

Heimlicher Abbau von Beschäftigtendatenschutz?

Am 25. November 2019 wurde im Bundesgesetzblatt das „2. DSAnpUG-EU“ veröffentlicht, das am folgenden Tag in Kraft trat. Was verbirgt sich hinter dieser schwer auszusprechenden Formel? Es handelt sich um die „Zweite Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680“, kürzer: um das „Zweite Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU“, mit dem deutsche Datenschutznormen an die DSGVO angepasst werden sollen.¹

von **WOLFGANG DÄUBLER**

Das Gesetz ist von imponierender Unübersichtlichkeit. Es besteht aus insgesamt 155 Artikeln, von denen jeder ein, zwei oder auch zehn Bestimmungen eines Gesetzes abändert. Es beruht auf einem Regierungsentwurf vom 1. Oktober 2018², über den der Bundestagsausschuss „für Inneres und Heimat“ relativ lang beriet. Sein Bericht vom 26. Juni 2019³ wurde vom Bundestag in der Nacht vom 27. auf den 28. Juni um 1:30 Uhr nachts beschlossen; es war die letzte Sitzungswoche vor den Parlamentsferien.⁴ Anwesend waren – verständlicherweise – nur noch wenige Abgeordnete. Ob wenigstens sie wohl einen Überblick über die 155 Artikel des Gesetzespakets hatten, das samt Begründung rund 500 Seiten ausmachte? Man muss schon einen unerschütterlichen Glauben an die parlamentarische Demokratie und die Allwissenheit der Abgeordneten haben, um diese Frage wenigstens mit einem zögerlichen „Ja“ zu beantworten. Mir kommt in solchen Fällen immer der von dem Philosophen Jürgen Habermas geprägte Ausdruck „Fassadendemokratie“ in den Sinn. Das Verfahren war auch deshalb skandalös, weil der Entwurf bei Sachverständigenanhörungen und in der Öffentlichkeit heftige Kritik erfahren hatte,⁵ die – wen wundert’s? - natürlich nicht aufgegriffen wurde.

Es ist hier nicht der Ort, in die 155 Artikel einzusteigen und z. B. die neuen Regeln über den Digitalfunk (Art. 8) oder über das BSI-Gesetz (Art. 13) zu diskutieren. Vielmehr soll es um zwei Veränderungen gehen, die der Beschäftigtendatenschutz „so nebenbei“ erfahren hat. Einmal geht es um die Einwilligung des Arbeitnehmers. Sie bedurfte nach der bisherigen Fassung des § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG grundsätzlich der Schriftform, während sie nunmehr

¹ Text des Gesetzes in BGBl 2019 I S. 1626

² BT-Drucksache 19/4674

³ BT-Drucksache 19/11181

⁴ Dazu Kipker, 2. DSAnpUG-EU – oder: was gute Gesetzgebung mit Sicherheit nicht ist, abrufbar unter <https://community.beck.de/print/67216> (8.12.2019)

⁵ Kipker, a.a.O.

„schriftlich oder elektronisch“ erfolgen kann. Die zweite Veränderung betrifft den „Grenzwert“ für die Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten: Während es nach § 38 BDSG bisher genügte, dass „in der Regel mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt“ waren, ist diese Zahl nunmehr auf 20 erhöht worden. Beides verdankt seine Entstehung einem Antrag der Regierungsparteien im Innen- und Heimatausschuss; im Regierungsentwurf⁶ und in der Stellungnahme des Bundesrats und der Gegenäußerung der Bundesregierung⁷ war davon noch nicht die Rede. Was ist nun der genaue Inhalt dieser „Überraschungspäckchen“?

Schriftlich oder elektronisch?

Der Beschäftigte befindet sich – wie § 26 Abs. 2 Satz 1 BDSG selbst ausdrücklich hervorhebt - in einem Abhängigkeitsverhältnis. Eine von ihm abgegebene Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten durch den Arbeitgeber ist daher immer in Gefahr, nicht wirklich freiwillig zu sein. Der Gesetzgeber hat deshalb in § 26 Abs. 2 BDSG besondere Regeln aufgestellt, die den schwächeren Teil schützen sollen. Dazu zählen auch Formvorschriften: Wenn nicht einfach ein Kopfnicken oder ein Ja-Wort genügt, wird sich der Beschäftigte eher überlegen, ob er wirklich seine Zustimmung erteilen will. Deshalb gab es bisher den Grundsatz, dass die Einwilligung schriftlich erfolgen musste; man sprach von der „Warnfunktion“. Dabei bedeutete „Schriftform“ nach § 126 BGB eine eigenhändige Unterschrift mit Familiennamen; insoweit galten die allgemeinen Grundsätze.⁸ Ausnahmsweise konnte eine andere Form gewählt werden, wenn dies „wegen besonderer Umstände“ angemessen war. Diese Voraussetzung war etwa dann gegeben, wenn wie bei einer Meinungsbefragung die „Verschriftlichung“ einen von niemandem erwarteten unzumutbaren Aufwand darstellt.

Die Worte (Die Einwilligung) „bedarf der Schriftform“ sind nunmehr durch die Formel (Die Einwilligung) „hat schriftlich oder elektronisch zu erfolgen“ ersetzt. Dass „schriftlich“ etwas anderes als „Schriftform“ im Sinne des § 126 BGB bedeuten sollte, ist nicht anzunehmen. Der Gesetzgeber hat nirgendwo zu erkennen gegeben, dass er einen eigenständigen

⁶ S. oben Fn. 2

⁷ BT-Drucksache 19/5414

⁸ Ebenso Gola, in: Gola/Heckmann, BDSG, 13. Aufl. 2019, § 26 Rn. 133; Gräber/Nolden, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 34; Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), DSGVO mit BDSG, 2019, Art. 88 DSGVO Rn. 219; Stamer/Kuhnke, in: Plath (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 11a; anders nur Thüsing/Schmidt/Forst, RDV 2017, 116, 118 ff. Maschmann (in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG Rn. 64) versteht die Schriftform gleichfalls im Sinne des § 126 BGB, hält das Schriftformerfordernis jedoch wegen Verstoßes gegen Art. 4 Nr. 11 DSGVO für unwirksam.

datenschutzrechtlichen Schriftlichkeitsbegriff einführen wollte.⁹ Denkbar wäre, dass dies auf der Ebene des Unionsrechts geschieht.¹⁰ Beim Erlass und der Änderung des BDSG bewegt sich der Gesetzgeber jedoch auf der Ebene des nationalen Rechts; will er hier von den allgemeinen Regeln des BGB abweichen, kann er dies tun, muss es jedoch eindeutig erklären. Das hat er im vorliegenden Fall nicht getan. Die Begründung des Ausschussberichts¹¹ äußert sich zur Schriftform in keiner Weise. Auch gibt es keinen überzeugenden Vorschlag, wie „Schriftlichkeit“ im datenschutzrechtlichen Sinne beschaffen sein soll.¹²

Größeres Interesse verdient der zweite Teil der Formel: Was bedeutet es, dass die Einwilligung „elektronisch“ erfolgen kann? Die Begründung des Ausschussberichts hebt hervor: „Da die Einwilligung elektronisch erfolgen kann, genügt es beispielsweise, dass der Arbeitgeber sie als E-Mail abspeichert.“¹³ Das besagt allerdings herzlich wenig, weil die Speicherung durch den Arbeitgeber nichts darüber aussagt, welche Form der Arbeitnehmer zu beachten hat. Auch hier existiert in Form des § 126a BGB eine gesetzliche Definition: Danach bedeutet „elektronische Form“, dass der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument mit einer „qualifizierten elektronischen Signatur“ versieht. Ein bloßes E-Mail genügt ersichtlich nicht. Es mag ja sein, dass der Einwilligende seine mit einer Signatur versehene Erklärung als Attachment zu einer E-Mail versendet und der Arbeitgeber sie entsprechend speichert – an der Form des § 126a BGB führt auch hier kein Weg vorbei. Dass sich der Gesetzgeber durchaus im Rahmen der überkommenen, im BGB festgelegten Formen bewegen wollte, wird auch aus dem folgenden Satz 4 des § 26 Abs. 2 BDSG deutlich, wonach u. a. über den Zweck der Datenverarbeitung in „Textform“ aufgeklärt werden muss. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass schon die Nutzung elektronischer Mittel für die Form der Einwilligung genügt, hätte er dieses als Abweichung von den Formvorschriften des BGB eindeutig zum Ausdruck bringen müssen; dies tat er ersichtlich nicht.¹⁴ Dass die qualifizierte Signatur in der Praxis nur selten benutzt wird, ändert daran nichts, ebenso wenig die Tatsache, dass die anwesenden Parlamentarier zu später Stunde möglicherweise das BGB nicht mehr vor Augen hatten und deshalb nicht so recht wussten, was sie da eigentlich beschlossen haben.

Die neue 20-Personen-Grenze des § 38 BDSG

⁹ So aber Thüsing/Rombey, NZA 2019, 1399, 1401.

¹⁰ So Seifert, a.a.O. (Fn. 8) Art. 88 DSGVO Rn. 219.

¹¹ BT-Drucksache 19/11181 S. 19.

¹² Dies gestehen auch Thüsing/Rombey, NZA 2019, 1401 zu.

¹³ BT-Drucksache 19/11181 S. 19.

¹⁴ Abweichend im Ergebnis Thüsing/Rombey, NZA 2019, 1399, 1401

Während sich die praktische Tragweite der Änderung von § 26 Abs. 2 Satz 3 BDSG durchaus in bescheidenem Rahmen bewegt, ist dies bei § 38 BDSG nicht mehr der Fall. Vielleicht ist es sinnvoll, mal einen Blick zurück in die Entwicklung von 40 Jahren Datenschutzrecht zu wagen.

Das BDSG 1977 sah in seinem § 28 Abs. 1 Satz 1 vor, dass ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist, sofern im Unternehmen in der Regel mindestens fünf Arbeitnehmer ständig bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Fand ausschließlich manuelle Datenverarbeitung statt, lag die Grenze bei zwanzig Beschäftigten, weil der Gesetzgeber hier ein sehr viel geringeres Gefährdungspotential sah.¹⁵ Diese Regelung wurde als § 36 Abs. 1 in das BDSG 1990¹⁶ und als § 4f Abs. 1 in das BDSG 2001 übernommen.¹⁷ Einige Jahre später wurde die Zahl auf zehn erhöht, was § 38 des heute geltenden BDSG übernahm. Gleichzeitig fiel jedoch die manuelle Datenverarbeitung (die es ja da und dort durchaus noch geben mag) ersatzlos weg. Nunmehr sind wir bei dem Grenzwert 20 angekommen. Dadurch sollen Kleinunternehmen entlastet werden.

Diese Überlegung will nicht unbedingt einleuchten. Wenn wenig Arbeit anfällt, lässt sich dem auch dadurch Rechnung tragen, dass ein innerbetrieblicher oder ein externer Datenschutzbeauftragter nur mit einem relativ bescheidenen Stundenkontingent ausgestattet wird. Ganz auf ihn zu verzichten, macht die effektiv bestehenden datenschutzrechtlichen Probleme nicht gegenstandslos: Der Verantwortliche wird sich häufiger an die Aufsichtsbehörde wenden, um von ihr eine Auskunft zu erhalten und so kein vermeidbares Risiko einzugehen. Ob es sinnvoll ist, die sowieso personell nicht üppig ausgestatteten Aufsichtsbehörden mit weiteren Aufgaben zu betrauen, wird man bezweifeln können.¹⁸

Der Protest wird sich gleichwohl in Grenzen halten. Ohne Rücksicht auf die Zahl der einschlägig befassten Beschäftigten muss ein Datenschutzbeauftragter dann bestellt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 37 DSGVO vorliegen, also insbesondere dann, wenn sensitive Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeitet werden, was beispielsweise eine Arztpraxis betrifft.

¹⁵ Näher Däubler, Gläserne Belegschaften? 1. Aufl. 1987, Rn. 321 ff.

¹⁶ Dazu Däubler/Klebe/Wedde, BDSG. Basiskommentar, Köln 1996, Anm. zu § 36

¹⁷ Simitis in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 8. Aufl., 2014, § 4f Rn. 12 ff.

¹⁸ Kipker, a.a.O. (Fn. 4)

Ausgeklammerte Bereiche

Die enorme Vielzahl von Vorschriften, die das 2. DSAnpUG-EU bringt, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass weiter zahlreiche wichtige Fragen offen geblieben sind. Wie ist das Verhältnis zwischen dem Datenschutz im Internet durch das Telemediengesetz und der DSGVO beschaffen?¹⁹ Muss sich der Schutz des Rechts auf das eigene Bild nach §§ 22, 23 KUG aufgrund des DSGVO ändern? Wie verhalten sich Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit zur DSGVO?²⁰ Wäre es unbescheiden, sich ein paar spezifische Normen des Beschäftigtendatenschutzes vorzustellen, etwa eine Regelung zur Überwachung durch Videokameras und GPS? Wünsche sind nicht verboten; man darf nur nicht an ihre Realisierung glauben.

¹⁹ Dazu Weichert, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu, 2. Aufl. 2020, Einl. zu TMG

²⁰ Dazu Art. 85 DSGVO