

DATENSCHUTZ – D10

Stand: Oktober 2018

Ihr Ansprechpartner
Ass. iur. Kim Pleines

E-Mail
kim.pleines@saarland.ihk.de

Tel.
(0681) 9520-640

Fax
(0681) 9520-690

Beschäftigtendatenschutz nach der DSGVO

Die DSGVO regelt nicht den Beschäftigtendatenschutz. Das hat der deutsche Gesetzgeber innerhalb des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) mit § 26 getan.

Unternehmen verarbeiten in der Regel Daten ihrer Arbeitnehmer, um ihre vertraglichen oder gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen. Wann dies zulässig ist und welche Vorschriften Arbeitgeber darüber hinaus beachten müssen, stellen wir Ihnen nachfolgend dar.

I. Wer ist Beschäftigter nach dem BDSG?

§ 26 Abs. 8 BDSG stellt klar, wer Beschäftigter im Sinne des Datenschutzgesetzes ist. Unter den Begriff fallen u.a. folgende Personen:

1. Arbeitnehmer/innen einschließlich der Leiharbeiter/innen
2. Auszubildende
3. ausgeschiedene Arbeitnehmer/innen
4. Bewerber/innen
5. in anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen Beschäftigte und
6. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind

II. Inhalt des § 26 BDSG: Rechtsgrundlagen für den Arbeitgeber

1. Datenverarbeitung zum Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG)

Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (wie zuvor beschrieben) setzt voraus, dass ganz bestimmte Daten erhoben werden. Dies ist zulässig nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG. Diese Rechtsgrundlage greift ein sowohl für die **Begründung**, wie auch für die **Durchführung** und **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses. Aber: Es dürfen nicht alle Daten erhoben werden, sondern nur solche, die wirklich für das Arbeitsverhältnis erforderlich sind.

Dazu gehören in erster Linie die **Stammdaten**, um die gesetzlichen und vertraglichen Pflichten, die sich etwa aus dem Arbeitsvertrag und den Steuer- oder Sozialgesetzen ergeben, zu erfüllen. Eine Verpflichtung kann sich aber auch aus Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ergeben.

Die Verarbeitung muss **erforderlich** sein, was zu bejahen ist, wenn diese Daten zur Vertragsabwicklung benötigt werden.

2. Datenverarbeitung zum Zwecke der Aufklärung von Straftaten (§ 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG)

Daten dürfen zur **Aufdeckung von Straftaten** verarbeitet werden. Voraussetzung ist, dass dokumentierte und tatsächliche Anhaltspunkte den **Verdacht** begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat. Es darf nicht „ins Blaue hinein“ ermittelt werden. Es muss immer ein Anfangsverdacht für das Vorliegen einer Straftat bestehen. Die Verarbeitung muss zur Aufdeckung erforderlich und verhältnismäßig sein, d.h. schutzwürdige Interessen des Beschäftigten dürfen nicht überwiegen. Die tatsächlichen Anhaltspunkte hat der Arbeitgeber zu dokumentieren.

Nicht im Gesetz mit aufgenommen wurde die Datenverarbeitung beim **Verdacht schwerwiegender Pflichtverletzungen**. Eine solche schwerwiegende Pflichtverletzung kann ein Wettbewerb des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber während eines laufenden Arbeitsverhältnisses sein. Das BAG hat 2017 dazu entschieden, dass eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn die Erhebung personenbezogener Daten verhältnismäßig ist. In dem zu entscheidenden Fall wurde der Mitarbeiter durch einen Detektiv überwacht, ob er seinem Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis Konkurrenz macht. Das Gericht urteilte, dass die Erhebung der personenbezogenen Daten geeignet, erforderlich und angemessen sein müssen und zugleich kein milderes Mittel, das gleich wirksam ist, zur Verfügung steht, um die Pflichtverletzung aufzuklären. Wird diese Abwägung durchgeführt, so ist die Erhebung der personenbezogenen Daten verhältnismäßig und damit erlaubt (BAG, Urt. v. 29. Juni 2017, 2 AZR 597/16). Diese Rechtsprechung sollte auch auf die Neuformulierung in § 26 BDSG Anwendung finden.

Unter die Vorschrift fallen **keine präventiven Maßnahmen** - wie etwa die Videoüberwachung von Pausenräumen - zur Verhinderung von Straftaten.

3. Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung (§ 26 Abs. 2 BDSG)

Das Gros der Daten der Beschäftigten wird erhoben auf der Basis des abzuschließenden Arbeitsvertrages. **Neben dem Arbeitsvertrag** kann auch eine Datenverarbeitung aufgrund einer **Einwilligung** erfolgen. Es sollten aber immer im Arbeitsvertrag diejenigen Bestandteile erfasst werden, die für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nötig sind. Denn: Ein Arbeitsvertrag kann nur beendet werden durch einen Aufhebungsvertrag, eine Kündigung oder durch Erreichen einer Befristungsabrede. Eine Einwilligung dagegen kann jederzeit durch den Arbeitnehmer aufgrund eines Widerrufs beendet werden. Konsequenz: Alle wichtigen Inhalte des Arbeitsverhältnisses sollten im Arbeitsvertrag, Zusätze dagegen in einer Einwilligung geregelt sein.

Erfolgt die Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung, muss sie nach § 26 Abs. 2 BDSG **freiwillig** eingeholt werden. Für die Einwilligung im Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich die **Schriftform** angeordnet, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Die Schriftform dient zugleich der Nachweis- und Dokumentationspflicht des Arbeitgebers.

Arbeitsverhältnisse sind durch eine gewisse Abhängigkeit vom Arbeitgeber gekennzeichnet. Diese Abhängigkeit könnte der Freiwilligkeit entgegenstehen. Aufgrund des Über-/Unterordnungsverhältnisses sind an die **Einwilligung** deshalb hohe Anforderungen zu stellen, falls eine Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Einzelfall hierauf gestützt werden soll. Die Freiwilligkeit der Einwilligung wird vermutet, wenn sich für den Arbeitnehmer ein **rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil** ergibt. In der Praxis wird sie deshalb überwiegend in Konstellationen möglich sein, die nicht das Arbeitsverhältnis als solches, sondern Zusatzleistungen des Arbeitgebers betreffen. Zulässig sollten Einwilligungen im Rahmen der Erlaubnis der Privatnutzung dienstlicher Fahrzeuge, Telefone oder EDV-Geräte sein.

Wichtig: Falls Sie auf Ihrer Internetseite Bilder Ihrer Mitarbeiter veröffentlichen wollen, brauchen Sie dazu dessen Einwilligung. Denn: Das Abbild eines Menschen ist ein personenbezogenes Datum. Der Arbeitsvertrag trifft über die Verwendung von diesen personenbezogenen Daten typischerweise keine Regelung. Deshalb sollte zusätzlich, neben dem abgeschlossenen Arbeitsvertrag, eine extra Einwilligungserklärung eingeholt werden, damit der Arbeitgeber Bilder seiner Mitarbeiter auf der Homepage, in Broschüren oder etwa auch in Unternehmensfilmen verwenden kann. Ein Muster finden Sie am Ende dieses Infoblatts.

Der Beschäftigte ist auf die jederzeitige **Widerrufsmöglichkeit** seiner Einwilligung in Textform sowie die damit verbundenen Folgen hinzuweisen.

Wichtig: Arbeitgeber müssen überprüfen, ob Einwilligungen, die von den Beschäftigten vor Mai 2018 bereits eingeholt wurden, noch gültig sind. Die Anforderungen er-

geben sich aus Art. 7 DSGVO. Fehlt es an dem Hinweis auf das jederzeitige Widerrufsrecht und an der Darstellung des Zwecks der mit der Einwilligung verfolgten Datenverarbeitung, bestehen berechnigte Zweifel an der Gültigkeit der alten Einwilligungen nach dem 25. Mai 2018. Zweifel an der Freiwilligkeit gehen zu Lasten des Arbeitgebers.

→ **D02** „Einwilligung nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

Nach Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO bedarf eine automatisierte Entscheidung, z. B. in Fällen elektronischer Scoring-Verfahren im Personalbereich, einer ausdrücklichen Einwilligung der Beschäftigten.

Wichtig: Die Einwilligungen z. B. zur Verwendung eines Fotos des Beschäftigten im Internet oder zur privaten Nutzung von E-Mail und Internet mit Überprüfungsrecht des Arbeitgebers sollten in vom Arbeitsvertrag getrennten Dokumenten eingeholt werden, weil sonst bei jedem neuen Einwilligungserfordernis der Arbeitsvertrag geändert werden müsste.

4. Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten (§ 26 Abs. 3 BDSG)

Die Verarbeitung „sensibler Daten“ im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist. Es darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass schutzwürdige Interessen der betroffenen Person überwiegen. Darunter fallen insbesondere Angaben zur Religionszugehörigkeit oder zum Schwerbehindertengrad. Beruht die Verarbeitung sensibler Daten auf einer Einwilligung, ist Absatz 2 zu beachten.

5. Datenverarbeitung auf Grundlage von Kollektivvereinbarungen (§ 26 Abs. 4 BDSG)

Die DSGVO ermöglicht ausdrücklich eine Datenverarbeitung aufgrund von Kollektivvereinbarungen im Unternehmen. Bisherige Betriebs- oder Dienstvereinbarungen müssen auf ihre Übereinstimmung mit der DSGVO überprüft werden. Dabei müssen insbesondere die **erhöhten Transparenzpflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO**, also die Informationspflichten gegenüber den Mitarbeitern als betroffene Person, erfüllt werden (s. unten).

6. Datentransfer im Konzern

Auch im neuen BDSG fehlt eine Regelung zum Datentransfer innerhalb von Konzernen. Eine Übermittlung von Personaldaten innerhalb eines Konzerns z. B. an die Tochter oder an die Konzernmutter, die die gesamte Personalverwaltung durchführt, kann auf den Erlaubnistatbestand des **Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO** „Wahrung berechtigter Interessen“ gestützt werden. Der Datentransfer ist aber nur zulässig, soweit nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Beschäftigten überwiegen (Interessenabwägung). Bei der Übermittlung von Daten in Drittstaaten muss zusätzlich geprüft werden, ob ein angemessenes Datenschutzniveau nach den Mechanismen der Art. 44 ff. DSGVO nachgewiesen werden kann.

III. Betroffenenrechte der Beschäftigten: Hinweispflichten des Arbeitgebers

Arbeitgeber müssen ihre Beschäftigten auf deren Rechte hinweisen:

- Recht auf Auskunft, Art. 15,
- Recht auf Berichtigung der Daten, Art. 16,
- Recht auf Löschung von Daten, Art. 17,
- Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, Art. 18,
- Recht auf Datenübertragbarkeit, Art. 20.

→ **D05** „Informationspflichten nach der DSGVO“, **Kennzahl 2158**

Der Arbeitgeber sollte verstärkt mit Auskunftsanfragen rechnen. Um die Personalabteilung nicht über die Maße zu belasten, sollten bereits jetzt Prozesse implementiert werden, um Auskunftsanfragen zügig beantworten zu können. Denn: Die Angaben sind unverzüglich, spätestens innerhalb eines Monats zur Verfügung zu stellen.

Wichtig: Die Verfahren, bei denen Beschäftigtendaten verarbeitet werden, sind zu dokumentieren = **Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten**, Art. 30 DSGVO. Dies gilt nach § 26 Abs. 7 sowohl für Beschäftigtendaten, die in einem Dateisystem gespeichert sind als auch für Daten, die in Papierform verarbeitet werden.

IV. Informationspflichten gegenüber Beschäftigten

Vor der Verarbeitung - sprich Erhebung - der Daten muss der Beschäftigte darüber informiert werden,

- wer die Daten erhebt = Kontaktdaten des Arbeitgebers;
- wer Datenschutzbeauftragter ist = Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, soweit einer bestellt wurde;
 - ➔ **D06** „Betrieblicher Datenschutzbeauftragter nach der DSGVO und dem BDSG (neu)“, **Kennzahl 2158**
- zu welchem Zweck und auf welcher Rechtsgrundlage die Daten verarbeitet werden;
- wenn die Verarbeitung auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f beruht: welche berechtigten Interessen verfolgt werden;
- an wen die Daten übermittelt werden = z.B. Krankenkasse, Steuerberater;
- wie lange die Daten gespeichert werden;
- welche Rechte dem Beschäftigten zustehen = Recht auf Auskunft, Recht auf Berichtigung oder Löschung, Recht auf Einschränkung der Verarbeitung; Recht auf Widerspruch, Recht auf Datenübertragbarkeit, Recht auf Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde;
- dass er seine gegebene Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann und
- ob die Bereitstellung der Daten gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben ist und welche möglichen Folgen die Nichtbereitstellung hätte.

Wichtig: Die Informationen können in einer Kollektivvereinbarung/Betriebsanweisung gegeben werden. Existiert eine solche Vereinbarung nicht, sollten die Angaben in einem Informationsblatt zusammengefasst und dem Mitarbeiter übergeben werden.

V. Verpflichtung zur Vertraulichkeit und Sensibilisierung der Mitarbeiter

Nach Art. 32 Abs. 4 DSGVO ist das Unternehmen verpflichtet sicherzustellen, dass ihm unterstellte Personen mit Zugang zu personenbezogenen Daten, z. B. die Personalabteilung, die Beschäftigtendaten nur auf Anweisung verarbeiten. Nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO hat das Unternehmen zudem die Pflicht, die Einhaltung der Datenschutz-Grundsätze nachzuweisen, sog. Rechenschaftspflicht. Im Klartext bedeutet dies, dass die **Mitarbeiter zur Vertraulichkeit zu verpflichten** sind. Betriebliche Weisungen können zusätzlich auch in Dienstvereinbarungen festgelegt werden.

Die Form dieser Verpflichtungserklärung ist gesetzlich nicht vorgegeben. Aus Nachweisgründen bietet sich die schriftliche oder elektronische Form an. Ein Muster finden Sie auf der letzten Seite.

Die Verpflichtung sollte **am ersten Arbeitstag** vorgenommen werden. Bei Mitarbeitern, die schon länger im Betrieb tätig sind, sollte die Verpflichtung nachgeholt werden.

Neben der Verpflichtung zur Vertraulichkeit empfiehlt es sich auch, die Mitarbeiter regelmäßig zum Thema Datenschutz zu **schulen** und zu **sensibilisieren**. Dem Mitarbeiter muss klar sein, wie er mit personenbezogenen Daten umgehen soll und wie er z.B. bei Auskunftsanfragen reagieren muss.

VI. Speicherdauer und Aufbewahrungsfristen im Arbeitsverhältnis

Auch im Arbeitsrecht gilt der **Grundsatz der Speicherbegrenzung**. Personenbezogene Daten der Beschäftigten dürfen nur so lange gespeichert werden, wie dies für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist. Sind die Daten nicht mehr erforderlich, sind sie zu löschen.

Aufbewahrungspflichten ergeben sich aus zahlreichen gesetzlichen Regelungen:

- Die Daten sind nicht zu löschen, wenn sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich sind (Art. 17 Abs. 3 lit. e DSGVO).
- **Bewerberdaten:** sechs Monate ab dem Zeitpunkt der Absage, § 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG.

***Praxistipp:** Wenn Sie die Bewerber-Daten länger aufbewahren möchten, holen Sie die Einwilligung des Bewerbers ein, die Unterlagen beim nächsten Bewerbungslauf zu berücksichtigen.*

- **Dokumentation der Arbeitszeit:** mindestens zwei Jahre (Regelungen in ArbZG, JArbSchG, MiLoG, AentG, MuSchG).
- **Unterlagen über Arbeitsunfälle:** drei Jahre ab bindender Feststellung der Leistungspflicht, § 113 SGB VII.
- **Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung:** drei Jahre, § 18a S. 2 BetrAVG.
- **Anspruch auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung:** 30 Jahre, § 18a S. 1 BetrAVG.
- **Unterlagen mit steuerrechtlicher Relevanz:** sechs bzw. zehn Jahre, § 257 HGB, §147 AO.
- **Entgelt-Abrechnungsunterlagen:** sechs Jahre, § 28f SGB IV, § 147 AO
- **Lohnkonten:** sechs Jahre, § 41 Abs. 1 S. 9 EStG.

Anlage 1

Einwilligung Mitarbeiterfotos

Wir, [Name des Unternehmens], veröffentlichen auf unserer Internetseite www.....de unsere Mitarbeiter mit Foto, Name, Vorname und Kontaktdaten, um so für unsere Kunden einen ersten persönlichen Eindruck und einen größtmöglichen Service zu leisten.

Für die Veröffentlichung Ihres Fotos und Ihrer Daten benötigen wir eine schriftliche Einwilligung von Ihnen. Wir verwenden Ihr Foto nur zu dem oben genannten Zweck.

Ich, _____ (Vorname, Name),

bin damit einverstanden, dass mein Foto für die oben genannten Zweck benutzt und veröffentlicht wird. Soweit sich aus meinem Foto Hinweise auf meine ethnische Herkunft, Religion oder Gesundheit ergeben, bezieht sich meine Einwilligung auch auf diese Angaben. Mir ist bekannt, dass Informationen im Internet weltweit zugänglich sind. Sie können mit Suchmaschinen gefunden und mit anderen Informationen verknüpft werden, woraus sich unter Umständen Persönlichkeitsprofile über mich erstellen lassen. Mir ist auch bekannt, dass ins Internet gestellte Informationen, einschließlich Fotos, problemlos kopiert und weiterverbreitet werden können.

Es steht mir frei, ob ich der Veröffentlichung meiner Fotos zustimme oder nicht. Diese Einwilligung ist freiwillig. Ich kann sie ohne Angabe von Gründen verweigern, ohne dass ich deswegen Nachteile zu befürchten hätte. Die Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. Der Widerruf ist zu richten per Mail an [...] oder per Telefon an [...]. Mein Foto wird dann unverzüglich aus dem Internetangebot entfernt.

Ort, Datum

Unterschrift

Anlage 2

Verpflichtungserklärung zur Wahrung der Vertraulichkeit bei der Verarbeitung personenbezogener Daten

.....
Name der verantwortlichen Stelle

Sehr geehrte(r) Frau/Herr.....

aufgrund Ihrer Aufgabenstellung verpflichte ich Sie auf die Wahrung der Vertraulichkeit personenbezogener Daten nach Art. 5 Abs. 1 f, Art. 32 Abs. 4 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), zu denen Sie im Rahmen Ihrer Tätigkeit Zugang erhalten oder Kenntnis erlangen. Es ist Ihnen untersagt, unbefugt personenbezogene Daten zu verarbeiten.

Diese Verpflichtung besteht auch nach Beendigung Ihrer Tätigkeit fort.

Verstöße gegen die Vertraulichkeit können nach Art. 83 Abs. 4 DS-GVO, §§ 42, 43 BDSG sowie nach anderen Strafvorschriften mit Freiheits- oder Geldstrafe geahndet werden.

In der Verletzung der Vertraulichkeit kann zugleich eine Verletzung arbeits- oder dienstrechtlicher Schweigepflichten liegen.

Eine unterschriebene Zweitschrift dieses Schreibens reichen Sie bitte an die Personalabteilung zurück.

.....
Ort, Datum

.....
Unterschrift der verantwortlichen Stelle

* Diese Erklärung kann auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG (bei Mitwirkung an geschäftsmäßiger Telekommunikation) und allgemein auf die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Berufsgeheimnissen erweitert werden, Häufig ist die Verschwiegenheitsverpflichtung bei allgemeinen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen bereits im Arbeitsvertrag geregelt.

Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.