

Herausgegeben von Olaf Deinert und Rüdiger Krause

Philip Owschimikow

**Datenscreening zwischen
Compliance-Aufgabe und
Arbeitnehmerdatenschutz**

Zugleich eine Bewertung des
Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur
Regelung des Beschäftigtendatenschutzes

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XI
Thematische Einführung	1
Kapitel 1: Datenscreening als Compliance-Aufgabe	3
A. Grundlegendes	3
I. Datenscreening zu Compliance-Zwecken	4
II. Wirkungen des Datenscreenings	6
B. Aktuelle Bedeutung des Datenscreenings zu Compliance-Zwecken	6
I. Anwendungsempfehlungen	7
1. ISA 240	8
2. IDW-PH 9.330.3	9
II. Anwendungsfälle	9
Kapitel 2: Grenzen des Datenscreenings	13
A. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	13
I. Europäische Grundrechtecharta	13
II. Europäische Datenschutzrichtlinie	14
III. Die geplante Datenschutz-Grundverordnung	14
B. Verfassungsrechtlicher Rahmen	16
I. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	17
II. Schranken	18
C. Datenschutzrechtliche Grenzen de lege lata	18
I. Grundbegriffe des Beschäftigtendatenschutzes	19
II. Numerus clausus der Erlaubnistatbestände	20
III. Einwilligung des Arbeitnehmers als Erlaubnistatbestand	21
1. Voraussetzungen der Einwilligung	23
2. Das Problem der Freiwilligkeit	25
3. Dispositionsbefugnis des Betroffenen	27
a. Einschränkung durch § 321 Abs. 1 BDSG-RegE	28
b. Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorgaben	30
c. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	32

4.	Drohender Bedeutungsverlust im Beschäftigungsverhältnis	34
5.	Praktikabilität bei Datenscreenings	37
IV.	Der gesetzliche Erlaubnistaatbestand des § 32 BDSG	39
1.	Spezialregelung zur Aufdeckung von Straftaten, § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG	40
2.	Generalklausel des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG	42
a.	Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	42
b.	Erforderlichkeit als zentraler Beurteilungsmaßstab	43
aa.	Geeignetheit	43
bb.	Erforderlichkeit	44
cc.	Angemessenheit	44
3.	Zwischenergebnis	45
D.	Datenschutzrechtliche Grenzen de lege ferenda	45
I.	Das Reformvorhaben zum Arbeitnehmerdatenschutz	46
II.	Der gesetzliche Erlaubnistaatbestand des § 32d Abs. 3 BDSG-RegE	48
1.	Anwendungsbereich	49
2.	Datenquellen	51
a.	Beschäftigtendaten vs. Geschäftsdaten	52
b.	Herkunft der Beschäftigtendaten	53
c.	Quelldatenerhebung nach § 32d Abs. 3 S. 1 BDSG-RegE?	53
d.	Datenerhebung im Beschäftigungsumfeld	55
e.	Rechtmäßigkeit der Datenerhebung	55
3.	Datenverwendung	57
a.	Anforderungen an die Datenbasis	58
b.	Abgleich mit anderen Datenbeständen	61
4.	Die Zweckbestimmung des Datenscreenings	61
a.	„Aufdeckung“ als repressive Zweckbestimmung?	62
b.	Schwerwiegende Pflichtverletzungen	67
aa.	Regelbeispiele	67
bb.	Andere schwerwiegende Pflichtverletzungen	69
cc.	Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten	71
c.	Bezug zum Beschäftigungsverhältnis	72
d.	„Unternehmenspolizei“ und Strafverfolgungsmonopol des Staates	72
5.	Verarbeitung der Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form	74

a.	Bezugspunkt	76
b.	Anonymisierung, § 3 Abs. 6 BDSG	76
aa.	Möglichkeit der Personalisierung?	77
bb.	Praktikabilität bei Datenscreenings	78
c.	Pseudonymisierung, § 3 Abs. 6a BDSG	79
d.	Pseudonymität als reales Szenario?	79
aa.	Verwahrung der Zuordnungsregeln	81
1)	Durch den Betriebsrat	82
2)	Durch den Datenschutzbeauftragten	82
3)	Durch einen Ombudsmann	83
bb.	Löschung der Zuordnungsregeln	83
e.	Wahlrecht des Arbeitgebers	84
f.	Verstoß gegen § 6a BDSG	85
6.	Verfahrensvoraussetzungen als Regelungsdefizit	85
a.	Fehlen normierter Anlassschwellen	86
b.	Notwendigkeit eines Korrektivs	89
7.	Vorabkontrolle durch betrieblichen Datenschutzbeauftragten	89
a.	Anwendbarkeit des § 4d Abs. 5 BDSG	91
b.	Voraussetzungen des § 4d Abs. 5 BDSG	91
8.	Personalisierung bei Verdachtsfall	94
a.	Personalisierung als Datenerhebung?	94
b.	Umfang der zulässigen Personalisierung	96
9.	Dokumentationspflicht	97
a.	Anforderungen an Dokumentation	98
b.	Maßgeblicher Zeitpunkt	99
10.	Unterrichtungspflicht	100
a.	Zuständigkeit und Form	102
b.	Maßgeblicher Zeitpunkt	104
aa.	Subjektive Bestimmung	105
bb.	Objektive Bestimmung	105
c.	Zu unterrichtender Personenkreis	109
d.	Gegenstand der Unterrichtung	111
e.	Folgen einer Verletzung der Unterrichtungspflicht	112
aa.	Tatbestand des § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-RegE	113
bb.	Rechtsfolge des § 43 Abs. 1 Nr. 7c BDSG-RegE	114

11.	Lösungspflicht	116
a.	Regelungslücke im Bereich des § 32d BDSG-RegE?	116
b.	Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung?	117
aa.	Anwendbarkeit des § 32e Abs. 6 S. 1 BDSG-RegE ..	118
bb.	Anwendungsbereich des § 35 Abs. 2 S. 2 BDSG ..	120
12.	Datenabgleich durch den Arbeitgeber oder Dritte	121
a.	Übermittlung	121
aa.	Auftragsdatenverarbeitung, § 11 BDSG	122
bb.	Funktionsübertragung, § 3 Abs. 8 S. 2 BDSG	123
b.	Rechtsgrundlage	123
aa.	§ 32d Abs. 4 S. 1 BDSG-RegE	123
bb.	§ 28 Abs. 2 Nr. 2b BDSG	124
cc.	§ 32d Abs. 3 BDSG-RegE	125
c.	Rechtswidrige Datennutzung durch Dritte	126
13.	Verbleibender Anwendungsbereich von § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG	129
III.	Ergebnis	129

Kapitel 3: Einbindung des Betriebsrats und betriebliche Regelungsmöglichkeiten	131
A. Einbindung des Betriebsrats	131
I. Recht auf Unterrichtung	132
II. Mitbestimmungstatbestände	132
1. Die Aufgabenzuweisung des § 75 Abs. 2 BetrVG	132
2. Ordnungsverhalten im Betrieb, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	133
3. Überwachung mittels technischer Einrichtungen, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	134
a. Datenscreening als technische Einrichtung	135
b. Überwachungsbegriff	136
c. Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer	137
III. Zuständigkeit des Betriebsrats	139
IV. Rechtsfolgen bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten	140
1. Unterlassungsanspruch des Betriebsrats	141
2. Beweisverwertungsverbot	141
B. Betriebliche Regelungsmöglichkeiten	143
I. Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage für Datenscreenings	144

II.	Günstigkeitsprinzip	146
III.	Beschränkung der Regelungsmacht nach § 32l Abs. 5 BDSG-RegE	148
IV.	Interessenausgleich durch Betriebsvereinbarung	155
C.	Tarifvertrag als Regelungsinstrument	156
D.	Ergebnis	157
Kapitel 4: Rechtsfolgen bei rechtswidrigem Datenscreening		159
A.	Bußgeld- und Strafbestimmungen	159
I.	Ordnungswidrigkeiten	160
1.	Verstoß gegen § 32d Abs. 3 BDSG-RegE	160
2.	Sanktionsmöglichkeiten	162
II.	Strafrechtliche Folgen	163
B.	Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche	165
C.	Zurückbehaltungsrecht	166
D.	Beweisverwertungsverbot	167
I.	Standpunkt der Rechtsprechung	168
II.	Forderungen nach einer gesetzlichen Regelung	169
III.	Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung	170
E.	Ergebnis	171
Kapitel 5: Rechtsschutzmöglichkeiten		173
A.	Beschwerderecht	173
I.	Voraussetzungen der Vorschaltbeschwerde	173
II.	Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten	175
III.	Folgen der Abstufung des Beschwerderechts	177
IV.	Sachliches Bedürfnis für innerbetrieblichen Klärungsversuch	178
V.	Vereinbarkeit mit Unionsrecht	180
VI.	Stellungnahme	183
B.	Verbandsklagerecht	184
I.	Gesetzlich vorgesehene Verbandsklagerechte	185
II.	Die Situation im Beschäftigtendatenschutz	188
1.	Das Verbandsklagerecht nach § 23 BDatG-E	188
2.	Das Verbandsklagerecht nach Art. 76 Abs. 1 DS-GVO-E	189
III.	Bedürfnis für eine gesetzliche Regelung	190
C.	Ergebnis	194

Kapitel 6: Kritik und Ausblick	195
A. Ergebnisse	195
B. Lösbarkeit der Interessenkollision zwischen Compliance-Aufgabe und Beschäftigtendatenschutz	202
C. Prämissen einer gesetzlichen Regelung	203
D. Regelungsvorschlag	205
Literaturverzeichnis	207
Quellenverzeichnis	225