man bestimmte Datenverarbeitungssituationen, wie etwa die Videoüberwachung bei der Arbeit, explizit regelt. Solche Regelungen müssen dann jeweils auch den Vorgaben des Artikels 88 Absatz 2 Datenschutz-Grundverordnung genügen, also zum Beispiel Näheres zu Betroffenenrechten in dieser Situation enthalten.

III. Koalitionsvertrag / Pläne der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag 2021–2025 („Mehr Fortschritt wagen“) festgelegt, dass sie Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz schaffen will, um Rechtsklarheit für Arbeitgeber sowie Beschäftigte zu erreichen und die Persönlichkeitsrechte effektiv zu schützen.

Ein Referentenentwurf soll nach Auskunft der Bundesregierung in gemeinsamer Federführung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) und des Bundesministeriums des Innern (BMI) erarbeitet werden, wobei das BMAS die technische Federführung hat. Im Vorfeld werden dazu derzeit Eckpunkte erarbeitet. Bis zum Ende diesen Jahres soll dieser Zwischenschritt nach der Zielsetzung der Bundesregierung erreicht sein.

Ich bin zuversichtlich, dass sich in diesen Eckpunkten und den sich anschließenden gesetzlichen Regelungen nicht nur die Inhalte des Beiratsberichts, sondern auch die Punkte wiederfinden werden, die die Datenschutzkonferenz in ihrer EntschlieÙung vom 29. April 2022 („Die Zeit für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ist jetzt“, abrufbar auf der Homepage der DSK) aufgeführt hat.

IV. Die Zeit für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ist „Jetzt“.

Die Datenschutzkonferenz fordert seit Jahren die Schaffung eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes. In ihrer EntschlieÙung vom 29. April 2022 hat sie klargestellt, dass gerade jetzt gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

Denn der aktuelle § 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) lässt den Rechtsanwendenden zu viel Interpretationsspielraum. Die Norm ist als Generalklausel formuliert. Im Ergebnis führt das zu Unklarheiten über die Zulässigkeit von Verarbeitungen personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, Beschäftigte, Bewerberinnen und Bewerber, Personalvertretungen und Gerichte. Außerdem entsteht so eine unübersichtliche Einzelfallkasuistik. Es braucht klare gesetzliche Regelungen nicht nur für einen besseren Schutz der Betroffenen, sondern auch für mehr Rechtsklarheit.

Die DSK fordert – wie der Beirat Beschäftigtendatenschutz -, Regelungen für den Einsatz algorithmischer Systeme einschließlich Künstlicher Intelligenz (KI) zu schaffen. Dieses Thema ist im modernen Arbeitsalltag sehr aktuell. Im Betriebsrätemodernisierungsgesetz 2021 hat der Gesetzgeber in § 90 Abs. 1 Nr. 3 Betriebsverfassungsgesetz bezüglich des Unterrichtsrechts des Betriebsrats und in § 80 Abs. 3 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz hinsichtlich der Hinzuziehung Sachverständiger Ergänzungen vorgenommen.

Diese vor allem auf Transparenz und Erklärbarkeit Künstlicher Intelligenz abzielenden Maßnahmen sind zu begrüßen. Sie reichen allerdings nicht aus. Insgesamt sollten die Grenzen und Rahmenbedingungen des Einsatzes algorithmischer Systeme im Beschäftigungs- und Bewerbungskontext gesetzlich geregelt werden. Denn im Beschäftigungs- und Bewerbungsverhältnis fallen sehr viele aussagekräftige Daten an, und die Betroffenen sind wegen ihres Abhängigkeitsverhältnisses in vielen Fällen besonders schutzbedürftig.

Um die Chancen von KI angemessen nutzen zu können, sind gesetzliche Regelungen erforderlich. Dabei sollten auch Korrektur- und Kontrollinstrumente wie Zulassungsverfahren, Vorabprüfungen, Antidiskriminierungs- oder Transparenzvorgaben und verbesserte Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung geschaffen werden.

Ein wichtiges Anliegen der DSK ist es, Grenzen der Verhaltens- und Leistungskontrolle zu regeln. Ich kann mir vorstellen, dass dies auch für Sie als Betriebsrätinnen und –räte in Ihrer praktischen Arbeit eine größere Rolle spielt. Der Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologie am Arbeitsplatz hat weitreichende Möglichkeiten der Leistungsüberwachung der Beschäftigten eröffnet, die durch gesetzliche Regelungen begrenzt werden müssen.

Der DGB-Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes aus diesem Jahr enthält viele Regelungen zu diesem Thema und verdeutlicht den Stellenwert dieser Thematik.

Aus der Praxis zu nennen sind hier zum Beispiel Business-Intelligence-Systeme oder in vielen Unternehmen eingesetzte Arbeitsmittel von US-amerikanischen Firmen, die prinzipiell dauerüberwachende Zusatzfunktionen enthalten, wie z.B. die automatisierten Statusmeldungen bei Skype for Business. Da der Einsatz solcher Instrumente nicht einfach abgestellt werden kann, müssen Wege gefunden werden, die Nutzung der Überwachungsfunktionalitäten zu beschränken.

Auch die Auswertung und Analyse von mit GPS ausgestatteten Fahrzeugen hat Überwachungspotential und bedarf einer Regulierung. Ein interessantes Praxisbeispiel bietet die Entscheidung der italienischen Datenschutzbehörde hinsichtlich Foodinho, einem Essenslieferservice, der (unter anderem) Bewegungsdaten für eine algorithmenbasierte Profilbildung nutzte und beispielsweise ein sogenanntes „Excellence System“ der Beschäftigten etablierte¹. Die Behörde verhängte ein Bußgeld in Höhe von 2,6 Millionen Euro wegen Verstößen gegen die Artikel 5, 13, 32, 35, 22, 37, 30 DSGVO.

Außerdem möchte die DSK

- wie der Beirat Ergänzungen zu den Rahmenbedingungen der Einwilligung (hier vor allem Regelbeispiele der Unzulässigkeit). Dass die Freiwilligkeit einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis grundsätzlich kritisch zu sehen ist, ergibt sich unmittelbar aus der

¹ [Einzelheiten abrufbar unter: <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9677611>].

DSGVO. Aber wie weit gehen die Ausnahmen und was muss bei der Einholung einer Einwilligung beachtet werden?

- Klare Regelungen zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten wie Gesundheitsdaten im Beschäftigungskontext. Hier hat uns die Coronapandemie jüngst den Handlungsbedarf aufgezeigt. Es wurde beispielsweise vertreten, dass sich aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in Verbindung mit § 26 Abs. 3 BDSG die Möglichkeit ergebe, Gesundheitsdaten (3G-Daten am Arbeitsplatz) zu verarbeiten. Dem ist der BfDI stets entgegengetreten und hat eindeutige gesetzliche Rechtsgrundlagen gefordert.
- die Normierung von Beweisverwertungsverböten. Unter welchen Voraussetzungen dürfen Informationen über Beschäftigte, die unter Verstoß gegen den Datenschutz erhoben wurden, etwa in einem Kündigungsschutzprozess Verwendung finden?
- Regelungen zu Datenverarbeitungen im Bewerbungs- und Auswahlverfahren: z.B. Fragerecht der Arbeitgeberinnen, ärztliche Untersuchungen und Eignungstests, Umgang mit sozialen Netzwerken oder sog. Active Sourcing, das heißt die aktive Suche des Unternehmens nach geeigneten Bewerberinnen und Bewerbern unter Nutzung verschiedener Methoden wie z.B. dem Durchsuchen sozialer Netzwerke, Jobplattformen, interner und externer Datenbanken, Suchmaschinen etc.

und last but not least:

- Eine gesetzliche Klarstellung, ob und inwieweit mit Kollektivvereinbarungen, womit auch Betriebsvereinbarungen gemeint sind, zusätzliche Rechtsgrundlagen für Datenverarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis geschaffen werden dürfen oder nicht, bzw. ob lediglich eine Ausgestaltung und Konkretisierung zulässig ist.

V. Der Arbeitsplatz von heute braucht einen modernen Rechtsrahmen

Die immer schnellere Digitalisierung der Arbeitswelt ist Realität. Der aktuelle Rechtsrahmen wird dem leider nicht gerecht. Die Generalklausel des § 26 BDSG reicht nicht aus, um den Beschäftigten einen hinreichenden Schutz ihres Persönlichkeitsrechts zu bieten. Die bei allen Beteiligten bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Frage, welche technischen Neuerungen im Beschäftigungsverhältnis in welcher Weise rechtlich zulässig sind und welche nicht, bedarf einer klaren und differenzierenden Lösung.

Das bedeutet vor allem auch, verhältnismäßige, spezifische Rechtsnormen zu Datenverarbeitungen im Beschäftigungskontext zu schaffen. Zugleich sollten diese Rechtsnormen, um auch in der Zukunft länger Bestand haben zu können, möglichst technikneutral formuliert werden.

Gerade bei technischen Entwicklungen mit Transparenzdefizit und Systemen wie algorithmischen Systemen sind hohe Transparenzanforderungen, Kontrollmöglichkeiten und zugleich bessere Durchsetzungsmöglichkeiten bei Rechtsverletzungen für die Betroffenen wesentlich.

Eine wichtige Rolle können hierbei Sie als Betriebsrätinnen und -räte spielen, genau wie die Personalrätinnen und Personalräte. Zu begrüßen wären zum Beispiel erweiterte Klagemöglichkeiten und Durchsetzungsmöglichkeiten beispielsweise des Betriebsrats zu Datenschutzverstößen der Arbeitgeber gegenüber den Beschäftigten im Auftrag der betroffenen Beschäftigten. Aber auch verbesserte Durchsetzungsrechte für die Datenschutzbehörden im öffentlichen Bereich und etwa kollektive Klagerechte der Beschäftigten gehören dazu.

VI. Schlussbemerkung

Ich komme zurück auf meine anfängliche Frage. Warum ist das Beschäftigtendatenschutzgesetz gerade jetzt auf einem guten Weg? Viele von Ihnen werden die lange Vorgeschichte zu einem solchen Gesetz inklusive einiger vergeblicher Anläufe kennen.

Hürden gibt es sicher einige. Ich kann mir vorstellen, dass die Abstimmung innerhalb der Bundesregierung nicht einfach ist, angesichts der Bedeutung des Projektes und der unterschiedlichen Interessen, die es ja durchaus gibt.

Die Tücke steckt im Detail, denn mit der Identifizierung des Regelungsbedarfs ist ja noch nicht geklärt, wie denn der konkrete Paragraph am Ende aussehen soll. Auch hinsichtlich der Größe des europarechtlichen Spielraums, den die DSGVO dem deutschen Gesetzgeber lässt, ist - wie so oft unter Juristinnen und Juristen - einiges umstritten.

Doch die Bundesregierung hat erkannt, dass es wichtig ist, ergänzende gesetzliche Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz zu schaffen. Zumindest einen Grundkonsens scheint es, wie die Erwähnung in der Koalitionsvereinbarung zeigt, zwischen den drei Partnern der Ampelkoalition zu geben. Die technische Entwicklung und die Digitalisierung der Arbeitswelt macht eine Reform des Rechtsrahmens erforderlich, und in dieser Legislaturperiode besteht die große Chance, dies auch umsetzen.

Denn nicht nur auf Seiten der Beschäftigten, der Gewerkschaften und der Betriebsräte, sondern auch von Seiten der Unternehmerinnen und Unternehmern nehme ich durchaus ein Bedürfnis für klare und nachvollziehbare Neuregelungen zum Beschäftigtendatenschutz wahr.

Auf europäischer Ebene zeichnen sich parallele Tendenzen ab, etwa bei der Setzung eines Rechtsrahmens für Künstliche Intelligenz. Und aus Datenschutzsicht ist die Schaffung gesetzlicher Rechtsnormen drängender denn je.

Deshalb sind wir seitens des BfDI optimistisch und werden uns im Rahmen des anstehenden Gesetzgebungsverfahrens weiter für einen fairen Ausgleich zwischen den grundrechtlich geschützten Interessen der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Beschäftigten einsetzen.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.