

BESCHÄFTIGTENDATENSCHUTZ

Countdown DS-GVO: Drei wichtige Kernbereiche im Beschäftigtendatenschutz, Teil 2

von RAin Heike Mareck, Dortmund

Die finale Phase läuft: Wie in jedem Unternehmen wird der Beschäftigtendatenschutz ab dem 25.5.18 eine noch größere Rolle in den Kanzleien spielen. Im Mittelpunkt stehen dabei zahlreiche Kernbereiche: Freiwillige Einwilligungen, Datenschutz bei Arbeitsunfähigkeit, aber auch bei dem Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) – um nur einige zu nennen. Um genau diese drei Kernbereiche geht es im folgenden Beitrag. |

1. Allgemeines

Die beiden entscheidenden Grundlagen zum Beschäftigtendatenschutz sind Art. 88 DS-GVO und § 26 BDSG n.F. Dabei ist § 26 BDSG n.F. auf die Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO zurückzuführen. Die Norm führt die spezialgesetzliche Regelung des § 32 BDSG a.F. fort. Sie ist damit die zentrale Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen im Beschäftigungsverhältnis. Insgesamt regelt § 26 BDSG n.F. fünf Erlaubnistatbestände. Zusätzlich enthält er einige Klarstellungen (zum Beispiel zu den Einwilligungen). Doch was ist mit den Bereichen und Verarbeitungssituationen, die nicht durch § 26 BDSG n.F. geregelt wurden? Hier bleibt die DS-GVO anwendbar.

2. Kernbereich Nr. 1: Wann sind Einwilligungen „freiwillig“?

§ 26 Abs. 2 BDSG n.F. macht deutlich, dass eine Einwilligung im Beschäftigungskontext durchaus zulässig sein kann. Sie ist allerdings nur möglich, wenn sie seitens des ArbN informiert und freiwillig erfolgt. Abs. 2 regelt dabei, wann Freiwilligkeit vorliegt. Für die Beurteilung der Freiwilligkeit des ArbN kommt es dabei einerseits auf die bestehende Abhängigkeit und andererseits auf die Umstände des Einzelfalls an. S. 2 nennt als Beispiele für das Vorliegen der Freiwilligkeit, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder ArbG und ArbN gleichgelagerte Interessen verfolgen.

PRAXISHINWEIS | Ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil können sein: Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements oder Erlaubnis zur Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen.

Gleichgelagerte Interessen sind die Aufnahme von Name und Geburtsdatum in eine Geburtstagsliste oder die Nutzung von Fotos für das Intranet, bei der ArbG und ArbN im Sinne eines betrieblichen Miteinanders zusammenwirken (BT-Drs. 18/11325, 96). Darunter fällt auch, wenn Daten des ArbN zum freiwilligen sozialen oder betrieblichen Engagement (Ersthelfertätigkeit) verarbeitet werden.

Freiwillige Leistungen können weitergehende betriebliche Sozialleistungen oder das Angebot für Gesundheitsvorsorge sein.

Was gilt bei Bereichen, die in § 26 BDSG n.F. nicht geregelt wurden?

Bei der Freiwilligkeit kommt es auf zwei Punkte an

Gleichgelagerte Interessen: Geburtstagslisten, Ersthelfertätigkeit

In der Praxis wird die Freiwilligkeit meist nur über eine schriftliche Einwilligungserklärung erfolgen können. Das hat der Gesetzgeber in § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG n.F. auch klargestellt. Insbesondere bei Fotos von Kanzleimitarbeitern im Internet sollte bei der Einwilligungserklärung darauf geachtet werden, dass auch der Punkt „Freiwilligkeit“ in der Formulierung vorkommt.

MUSTERFORMULIERUNG / Freiwillige Einwilligung für Fotos im Internet

... Diese Einwilligung ist freiwillig. Ich kann sie ohne Angabe von Gründen verweigern, ohne dass mir daraus ein Nachteil entsteht. Ich kann diese Einwilligung jederzeit in Textform (zum Beispiel Brief, E-Mail) widerrufen. Mein Foto wird dann unverzüglich von der Webseite der Kanzlei _____ gelöscht und nicht mehr verwendet.

Noch ein Wort zum Widerruf der Einwilligung: Anders als nach dem BDSG a.F. wird wohl der Widerruf künftig formlos möglich sein. Der Grundsatz „Schriftliche Einwilligung = schriftlicher Widerruf“ wird schon wegen Art. 7 Abs. 3 S. 4 DS-GVO nicht mehr ziehen können. Danach muss der Widerruf der Einwilligung so einfach wie ihre Erteilung sein.

Es kommt immer wieder vor, dass Kanzleien – auch aus Recruiting-Gründen – Mitarbeiterfotos in den sozialen Netzwerken, wie Facebook & Co., veröffentlichen. Da viele soziale Netzwerke derzeit nicht benötigte Daten dennoch vorhalten, sollte man sich diesen Schritt überlegen – zumindest solange, wie sich an dieser Praxis nichts ändert. Wenn es dennoch erwünscht ist, sollte hierzu eine Formulierung in die Einwilligungserklärung aufgenommen werden.

MUSTERFORMULIERUNG / Freiwillige Einwilligung für Fotos bei Facebook

...Mit der Veröffentlichung meines Fotos auch auf _____ bin ich einverstanden, obwohl mir bekannt ist, dass nach derzeitigem Stand Fotos und Daten von _____ nicht gelöscht, sondern nur nicht mehr öffentlich gezeigt werden. Mir ist ebenfalls bekannt, dass es über die interne Nutzung von Fotos und Daten durch _____ keine ausreichenden Informationen gibt.

Kann es eine „Freiwilligkeit“ beim Speichern von Bewerberdaten geben? Wohl kaum, denn diese setzt – wie oben beschrieben – voraus, dass der ArbN effektiv die Chance hat, selbst zu bestimmen, ob und wie seine Daten verwendet werden. Aus Sorge, im aktuellen Bewerbungsverfahren nicht weiterzukommen, wird kaum ein Bewerber seine Zustimmung zur Verbreitung der Daten verweigern. Anders sieht das bei der fortgesetzten Datenspeicherung aus. Hier kann der abgelehnte oder „auf Halde“ gelegte Bewerber durchaus entscheiden, ob er der weiteren Speicherung zustimmt oder diese ablehnt. Einziger Nachteil ist, dass er vielleicht chancenlos bei der nächsten ähnlichen Stelle dieses ArbG ist.

Obwohl ein Ungleichgewicht zwischen ArbG und ArbN entsteht, kommt es hier auf die Umstände des Einzelfalls an. Will die Kanzlei dennoch die Daten

„Freiwilligkeit“ des ArbN sollte sich in der Einwilligung wiederfinden

Widerruf wohl formlos möglich

Mitarbeiterfotos auch in sozialen Netzwerken? Besser nicht!

Nächstes Problem: Wie „freiwillig“ ist das Speichern von Bewerberdaten?

dieses Bewerbers behalten, ist eine besondere Einwilligungserklärung zur Speicherung von Bewerberdaten notwendig. Als möglicher Passus für gerade diese Freiwilligkeit kommt nachfolgende Formulierung in Betracht:

MUSTERFORMULIERUNG / Einwilligung im Bewerbungsverfahren

...Diese Einwilligung ist freiwillig. Sie hat keine Auswirkungen auf meine Erfolgsaussichten im derzeitigen Bewerbungsverfahren bei der Kanzlei _____. Ich kann sie ohne Angabe von Gründen verweigern, ohne dass mir ein Nachteil daraus erwächst. Ich kann diese Einwilligung jederzeit widerrufen. In diesem Fall werden meine Daten unverzüglich nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens gelöscht.

3. Kernbereich Nr. 2: Datenschutz bei Arbeitsunfähigkeit

Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB) gibt viel mehr Daten preis, als man zunächst vermutet. So erkennt der ArbG, welcher Arzt den ArbN behandelt hat, über welche Qualifikationen dieser Arzt verfügt (damit können zudem die Krankheitsbilder grob eingegrenzt werden) und wo sich der ArbN am Tag der Krankmeldung aufhielt. Kanzleihinhaber sollten daher den innerbetrieblichen Ablauf der Abgabe und Verarbeitung von AUB so organisieren, dass mögliche Rückschlüsse auf behandelnde Fachärzte und/oder behandelnde Kliniken der erkrankten ArbN vermieden werden.

Gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, § 22 BDSG n.F. handelt es sich bei den gesundheitsbezogenen Daten um besondere Kategorien personenbezogener Daten. Dass der ArbG die personenbezogenen Daten rechtmäßig verarbeiten darf, ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 b) DS-GVO in Verbindung mit § 26 Abs. 3 BDSG n.F.

PRAXISHINWEIS | Ärztliche AUB und weitere Hinweise auf mögliche Erkrankungen, die sich zum Beispiel aus einem ArbG-Vermerk ergeben, sind stets getrennt von der Personalakte in einer separaten Beiakte oder in einem verschlossenen Umschlag zu führen. Verstöße hiergegen verletzen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des ArbN (so bereits BAG 12.9.06, 9 AZR 271/06, Abruf-Nr. 072490).

4. Kernbereich Nr. 3: Datenschutz im BEM

Es gibt Situationen im Arbeitsverhältnis, in denen der ArbG genauere Daten über den Gesundheitszustand seiner ArbN benötigt – zum Beispiel beim Betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) nach § 167 Abs. 2 SGB IX. Um zu erfahren, ob bei einem ArbN ein BEM durchzuführen ist, muss der ArbG wissen, ob der ArbN innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig gewesen ist. Wobei unter „Jahr“ nicht das Kalenderjahr, sondern die jeweils zuletzt vergangenen zwölf Monate zu verstehen sind.

Aus einer AUB kann man bereits viele Daten auslesen



IHR PLUS IM NETZ
ak.iww.de
Abruf-Nr. 072490

Nicht das Kalenderjahr, sondern die letzten zwölf Monate sind gemeint

Die im BEM-Verfahren erhobenen personenbezogenen Daten unterliegen einer strengen Zweckbindung nach den Grundsätzen des Art. 5 b) DS-GVO. Der ArbG muss den ArbN über die Ziele des BEM und über die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten informieren.

Daraus folgt unter anderem, dass

- die personenbezogenen Daten nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich gemacht werden dürfen,
- sie gegen eine zufällige Kenntnisnahme gesichert sein müssen,
- sie nicht länger als notwendig für diesen Zweck gespeichert werden dürfen, sie also anschließend gelöscht werden müssen.

So muss der ArbN unter anderem darüber informiert werden,

- welche Ziele das BEM hat,
- dass Daten erhoben und verwendet werden, deren Kenntnis erforderlich ist, um ein zielführendes BEM durchführen zu können, das auf seine Gesundheit und Gesunderhaltung abzielt,
- welche Krankheitsdaten erhoben und gespeichert werden,
- inwieweit und für welche Zwecke der ArbG Zugriff darauf hat,
- über welche Dauer die Speicherung erfolgt und wer die Teilnehmer des BEM sind.

Ein schwieriges Thema ist das Löschen der Beiakte „BEM-Unterlagen“. Die im Rahmen des BEM erhobenen und gespeicherten Gesundheitsdaten sind zu löschen, wenn sie nicht mehr benötigt werden, Art. 17 Abs. 1 a) DS-GVO. Für den ArbG ist es teilweise schwierig, zu erkennen, wann eine BEM-Akte gelöscht werden kann – zumal hierzu die Meinungen vom sofortigen Löschen bis zum Erhalt über mehrere Jahren alles bieten. Michael Huth (Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, S. 847, Anm. 62 zur „Betriebsvereinbarung zu Kranken- und BEM-Unterlagen“) schlägt hierbei eine sinnvolle Regelung vor:

- Der ArbN lehnt ein BEM ab oder bricht es vorzeitig ab = Löschung spätestens drei Monate nach Ablehnung oder Abbruch
- Das BEM ist abgeschlossen = Löschung spätestens ein Jahr nach Abschluss
- Das BEM wurde mit einer Vereinbarung abgeschlossen, die Wirkungen für die Zukunft hat = spätestens fünf Jahre nach Abschluss

Huth schlägt zudem vor, stets den ArbN in die Löschung zustimmen zu lassen, da dieser ebenfalls ein Interesse daran haben könnte, die Daten länger zu speichern – zum Beispiel, wenn ein medizinischer Rückfall droht und dann erneut alle früheren Daten beschafft werden müssen.

WEITERFÜHRENDE HINWEISE

- Weitere Informationen zum „Beschäftigtendatenschutz“ im Webinar „Datenschutz intensiv“ am 23.4.18 (www.iww.de/s402)
- Rechtzeitig vor dem Start der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) am 25.5.18 ist die Sonderausgabe zum Beschäftigtendatenschutz unter aa.iww.de (Downloads) erhältlich

Darüber muss der ArbN informiert werden

Wann löscht man die BEM-Unterlagen?

ArbN stets in Löschung zustimmen lassen



ARCHIV

Sonderausgabe unter aa.iww.de