

Rechtsfragen zur Corona-Krise - Aktualisierungsband zur 3. Auflage

Schmidt

2022

ISBN 978-3-406-79122-2

C.H.BECK

Wie sich allerdings aus § 38 Abs. 1 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) für nicht-öffentliche Stellen ergibt, sieht der Bundesgesetzgeber weitere Benennungspflichten vor: Der Verantwortliche (ebenso: Auftragsverarbeiter) benennt ergänzend zu Art. 37 Abs. 1 lit. b und c DSGVO einen Datenschutzbeauftragten, soweit er in der Regel **mindestens 20 Personen** ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt. Außerdem regelt § 38 Abs. 1 BDSG, wann der Verantwortliche unabhängig von der Anzahl der mit der Verarbeitung Beschäftigten einen Datenschutzbeauftragten zu benennen hat, namentlich im Fall von Verarbeitungen, die einer **Datenschutz-Folgenabschätzung** nach Art. 35 DSGVO unterliegen, in den Fällen der **geschäftsmäßigen** Verarbeitung personenbezogener Daten zum **Zweck der Übermittlung**, der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der **Markt- oder Meinungsforschung**. 6

Nach Art. 38 Abs. 1 DSGVO hat der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter sicherzustellen, dass der Datenschutzbeauftragte ordnungsgemäß und frühzeitig in alle mit dem Schutz personenbezogener Daten zusammenhängenden Fragen eingebunden wird. Dabei wird die **Einbindung** Zeitpunkt und Umfang betreffend jedenfalls so auszugestalten sein, dass der Datenschutzbeauftragte die ihm nach der DSGVO übertragenen Aufgaben und Pflichten vollumfänglich erfüllen kann. Somit dürfte eine frühzeitige Einbindung regelmäßig erfordern, dass der Datenschutzbeauftragte, um seinen Standpunkt einbringen und seiner Beratungsaufgabe nachkommen zu können, proaktiv bereits im Stadium der Planung bzw. Konzeption beteiligt wird.⁷ 7

Art. 38 Abs. 2 DSGVO sieht vor, dass der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter den Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung seiner Aufgaben **unterstützen**, indem sie die für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen **Ressourcen** und den **Zugang** zu personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen sowie die zur Erhaltung seines **Fachwissens** erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellen. Für die Aufgabenerfüllung zentral ist dabei der Zugang des Datenschutzbeauftragten zu Daten und Datenverarbeitungen. Umfasst ist ein physisch-räumliches Zutrittsrecht zu den EDV-Anlagen und allen anderen Bereichen, in denen personenbezogene Daten verarbeitet werden.⁸ Unter Art. 38 Abs. 2 DSGVO zu fassen ist auch ausreichend Zeit für den Datenschutzbeauftragten zur Erfüllung seiner Aufgaben, was insbesondere bei internen Datenschutzbeauftragten mit zusätzlich bestehenden anderen Arbeitsaufgaben problematisch sein kann.⁹ 8

Für den Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus Art. 39 Abs. 1 DSGVO diverse Aufgaben, darunter nach dessen lit. a **Beratungs- und Unterrichtungspflichten** und nach dessen lit. b die **Pflicht zur Überwachung** der Einhaltung der DSGVO. Die Überwachungspflicht soll verhindern, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletzend Datenverarbeitungen überhaupt erfolgen und hat damit eine wichtige präventive Zielrichtung.¹⁰ 9

⁷ Paal/Pauly/Paal DS-GVO Art. 38 Rn. 4; BeckOK Datenschutzrecht/Moos DS-GVO Art. 38 Rn. 3 bis 5; Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Drewes DSGVO Art. 38 Rn. 1–13; Sydow/Helfrich DSGVO Art. 38 Rn. 31; Gierschmann/Mayer DSGVO Art. 38 Rn. 16–17; Schaffland/Wiltfang/Schaffland/Holthaus DSGVO Art. 38 Rn. 8f.

⁸ BeckOK Datenschutzrecht/Moos DS-GVO Art. 38 Rn. 13; Paal/Pauly/Paal DS-GVO Art. 38 Rn. 7.

⁹ BeckOK Datenschutzrecht/Moos DS-GVO Art. 38 Rn. 10; Paal/Pauly/Paal DS-GVO Art. 38 Rn. 6; Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Drewes DSGVO Art. 38 Rn. 23.

¹⁰ BeckOK Datenschutzrecht/Moos DS-GVO Art. 39 Rn. 9.

- 10 Die Notwendigkeit der Einbindung des Datenschutzbeauftragten in die aktuellen Fragestellungen ist evident und den Maßnahmen im Kampf gegen die Corona-Pandemie wie „3G“ am Arbeitsplatz, neuen Betriebsabläufen und digitalen Arbeitsmodellen geschuldet, hier etwa dem Arbeiten im Homeoffice/mobilem Arbeiten sowie Besprechungen über Videokonferenzen

2. Interner Datenschutzbeauftragter und Kurzarbeit

- 11 Die **Kurzarbeit** hat sich während der Pandemie als ein wichtiges Instrument zur **Beschäftigungssicherung** gezeigt. Nach wie vor ist die wirtschaftliche Situation für viele Unternehmen angespannt und deshalb greifen sie auf Kurzarbeit zurück.¹¹ Es können alle oder nur ein Teil der Arbeitnehmer des Betriebes betroffen sein.
- 12 Datenschutz ist grundrechtlich und europarechtlich¹² verankert. Es stellt sich daher die Frage, ob und in welchem Umfang Kurzarbeit für den internen Datenschutzbeauftragten zulässig ist.
- 13 Die hierzu von der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen am 27. 5. 2020 geäußerte Einschätzung ist zutreffend. Die Neuorganisation von Arbeitsprozessen, die Zunahme der elektronischen Datenverarbeitung, das Arbeiten im Homeoffice und mittels Videokonferenzsystemen sowie Fragen des Gesundheitsdatenschutzes bei Beschäftigten, Kunden und sonstigen Externen erfordern die **Einbindung** des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, damit er u. a. seinen **Kontroll- und Beratungsaufgaben** nachkommen kann.¹³
- 14 Diese Pflichten bestehen auch dann, wenn in einem Unternehmen Kurzarbeit eingeführt wurde. Zum einen arbeiten Unternehmen häufig auch in Kurzarbeit in verringertem Umfang weiter. Zum anderen führt selbst die vollständige Einstellung der Tätigkeit des Unternehmens für bestimmte Kurzarbeitszeiträume nicht dazu, dass keine personenbezogenen Daten mehr verarbeitet würden¹⁴: Vielmehr bestehen auch bei einer vorübergehenden vollständigen Tätigkeitseinstellung die (Vertrags-) Beziehun-

¹¹ Statista, „Anzahl der Kurzarbeiter in Deutschland von 1991 bis 2019 (Jahresdurchschnittswerte) und in den Monaten von Januar 2020 bis Januar 2022 (in Folge der Corona-Krise; berechnete und geschätzte Daten)“, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/2603/umfrage/entwicklung-des-bestands-an-kurzarbeitern/>; Abruf 20. 2. 2022; Statista, „Corona-Krise: Anzahl der Kurzarbeiter in Deutschland nach Sektoren im Januar 2022“, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1143138/umfrage/corona-krise-kurzarbeiter-nach-sektoren/>; Abruf 20. 2. 2022.

¹² Dazu etwa Erwägungsgrund 1 zur DSGVO: „Der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist ein Grundrecht. Gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „Charta“) sowie Artikel 16 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.“

¹³ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27. 5. 2020, https://www.ldi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20. 2. 2022.

¹⁴ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27. 5. 2020, https://www.ldi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20. 2. 2022.

gen zu Beschäftigten, Kunden und sonstigen Betroffenen weiter fort.¹⁵ Nicht zuletzt verfügt so gut wie jedes Unternehmen über eine **Webseite**, die während der Kurzarbeit online bleibt und über die weiterhin personenbezogene Daten verarbeitet werden. Auch können während der Kurzarbeit **Betroffenenanfragen** eingehen.

Schließlich ändert sich an einer **Benennungspflicht** nach § 38 Abs. 1 BDSG durch 15 die Kurzarbeit nichts, da in dieser Vorschrift darauf abgestellt wird, dass Personen „**in der Regel** [...] ständig“ mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Damit ist gerade nicht gemeint, das kurzzeitige Veränderungen in der Zahl der tatsächlich mit der Verarbeitung personenbezogener Daten Beschäftigten zu einem Wegfall der Benennungspflicht führen würden.¹⁶ Die Vorschrift enthält einen gewissen Spielraum in Abkehr von einer starren Grenze.¹⁷ Werden vor und voraussichtlich auch nach der zeitlich begrenzten Kurzarbeit mindestens 20 Personen gezählt, bleibt es auch während der Kurzarbeit bei der Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten.¹⁸

Damit steht fest, dass auch während der Kurzarbeit der Datenschutzbeauftragte ins- 16 besondere seinen **Kontroll- und Beratungsaufgaben** nachkommen können muss und dass die vorübergehende vollständige oder teilweise Einstellung der Betriebstätigkeiten im Rahmen von Kurzarbeit nicht etwa dazu führt, dass die **Benennungspflicht** nach dem Bundesdatenschutzgesetz zwangsläufig entfallen würde.

Während das Tätigkeitsfeld des Datenschutzbeauftragten aus den genannten Grün- 17 den nicht vollständig „brach liegen“ darf, ist es abhängig von den Umständen des Einzelfalls allerdings zulässig, den **Arbeitsumfang** des internen Datenschutzbeauftragten im Rahmen der Kurzarbeit zu verringern (dabei aber nicht „**Kurzarbeit Null**“, die für den Datenschutzbeauftragten nicht den gesetzlichen Anforderungen der DSGVO entspricht).¹⁹ Dabei ist zwingend zu prüfen und zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Datenschutzbeauftragte in der konkret gegebenen Pandemie- und Kurzarbeitsituation seine Pflichten weiterhin wahrnehmen kann.²⁰ Datenschutzbeauftragte müssen trotz Kurzarbeit die Möglichkeit haben, regelmäßig ihre Postein-

¹⁵ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.idi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

¹⁶ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.idi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022; Paal/Pauly/Pauly BDSG § 38 Rn. 8; Sydow/Helfrich BDSG § 38 Rn. 17.

¹⁷ Paal/Pauly/Pauly BDSG § 38 Rn. 8.

¹⁸ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.idi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

¹⁹ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.idi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

²⁰ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.idi.nrw.de/main/menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

gänge sichten zu können, telefonisch und/oder per E-Mail als Ansprechpartner für die Beschäftigten, Kunden oder sonstige Betroffene erreichbar zu sein und in alle Fragen des Schutzes personenbezogener Daten eingebunden zu werden.²¹

- 18 Hilfreiche **Maßnahmen** im Rahmen der Kurzarbeit können für den Datenschutzbeauftragten sein:
- Einrichtung einer „Sprechstunde“, in welcher der Datenschutzbeauftragte vor Ort zur Verfügung steht;
 - Einrichtung einer „Datenschutz-Hotline“, um die Erreichbarkeit per Telefon sicherzustellen;
 - Bereitstellen eines Diensthandys und Sicherstellung der Erreichbarkeit für vertrauliche Besprechungen per Videokonferenz sowie
 - Nutzung von digitalen Plattformen zum Austausch von Dokumenten und Informationen.²²

3. Datenschutzbeauftragter, Corona und „Remote-Audits“

- 19 Die DSGVO selbst enthält keine detaillierten Regelungen zu **Datenschutzaudits**. Sie können u. a. durchgeführt werden, um der Rechenschaftspflicht nach Art. 5 Abs. 2 DSGVO nachzukommen („**Accountability**“) und einmal getroffene Maßnahmen auf Praktikabilität, Effizienz und Sinnhaftigkeit sowie ggf. Änderungsbedarf zu prüfen.²³ Datenschutzaudits können einen Beitrag dazu leisten, die Datenschutzorganisation kontinuierlich zu verbessern.²⁴
- 20 Der **Auditor** ermittelt in einem Audit den **Ist-Zustand** und vergleicht diesen mit dem zuvor definierten **Soll-Zustand**. Dabei kann sich der Soll-Zustand aus gesetzlichen Vorgaben ergeben oder aus selbst gesetzten Vorgaben.²⁵
- 21 Ergebnis eines Audits kann somit sein die **Konformität** des Ist-Zustandes mit dem vorgegebenen Soll-Zustand oder es dokumentiert **Abweichungen**.²⁶ Bei festgestellten Abweichungen sollten Maßnahmen vorgeschlagen werden, um die Abweichungen zu beheben.²⁷
- 22 Audits können mehrere Verarbeitungen, Anwendungen, Systeme, Prozesse, Betriebsteile oder ganze Unternehmen umfassen.²⁸ Es kann nach dem Status des Auditors un-

²¹ Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.ldi.nrw.de/main_menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

²² Webseite der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen, „Kurzarbeit – ohne Datenschutzbeauftragte geht es nicht“, 27.5.2020, https://www.ldi.nrw.de/main_menu_Aktuelles/Inhalt/DSB-Kurzarbeit/Kurzarbeit_-ohne-Datenschutzbeauftragte-geht-es-nicht.html; Abruf 20.2.2022.

²³ Pachinger PinG 2022, 44 (45); Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit.

²⁴ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit; Grützner/Jakob Compliance von A-Z/Grützner/Jakob „Datenschutzaudit“.

²⁵ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit.

²⁶ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit.

²⁷ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit.

²⁸ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. I. Datenschutzaudit.

terschieden werden zwischen einem Erstparteiaudit („**First Party Audit**“) als internem Audit, einem Zweitparteiaudit („**Second Party Audit**“) als Lieferantenaudit (das betrifft dann im Datenschutz regelmäßig den Auftragsverarbeiter) und einem Drittparteiaudit („**Third Party Audit**“) als Zertifizierungsaudit oder anlassfreie Prüfung durch die Aufsichtsbehörde.²⁹

Der interne wie auch der externe Datenschutzbeauftragte hat nach Art. 39 Abs. 1 lit. b DSGVO die Einhaltung der DSGVO durch den Verantwortlichen zu überwachen und hat somit eine **Auditierungsfunktion**.³⁰ Vom Datenschutzbeauftragten durchgeführte Kontrollen sind in einer Weise zu dokumentieren, die sowohl risikosteigernde als auch risikomindernde Umstände aussagekräftig festhält.³¹ Mittelbar dient das Datenschutzaudit zusätzlich dem Zweck, auf die Einhaltung des Datenschutzes durch die Mitarbeiter im Unternehmen hinzuwirken.

Die Überwachungs- und Auditierungsfunktion ist in der Pandemie aus einleuchtenden Gründen nur erschwert auszufüllen, und das nicht nur im Fall von **Kurzarbeit** und **Homeoffice** im Unternehmen. Zugleich ergeben sich allerdings mit der zunehmenden **Digitalisierung** auch für die Durchführung von Datenschutzaudits neue Möglichkeiten der Umsetzung.

Fernaudits („Remote-Audits“) ermöglichen einen digitalen Austausch über die für das Audit notwendigen Themen. Damit werden nicht nur Infektionsrisiken im Vergleich zu vor-Ort-Audits minimiert, sondern auch Anfahrtswege, Zeit und Kosten eingespart und die flexiblere Termingestaltung ermöglicht.

Für die Durchführung eines „Remote-Audits“ müssen allerdings **technische Mindestanforderungen** erfüllt sein, da anderenfalls die zu prüfenden Datenschutzthemen aus der Ferne nicht bewertet werden können³²:

- Sämtliche an der Prüfung Beteiligte müssen über eine ausreichende Hardware- und Softwareausstattung verfügen (Computer, Mikrofon, Kamera, Möglichkeit zum „Screen-Sharing“ sowie stabile Internetverbindung);
- die Beteiligten sollten über das technische Mindestwissen verfügen, um digital mit dem Auditor zusammenarbeiten zu können;
- da bei einem „Remote-Audit“ Unterlagen idR digital ausgetauscht werden, muss sichergestellt sein, dass die erforderlichen Unterlagen tatsächlich digital – und sicher – verfügbar sind.

Für ein „Remote-Audit“ **geeignet** sind erfahrungsgemäß insbesondere die folgenden Themen³³:

- Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten, das häufig bereits digital geführt wird, zB in Excel- oder Word-Dateien;
- Datenschutz-Folgenabschätzungen;
- Webseite(n) des Unternehmens;

²⁹ Zur Unterscheidung zB Rehfeld BvD-News 2/2021, 31 (32); TÜV Nord, „Durchblick im Audit-Dschungel“, 7.7.2020, <https://www.tuev-nord.de/de/unternehmen/bildung/wissen-kompakt/qualitaetsmanagement/verschiedene-audits-im-ueberblick/>; Abruf 21.2.2022.

³⁰ Moos/Schefzig/Arning, Praxishandbuch DSGVO/Jens Schefzig Kap. 10 VII Rn. 52.

³¹ Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht/Bertermann C. V. 4. Verfahren zur Durchführung von Wirksamkeitskontrollen.

³² Ebenso: Schreiber/Woisetschläger/Geißler/Schrenk BvD-News 3/2021, 52.

³³ Ebenso: Schreiber/Woisetschläger/Geißler/Schrenk BvD-News 3/2021, 52.

- Social-Media-Auftritt(e) des Unternehmens;
- Cookie-Banner und Cookie-Einstellungen;
- Prozesse zum Umgang mit der Ausübung von Betroffenenrechten nebst Dokumentation, ob Vorgaben und Fristen eingehalten wurden;
- Meldungen von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten und Benachrichtigungen der von einer solchen Verletzung betroffenen Personen (Art. 33, 34 DSGVO);
- Überprüfung der Übersicht der externen Dienstleister nebst vertraglicher Regelungen der Auftragsverarbeitungsverträge;
- Dokumentation der technischen und organisatorischen Maßnahmen;
- Nachweise über durchgeführte Schulungen.

28 Im Ergebnis sind damit zahlreiche Aspekte des Datenschutz-Management-Systems aus der Ferne auditierbar. Es bleiben bei diesem Vorgehen allerdings einige „blinde Flecken“, weshalb „Remote-Audits“ zwar gerade in Pandemiezeiten eine gute Alternative sind, allerdings gegenüber einem Vor-Ort-Audit nicht vollständig gleichwertig sein können.³⁴ So greift ein „Remote-Audit“ zwangsläufig gegenüber sämtlichen physischen Maßnahmen vor Ort zu kurz: ZB können die vom Verantwortlichen nach Art. 32 DSGVO praktisch umgesetzten Maßnahmen der Zutrittskontrolle nicht bewertet werden und es fehlt jeder Eindruck von den Vor-Ort-Abläufen und der Arbeitsumgebung. Nicht zuletzt wirkt ein Vor-Ort-Audit gegenüber der Belegschaft als Sensibilisierungsmaßnahme, verdeutlicht doch die Unternehmensleitung dadurch zugleich, welchen Stellenwert sie dem Datenschutz im Unternehmen beimisst. Diese Sensibilisierung kann ein „Remote Audit“ nicht erreichen. Für die Zukunft und in „Nach-Pandemie-Zeiten“ kann sich eine Mischung aus „Remote-Audit“ und Vor-Ort-Audit anbieten, auch zur Steigerung der Kosteneffizienz.³⁵

DIE FACHBUCHHANDLUNG

III. Mobile Arbeit

1. Referentenentwurf eines „Mobile Arbeit-Gesetzes“

29 Der **Referentenentwurf** eines „**Mobile Arbeit-Gesetzes**“ vom 14. 1. 2021³⁶ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales stand nicht zuletzt wegen der erhöhten Aufmerksamkeit, die das Home-Office als Mittel zur Eindämmung der Corona-Pandemie erlangt hat, zunächst unter besonderer Beobachtung. Dann ist die Diskussion allerdings abgeflacht und es blieb zuletzt beim bloßen Referentenentwurf der damaligen Bundesregierung unter Kanzlerin Merkel.³⁷ Der Gesetzentwurf wird dem eigenen Anspruch, gesetzliche Lücken zu schließen, auch nur bedingt gerecht.

³⁴ Ebenso: Schreiber/Woisetschläger/Geißler/Schrenk BvD-News 3/2021, 52 (53).

³⁵ Ebenso: Schreiber/Woisetschläger/Geißler/Schrenk BvD-News 3/2021, 52 (53).

³⁶ Entwurf abrufbar von der Webseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurfe/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?jsessionid=D146942FF5C6B9F31BFE562A5D00C631.delivery2-master?__blob=publicationFile&v=1; Abruf 20. 2. 2022.

³⁷ Webseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, „Gesetzesinitiative zur mobilen Arbeit Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen zur Förderung und Erleichterung mobiler Arbeit“, <https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/mobile-arbeit-gesetz.html>; Abruf 20. 2. 2022.

Mobile Arbeit wird im Entwurf definiert (§ 111 Abs. 1 S. 2 GewO-E) und meint die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung unter Verwendung von Informationstechnologie an einem Ort (oder von Orten) außerhalb der Betriebsstätte, den der Arbeitnehmer selbst gewählt oder mit dem Arbeitgeber vereinbart hat. Arbeiten, die ohne Nutzung solcher Technologie oder aufgrund der Eigenart der Tätigkeit an einem Ort erbracht werden, den die Parteien nicht oder nur bedingt beeinflussen können wie zB bei Wartungen oder der Entstörung von Anlagen, fallen nicht darunter. Nach der Gesetzesbegründung soll nur regelmäßige Arbeit vom Gesetz erfasst werden, keine anlassbezogene oder provisorische mobile Arbeit. Arbeitgeber sollen bei Arbeitnehmern, auf die das Arbeitszeitgesetz Anwendung findet und die regelmäßig mobil arbeiten, verpflichtet werden, Beginn, Ende und Dauer der gesamten Arbeitszeit am Tag der Arbeitsleistung zu erfassen (§ 112 GewO-E). Die Verpflichtung kann an den Arbeitnehmer delegiert werden. 30

Trotz der datenschutzrechtlichen Probleme und Risiken bei mobiler Arbeit geht die Begründung zum Referentenentwurf nur im Zusammenhang mit der Arbeitszeiterfassung auf den Datenschutz ein, wenn es zu § 112 Abs. 1 GewO-E knapp und wenig überraschend heißt: 31

„Bei einer Verarbeitung der personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit der Arbeitszeitaufzeichnung hat der Arbeitgeber nach § 26 Absatz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes sicherzustellen, dass dies unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen erfolgt.“³⁸

Der Entwurf bietet keine praktischen Lösungen für datenschutzrechtliche Probleme bei mobiler Arbeit und auch nicht für die Überwachung und Anwendung des Arbeitsschutzes. Die weiterhin geltende umfassende arbeitsschutzrechtliche Verantwortung des Arbeitgebers ist mit der Flexibilisierung des Arbeitsorts schlichtweg nicht vereinbar. Auch die Frage der Kostentragung für die Einrichtung, Ausstattung und Nutzung des heimischen Büros bleibt im Entwurf ungeklärt (etwa Miete, Strom und Internet).

2. Koalitionsvertrag, Mobile Arbeit und Datenschutz

Im **Koalitionsvertrag** 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP)³⁹ heißt es auf S. 68/69: 32

„Homeoffice grenzen wir als eine Möglichkeit der Mobilen Arbeit rechtlich von der Telearbeit und dem Geltungsbereich der Arbeitsstättenverordnung ab. Arbeitsschutz, gute Arbeitsbedingungen und das Vorhandensein eines betrieblichen Arbeitsplatzes sind bei mobiler Arbeit wichtige Voraussetzungen. Dies erfordert Information und Beratung der Beschäftigten sowie deren angemessene Unterstützung durch ihre Arbeitgeber. Zur gesunden Gestaltung des Homeoffice erarbeiten wir im Dialog mit allen Beteiligten sachgerechte und flexible Lösungen. Coworking-Spaces sind eine gute Möglichkeit für mobile Arbeit und die Stärkung ländlicher Regionen. Beschäftigte in geeigneten Tätigkeiten erhalten einen Erörterungsanspruch über mobiles Arbeiten und Homeoffice. Arbeitgeber können dem Wunsch der Beschäftigten nur dann widersprechen, wenn betriebliche Belange entgegenstehen. Das heißt, dass eine Ablehnung nicht sachfremd oder willkürlich sein darf. Für abweichende tarif-

³⁸ Entwurf abrufbar von der Webseite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurfe/ref-mobile-arbeit-gesetz.pdf?sessionid=D146942FF5C6B9F31BFE562A5D00C631.delivery2-master?__blob=publicationFile&v=1; Abruf 20. 2. 2022.

³⁹ Abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021–2025.pdf; Abruf 20. 2. 2022.

*vertragliche und betriebliche Regelungen muss Raum bleiben. Mobile Arbeit soll EU-weit unproblematisch möglich sein.*⁴⁰

- 33 Der Anspruch auf Homeoffice (iSv „**Erörterungsanspruch**“) soll also auch losgelöst von der aktuellen pandemischen Lage weiterbestehen. Homeoffice soll als eine Form von mobiler Arbeit eingestuft und von der Telearbeit abgegrenzt werden.
- 34 Zum **Datenschutz** findet sich u. a. auf S. 17 unter „Nutzung von Daten und Datenrecht“ im Koalitionsvertrag Folgendes:

„Die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) ist eine gute internationale Standardsetzung. Zur besseren Durchsetzung und Kohärenz des Datenschutzes verstärken wir die europäische Zusammenarbeit, institutionalisieren die Datenschutzkonferenz im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und wollen ihr rechtlich, wo möglich, verbindliche Beschlüsse ermöglichen. Wir schaffen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz, um Rechtsklarheit für Arbeitgeber sowie Beschäftigte zu erreichen und die Persönlichkeitsrechte effektiv zu schützen. Wir setzen uns für eine schnelle Verabschiedung einer ambitionierten E-Privacy-Verordnung ein.“⁴¹

- 35 Es bleibt nun abzuwarten, wie die Koalitionsparteien das Thema „Homeoffice und mobile Arbeit“ einschließlich Datenschutz und Datensicherheit angehen. Die Diskussion nimmt per Stand Januar 2022 langsam wieder Fahrt auf.⁴² Es wird auch spannend sein, wie die neue Bundesregierung die Vorhaben bzgl. der DSK und des Beschäftigtendatenschutzes konkret umsetzen wird.
- 36 Als datenschutzrechtliche Probleme und Risiken bei Homeoffice mobiler Arbeit bestehen nach wie vor insbesondere der unerlaubte Zugriff durch Dritte und eine nicht ausreichende IT-Sicherheit. Dazu wird auf die 3. Aufl. 2021 verwiesen. Eine gute Übersicht zum Datenschutz im Homeoffice bietet zB die Checkliste „Datenschutzrechtliche Regelungen bei Homeoffice“, die das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht herausgegeben hat, Stand 29.6.2021.⁴³

DIE FACHBUCHHANDLUNG

IV. Stand der Corona-Warn-App

1. Downloads und Updates

- 37 Installiert werden kann die „offizielle“ Corona-Warn-App seit dem 16.6.2020.⁴⁴ Das datenschutzfreundliche Grundkonzept ist, so auch die Datenschutzkonferenz, Rea-

⁴⁰ Koalitionsvertrag, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021–2025.pdf; Abruf 20.2.2022.

⁴¹ Koalitionsvertrag, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021–2025.pdf; Abruf 20.2.2022.

⁴² Ito.de, „Bundesminister Heil startet Diskussion erneut – Kommt doch ein Recht auf Homeoffice?“, 12.1.2022, <https://www.ito.de/recht/nachrichten/n/heil-recht-homeoffice-ausschluss-koalitionsvertrag-debatte/>; Abruf 20.2.2022; Handelsblatt.com, „Mobiles Arbeiten, Arbeitsminister Heil verspricht Rechtsanspruch auf Homeoffice – und erhält Widerspruch“, 12.1.2022, [https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/mobiles-arbeiten-arbeitsminister-heil-verspricht-rechtsanspruch-auf-home-office-und-erhaelt-widerspruch/27968200.html?ticket=ST-19428258-SdP1TyLtB6ZAMTpJeXnB-ap2](https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/mobiles-arbeiten-arbeitsminister-heil-verspricht-rechtsanspruch-auf-home-office-und-erhaelt-widerspruch/27968200.html?ticket=ST-19428258-SdP1TyLtB6ZAMTpJeXnB-ap2; Abruf 20.2.2022.); Abruf 20.2.2022.

⁴³ Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, „Datenschutzrechtliche Regelungen bei Homeoffice“, verfügbar zum Download unter: https://www.lida.bayern.de/media/checkliste/baylda_checkliste_homeoffice.pdf; Abruf 20.2.2022.

⁴⁴ Tagesschau.de, „Corona-Warn-App zum Download bereit“, 16.6.2020, <https://www.tagesschau.de/inland/corona-warn-app-startet-101.html>; Abruf 24.2.2022.