

Stellungnahme des DIIR – Deutsches Institut für Interne Revision e. V. zum Entwurf des Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vom 11.8.2010

Vorbemerkung

Der vorliegende Referentenentwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes ist zu begrüßen. Gegenüber der heutigen Fassung des § 32 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) stellt er auf Basis eines detaillierten Ansatzes eine wesentliche Weiterentwicklung dar. Dennoch halten wir eine weitere Optimierung gerade auch im Hinblick auf die Verhinderung und Aufdeckung von Straftaten (Korruptionsbekämpfung) für erforderlich, da Unternehmensleitungen gegenüber ihren Eignern und Kapitalgebern sowohl gesetzlich formulierten wie auch aus regulatorischen Vorgaben abgeleiteten Sorgfaltspflichten unterliegen. Dies macht die Anwendung zeitgemäßer und effektiver Methoden der Unternehmensüberwachung und -kontrolle unabdingbar, da ansonsten Haftungsrisiken ggf. nicht mehr in angemessener Weise begegnet werden kann. Dies sehen wir in der aktuellen Version des Entwurfs gefährdet. Kern unserer Anmerkungen ist, dass die Überprüfung der Einhaltung des gesetzmäßigen Handelns sowie die Verhinderung oder Aufdeckung von Vertragsverletzungen, Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Dies gilt sowohl für widersprüchliche Vorbedingungen (Erhebung von Beschäftigtendaten unter der praktisch unmöglichen Vorbedingung, dass die Pflichtverletzung zu einer fristlosen Kündigung berechtigen würde) als auch für nicht näher definierte „Erforderlichkeits-“ Voraussetzungen. Hieraus resultieren wesentliche Beschränkungen der Rechte des Arbeitgebers. Nach unserer Überzeugung führt dies nicht zu mehr Rechtssicherheit sondern verhindert unter Umständen die Wahrnehmung gesetzlich geforderter Sorgfaltspflichten durch die Unternehmensleitungen. Dem Schutzbedürfnis der Beschäftigten entspräche eher eine Unterscheidung nach der Natur der Daten. Dies bedeutet beispielsweise restriktivere Vorgaben zur Nutzung sensibler Daten (wie etwa zur Gesundheit oder Religion) gegenüber den für das Tagesgeschäft erforderlichen Geschäftsdaten bzw. Daten aus den Buchhaltungssystemen. Auch könnte in Erwägung gezogen werden, für den Begriff der „Geschäftsdaten“ ebenfalls wie bei „personenbezogenen“ bzw. „personenbeziehenden“ Daten eine Legaldefinition zu treffen.

Kernpunkte unserer Stellungnahme

Eine wichtige Aufgabe der Internen Revision ist es, präventive Untersuchungen mit dem Ziel durchzuführen, die Geschäftsabläufe auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen. Bei allen Prüfungen bleiben die Mitarbeiterdaten durch das BetrVG (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6), das BDSG §§ 28 und 32 und getroffene Betriebsvereinbarungen geschützt. Dabei muss die Revision aber auf alle Datenbestände des Unternehmens zugreifen können. In einem Unternehmen, in dem alle Geschäftsabläufe DV-gestützt gesteuert werden, ist das Anlegen von Datensätzen untrennbar mit Identifikationsdaten der damit beschäftigten Mitarbeiter verknüpft. Präventive Untersuchungen der Revision auf der Basis von Geschäftsdaten erfolgen zunächst ohne konkreten Verdacht gegen Personen oder Personengruppen. Allerdings kann sich bei Feststellung von Unregelmäßigkeiten bei den geprüften Geschäftsabläufen nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Unternehmens zur Aufklärung ergeben. Letzteres wird durch den Referentenentwurf des BDSG zumindest erschwert.

Im vorliegenden Regierungsentwurf ist die Interne Revision als wesentliches Überwachungsinstrument der Unternehmensleitung insbesondere von den §§ 32 c, 32 d, 32 e betroffen. In der Hauptsache ist sie von § 32 d tangiert, d. h., sie verarbeitet und nutzt auch die im Unternehmen zulässig erhobenen und sodann gespeicherten Daten von Personen im Beschäftigungsverhältnis zum Zwecke der Kontrolle der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses. Dabei sind die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Konditionierung in **§ 32 d Abs. 2**: „... soweit dies erforderlich und verhältnismäßig ist ...“ stellt eine wesentliche Beschränkung der Rechte des Arbeitgebers dar.

Zum Zweck der Verhinderung oder Aufdeckung von Vertragsverletzungen, Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten durch Beschäftigte muss es unseres Erachtens erlaubt sein, hierzu die zulässig erhobenen Beschäftigtendaten nutzen zu können. Im Übrigen greift die Gesetzesbegründung die Konditionierung gar nicht auf, sondern führt aus, dass § 32 d Abs. 3 eine Grundlage für die Korruptionsbekämpfung und zur Durchsetzung von Compliance-Anforderungen darstellt und Compliance in diesem Zusammenhang die Einhaltung aller relevanten Gesetze, Verordnungen, Richtlinien und Selbstverpflichtungen durch ein Unternehmen als Ganzes bedeute. Die Überprüfung der Einhaltung des gesetzmäßigen Handelns ist damit automatisch erforderlich und kann nicht von weiteren Voraussetzungen der Erforderlichkeit abhängig gemacht werden.

Jede Prüfung, die den Zweck hat, die Ordnungsmäßigkeit eines Geschäftsvorfalles zu überprüfen, kann im Ergebnis dazu führen, dass Pflichtverletzungen von beschäftigten Personen aufgedeckt werden. Dann erhält § 32 e zusätzliche Bedeutung für die Interne Revision, der die Datenerhebung **ohne Kenntnis des Beschäftigten** zur Verhinderung und Aufdeckung von Pflichtverletzungen, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten im Beschäftigungsverhältnis regelt. Grundsätzlich muss von präventiven Untersuchungen ohne konkreten Verdacht ausgegangen werden. Als Beispiel kann eine Umfrage bei Lieferanten zur Abwicklung von Ausschreibungen bzw. zur Gewährung von Geschenken und Belohnungen erwähnt werden. Diese sind im Rahmen von Compliance-Fragebögen üblich und können Auffälligkeiten bzw. Hinweise auf Abweichungen von vorgegebenen Regeln liefern. Die besonderen Voraussetzungen des § 32 e, nach denen die Erhebung nur zulässig ist, wenn die Pflichtverletzung zu einer fristlosen Kündigung berechtigt, sind daher nicht nur für die Arbeit der Internen Revision einschneidend, sondern beeinflussen auch in erheblichem Maße die Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten eines „ordentlichen Kaufmanns“.

Im Zusammenhang mit dem Entwurf zum Beschäftigtendatenschutzgesetz sollte ebenso die Frage geklärt werden, ob es sich beim Export und ggf. der Verknüpfung von Daten aus Systemen im Unternehmen bzw. im Konzern (gleiche verarbeitende Stelle) um eine Erhebung oder Verarbeitung handelt. Trifft letzteres zu, wird die Zulässigkeit der Verarbeitung und Nutzung durch den § 32 d geregelt. Gemäß Absatz 3 dürfen Arbeitgeber die Daten verarbeiten, um Pflichtverletzungen zu verhindern oder aufzudecken. Handelt es sich um eine Erhebung, würden die verschärften Voraussetzungen des § 32 e greifen. Diesbezüglich ist eine Klarstellung seitens des Gesetzgebers erforderlich. In unserer Stellungnahme gehen wir davon aus, dass es sich beim Export und ggf. der Verknüpfung von bereits vorhandenen Daten um eine Verarbeitung handelt.

Offenbar wurde erkannt, dass für bestimmte staatliche Institutionen (Nachrichtendienste) Ausnahmen vom § 32 e zum Zwecke der „Eigensicherung“ gemacht werden müssen. Mit Ausnahme des auch für bestimmte Unternehmen geltenden Sicherheitsüberprüfungsgesetzes gibt es auch keine weiteren vorrangigen Rechtsvorschriften (etwa in einem noch nicht existierenden Korruptionsbekämpfungsgesetz), die das Vorgehen bei der Überprüfung von Personen regeln.

Eine der Kommunikationssicherheit dienende vorrangige Vorschrift ist auch § 5 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik. Obwohl die Abwehr von Gefahren für die Kommunikationstechnik in gleicher Weise die Privatwirtschaft betrifft, gibt es für diese keine vorrangige Rechtsvorschrift.

Insoweit sollten die Vorschriften über den Beschäftigtendatenschutz auch das Sicherheitsinteresse der Unternehmen abdecken, die ihre Vorgehensweisen nicht aus einem vorrangigen Gesetz ableiten können.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

Zu Artikel 1, § 27 Anwendungsbereich

Mit der Ergänzung des § 27 gelten die Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz auch, wenn Daten nicht automatisiert verarbeitet werden, was weit über den bisherigen Umfang hinaus geht, zumal dadurch auch die Vorschriften über die Aufsichtsbehörde und über die Rechte der Betroffenen tangiert werden. Neben der damit verbundenen weitreichenden Einschränkung unabdingbarer präventiver Untersuchungen (die es erst erlauben, überhaupt Hinweise auf Pflichtverletzungen zu finden) wird selbst die Sichtung von papierhaften Dokumentenbeständen, die personenbezogene Daten enthalten (können), eingeschränkt. Jede Sichtung von papierhaften Dokumentenbeständen, eingegangenen Geschäftsbriefen und handschriftlichen Aufzeichnungen fällt damit unter die Einschränkungen der §§ 28 a ff.; damit werden prüferische Aktivitäten deutlich erschwert. Sogar Befragungen von Beschäftigten durch die Revision stellen eine Datenerhebung dar, denn auch das Festhalten in einer Notiz ist grundsätzlich eine Datenspeicherung. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, in wie fern z.B. handschriftliche Aufzeichnungen von Führungskräften oder bei Befragungen von Arbeitnehmern (Datenerhebung) vom Beschäftigtendatenschutz erfasst werden. Der Anwendungsbereich der Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz sollte gemäß der bisherigen Rechtsprechung bei nicht automatisierter Verarbeitung auf Dateien und strukturierte Datensammlungen (z.B. Personalakte) begrenzt werden.

Zu Artikel 1, § 32 a Datenerhebung vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses

Absatz 2: Der Verweis auf § 8 Absatz 1 AGG ist irreführend, da weder dieser noch § 1 AGG auf Vorstrafen abstellt. Der Absatz 2 kann ersatzlos gestrichen werden. Das Fragerecht des Arbeitgebers nach Vorstrafen bei bestimmten Arbeitsplätzen wird nach der Gesetzesbegründung unter Verweis auf das vorrangige Bundeszentralregistergesetz auch nicht bestritten.

Absatz 5: Es wird empfohlen, auch diesen Absatz des § 32 a zu streichen, weil sich dies nach der Gesetzesbegründung ohnehin aus dem AGG ergibt.

Absatz 6: Die Erhebung wird darauf begrenzt, lediglich Daten aus sozialen Netzwerken nutzen zu dürfen, die der Darstellung der beruflichen Qualifikation des Beschäftigten dienen. Allgemein zugängliche Daten dürfen demzufolge nicht erhoben werden. Dies ist nicht sachgemäß. Damit werden die Rechte des Arbeitgebers beschnitten, öffentlich bekannte oder im Rahmen des Bewerbungsverfahrens durch den Bewerber bekannt gemachte Daten auch zur Kenntnis zu nehmen.

Der Einwilligungsvorbehalt des Beschäftigten zur Erhebung personenbezogener Daten bei Dritten generiert eine unangemessene Hürde bei der Prüfung von (Tochter-)Gesellschaften im Konzernverbund und ist geeignet, eventuell erforderliche Untersuchungen nachhaltig zu erschweren. Deshalb bedarf es einer Klausel („Konzernprivileg“), die den Datenaustausch innerhalb von Konzernunternehmen ermöglicht. Dies gilt auch für den Datentransfer mit ausländischen Tochtergesellschaften. Hier sollten auch die durch § 4 Abs. 1 definierten Betriebs- und Dienstvereinbarungen als Lösungsansatz hervorgehoben werden.

Zu Artikel 1, § 32 c Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis

Absatz 1 Satz 2 Ziffer 3: Es wird begrüßt, dass die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle besonders erwähnt werden. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, Daten zu erheben. Allerdings ist nach Absatz 4 auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit („Art und Ausmaß im Hinblick auf den Zweck“) zu berücksichtigen. Bisher gibt es auch in der Gesetzesbegründung keine Anhaltspunkte, wo die Grenzen zur Unverhältnismäßigkeit zu ziehen sind. Da nicht alle Unternehmen einen Betriebsrat haben, der über die Mitbestimmung des § 87 (1) Nr. 6 BetrVG einwirken kann, wären Beispiele zumindest in der Gesetzesbegründung hilfreich.

Zu Artikel 1, § 32 d Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis

Absatz 3: Es ist zu begrüßen, dass nun die Aufgabe der Arbeitgeber erwähnt wird, Pflichtverletzungen zu verhindern: „die Verletzung von Pflichten, die sich aus dem Beschäftigungsverhältnis ergeben (Pflichtverletzungen) neben Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten zu verhindern oder aufzudecken“. Damit ist generell die vorbeugende Auswertung der Daten erlaubt. Für eine größere Rechtssicherheit sollte allerdings auch die Zulässigkeit der Auswertung von Identifikationsdaten, beispielsweise in den Buchhaltungssystemen, mit aufgenommen werden. Das Anknüpfen der Bedingung „verhältnismäßig“ führt jedoch zu Unsicherheiten in der Revisionsarbeit.

Darüber hinaus führt die Eingrenzung auf den Begriff „anlassbezogen“ auf einen undefinierten Terminus, der aus oben beschriebenen Sorgfaltsgesichtspunkten eine unangemessene Einschränkung bedeutet. Zusätzlich ist die vorgesehene Unterrichtspflicht zu einer Untersuchung unvorteilhaft, da sie ggf. sogar als Zeichen für in absehbarer Zeit (nach Abschluss der Untersuchung) nicht näher kontrollierte Prozesse gedeutet werden kann.

Zu Artikel 1, § 32 e Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Verhinderung und Aufdeckung von Pflichtverletzungen, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten im Beschäftigungsverhältnis

An die Aufdeckung einer Unregelmäßigkeit schließen sich weitere Untersuchungshandlungen zum Zwecke der Aufklärung an – dies beinhaltet natürlich auch die Suche nach der Person, welche die Pflichtverletzung begangen hat. Das geschieht i. d. R. ohne eine weitere Erhebung von Daten, sondern unter Verwendung bereits beim Arbeitgeber zulässig gespeicherter Daten im Sinne des § 32 d (3). Auch die Prüfung, ob die beschäftigte Person z. B. bereits abgemahnt wurde, ist keine neue Datenerhebung.

Für die Aufklärung spezieller Tatbestände kann im Sinne des § 32 e eine Erhebung zusätzlicher und im Unternehmen noch nicht vorhandener Daten ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sein. Erhärtet sich der Verdacht jedoch nicht bzw. kann der Nachweis einer Pflichtverletzung etc. nicht erbracht werden (kann z.B. eine korrupte Handlung nicht nachgewiesen werden), stellt die Benachrichtigung des Beschäftigten ein besonderes Problem dar und kann künftige notwendige Untersuchungen dieser Art gefährden. Eventuell kann die Benachrichtigung den Betroffenen sogar zusätzlich motivieren, wenn tatsächliche, aber nicht nachweisbare Pflichtverletzungen oder Straftaten vorliegen.

Die im § 32 e (3) und (4) kodifizierten detaillierten Regelungen halten wir für nicht zweckmäßig bzw. nicht praktikabel. Die im § 32 (5) angeführte „Meldepflicht“ erschwert unter Umständen die Durchführung kurzfristiger und unangemeldeter Analysen bzw. kann zu einer Offenlegung eines Vorhabens und ggf. zur Vereitelung des eigentlichen Zwecks der Untersuchung führen.

Zudem wird in § 32 e von einer „schwerwiegenden Pflichtverletzung“ gesprochen und damit die Voraussetzung gegenüber § 32 d verschärft. Es wird erwartet, dass die Pflichtverletzungen etc. zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund (ggf. nach §626 BGB) berechtigen würden. Dies kann und darf nicht notwendige Voraussetzung für die Erhebung von Beschäftigtendaten zur Verhinderung (§ 32 e, erster Satz) oder Aufdeckung von Pflichtverletzungen sein. Präventive Datenerhebungen und -verarbeitungen erhöhen das Entdeckungsrisiko implizit. Je höher das Entdeckungsrisiko, desto geringer die Wahrscheinlichkeit, dass Mitarbeiter kriminelle Handlungen begehen.

Die verschärften Voraussetzungen des § 32 e sind vor dem Hintergrund des Schutzes des Eigentums und der Haftungsrisiken für Unternehmensleitungen (Sorgfaltspflichten bspw. gemäß § 25 c KWG oder § 130 OWiG), die die Einhaltung von Compliance sicherzustellen haben, sehr fragwürdig.

Hier können eventuell weiterführende Legaldefinitionen – wie etwa die Abgrenzung des Begriffs „Geschäftsdaten“ in Anlehnung an eine Systematik wie bei der Definition „personenbezogener“ oder „personenbeziehbarer“ Daten – helfen.