



# Arbeitgeberthesen locker widerlegen

**STRATEGIE** Kaum ist die neue Datenschutzgrundverordnung da, schon versuchen Arbeitgeber in Verhandlungen, unklare Passagen für sich einzunehmen. Das ist nicht illegal, aber es ist schlau, wenn man als Arbeitnehmervertretung weiß, wie damit umzugehen ist.

VON KAI STUMPER

**M**it Einführung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) werden künftig auch wieder neue Scheunentore für falsche Fährten, Irrtümer und Täuschungen geöffnet. Der naive, rechtstreue Staatsbürger wird sich vielleicht fragen: »Wie soll das gehen? Es steht doch alles klipp und klar im Gesetz!« Aber smarte Belegschaftsvertretungen wissen natürlich längst, dass das nicht stimmt.

Denn der entscheidende Punkt ist nicht, was im Gesetz steht. Sondern wie man es interpretiert. Und da ist natürlich ein neues Gesetz zugleich auch neue Nahrung für Fehl-

interpretationen. Und dazu zählen nicht nur solche, die aus Unkenntnis passieren. Nein, es ist immer wieder zu beobachten, dass das Gesetz wider besseren Wissens »gebeugt« wird. Übrigens auf beiden Seiten.

Dabei kommen mit der neuen DSGVO Moorleichen aus längst vergessenen Auslegungstreitigkeiten wieder hoch. Abweichende Interpretationen, über die schon vor 30 Jahren gestritten wurde, die dann aber irgendwann als erledigt abgehakt werden konnten.

In der Beratungspraxis erlebt man schon jetzt, wie Arbeitgeber bewusst oder aus Unkenntnis versuchen, solche längst verwesenen

## DARUM GEHT ES

**1.** Arbeitgeber vertreten oft Thesen zum neuen Datenschutz, die juristisch falsch oder stark umstritten sind.

**2.** Betriebs- und Personalräte können ihre Verhandlungsposition mit der richtigen Argumentation verbessern.

**3.** Die Mitbestimmung wird durch die EU-Datenschutzgrundverordnung gestärkt.

Leichen wieder zu beleben. Vier Beispiele in Form von Thesen zeigen, wie damit umzugehen ist.

### These Nr. 1: »Mit der DSGVO gibt es keine Mitbestimmung mehr.«

*Argument:* Der Datenschutz sei nun abschließend geregelt. Mitbestimmung gebe es ja gemäß Einleitungssatz zu § 87 BetrVG nur, »so weit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht«. Da aber die DSGVO alles zum Datenschutz sage, bestehe ja eine abschließende Regelung. Folglich entfallende Mitbestimmung. Typische Aussage von Arbeitgebern dazu: »Wir kümmern uns schon selbst darum, dass wir die Gesetze korrekt umsetzen – das ist nicht Aufgabe des Betriebsrats und unterliegt auch nicht seiner Mitbestimmung«.

► Das ist Unsinn.

Die Mitbestimmung resultiert aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Selbstverständlich ist dabei der Einleitungssatz in seiner einschränkenden Wirkung stets zu prüfen. Gibt es Spezialgesetze, die einen Sachverhalt ganz und gar abschließend regeln, dann könnte das die Mitbestimmung auf diesem Gebiet beschränken. Dafür ist allerdings erforderlich, dass dem Arbeitgeber mit diesem Gesetz keinerlei Gestaltungsspielraum mehr verbleibt.<sup>1</sup> Solche Fälle sind in der Praxis durchaus verbreitet, so ergeben sich etwa aus dem Sozialgesetzbuch zahlreiche gesetzlich angeordnete Datenflüsse zu den Versicherungsträgern, die nicht mitbestimmbar sind.

Die meisten Beschäftigtendaten werden aber nicht aufgrund von Spezialgesetzen verarbeitet. In solchen Fällen ist die Rechtsgrundlage dann die DSGVO. Die verweist aber nun gerade im Bereich des Arbeitsrechts in Form einer Öffnungsklausel auf das nationale Datenschutzrecht, siehe Art. 88 DSGVO. Das nationale Datenschutzrecht wird in Deutschland durch das BDSG-neu geregelt.

Art. 88 Abs. 1 DSGVO sieht explizit vor, dass in den Mitgliedsstaaten durch Kollektivvereinbarungen »spezifischere« Vorschriften geschaffen werden. Der deutsche Gesetzgeber hat das mit § 26 Abs. 4 BDSG-neu umgesetzt, in dem die Möglichkeit, die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen aufgrund von Kollektiv-

vereinbarungen herbeizuführen, ausdrücklich erklärt wird.

Kollektivregelungen und damit auch Betriebsvereinbarungen, die Erwägungsgrund 155 zur DSGVO nochmals ausdrücklich erwähnt, sind also weiterhin möglich und angesichts des unbestimmten Gesetzeswortlauts in § 26 BDSG-neu auch erwünscht.<sup>2</sup>

Dort wurde in § 26 Abs. 1 die frühere Regelung aus § 32 BDSG nahezu unverändert übernommen. Darin findet sich aber der unbestimmte Rechtsbegriff der »Erforderlichkeit«. Und ein solcher ist auszulegen. Wie das funktioniert, dazu gibt es in der Literatur und auch in der Rechtsprechung einen großen Fundus von Abhandlungen.

Im Kern besteht aber Einigkeit, was dabei zu tun ist: Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst nicht geregelte oder unklar geregelte Themen und damit eben auch den Begriff der Erforderlichkeit. Damit ist also ein erheblicher Spielraum bereitgestellt, um nahezu sämtliche Aspekte der Datenverarbeitung im Arbeitsleben auch und gerade durch betriebliche Vereinbarungen zu regeln.

Das bedeutet, dass die Interessenvertretung gerade im Datenschutzrecht – abgesehen von Spezialgesetzen – einen nahezu uneingeschränkten Spielraum für die Wahrnehmung ihrer Mitbestimmungsrechte hat.

Und dabei kommt noch hinzu, dass datenschutzrechtliche Probleme oft neben dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 auch noch Mitbestimmungstatbestände gemäß den §§ 94, 95 und 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auslösen, womit der Spielraum noch breiter wird.

### These Nr. 2: »Mit der DSGVO gibt es kein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt mehr.«

*Argument:* In Art. 6 DSGVO steht: »Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist: [...]«

Dies sei eine positive Formulierung, sie beschreibe das Erlaubte und nicht das Verbotene. Daher sei es nun auch nicht mehr zulässig, in eine Betriebsvereinbarung zum Beispiel Formulierungen einzubringen wie: »Die Verarbeitung personenbezogener Arbeitnehmerdaten ist grundsätzlich unzulässig, es sei denn, sie wird durch Spezialgesetz, Einwilligung oder eine Betriebsvereinbarung erlaubt«.

<sup>1</sup> ErfK-Kania, BetrVG, § 87 Rn. 13

<sup>2</sup> Kühling/Buchner/Maschmann, DSGVO, Art. 88 Rn. 25; Wedde, Neuer Datenschutz – das ist jetzt zu tun, in: CuA 11/2017, 30 ff.

► Das ist Unsinn.

Schon im früheren § 4 BDSG stand: »Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.«

Schon vor Einführung der DSGVO war also die Formulierung im Gesetz einseitig auf die Möglichkeit der Zulässigkeit einer Verarbeitung ausgerichtet. Darin lag und liegt ja gerade im Umkehrschluss der Beweis für das Ver-

## »Das Prinzip »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt« ist Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts.«

KAI STUMPER

bot mit Erlaubnisvorbehalt. Denn wenn eine Datenverarbeitung nur in besonderen Fällen – also als Ausnahme – legitim sein kann, dann bedeutet das ja gerade, dass sie grundsätzlich nicht legal ist. Genau das ist das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>3</sup>

Es ist zwar zu empfehlen, Gesetzestext nicht abzuschreiben. Hier kann man aber einmal eine Ausnahme machen, weil das Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt so wichtig ist. Und weil eben selbst Personen, die sich mit dieser Materie befassen, diesen Grundsatz nicht oder nicht klar genug vor Augen haben. Und wenn man sich diese Ausnahme schon leistet, dann kann man eben auch gleich als Service am Leser das gesamte Prinzip darbieten. Es gibt dann keinen Grund, sich nur auf eine Teilaussage zu beschränken und vom Leser zu erwarten, den Rest werde er sich dann schon in seinem Kopf selbst zusammensetzen.

Im Übrigen kann man gar nicht oft genug sagen, was bei all dem oftmals und traurigerweise vergessen wird: Das Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Dabei

handelt es sich um ein Prinzip mit Verfassungsrang. Es wurde für den Datenschutz erstmals im Volkszählungsurteil durch das Bundesverfassungsgericht artikuliert und ist damit durch einfache Gesetze und durch Betriebsvereinbarungen gar nicht antastbar.<sup>4</sup> Jede Formulierung, die dieses Prinzip verändert oder in Frage stellt, ist damit zunächst einmal ein Angriff auf die Verfassung.

Trotzdem trifft man teilweise auf noch abenteuerlichere Argumente. Dazu zählt beispielsweise auch das folgende: In Nr. 13 der Erwägungsgründe, die der DSGVO vorangestellt sind, heißt es in Satz 2:

»Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erfordert, dass der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union nicht aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eingeschränkt oder verboten wird.«

Die Passage findet sich auch in Art. 1 Abs. 3 DSGVO. Dort heißt es: »Der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union darf aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten weder eingeschränkt noch verboten werden.«

Aus juristisch ungeschärfter Perspektive klingt das eventuell so, als habe der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts auch von Arbeitnehmern hinter dem Ziel eines freien Datenverkehrs zurückzutreten. Es gäbe also gar kein Verbot der Datenverarbeitung, sondern eigentlich nur eine Erlaubnis. Wäre dies so, dann wäre es sicherlich naheliegend, die Konsequenz zu ziehen, dass auch internationale Übermittlungen im globalen Konzern jedenfalls nicht deshalb unzulässig sein dürften, weil datenschutzrechtliche Ideen dem entgegenstehen könnten. Vorrang hätte ja demnach der freie Datenverkehr.

Mit einer solchen Argumentation würde freilich das gesamte Datenschutzrecht ad absurdum geführt. In Wirklichkeit ist es so: Die Bezugnahme auf den »freien Datenverkehr« und das diesbezügliche Beschränkungsverbot richtet sich allein gegen Hindernisse der Mitgliedsstaaten, die diese untereinander aufbauen könnten. Damit wird, vergleichbar mit der Warenverkehrs- oder etwa Dienstleistungsfreiheit im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), eine Art Datenverkehrsfreiheit statuiert. Das Schutzniveau soll harmonisiert werden.

3 Statt vieler: Reimer in: Sydow, EU-DSGVO, Art. 6 Rn. 1; Buchner/Petri in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 6 Rn. 1; Schulz in: Gola, DSGVO, Art. 6 Rn. 2; Wybitul/Ströbel/Ruess, Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, in: ZD 2017, 503 ff.; Franzen, DSGVO und Arbeitsrecht, in: EuZA 2017, 313 ff.

4 BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83; siehe auch: 30 Jahre informationelle Selbstbestimmung – Volkszählungsurteil des BVerfG, in: CuA 1/2014, 3



# WER HILFT DIR IN DER HÖHLE DES LÖWEN? KITTNER.

**NEU 2018**



Nur aktuell ist rechtssicher!

**JETZT BESTELLEN:**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
kontakt@bund-verlag.de  
Telefon 069/79501020

  
**BUND  
VERLAG**

## ARBEITNEHMER- THESEN

- Die Mitbestimmung wird durch die DSGVO nicht aufgeweicht, sondern gestärkt.
- Der Verfassungsrang des Verbots der Datenverarbeitung bleibt völlig unangetastet.
- Die Übermittlung von Arbeitnehmerdaten im Konzern bleibt auch mit der DSGVO nur in Ausnahmefällen erlaubt.
- Es ist zulässig, dass das BDSG-neu in einigen Bereichen günstigere Regelungen enthält, als die DSGVO.
- Die DSGVO selbst erlaubt künftig, dass Betriebsvereinbarungen günstigere Regelungen enthalten.
- Der für Arbeitnehmer günstigere Maßstab der Erforderlichkeit hat auch künftig Vorrang vor einer schwammigen Interessenabwägung.

Dies ist durch die DSGVO nun geschehen, daher findet sich auch sonst keine weitere Regelung hierzu.

Solche Beschränkungsverbote sind aus dem Europarecht bekannt. Sie sagen jedoch nichts zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung im Allgemeinen aus. Somit ist es auch konsequent, dass die Literatur bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit weiterhin einhellig vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt spricht.

In der EU-Datenschutzrichtlinie war das Verbot einer Beschränkung des freien Verkehrs personenbezogener Daten ein an die Mitgliedsstaaten gerichtetes Verbot, das einen eindeutigen Binnenmarktbezug hatte. Die Richtlinie hatte diese Zielrichtung in den Erwägungsgründen 7 und 8 folgendermaßen umschrieben: »Das unterschiedliche Niveau des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen, insbesondere der Privatsphäre, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten kann die Übermittlung dieser Daten aus dem Gebiet eines Mitgliedstaats in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats verhindern.

Dieses unterschiedliche Schutzniveau kann somit ein Hemmnis für die Ausübung einer Reihe von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene darstellen, den Wettbewerb verfälschen [...]. Dieses unterschiedliche Schutzniveau ergibt sich aus der Verschiedenartigkeit der einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften.«

Im Ergebnis bedeutet das alles also, dass das Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt in keiner Weise durch die neue Rechtslage angetastet werden durfte und auch gar nicht angetastet wird. Jede andere Darstellung ist schlicht falsch.

### These Nr. 3:

**»Mit der DSGVO bedarf die Verarbeitung von Beschäftigtendaten künftig nur noch einer Interessenabwägung.«**

*Argument:* Art. 6 Abs. 1 der DSGVO erlaube die Verarbeitung ausdrücklich, wenn gemäß dessen Ziffer f »die Verarbeitung [...] zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich [ist], sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann,

wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt«.

► Das ist Unsinn.

Hier wird – wie schon in Bezug auf das frühere Recht – der Versuch gemacht, den Beschäftigtendatenschutz auszuhebeln. Statt einer Erforderlichkeitsprüfung wünschen sich Arbeitgeber lieber eine Interessenabwägung. Was ist aber eigentlich so schlimm an einer solchen Abwägung?

## »Die relevante Frage bleibt, ob das Verarbeiten durch den Arbeitgeber erforderlich ist für das Arbeitsverhältnis.«

KAI STUMPER

Nun, wenn man in die Regelung in Art. 6 Abs. 1 f die für das Arbeitsverhältnis relevanten Beteiligten einsetzt, dann bedeutet sie, dass der Arbeitgeber Daten seiner Mitarbeiter dann zulässig verarbeiten dürfte, wenn er meint, dass deren Interessen an ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht oder anderen Grundrechten nicht höher zu gewichten seien, als seine eigenen Interessen.

Früher haben manche Arbeitgebervertreter dies bereits vorgeschlagen, indem sie anstelle des § 32 Abs. 1 BDSG (Maßstab für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung war die »Erforderlichkeit«) den § 28 BDSG (Maßstab war eine »Interessenabwägung«) heranziehen wollten. Dabei wurde bereits – oft ganz bewusst – »übersehen«, dass § 32 erst später in das Gesetz neu eingefügt wurde. Dies geschah gerade, um die spezielle Thematik des Datenschutzes im Arbeitsleben hervorzuheben und gesondert zu regeln. Denn ein eigenes Arbeitnehmerdatenschutzgesetz hat man ja nicht fertiggebracht, insofern war das also der kleinste Nenner.

Dreimal darf man raten, wie das Ergebnis einer Interessenabwägung in der Praxis ausfal-

len wird. Leider ist den meisten Arbeitgebern die Kunst der Interessenabwägung – so, wie sie korrekt durchzuführen wäre – fremd. Es handelt sich dabei aber auch lediglich um eine Scheindiskussion. Landet man in ihr, ist man schon falsch abgebogen. Denn in Wahrheit ist im Arbeitnehmerdatenschutz bereits die Interessenabwägung selbst der falsche Weg, wenn sie nur isoliert durchgeführt würde.

Der richtige Weg führt über Art. 88 DSGVO direkt in das BDSG-neu und dort in § 26 Abs. 1. An dieser Stelle ist und bleibt die Frage danach relevant, ob die Verarbeitung durch den Arbeitgeber erforderlich für das Arbeitsverhältnis ist.

Diese ist aber aus Sicht eines Arbeitgebers viel schwerer mit »ja« zu beantworten. Auch hier steckt hinter dem Begriff der Erforderlichkeit mehr, als man rein umgangssprachlich vermuten möchte. Für Juristen ist es kein Problem, sondern geradezu üblich, umgangssprachliche Begriffe juristisch aufzuladen und teilweise auch komplett neu zu programmieren.

Hinter dem Erforderlichkeitsbegriff steckt nun eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Es wird also die Frage gestellt, ob die Datenverarbeitung als Mittel überhaupt einem legitimen Zweck folgt, ob sie geeignet ist, den Zweck zu erfüllen und ob es eventuell auch ein milderes Mittel gibt. Milder ist dabei jedes Mittel, das den Zweck ebenso effektiv erreicht, aber weniger intensiv in das Grundrecht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung eingreift.

An einem sehr einfachen Beispiel erläutert, heiße das etwa, dass eine Geburtstagsliste, die der Arbeitgeber zum Zweck von Gratulationen erstellt, nicht das Geburtsjahr enthalten darf, sondern nur Tag und Monat der Geburt. Wobei man immer noch bestreiten könnte, dass der angestrebte Zweck, also die Gratulation, überhaupt für sich betrachtet legitim ist (dient sie der Erfüllung des Arbeitsvertrags?).

Ein Arbeitgeber wird also aus mehreren Gründen eine Interessenabwägung immer attraktiver finden, als eine Erforderlichkeitsprüfung – in der übrigens am Ende auch wieder eine Interessenabwägung enthalten sein kann, aber dann eben als ein weiteres Element und nicht als das einzige.

Wie aber kann man ihm nun deutlich machen, dass dies der falsche Weg ist? Es ist ja nicht nur immer das juristisch falsch, was dem Arbeitnehmer oder seiner Interessenvertretung

nicht passt. Die Antwort ist eigentlich ganz einfach. Aber selbst sie wird von einigen Anwälten auf der Arbeitgeberseite offen ignoriert. Das Geheimnis liegt in einem juristischen Prinzip, das »lex specialis« oder Spezialitätsgrundsatz heißt. Das hört sich wissenschaftlich an, ist aber eigentlich eine Selbstverständlichkeit auch im täglichen Leben. Wenn man einen Nagel in die Wand schlagen will und einen Kollegen um Hilfe aus dem Werkzeugkoffer bittet, sagt man ja auch nicht: »Gibst du mir mal bitte das Werkzeug«, sondern man sagt: »Gibst Du mir mal bitte den Hammer«. Der Hammer ist also die speziellere Bezeichnung, der Begriff »Werkzeug« die abstraktere.

Klar ist, dass eine konkrete Bezeichnung in den meisten Lebenssituationen hilfreicher sein wird als eine abstrakte. Man möchte sein Anliegen »auf den Punkt« bringen. Wenn der Gesetzgeber das ebenfalls tut und die Belange des Beschäftigtendatenschutzes ausdrücklich und mit Bedacht bisher in § 32 BDSG und künftig in § 26 BDSG-neu regelt, dann braucht man nicht mehr eine Regelung, die irgend etwas Allgemeines für alle denkbaren Fälle aussagt. Und genau so ist es auch gedacht: Gibt es eine speziellere Regelung, dann verdrängt sie die allgemeine.<sup>5</sup>

Da es also künftig § 26 BDSG-neu gibt, wird Art. 6 Abs. 1f DSGVO nicht benötigt. Das gilt jedenfalls dann und soweit, als es um den Schutz von Beschäftigtendaten geht.

Da hier die speziellere Regelung den höheren Schutz bietet, ist sie für Arbeitnehmer günstiger. Daher ist es wichtig, dieses Problem nicht als Elfenbeinturm-Streit unter Juristen abzutun, sondern genau zu wissen, warum man sich nicht auf Art. 6 Abs. 1f DSGVO verweisen lassen darf.

#### **These Nr. 4: »Mit der DSGVO gibt es künftig ein Konzernprivileg.«**

*Argument:* In der DSGVO sei dies nun so geregelt. Dabei wird gern auf Erwägungsgrund 48 verwiesen:

»Verantwortliche, die Teil einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Einrichtungen sind, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind können ein berechtigtes Interesse haben, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung

## Arbeitsrecht in der neuen Arbeitswelt



### Daubler Digitalisierung und Arbeitsrecht

Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork  
6., überarbeitete Auflage  
2018, 621 Seiten, kartoniert  
€ 29,90  
ISBN 978-3-7663-6690-0

[www.bund-verlag.de/6690](http://www.bund-verlag.de/6690)



kontakt@bund-verlag.de  
Info-Telefon: 069/795010-20

<sup>5</sup> BeckOK DatenschutzR-Riesenhuber, BDSG, § 26 Rn. 8

## EU-DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG

### Art. 88 – Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

(1) Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln. Die Grundprinzipien für die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb von Unternehmensgruppen an ein Unternehmen in einem Drittland bleiben unberührt.«

Daraus wird eine Freigabe für jeglichen künftigen Datenverkehr innerhalb von Konzernen abgeleitet.

► Das ist Unsinn.

Vor der Einführung der DSGVO war allseits herrschender Konsens, dass es kein Konzernprivileg gibt.<sup>6</sup> Daran hat sich in der Sache nichts geändert.

Es geht dabei um die ziemlich alte Frage, ob die Unternehmen innerhalb eines Konzerns ihre Beschäftigtendaten frei austauschen können. Der Grund dafür, dies als nicht möglich anzusehen, war schon früher einfach: das BDSG stellte für den Übermittlungsbegriff darauf ab, ob Daten zwischen zwei »Stellen« transferiert werden, von denen eine »Dritter« sein musste. Der Dritte wiederum war nie der Betroffene selbst und auch nicht ein Auftragnehmer (womit eine Verwechslung zwischen Auftragsdatenverarbeitung und -übermittlung ausgeschlossen war).

Eine Stelle war aber nicht die wirtschaftliche Erscheinungsform des Konzernverbands, sondern eine juristische Person, also etwa eine GmbH. Und innerhalb eines Konzerns gibt es in der Regel eine Vielzahl juristischer Personen.

Wenn also innerhalb eines Konzerns diese juristischen Personen Arbeitnehmerdaten austauschen, dann ist es völlig irrelevant, ob über ihnen noch das Dach eines Konzerns schwebt oder nicht. Es genügt, dass sie abgrenzbare, einzelne Körperschaften des Privatrechts sind. Der Bundesdatenschutzbeauftragte sagte dazu:

»Das Datenschutzrecht kennt das Phänomen der Unternehmensverflechtungen nicht. Es gibt aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich kein Konzernprivileg. Das hat nachhaltige Auswirkungen auf Unternehmen, die zwar rechtlich selbstständig, wirtschaftlich aber mehr oder weniger eng miteinander verbunden sind. Die rechtlich selbstständigen Unternehmen innerhalb eines Konzerns sind im Verhältnis zueinander eigenständige Dritte. Jede Datenweitergabe ist daher eine Datenübermittlung an Dritte, auch wenn sie den

Beteiligten noch so sehr als interne Angelegenheit vorkommt. Dies gilt natürlich auch für Arbeitnehmerdaten, mag der Konzern auch eine konzernweitliche Personalpolitik anstreben.«<sup>7</sup>

In Verhandlungen wurde das arbeitgeberseitig teilweise akzeptiert, aber es tauchte häufig eine neue Behauptung auf, die lautete: Das Konzernprivileg sei zwar bisher nicht ausdrücklich geregelt gewesen, aber die Aufsichtsbehörden hätten es schon bisher anerkannt.

Entsprechende Quellen dafür werden dann aber auf Nachfrage nicht genannt. Das hat gute Gründe, denn es gibt praktisch keine. Soweit der Eindruck erweckt werden sollte, dass die Behörden für solche Maßnahmen grundsätzlich grünes Licht gegeben haben, ist dies nicht zutreffend.

Auch beispielsweise der Arbeitsbericht der Arbeitsgruppe »Konzerninterner Datentransfer« der Landesaufsichtsbehörden liest sich etwas anders.<sup>8</sup> Er wurde vor Einführung des § 32 verfasst, ist aber übertragbar. Darin wird für möglich gehalten, dass eine konzerninterne Datenübermittlung zulässig sein könnte, wenn bestimmte einschränkende und die Rechte der Arbeitnehmer schützende Maßnahmen getroffen werden.

»Welche Maßnahmen die Konzernunternehmen in die Waagschale der Abwägung zugunsten der Betroffenen einbringen müssen, kann nur im Einzelfall entschieden werden. In Betracht kommt die Schaffung eines konzernweiten Datenschutzkonzepts, das einheitliche Standards zur Gewährleistung und Durchsetzung der Datenschutzrechte der Betroffenen und koordinierte Sicherheitsmaßnahmen fest schreibt.

Der Bearbeitungsverlauf muss für die Betroffenen transparent sein. Nach Auffassung der Aufsichtsbehörden muss vor allem die durch die Übermittlung herbeigeführte Diversifizierung der Verantwortlichkeiten dadurch kompensiert werden, dass der Arbeitgeber umfassend Ansprechpartner für den Arbeitnehmer bleibt, das heißt auch für die Erfüllung dessen Rechte auf Auskunft, Löschung, Berichtigung, Sperrung und Schadensersatz einsteht – zusätzlich zu denjenigen Unternehmen, an welche die Daten übermittelt wurden.

Entsprechende Regelungen müssten zwischen den beteiligten Konzernunternehmen verbindlich getroffen werden, sei es durch Verträge oder in Form von Unternehmensre-

6 Gola/Schomerus, BDSG, § 27 Rn. 4, Simitis, BDSG, § 32 Rn. 116, BeckOK DatenschutzR-Riesenhuber, aaO., § 32 Rn. 160

7 BfDI, Arbeitnehmer und Datenschutz, [www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Reden\\_Interviews/2008/ArbeitnehmerDS.html?nn=5217016](http://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Reden_Interviews/2008/ArbeitnehmerDS.html?nn=5217016)  
8 Zu finden unter [www.datenschutz.hessen.de/bdoo1.htm](http://www.datenschutz.hessen.de/bdoo1.htm)

gelungen. Eine solche Regelung müsste auch im Verhältnis zu den Betroffenen verbindlich gemacht werden, zum Beispiel als Vertrag zugunsten Dritter oder als Garantievertrag mit den Betroffenen (zugangsbefähigte, aber nicht annahmefähige Garantieverklärung, zum Beispiel durch Veröffentlichung im Intranet) oder als Betriebsvereinbarung [...]. Derartige Regelungen können dann bei der Abwägung im Rahmen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG beziehungsweise § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG berücksichtigt werden.«

## »Die These, wonach es künftig ein Konzernprivileg gibt, ist schlicht falsch.«

KAI STUMPER

Für die künftige Rechtssituation im Rahmen der DSGVO wird nun aus Erwägungsgrund 48 wieder Morgenluft geschnuppert. Hier darf man sich allerdings nicht täuschen lassen. Der Erwägungsgrund darf nicht zur Annahme verleiten, dass plötzlich ein Konzernprivileg existiert. Das ist nicht der Fall.<sup>9</sup>

Es wird lediglich auf die Möglichkeit eines berechtigten Interesses hingewiesen (vergleiche den Wortlaut: »... können ein berechtigtes Interesse haben ...«). Dieses Interesse kann jedoch nicht einfach unterstellt werden.

Es ist also nicht möglich, die Argumentation für die Zulässigkeit konzerninterner Datenübermittlung auf den genannten Erwägungsgrund zu stützen, ohne jeden einzelnen Fall für jede einzelne Achse der Übermittlung und die jeweiligen Datenkategorien einzeln und sorgfältig zu prüfen. Und das bedeutet dann eben auch, dass diese Prüfung nachvollziehbar und transparent sein muss – und natürlich juristisch korrekt.

Kann ein berechtigtes Interesse nicht festgestellt werden, so bleibt – wie schon nach altem Recht – nur die Auftragsverarbeitung übrig.

Nach altem Recht gab es bereits bei der Beurteilung, ob nach § 32 BDSG eine Übermittlung »erforderlich« sein konnte, ganz überwiegende Zweifel, wenn es sich um Be-

schäftigendaten handeln sollte. Diese Zweifel wird man auch künftig heranziehen müssen, wenn es um die bereits genannte Interessenabwägung geht. Eine Erforderlichkeit, die dementsprechend auch im Rahmen einer Interessenabwägung zu prüfen ist, wird bei der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten, die nicht auf spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen basieren, nur ausnahmsweise gegeben sein.<sup>10</sup> Denn die zentrale Personalverwaltung dient in der Regel überwiegend wirtschaftlichen Interessen und ist für das Arbeitsverhältnis nicht im Sinne des eng auszulegenden Erforderlichkeitsbegriffs »notwendig«.<sup>11</sup> Es müssen wirtschaftliche Interessen des Konzerns gegen einen möglichst umfassenden Schutz der Beschäftigendaten abgewogen werden. Das Interesse der Konzernunternehmen an einer arbeitsteiligen Zusammenarbeit ist dabei als relativ schwach zu bewerten.<sup>12</sup> Das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Daten wird hier häufig überwiegen.

Ausnahmsweise kann die Erforderlichkeit angenommen werden, wenn das Arbeitsverhältnis einen Konzernbezug aufweist. Dazu müsste aber ein konzernweiter Einsatz geplant sein oder es sich um eine Führungs- oder Spezialistenposition handeln.<sup>13</sup> Fehlt ein solcher Konzernbezug, ist die Übermittlung regelmäßig nicht zu rechtfertigen, und zwar auch nach neuem Recht nicht.

Das Thema ist leider durch die DSGVO deutlich schwammiger geworden, als es früher war. Umso mehr bietet es sich an, hierzu eine allgemeine Regelung in einer Rahmenbetriebsvereinbarung aufzunehmen oder in einer Spezialvereinbarung ganz konkret festzuschreiben, welche Datenübermittlungen innerhalb des Konzerns als zulässig gelten sollen. Dabei sollte dann aber auch deutlich werden, warum man zu diesem Ergebnis gekommen ist, das heißt, der Prüfungsvorgang und sein Ergebnis sollten auch in der Vereinbarung anklingen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich hier jegliche Schwarz-Weiß-Malerei verbietet. Die These, wonach es künftig ein Konzernprivileg gibt, das die Übermittlung von Beschäftigendaten im Konzern einfach und ohne jeden Vorbehalt erlaubt, ist schlicht falsch. ◀



**Dr. Kai Stumper**, Rechtsanwalt, Seminarreferent, Fachbuchautor, bundesweit tätig für Betriebsräte  
[www.firstlex.de](http://www.firstlex.de)

### ARBEITSHILFE

#### DSGVO schnell und einfach erklärt

Die Kanzlei Dr. Stumper bietet in ihrem Download-Bereich zur neuen Datenschutzgrundverordnung eine Sammlung mit Skript, Fallsammlung und Schaubildern an. Das Material kann kostenlos heruntergeladen werden unter:

[www.firstlex.de/service/br-downloads/](http://www.firstlex.de/service/br-downloads/)

Notwendig zum Öffnen und Ausdrucken der Dokumente ist lediglich die Eingabe des Passworts »firstlex«.

<sup>9</sup> Ausführlich dazu Wedde, Beschäftigendaten außer Haus, in: CuA 3/2018, 30 ff. (33); BeckOK DatenSR-Albers, DSGVO, Art. 6 Rn. 49

<sup>10</sup> BeckOK DatenSR-Riesenhuber, aaO, § 32 Rn. 160

<sup>11</sup> Vgl. Nink/Müller, Beschäftigendaten im Konzern, in: ZD 2012, 505 ff. (506)

<sup>12</sup> RP Darmstadt, Arbeitsbericht »Konzerninterner Datentransfer«, 8

<sup>13</sup> Simitis, BDSG, § 32 Rn. 117 f