

MARKUS WÜNSCHELBAUM

Kollektivautonomer Datenschutz

Beiträge zum Arbeitsrecht

16

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

16



Markus Wünschelbaum

Kollektivautonomer Datenschutz

Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 DSGVO
und ihre Gestaltungskontrolle

Mohr Siebeck

Markus Wünschelbaum, geboren 1992; Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg und St. Petersburg; Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Celle.
orcid.org/0000-0002-7719-7687

ISBN 978-3-16-161284-8 / eISBN 978-3-16-161285-5
DOI 10.1628/978-3-16-161285-5

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Das vorliegende Werk wurde im Sommertrimester 2021 an der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertationsarbeit angenommen. Rechtsprechung und juristisches Schrifttum sind bis Anfang November 2021 berücksichtigt. Die Arbeit wurde im November 2021 mit dem KLIEMT-Dissertationspreis ausgezeichnet.

Mein Doktorvater Prof. Dr. Matthias Jacobs weckte – nicht nur bei mir – eine fortwährende Begeisterung für die Wissenschaft. Er brachte im Schwerpunktstudium endlich Praxis und Hörsaal zusammen, was für mich in dieser Arbeit sinnstiftend war. Dafür, das richtige Maß an Betreuung und schließlich das Erstgutachten danke ich ihm. Auch bei Herrn Prof. Dr. Michael Kort bedanke ich mich ganz herzlich für sein Zweitgutachten und dessen Wertschätzung meiner Arbeit.

Zur Praxis: Dr. Boris Dzida schlug mir nach einem Rechercheauftrag nicht nur vor, zu Art. 88 DSGVO zu schreiben, er regte auch an, neben der Dissertation meinen ersten Zeitschriftenbeitrag zu veröffentlichen – was ich danach mit Freude fortsetzte. Vielen Dank für diese prägende Förderung.

Beim Stellen der richtigen Fragen haben mir viele Menschen geholfen. Allen voran bin ich meiner Frau Cosima dankbar: Ohne die entschiedene Trennung von Arbeit und Erholung wäre ich schnell am Ende gewesen. Auch die Geburt unserer Tochter Helena gab mir eine schöne und subtile Motivation, die Satzkorrekturen rasch fertigzustellen. Meinen Eltern danke ich für ihr Vertrauen in mich und ihre fortwährende Unterstützung. Gleiches gilt für meine Geschwister, ihre Familien und meine Schwiegereltern.

Glücklicherweise haben mich nicht nur Verwandte unterstützen wollen. Insbesondere für das Korrekturlesen der gesamten Arbeit danke ich in chronologischer Reihenfolge: Matthias Siebert, Magdalena Göbel, Dr. Nils Graber und Dr. Lennart Werbeck; letzterem mit Verweis auf das Vorwort seines Buches – gleichfalls!

Schließlich danke ich den Herausgebern für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe, Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, Frau Silja Meister und Frau Rebekka Zech vom Verlag Mohr Siebeck für ihre freundliche Unterstützung bei der Drucklegung und schließlich dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbands für die Deutsche Wissenschaft für deren Abschlussförderung und den Druckkostenzuschuss.

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Prolog	1
<i>A. „So treu wie möglich, so frei wie nötig“ – eine Maxime des kollektivautonomen Datenschutzes?</i>	1
<i>B. Abdruck Art. 88 DSGVO</i>	3
<i>C. Stand der Diskussion</i>	3
<i>D. DSGVO-Risiken</i>	4
<i>E. Gang der Untersuchung</i>	6
<i>F. Rechtsquellen und Prüfungsmaßstäbe im Mehrebenensystem</i>	6
§ 1: Kollektivvereinbarungen vor und bei Entstehung der DSGVO	13
<i>A. Funktion der Kollektivvereinbarung im Beschäftigtendatenschutz</i>	13
<i>B. Kollektiver Beschäftigtendatenschutz vor Art. 88 DSGVO</i>	15
<i>C. Genese des Art. 88 DSGVO: drei Gesetzgeber, zwei Zwecke, eine Öffnungsklausel</i>	16
<i>D. Fazit: Kompromiss durch Hybridisierung</i>	22
§ 2: Kollektivvereinbarungen gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO	25
<i>A. Anwendungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO</i>	25
<i>B. Nationale Wirksamkeitsvoraussetzungen und Besonderheiten</i>	28
<i>C. Fazit: Gestaltungsspielräume vorgesehen</i>	41
§ 3: Kollektive Gestaltungsspielräume in Art. 88 DSGVO	43
<i>A. Abweichen durch „spezifischere Vorschriften“ in Kollektivvereinbarungen</i>	43
<i>B. Alternative Fragestellung: Abweichen ja, aber wovon?</i>	88

C. <i>Fazit: Abweichungen unter Beachtung des prinzipiellen Schutzniveaus zulässig</i>	100
§ 4: <i>Wirksame Gestaltung von Kollektivvereinbarungen</i>	103
A. <i>Korrigierter Wirksamkeitsmaßstab: Geeignetheit oder Angemessenheit?</i>	103
B. <i>Angemessenheitsmaßstab und prinzipielles Schutzniveau</i>	107
C. <i>Methode: Die Gestaltungskontrolle</i>	129
D. <i>Fazit: Wirksame Kollektivvereinbarungen mittels der Gestaltungskontrolle</i>	150
§ 5: <i>Praktische Gestaltungsvorschläge</i>	153
A. <i>Normen mit Restrisiko oder geringerem Risiko</i>	153
B. <i>Normen mit einfachem Risiko</i>	173
C. <i>Gefährdende Normen</i>	182
D. <i>Annex: COVID-19</i>	205
E. <i>Fazit: Praxistauglichkeit der Gestaltungskontrolle</i>	207
§ 6: <i>Gesamtergebnis</i>	209
A. <i>Erstens: Umsetzbarkeit vor Einheitlichkeit</i>	209
B. <i>Zweitens: begrenzte mitgliedstaatliche Anforderungen</i>	210
C. <i>Drittens: schutzniveauwahrende Abweichungen</i>	210
D. <i>Viertens: maßgeschneiderte Kollektivvereinbarungen mithilfe der Gestaltungskontrolle</i>	212
E. <i>Fünftens: Gefährdungsgrad entscheidet über Gestaltungsspielraum</i> ..	213
Epilog	215
A. <i>De lege lata – de lege ferenda: ausreichende Spielräume und Reformvorschläge</i>	215
B. <i>Weiterer Forschungsbedarf und Ausblick</i>	217
Abstract	219
Literaturverzeichnis	221
Sachverzeichnis	239

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Prolog	1
<i>A. „So treu wie möglich, so frei wie nötig“ – eine Maxime des kollektivautonomen Datenschutzes?</i>	1
<i>B. Abdruck Art. 88 DSGVO</i>	3
<i>C. Stand der Diskussion</i>	3
<i>D. DSGVO-Risiken</i>	4
<i>E. Gang der Untersuchung</i>	6
<i>F. Rechtsquellen und Prüfungsmaßstäbe im Mehrebenensystem</i>	6
I. DSGVO: am Maßstab des Primärrechts und der EMRK	6
II. Art. 88 DSGVO: Maßstab des Primärrechts, der EMRK und des nationalen Rechts	7
1. Grundsatz: primärrechts- und EMRK-konforme Auslegung	7
2. Ausnahme: Begriffe mitgliedstaatlicher Prägung	8
3. Folge: Weichenstellung zwischen autonomer und nationaler Auslegung	8
III. Prüfende Gerichte im Beschäftigtendatenschutz	9
1. Prüfungskompetenz des EuGH	9
2. Neue Kooperation von EuGH und BVerfG?	10
IV. Zusammenfassung: Konkurrierende Gerichte, einheitlicher Prüfungsmaßstab	11
§ 1: Kollektivvereinbarungen vor und bei Entstehung der DSGVO	13
<i>A. Funktion der Kollektivvereinbarung im Beschäftigtendatenschutz</i>	13
<i>B. Kollektiver Beschäftigtendatenschutz vor Art. 88 DSGVO</i>	15
<i>C. Genese des Art. 88 DSGVO: drei Gesetzgeber, zwei Zwecke, eine Öffnungsklausel</i>	16
I. Zwei Zwecke: Ideal und Umsetzbarkeit	17

1. Binnenmarkttauglicher Beschäftigtendatenschutz.	17
2. Integrationsfortschritt durch Zurückhaltung	18
II. Eine Öffnungsklausel: Datenschutzverordnung mit Richtliniencharakter . .	20
D. <i>Fazit: Kompromiss durch Hybridisierung</i>	22
§ 2: Kollektivvereinbarungen gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO	25
A. <i>Anwendungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO</i>	25
I. Persönlicher Anwendungsbereich: kollektive Beschäftigtendaten	25
II. Sachlicher Anwendungsbereich: Kollektivvereinbarungen und Beschäftigungszusammenhang	26
1. Erfasste Kollektivvereinbarungen	26
2. Kollektiver Beschäftigungszusammenhang.	27
III. Zusammenfassung: Weiter Anwendungsbereich	27
B. <i>Nationale Wirksamkeitsvoraussetzungen und Besonderheiten</i>	28
I. Mitgliedstaatliches Ermächtigungsgesetz als Grobfilter	28
1. Stand der Diskussion	28
2. Kompetenzfrage.	29
3. Zwischenergebnis: ermächtigende Mitgliedstaaten	31
II. Nationales Kollektivarbeitsrecht als Feinfilter	31
1. Tarifverträge.	31
a) Hindernisse der Tarifpraxis	32
b) Hindernisse der datenschutzrechtlichen Tarifpraxis	32
2. Deutschlands Betriebsvereinbarungen: Allein auf weiter Flur	33
a) Autonomie im Betrieb	34
b) Wirksamkeitsvoraussetzungen und Gestaltungsspielräume	35
aa) Zuständigkeit des Betriebsrats	35
bb) Verhältnismäßigkeit der Vereinbarung	37
c) Verhältnis von Tarifvertrag zu Betriebsvereinbarung	37
d) Einzelergebnis: freie Fahrt für die Betriebsautonomie	38
3. Transnationale Kollektivvereinbarungen.	38
a) Transnationale Tarifverträge	39
b) Europäische Betriebsvereinbarungen	39
4. Zwischenergebnis: nationale Wirksamkeitsvoraussetzungen lassen kollektiven Gestaltungsspielraum unberührt.	40
C. <i>Fazit: Gestaltungsspielräume vorgesehen</i>	41
§ 3: Kollektive Gestaltungsspielräume in Art. 88 DSGVO	43
A. <i>Abweichen durch „spezifischere Vorschriften“ in Kollektivvereinbarungen</i>	43

I.	Thesen und Notwendigkeit einer Diskussion	44
II.	Wortlaut: Vergleich der Sprachfassungen	45
	1. Sprachvergleich: Methode und Aussagegehalt	46
	2. Specificus, concretus und sonstige Formulierungen	47
	3. Unterschied zwischen Konkretisierung und Spezifizierung	48
	4. Resultat des Sprachvergleichs und dessen Bedeutung für Art. 88 Abs. 1 DSGVO	50
III.	Genese: Verhandlungen um Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO	51
	1. Entscheidungsfindung im Rat	51
	2. Bedeutung der Ratsdokumente für Art. 88 Abs. 1 DSGVO	52
	3. Verhandlungen im Trilog	54
	4. Bedeutung des Trilogs für Art. 88 Abs. 1 DSGVO	55
	5. Zwischenergebnis: Mitgliedstaaten sichern sich Gestaltungsspielräume	55
IV.	Systematik: Begriffe und Öffnungsklauseln im Vergleich	55
	1. Allgemeine Systematik der DSGVO und Besonderheiten des Beschäftigtendatenschutzes	56
	a) Verordnungstitel: Datenschutz-grund-verordnung	56
	b) Besondere Verarbeitungssituationen: Kapitelüberschrift des neunten Kapitels der DSGVO	57
	c) Spezifische Regelungen in ErwG-Nr. 10	57
	d) Vorschriften und Bestimmungen	58
	e) Bedeutung von Art. 88 Abs. 2 DSGVO	58
	2. Systematik im Fokus: Vergleich der Öffnungsklauseln im neunten Kapitel der DSGVO	60
	a) Spezifische Bedingungen „näher bestimmen“ gem. Art. 87 DSGVO: Wegweiser für Art. 88 Abs. 1 DSGVO?	61
	b) Abweichungen, Ausnahmen und der Spezifizierungsbegriff: zur Bedeutung von Art. 85 Abs. 2 DSGVO	62
	aa) Durch Umkehrschluss zur Vollharmonisierung: Art. 85 Abs. 2 DSGVO	62
	bb) Umkehrschluss ist logisch nicht zwingend	63
	cc) Widerspruch zur besonderen Interessenlage im Beschäftigtendatenschutz	64
	dd) Einzelergebnis: kein überzeugender Umkehrschluss	65
	3. Reichweite der Kompetenz aus Art. 16 Abs. 2 DSGVO	65
	a) Gefahr der Rechtszersplitterung bei föderalen Mitgliedstaaten	66
	b) Datenschutzorganisation in der Union	67
	c) Landesdatenschutzgesetze in Deutschland: unerheblich für die autonome Auslegung?	68
	d) Ergebnis: keine Gefahr der Rechtszersplitterung	68
	4. Zwischenergebnis: bewusste Zurückhaltung des unionalen Gesetzgebers	69
V.	Tragweite der ASNEF-Entscheidung des EuGH vom 24.11.2011	69
	1. Verallgemeinerungsfähigkeit eines Urteils zur DSRL	70

2. Inhalt der ASNEF-Entscheidung	71
3. Sinngemäße Übertragbarkeit auf Art. 88 DSGVO.	73
4. Sachverhaltskontext der ASNEF-Entscheidung: Fokus auf Spanien.	74
a) Wirkung und Umfang von Art. 10 Abs. 2 Real Decreto 1720/2007	74
b) Ausmaß der spanischen Spielraumüberschreitung	75
5. Zwischenergebnis: Datenschutzgrundsätze begrenzen mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume	76
VI. Telos: Rechtsaktwechsel und Kollektivautonomie.	77
1. Rechtsaktwechsel zur DSGVO	77
2. Uneinheitliches Kollektivarbeitsrecht – einheitliche Gestaltungsfreiheit durch Kollektivautonomie	78
a) Kollektive Gestaltungsfreiheit als ungeschriebener Grundsatz des Unionsrechts	79
b) Grundsatz oder Grundrecht? Mehrdeutige Rechtsprechung zur Kollektivautonomie	79
c) Streit um die Grundrechtsqualität des Art. 28 GrCh	82
d) Art. 28 GrCh und Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO	84
e) Inhalt des Art. 28 GrCh: Gestaltungsspielräume und Kontrolldichte	85
3. Zwischenergebnis: unionsrechtliche Kollektivautonomie gebietet Entscheidungsspielräume in Art. 88 Abs. 1 DSGVO	87
<i>B. Alternative Fragestellung: Abweichen ja, aber wovon?</i>	88
I. Abweichen nach Maß	88
II. Folgefrage: Abweichen wovon?	90
III. Zugrundeliegender Streit um das Schutzniveau der DSGVO	90
1. Extensives Schutzniveau	91
2. Prinzipielles Schutzniveau	91
3. Stellungnahme: extensives oder prinzipielles Schutzniveau?	92
a) Offener Wortlaut	92
b) Genese: Tendenz zum prinzipiellen Schutzniveau	93
c) Systematik als Spiegel der Genese	94
d) Kein extensives Schutzniveau in der ASNEF-Entscheidung	94
e) Telos: prinzipielles Schutzniveau als Grundlage effektiver Kollektivautonomie	95
f) Entscheidende Normen: Bestimmung des Schutzniveaus anhand Alexys Prinzipientheorie	95
<i>C. Fazit: Abweichungen unter Beachtung des prinzipiellen Schutzniveaus zulässig</i>	100

§ 4: Wirksame Gestaltung von Kollektivvereinbarungen	103
<i>A. Korrigierter Wirksamkeitsmaßstab: Geeignetheit oder Angemessenheit?</i>	103
I. Tragweite des Corrigendums von Art. 88 Abs. 2 DSGVO	104
1. Geeignetheit	104
2. Angemessenheit und Erforderlichkeit	105
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung mit wechselnden Begrifflichkeiten	105
II. Annex: Unwirksamkeit einer etwaigen Maßstabsänderung	106
III. Zusammenfassung: entscheidender Angemessenheitsmaßstab	107
<i>B. Angemessenheitsmaßstab und prinzipielles Schutzniveau</i>	107
I. Abstrakte Anforderungen einer Angemessenheitsprüfung	107
1. Abwägungsvorgang: Gestaltung durch Interessenausgleich	108
2. Abwägungskontrolle: Rechtsschutz begrenzt Gestaltungsspielraum	109
3. Zwischenergebnis: zweistufige Maßstabsbildung	109
II. Abwägungsvorgang: konkrete Anforderungen im Beschäftigtendatenschutz	109
1. Bestimmung der anwendbaren kollidierenden Grundrechte aus der GrCh	110
a) Informationelle Privatheit	110
b) Entgegenstehende Grundrechte	112
2. Anforderungen an die Gewichtung eines Eingriffs in die kollidierenden Grundrechte	113
a) Anforderungen an eine abstrakte Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung	113
b) Anforderungen an eine konkrete Gewichtung von Eingriff und Rechtfertigung	114
c) Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Intensität und Wichtigkeit von Eingriff und Rechtfertigung	115
d) Einzelergebnis: triadisches Gewichtungsmodell notwendig	117
3. Sphärentheorie als Gewichtungsmodell: pathologische Einzelfallbetrachtung	117
4. Verwendungszusammenhang als Gewichtungsmodell: Kontext ohne Konsequenz	119
5. Risikobasierter Ansatz als Gewichtungsmodell: Lehren aus dem Umweltrecht	120
6. Eingriffsgewicht und prinzipielles Schutzniveau: drei Intensitäten der Abweichung	122
a) Sichere Einhaltung des prinzipiellen Schutzniveaus	122
b) Dreistufiger Abweichungsbegriff	122
7. Zwischenergebnis: Kollektivautonome Abwägung anhand des risikobasierten Ansatzes	124

III. Abwägungskontrolle: Konkrete Anforderungen bei kollektiven Gestaltungsspielräumen	124
1. Anwendbarkeit und Inhalt der Gestaltungsbefugnis nach Art. 28 GrCh	124
2. Abwägungskontrollmodell: Abwägungsverbote als Abwägungsgrenzen	125
3. Abwägungskontrollmodell: Abwägungsfehlerlehre	126
a) Abwägungsfehler in Kollektiv und Gemeinde: vergleichbare Interessenlage	126
b) Übertragung der Abwägungsfehlerlehre in die Kollektivautonomie	127
IV. Zusammenfassung: risikobasierte Variante der Abwägungsfehlerlehre	129
C. <i>Methode: die Gestaltungskontrolle</i>	129
I. System der Gestaltungskontrolle	130
II. Dogmatische Einordnung der Gestaltungskontrolle	132
1. Abweichungskontrolle als Auslegungsergebnis.	133
2. Risikobestimmung als gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	134
3. Abwägungskontrolle als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	135
III. Kritik der Gestaltungskontrolle	135
1. Kritik der Abweichungskontrolle: übermäßige Gestaltungsfreiheit?	136
a) Relevanterer Arbeitnehmerschutz	136
b) Stärkung der Kollektivautonomie und wirtschaftliche DSGVO-Konformität	138
2. Kritik der Risikobestimmung: datenschutzfremde Rechtsfortbildung?..	139
a) Rechtlicher Missstand: Grundrechte im Korsett des Datenschutzes	140
b) Bestimmte Regel: Drei-Stufen-Modell	141
c) Ableitbarkeit und Einfügen in die Rechtsordnung: Risiko als DSGVO-Prinzip?	141
aa) Ökonomische Herkunft – kein rechtliches Prinzip?	141
bb) Übertragung öffentlich-rechtlicher Konzepte auf den Datenschutz	143
cc) Umweltrechtsspezifische Zielsetzung des risikobasierten Ansatzes	144
3. Kritik der Abwägungskontrolle: Gesetzesübersteigende Verrechtlichung kollektiver Entscheidungsprozesse?	145
a) Rechtlicher Missstand: Kollision von Kollektivautonomie und effektiver Rechtskontrolle	145
b) Bestimmte Regel: Abwägungsfehlerlehre	146
c) Ableitbarkeit und Einfügen in die Rechtsordnung:	146
aa) Anerkannter Nutzen für das Privatrecht	146
bb) Verwaltungsrechtsspezifische Zielsetzung: unverhältnismäßige Tarifkontrolle?	147
(1) Keine Tarifizensur	148
(2) Keine unverhältnismäßige Tarifkontrolle	148
IV. Zusammenfassung: Ausgleich von Rechtsschutz und Gestaltungsbefugnis	150

<i>D. Fazit: Wirksame Kollektivvereinbarungen mittels der Gestaltungskontrolle</i>	150
§ 5: Praktische Gestaltungsvorschläge	153
<i>A. Normen mit Restrisiko oder geringerem Risiko</i>	153
I. Umgestaltung von DSGVO-Instrumenten und Betroffenenrechten	153
1. Datenschutz-Folgeabschätzung	154
a) Gestaltungsvorschlag	154
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	155
c) Weitere angemessene Gestaltungsbeispiele	156
d) Unwirksame Gestaltungsbeispiele	156
2. Einheitlicher Umgang mit Betroffenenrechten	157
a) Gestaltungsvorschlag	158
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	159
aa) Vereinfachen von Organisation und Fristen: unwesentliche Abweichungen mit Restrisiko	159
bb) Präzisierungsbliegenheit und Ablehnungsgründe: wesentliche Abweichungen mit Risiko	159
c) Unwirksame Gestaltungsbeispiele	161
II. Umgestaltung von Befugnissen und Pflichten	162
1. Betriebsrat als Verantwortlicher	162
a) Gestaltungsvorschlag	164
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	164
c) Unwirksame Gestaltungsbeispiele	165
2. Rolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten	166
a) Gestaltungsvorschlag	167
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	167
c) Einzelergebnis: wirksam, nicht wirkungsvoll	168
d) Alternativer Gestaltungsvorschlag	169
e) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	169
3. Verantwortlichkeit im Konzern	170
a) Gestaltungsvorschlag	170
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	171
c) Unwirksame Gestaltungsbeispiele	172
III. Zusammenfassung: große Gestaltungsspielräume bei der Umgestaltung sonstiger DSGVO-Normen	173
<i>B. Normen mit einfachem Risiko</i>	173
I. Digitales Personalwesen	174
1. Unternehmensnetzwerke	175
a) Gestaltungsvorschlag	176
b) Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	177

aa)	Besonderer Konzerndatenverarbeitungstatbestand	177
bb)	Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten	179
c)	Unwirksame Gestaltungsbeispiele	180
2.	Wirksames Gestaltungsbeispiel zu Matrix-Strukturen.	181
II.	Zusammenfassung: Gestaltungsspielräume mit Schutzpflichten	182
C.	<i>Gefährdende Normen</i>	182
I.	Vertrauliche Datenverarbeitung bei Unternehmenstransaktionen und „Internal Investigations“	182
1.	Datenschutzrechtliche Kollektivvereinbarungen zu vertraulichen Sachverhalten	183
a)	Gestaltungsvorschlag	185
b)	Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	186
aa)	Datenverarbeitung bei „Internal Investigations“	186
(1)	Abwägungskontrolle	187
(a)	Abstrakte Abwägung	188
(b)	Konkrete Abwägung	188
(c)	Wahrscheinlichkeitsabwägung	189
(d)	Abwägungsergebnis	191
bb)	Datenverarbeitung bei Unternehmenstransaktionen	192
(1)	Abweichungskontrolle und Risikobestimmung	192
(2)	Abwägungskontrolle	193
(a)	Abstrakte Abwägung	193
(b)	Konkrete Abwägung	193
(c)	Wahrscheinlichkeitsabwägung und Abwägungsergebnis	194
c)	Weitere wirksame Gestaltungsbeispiele: verdeckte Videoüberwachung und Black-Box-Verfahren	194
d)	Unwirksame Gestaltungsbeispiele	196
2.	Zwischenergebnis: Spielräume bei ausgleichenden Schutzmaßnahmen	196
II.	Kontrolle, Überwachung und Beweisverwertung	197
1.	Kommunikationsüberwachung	198
a)	Gestaltungsvorschlag	198
b)	Wirksamkeit nach der Gestaltungskontrolle	199
c)	Wirksame und unwirksame Gestaltungsbeispiele: Beweisverwertungsverbote	201
2.	Leistungskontrolle, Big Data und People Analytics	202
a)	Mögliche Gestaltungskombinationen	202
b)	Begrenzte Gestaltungsspielräume: Gefährlicher Fremdbestimmung und mittelbarer Diskriminierung vorbeugen.	203
III.	Zusammenfassung: festes Schutzniveau, begrenzte Spielräume	204
D.	<i>Annex: COVID-19</i>	205
E.	<i>Fazit: Praxistauglichkeit der Gestaltungskontrolle</i>	207

§ 6: Gesamtergebnis	209
A. <i>Erstens: Umsetzbarkeit vor Einheitlichkeit</i>	209
B. <i>Zweitens: begrenzte mitgliedstaatliche Anforderungen</i>	210
C. <i>Drittens: schutzniveauwahrende Abweichungen</i>	210
D. <i>Viertens: maßgeschneiderte Kollektivvereinbarungen mithilfe der Gestaltungskontrolle</i>	212
E. <i>Fünftens: Gefährungsgrad entscheidet über Gestaltungsspielraum</i> ..	213
Epilog	215
A. <i>De lege lata – de lege ferenda: ausreichende Spielräume und Reformvorschläge</i>	215
B. <i>Weiterer Forschungsbedarf und Ausblick</i>	217
Abstract	219
Literaturverzeichnis	221
Sachverzeichnis	239

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere(r) Ansicht/andere(r) Auffassung
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e/s/r)
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
ArbR	Arbeitsrecht
Art.	Artikel
ArbRAktuell	Arbeitsrecht aktuell (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtssachen (Online-Zeitschrift)
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BYOD	Bring Your Own Device
bzw.	beziehungsweise
ca.	lat. <i>circa</i> (= etwa; ungefähr; nahezu)
CB	Compliance-Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CRi	Computer und Recht international (Zeitschrift)
d.	der/die/das/des/dem
d. h.	das heißt
dass.	dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltverein e. V.

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	Derselbe
DGRI	Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik
dies.	dieselbe(n)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung
DSRL	Datenschutz-Richtlinie
EBR	Europäischer Betriebsrat
Es.	Einleitungssatz
ErwG	Erwägungsgrund der DSGVO
ErwG DSRL	Erwägungsgrund der DSRL
ErfK	Erfurter Kommentar
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuropaR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f.	(und) der/die folgende
ff.	(und) die folgenden
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GK	Großkommentar
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedenkschrift/Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HdB	Handbuch
HK	Heidelberger Kommentar
Hrsg.	Herausgeber(in)
Hs.	Halbsatz
IBR	Immobilien & Baurecht (Zeitschrift)
i. S. e.	im Sinne eine(s/r)
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht
lat.	lateinisch
lit.	lat. <i>littera</i> (= Buchstabe)

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAH	Münchener Anwalts-Handbuch
MHdB	Münchener Handbuch
Mio.	Million(en)
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial (Zeitschrift)
NK	Nomos-Kommentar
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	NZA Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZM	Neue Zeitschrift für das Miet- und Wohnungsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Zeitschrift)
Parlament	Europäisches Parlament
PinG	Privacy in Germany (Zeitschrift)
Rat	Rat der Europäischen Union
Ratsdok./	Verhandlungsdokumente des Rats der Europäischen Union
Ratsdokument	
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer(n)
r+s	Recht und Schaden (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer(n)
S./s.	Seite(n)/siehe
sog.	sogenannte(r/n/s)
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
str.	strittig/streitig
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO-Entwurf	Verordnungsentwurf
VO-Ratsentwurf	Verordnungsentwurf des Rats
VfO EuGH	Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Union
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Zeitschrift)

ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (Zeitschrift)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht (Zeitschrift)
zust.	zustimmend

Hinsichtlich aller weiteren, in diesem Abkürzungsverzeichnis nicht gesondert aufgeführten, Abkürzungen wird auf folgendes Standardwerk verwiesen:

H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl. 2018

Prolog

A. „So treu wie möglich, so frei wie nötig“ – eine Maxime des kollektivautonomen Datenschutzes?

Noch verbirgt sich hinter diesem Spruch¹ kein Gestaltungsprinzip für datenschutzrechtliche Kollektivvereinbarungen nach Art. 88 DSGVO.² Es handelt sich um eine sprachwissenschaftliche Maxime:³ eine Erinnerung an den notwendigen Ausgleich zwischen dem Geist der Ausgangssprache und einer verständlichen Übersetzung. Der neue Beschäftigtendatenschutz nach der DSGVO steht vor einer ähnlichen Aufgabe. Wie soll man einen unionsweit möglichst einheitlichen Datenschutz an die Eigenheiten der Betriebe und Branchen anpassen; ihn in den Beschäftigungskontext übersetzen?

Wie folgenschwer eine zu *treue* Umsetzung den ursprünglichen Zweck verfehlen kann, zeigt ein prominenter Übersetzungsfehler: In der Nacht vom 23. August 1887 entdeckte *Giovanni Schiaparelli* Linienstrukturen auf dem Mars und bezeichnete sie als „canali di Marte“⁴ – auf Italienisch künstliche *oder* natürliche Wasserwege.⁵ Statt die Eigenheiten der englischen Sprache zu beachten und von natürlichen Strukturen wie „mars channels“ zu sprechen,⁶ hielten sich Übersetzer⁷ seiner Schriften treu an „mars canals“. Mit dem erst kürzlich

¹ Ein „Jahrhunderte lang“ beachteter Grundsatz der Translation, *R. Stolze*, Hermeneutik und Translation, 2003, S. 14.

² Die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung [DSGVO]) trat am 24. Mai 2016 in Kraft, ihr Geltungsbeginn erfolgte nach Art. 99 Abs. 2 DSGVO erst am 25. Mai 2018.

³ *R. Stolze*, Hermeneutik und Translation, 2003, S. 14; *D. M. Ikonomu*, Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft 2014, 97 (97).

⁴ *A. Bernagozzi/A. Testa/P. Tucci*, Proceedings of the Third European Workshop on Exo-Astrobiology 2003, 157 (157 f.).

⁵ *M. J. Crowe*, The extraterrestrial life debate, antiquity to 1915, 2008, S. 470; ähnlich dem deutschen Begriffsverständnis, das den natürlichen Ärmelkanal und den künstlichen Mittelkanal kennt.

⁶ Im Englischen sind „Canals“ Menschenwerk, während „Channels“ natürliche Wasserwege meinen.

⁷ Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gebrauch der maskulinen Schreibweise allein der besseren Lesbarkeit dieser Arbeit dient. Grundsätzlich beziehen sich entsprechende Begriffe auf jedes Geschlecht (m/w/x).

fertigstellten „Suez Canal“ vor Augen ließ die Übersetzung des englischsprachigen Ausland an künstlich angelegte Wasserwege und intelligente Architekten glauben.⁸ Der Mythos vom Marsmenschen wurde geschaffen.⁹

Missachtet man entsprechend die Eigenheiten der Mitgliedstaaten bei der Einführung eines harmonisierten Beschäftigtendatenschutzes, besteht die Gefahr, dass Mitgliedstaaten eine Umsetzung der DSGVO für utopisch halten und sich abwenden.¹⁰ Nicht umsonst ist primärrechtlich vorgeschrieben, dass die „Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“¹¹ bei der Umsetzung in den Mitgliedstaaten „ihre jeweilige nationale Identität“¹² beachten muss. Um den besonders national geprägten Beschäftigtendatenschutz vorausschauend zu regeln, sieht Art. 88 DSGVO dementsprechend eine Bereichsausnahme vor: Durch Rechtsvorschriften oder Kollektivvereinbarungen sollen die Mitgliedstaaten spezifischere Vorschriften vorsehen dürfen. Um eine wirksame Umsetzung zu sichern, löst sich der unionsrechtliche Gesetzgeber von der vollständigen Vereinheitlichung des Datenschutzes. Die Mitgliedstaaten und dort ansässige Arbeitgeber(-verbände) und Arbeitnehmervertreter sollen in Kenntnis ihrer nationalen Gepflogenheiten selbst einen angemessenen Interessenausgleich vornehmen.¹³ Inwiefern sie sich dabei von der DSGVO lösen dürfen, liegt noch im Dunkeln. Insbesondere für datenschutzrechtliche Kollektivvereinbarungen ist noch offen, wie weit ihre Gestaltungsspielräume reichen. Es stellen sich dazu folgende Fragen:

Können die Kollektivparteien von den Vorgaben der DSGVO abweichen? Wenn ja, inwieweit? Ein erfolgreicher europäischer Beschäftigtendatenschutz befriedet den Konflikt von kollektiver Entscheidungsmacht und einheitlichem Datenschutzniveau. Übersetzt man den Datenschutz zu *treu* und einheitlich in den Betrieben der Mitgliedstaaten, setzt man dessen Umsetzbarkeit aufs Spiel. Gibt man den Kollektivparteien keine Leitlinien, droht ein „datenschutzrechtlicher Flickenteppich“¹⁴ statt eines voraussehbaren Schutzniveaus. Wie gestalten die Kollektivparteien den Datenschutz *so treu wie möglich, so frei wie nötig*?

⁸ NASA, The ‚Canali‘ and the First Martians v. 30.10.2003, https://www.nasa.gov/audience/forstudents/postsecondary/features/F_Canali_and_First_Martians.html (zuletzt abgerufen am: 12.11.2021).

⁹ M. J. Crowe, The extraterrestrial life debate, antiquity to 1915, 2008, S. 470.

¹⁰ Vgl. J. Reyes y Ráfales, EuR 2018, 498 (521), der dieses Risiko gerade im integrations-sensiblen und besonders national geprägten Arbeitsrecht erkennt.

¹¹ Art. 1 Abs. 2 EUV.

¹² Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV.

¹³ „Art. 88 hat eine integrationspolitische und eine sachlich-rechtspolitische, also datenschutzrechtliche Seite“, BeckOK DatenschutzR/K. Riesenhuber (38. Ed. 1.11.2021), Art. 88 DSGVO, Rn. 12 ff.; zustimmend Taeger/Gabel/O. Zöll (2019), Art. 88 DSGVO, Rn. 4.

¹⁴ K. Jerchel/J. M. Schubert, DuD 2016, 782 (786).

B. Abdruck Art. 88 DSGVO

Zur Übersicht folgt hier ein Abdruck von Art. 88 DSGVO in ganzer Länge:¹⁵

Art. 88 DSGVO

(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.

(2) Diese Vorschriften umfassen geeignete¹⁶ und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.

(3) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften,¹⁷ die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.

C. Stand der Diskussion

Die „hochabstrakt[e]“¹⁸ und auslegungsbedürftige Sprache der DSGVO – übersetzt in 24 gleichermaßen verbindliche Sprachfassungen¹⁹ – bietet schon genügend Material, um sich über ihre Auslegung zu streiten. Hinzu kommen 173

¹⁵ Hervorhebungen und Fußnoten durch den Verfasser.

¹⁶ Bis zum Corrigendum vom 19. April 2018 sollten die Vorschriften „angemessene“ Maßnahmen umfassen. Zur Bedeutung dieser Änderung siehe § 4 A. (S. 103 ff.).

¹⁷ Art. 88 Abs. 3 DSGVO betrifft daher „offenkundig“ nur Rechtsvorschriften, nicht Kollektivvereinbarungen, Taeger/Gabel/O. Zöll (2019), Art. 88 DSGVO, Rn. 35; eingehend dazu Simitis/A. Seifert (2019), Art. 88 DSGVO, Rn. 46.

¹⁸ Simitis/A. Roßnagel (2019), Art. 40 DSGVO, Rn. 1.

¹⁹ Vgl. F. Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 418; ähnlich HdB Europäische Methodenlehre/K. Riesenhuber, 3. Aufl. (2015), §10, Rn. 15.

Erwägungsgründe als unverbindliche Auslegungshilfen.²⁰ Die Literatur bedient den Rechtsmarkt um den Datenschutz allein in Deutschland mit unzähligen Aufsätzen und über 25 DSGVO-Handbüchern und Kommentaren.²¹ Innerhalb dieser zahlreichen Beiträge widmen sich viele Stimmen verstärkt und kritisch dem Art. 88 DSGVO, dessen Auslegung schon seit seiner Entstehung besonders umstritten ist.²² Angelehnt an den Wortlaut von Art. 88 Abs. 1 DSGVO dreht sich die Diskussion um eine Frage: Was ist der Unterschied zwischen einer zulässigen Spezifizierung der DSGVO für den Beschäftigungskontext und einer unzulässigen Abweichung?²³

Die verbindliche Auslegung der unionsrechtlich geprägten Begriffe in Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO obliegt dem EuGH. Bis heute hat sich der Gerichtshof zu dieser Frage nicht geäußert. Mitgliedstaatliche Rechtsprechung kann die Auslegung unterstützen, aber nicht entscheiden.²⁴ Ohnehin lässt die jetzige Diskussion häufig offen, ob *Kollektivvereinbarungen* von der DSGVO abweichen dürfen, und beschränkt sich auf mitgliedstaatliche Gesetze; die daraus gezogenen Lösungen übertragen viele Literaturstimmen eifertig auf die Gestaltungsbefugnisse der Kollektivparteien. Die Untersuchung einer autonom begründeten Gestaltungsmacht der Kollektivparteien bleibt bisher aus. Dabei tragen die Kollektivparteien gemeinhin zur Umsetzung des Beschäftigtendatenschutzes bei;²⁵ eine rechtswissenschaftliche Befassung mit der Reichweite kollektiver Gestaltungsmacht ist geboten.

D. DSGVO-Risiken

Antworten auf diese Fragen verlangt nicht nur die Rechtswissenschaft. Auch außerhalb der datenschutzrechtlichen Literatur wartet man gespannt auf Entscheidungen der Bußgeldbehörden und Gerichte – keineswegs aufgrund etwaiger dogmatischer Feinheiten: Die DSGVO verdankt ihre Einschätzung als kopernikanische Wende²⁶ vorrangig ihrem drakonischen²⁷ Sanktionskatalog nach Art. 83 ff. DSGVO. Die verschuldensunabhängige und umsatzorientierte Ahndung datenschutzrechtlicher Verstöße erinnert an Milliardenbußgelder aus dem

²⁰ Im Folgenden als ErwG bezeichnet; zu ihrer Funktion als unverbindliche Auslegungshilfe siehe HdB Europäische Methodenlehre/J. Köndgen, 3. Aufl. (2015), § 7, 39 ff.

²¹ *W. Veil*, PinG 2019, 115 (115).

²² Vgl. *Simitis/A. Seifert* (2019), Art. 88 DSGVO, Rn. 22.

²³ So auch schon zuvor *M. Wünschelbaum*, BB 2019, 2102 (2105).

²⁴ So selbst das BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (Rn. 25, 68 ff.) – Recht auf Vergessen II.

²⁵ In Deutschland insbesondere durch Betriebsvereinbarungen, siehe § 2 B. II. 2. (S. 33 ff.).

²⁶ *O. Draf*, BB 2012, 507 (507).

²⁷ *Taeger/Gabel/F. Moos/J. Schefzig* (2019), Art. 84 DSGVO, Rn. 5.

Kartellrecht.²⁸ Anders als ein Kartell ist die Datenverarbeitung in der digitalen Gesellschaft aber ubiquitär²⁹ – entsprechend ist das Risiko eines leichtfertigen Datenschutzverstößes alltäglich und gleichzeitig geeignet, eine wirtschaftliche Existenz nachhaltig zu gefährden. Schon vor Inkrafttreten der DSGVO bemühte man sich deshalb um Beruhigung; derart hohe Bußgelder sollten aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Praxis nicht vorkommen.³⁰ Dieses Abwiegen verliert mit einer steigenden Anzahl hoher Bußgelder an Überzeugungskraft. Weniger als zwei Jahre nach Geltungsbeginn der DSGVO verhängten allein deutsche Aufsichtsbehörden 226 Bußgelder: darunter im Beschäftigtendatenschutz knapp 300.000 Euro für einen niedersächsischen Arbeitgeber, weil er mitunter „unnötig lange“ Personalakten aufbewahrt habe.³¹ Das Modeunternehmen H&M erhielt 2020 vom Hamburger Datenschutzbeauftragten einen Bußgeldbescheid über 35 Millionen Euro wegen der Erstellung und versehentlichen Verbreitung intimer Beschäftigtendossiers zu familiären Problemen, religiösen Bekenntnissen sowie Krankheitsdaten.³² Der DSGVO keine Aufmerksamkeit zu schenken, ist kostspielig. Gerade die zunehmende Einführung zeitlich und örtlich ungebundener Arbeitsformen – die Arbeit 4.0³³ – bedarf im ersten Schritt eines wirksamen Beschäftigtendatenschutzes.³⁴ Bei umstrittenen Fragen kann die Mühe um DSGVO-Konformität auch noch vergeblich sein. Die Aufgabe dieser Arbeit ist deshalb, den umfangreichen Literaturstreit zu Art. 88 DSGVO aufzuarbeiten und praktisch nützliche Gestaltungsspielräume für die Kollektivparteien zu ermitteln.

²⁸ Vgl. zu kartellrechtlichen Parallelen und für Praxisbeispiele *A. Grünwald/J. Hackl*, ZD 2017, 556 (558).

²⁹ *M. Martini/D. Wagner/M. Wenzel*, VerwArch 109 (2018), 296 (297).

³⁰ *G. Forst*, NZA 2012, 364 (367).

³¹ *H. Anger/D. Neuerer*, Datenschutz-Verstöße: Zahl der Bußgelder ist drastisch gestiegen v. 1.1.2020, <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/dsgvo-datenschutz-verstoesseseszahl-der-bussgelder-ist-drastisch-gestiegen/25364576.html?ticket=ST-42569796-VcPSoemKlWduGbooW2Bh-ap1> (zuletzt abgerufen am: 12.11.2021): außerhalb des Beschäftigtendatenschutzes wurden Bußgelder in Höhe von 14,5 Millionen Euro für das Immobilienunternehmen Deutsche Wohnen und knapp zehn Millionen Euro für den Telekommunikationsanbieter 1&1 Drillisch verhängt.

³² *HmbBfDI J. Caspar*, 35,3 Millionen Euro Bußgeld wegen Datenschutzverstößen im Servicecenter von H&M v. 21.10.2020, <https://datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen/2020/10/2020-10-01-h-m-verfahren> (zuletzt abgerufen am: 12.11.2021).

³³ Ein Sammelbegriff für die „Entkopplung der Erwerbsarbeit“ von festen Arbeitszeiten und Orten mithilfe digitaler und technischer Lösungen, hierzu *S. Werther/L. Bruckner*, Arbeit 4. 0 Aktiv Gestalten, 2018, S. 17.

³⁴ *S. Werther/L. Bruckner*, Arbeit 4. 0 Aktiv Gestalten, 2018, S. 75 f.

E. Gang der Untersuchung

Zunächst veranschaulicht § 1, welche Rolle Kollektivvereinbarungen vor und bei Entstehung des Art. 88 DSGVO gespielt haben. § 2 erläutert welche Kollektivvereinbarung gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO der europäische Datenschutz erfasst und welche mitgliedstaatlichen Voraussetzungen an ihren Einsatz geknüpft sind. Den Literaturstreit um das Bestehen kollektiver Gestaltungsspielräume thematisiert § 3. Anschließend widmet sich die Arbeit der Entwicklung eines Wirksamkeitsmaßstabs für datenschutzrechtliche Kollektivvereinbarungen (§ 4) und präsentiert praxisrelevante Gestaltungsvorschläge in § 5. In § 6 werden die Erkenntnisse in einem Gesamtergebnis zusammengefasst. Der Epilog schlägt *de lege ferenda* eine klarstellende Anpassung von Art. 88 DSGVO vor. Die Arbeit schließt mit Gedanken zum weiteren Forschungsbedarf und einem Ausblick.

F. Rechtsquellen und Prüfungsmaßstäbe im Mehrebenensystem

Diese Untersuchung beschäftigt sich im Kern mit Unionsrecht. Sowohl für Leser als auch den gemeinen Bürger ist das Recht der Union aber „bereits dann verwirrend, wenn er parallel unionsrechtliche und nationale Vorschriften vorfindet“³⁵, wie *Walter Frenz* mitfühlend angemerkt hat. Eine kurze Einführung in die wichtigsten Rechtsquellen im unionsrechtlichen Beschäftigtendatenschutz ist deshalb wichtig, um die Antwort auf eine zentrale Frage zu kennen: „Welches Gericht prüft *was* (Prüfungsgegenstand) und *woran* (Prüfungsmaßstab)?“³⁶ Dabei wird die Antwort länger ausfallen als die Frage, weil der unionale Beschäftigtendatenschutz drei Prüfungsgegenstände (DSGVO-Norm, mitgliedstaatliches Gesetz, Kollektivvereinbarung) und drei mögliche Prüfungsmaßstäbe (Primärrecht, EMRK, nationales Verfassungsrecht) bietet; wobei noch nicht endgültig geklärt ist, welches Gericht welchen Prüfungsgegenstand anhand welches Maßstabs prüft und auslegt.

I. DSGVO: am Maßstab des Primärrechts und der EMRK

Die naheliegenden Prüfungsgegenstände sind die Normen der DSGVO selbst. Als Bestandteile einer Verordnung gem. Art. 288 Abs. 2 AEUV sind diese Normen Sekundärrecht. Die Rechtssetzung der Union darf nur nach Maßgabe der vertraglichen Befugnisse erfolgen (EUV und AEUV); die sog. primärrechtskonforme Auslegung.³⁷ Hierzu zählt nach Art. 6 Abs. 1 EUV auch die GrCh.

³⁵ HdB EuR, Band 5/W. Frenz (2010), Kap. 7., Rn. 867.

³⁶ J. Kühling/F. Sackmann, JURA 2018, 364 (375).

³⁷ „St. Rspr.“ des EuGH, wonach eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts nach deren Vereinbarkeit mit dem Primärrecht ausgelegt werden muss, so EuGH Urt. v.

Sie bilden die hierarchische Spitze des Unionsrechts. Deshalb stützt der unionsrechtliche Gesetzgeber die Geltung und den Zweck der DSGVO in Erwägungsgrund-Nr. 1 DSGVO³⁸ auf Art. 16 AEUV und die GrCh. Ist der Prüfungsgegenstand eine Norm aus der DSGVO, richtet sich deren Wirksamkeit und Auslegung mithin grundsätzlich nach dem Primärrecht.³⁹ Bei der DSGVO steht der Schutz der informationellen Privatheit im Vordergrund, weshalb der Prüfungsmaßstab der primärrechtskonformen Auslegung regelmäßig vom Recht auf informationelle Privatheit aus Art. 7, 8 GrCh geprägt sein wird.⁴⁰

Die EMRK wirkt sich mittelbar auf diesen Prüfungsmaßstab aus. Zwar ist ein Beitritt der Union zur EMRK noch nicht erfolgt, allerdings gelten deren Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts nach Art. 6 Abs. 3 EUV. Sofern ein Grundrecht aus der GrCh einem solchen aus der EMRK entspricht, wird die GrCh mindestens den dort garantierten Schutz gewährleisten nach Art. 52 Abs. 3, 53 GrCh. Für den Prüfungsgegenstand der DSGVO liefert damit Art. 7 EMRK ein Fundament für den primärrechtskonformen Auslegungsmaßstab nach Art. 7, 8 GrCh.⁴¹

II. Art. 88 DSGVO: Maßstab des Primärrechts, der EMRK und des nationalen Rechts

Art. 88 DSGVO kann als Norm selbst sowie in Form von dessen Umsetzung durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen ein Gegenstand der Prüfung und Auslegung sein.

1. Grundsatz: primärrechts- und EMRK-konforme Auslegung

Art. 88 DSGVO ist Bestandteil einer Verordnung und damit Sekundärrecht. Deshalb muss die Norm grundsätzlich nach dem Primärrecht ausgelegt werden.

21.3.1991 – C-314/89, BeckRS 2004, 76276 (17) – Rauh; zuletzt EuGH Urt. v. 19.12.2012 – C-549/11, BeckRS 2012, 82704 (32) – Orfey *Bulgaria EOOD*; näher zur primärrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts *Calliess/Ruffert/M. Ruffert*, 5. Aufl. (2016), Art. 288 AEUV, Rn. 8.

³⁸ Zur Bedeutung von Erwägungsgründen für die Auslegung der DSGVO sogleich im Prolog F. II. 3. (S. 8 f.).

³⁹ So übereinstimmend das BVerfG BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (42) – *Recht auf Vergessen II* und EuGH Urt. v. 17.9.2020 – C-212/19, NJW 2020, 2613 (2616 – Rn. 101) – *Schrems-II*; grundlegend zur DSRL EuGH Urt. v. 6.11.2003 – C-101/01, BeckRS 2004, 74038 (87) – *Lindqvist*.

⁴⁰ Das Schutzzgut der DSGVO sowie das Verhältnis der Art. 7, 8 GrCh ist umstritten, zuletzt wohl von EuGH und BVerfG als Kombinationsgrundrecht anerkannt EuGH Urt. v. 3.10.2019 – C-70/18 (Rn. 54); BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (99) – *Recht auf Vergessen II*, näher dazu im § 4 B. II. 1. (S. 110 ff.).

⁴¹ Übereinstimmend EuGH EuGH Urt. v. 17.9.2020 – C-212/19, NJW 2020, 2613 (Rn. 97) – *Schrems-II* und BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (303 – Rn. 57) – *Recht auf Vergessen I*.

Das trifft etwa zu, wenn dort von „Mitgliedstaaten“ die Rede ist, die Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen vorsehen dürfen: Darunter sind die in der Präambel des EUV genannten Mitgliedstaaten zu verstehen.⁴² Auch bei der Auslegung des in Art. 88 Abs. 2 DSGVO vorgeschriebenen Angemessenheitsmaßstabs, der eine „Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte“ vorschreibt, wird es auf die Grundrechte aus der GrCh und gegebenenfalls der EMRK ankommen.⁴³

2. Ausnahme: Begriffe mitgliedstaatlicher Prägung

Allerdings kann sich die Auslegung eines Begriffs aus Art. 88 DSGVO dann nicht nach dem Primärrecht richten, wenn dort kein Anknüpfungspunkt besteht oder gerade auf national geprägte Begriffe verwiesen wird. Beispielsweise sind Kollektivvereinbarungen rein nationale Instrumente; es gibt keine europäischen Tarifverträge.⁴⁴ Ob eine tatbestandsmäßige Kollektivvereinbarung vorliegt, muss sich deshalb auch nach nationalem Recht richten.⁴⁵ Entsprechend muss auch eine mitgliedstaatliche Rechtsvorschrift nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO nach nationalem Recht wirksam zustande gekommen sein (wie das BDSG n. F.⁴⁶).

3. Folge: Weichenstellung zwischen autonomer und nationaler Auslegung

Hieraus folgt eine Dichotomie der Prüfungsmaßstäbe: Verwendet die DSGVO unionseigene, vom nationalen Recht unabhängige Begriffe, müssen diese autonom und einheitlich für alle Mitgliedstaaten ausgelegt werden. Entscheidender Maßstab für diese *autonome Auslegung* ist das Unionsrecht; auf ein nationales Verständnis kann es daher nicht ankommen. Handelt es sich aber um einen Begriff, der an mitgliedstaatliches Recht anknüpft, richtet sich der Prüfungsmaßstab nach nationalem Recht. Diese Frage nach der Abstammung des Begriffs – unionsrechtlich oder mitgliedstaatlich – ist damit eine wichtige Weichenstellung und muss einen Schritt vor der Auslegung erfolgen.

Weil die unionsrechtliche Methode der *autonomen Auslegung* sich am Primärrecht orientiert, haben einzelne Auslegungskriterien nämlich einen anderen Stellenwert als in der *nationalrechtlichen Auslegung*. Art. 55 Abs. 1 S. 1 EUV

⁴² Das nunmehr ausgetretene Vereinigte Königreich Großbritannien fällt bei primärrechtskonformer Auslegung des Art. 88 Abs. 1 DSGVO nach Art. 50 EUV i. V. m. dem Austrittsabkommen vom 12.11.2019 (2019/C/384 I/01) nicht mehr darunter. Allerdings wird nach Art. 70 ff. des Austrittsabkommens die DSGVO zunächst weiterhin im Vereinigten Königreich gelten, im Einzelnen *G. Kunnert*, ZD 2020, 391 (392).

⁴³ Siehe oben, § 1, F.I. (S. 6).

⁴⁴ Hierzu später in § 2 B. II. (S. 31 ff.).

⁴⁵ Siehe dazu § 2 A. II. 1. (S. 26 ff.).

⁴⁶ Eingeführt durch das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BGBl. I 2017, S. 2097.

sieht vor, dass der Wortlaut der dort aufgezählten 24 Sprachfassungen des Vertrags „gleichermaßen verbindlich“ ist. Hieraus wird ein sprachliches Egalitätsprinzip für das gesamte Unionsrecht abgeleitet:⁴⁷ Der Wortlaut einer Sprachversion allein kann nicht über das unionsrechtliche Verständnis der Norm entscheiden; das Wortlautargument muss sich in allen 24 Amtssprachen widerspiegeln.⁴⁸ Ähnliche Schwierigkeiten entstehen bei der Formulierung systematischer Argumente.⁴⁹ Um trotz Sprachdivergenzen eine stimmige Auslegung zu versuchen,⁵⁰ wird häufig unterstützend auf die Erwägungsgründe (ErwG⁵¹) nach Art. 296 Abs. 2 AEUV als „Auslegungshilfe“⁵² zurückgegriffen. Methodologisch sind sie im Unionsrecht als unverbindliche⁵³, aber wertvolle Erkenntnisquelle für die Ermittlung der gesetzgeberisch verfolgten Ziele einzuordnen;⁵⁴ teilweise lässt sich sogar die Genese einer Norm an ihnen ablesen.⁵⁵ Dagegen erfolgen grundrechtliche Erwägungen zur Ermittlung des Telos wie bereits dargestellt maßgeblich im Lichte des Primärrechts, nicht nationaler Grundrechte.⁵⁶

III. Prüfende Gerichte im Beschäftigtendatenschutz

Aus dieser Dichotomie der Maßstäbe folgt grundsätzlich eine entsprechende Zuständigkeit der Gerichte.

1. Prüfungskompetenz des EuGH

Insofern die DSGVO rein unionsrechtliche Begriffe verwendet, müssen diese autonom anhand des Unionsrechts ausgelegt und geprüft werden. Sofern ein nationales Gericht hierbei entscheidungserhebliche Zweifel hat, muss die Aus-

⁴⁷ F. Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 41.

⁴⁸ Vgl. BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (69) – Recht auf Vergessen II.

⁴⁹ Hierzu später § 3 A. IV. (S. 55 f.), siehe auch F. Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 142 f.

⁵⁰ F. Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 329; zur DSGVO ähnlich A. Benecke/J. Wagner, DVBl 2016, 600 (607); P. Gola, K&R 2017, 145.

⁵¹ ErwG ohne besondere Bezeichnung sind solche der DSGVO.

⁵² HdB Europäische Methodenlehre/J. Köndgen, 3. Aufl. (2015), § 7, Rn. 40.

⁵³ St. Rspr. erstmals EuGH Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, BeckRS 2004, 74578 – Nilsson u. a.; zuletzt EuGH Urt. v. 4.3.2020 – C-10/18 P, BeckRS 2020, 2682 (Rn. 44) – Mowi ASA.

⁵⁴ F. Zedler, Mehrsprachigkeit und Methode, 2015, S. 276 f.

⁵⁵ Etwa ErwG-Nr. 35a, dazu später im § 3 A. III. 2. (S. 52 ff.).

⁵⁶ Vgl. BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (42) – Recht auf Vergessen II und EuGH Urt. v. 17.9.2020 – C-212/19, NJW 2020, 2613 (2616 – Rn. 101) – Schrems-II; zuvor in Bezug auf die DSGVO schon J. M. Hofmann/P. C. Johannes, ZD 2017, 221 (221 ff.); grundsätzlich HdB Europäische Methodenlehre/K. Riesenhuber, 3. Aufl. (2015), § 10, Rn. 1 ff.; vereinzelt wird angeführt, dass selbst wenn Unionsrecht umgesetzt wird, nicht die GrCh sondern nationale Grundrechte angewandt werden sollen, wenn Mitgliedstaaten dabei einen Umsetzungsspielraum haben, eingehend dazu D. Timmermann, DÖV 2019, 249 (257 f.).

legungsfrage dem nach Art. 267 Abs. 1 AEUV zuständigen EuGH vorgelegt werden. Bedient sich die DSGVO mitgliedstaatlich geprägter Begriffe, ist das nationale Recht entscheidend. Ob beispielsweise eine Kollektivvereinbarung gesetzmäßig zustande gekommen ist, wird demnach ein nationales Gericht aufgrund nationalen Rechts prüfen. Ob eine Kollektivvereinbarung angemessen und grundrechtskonform den unionalen Datenschutz umsetzt, wird letztverbindlich der EuGH bei Vorlage anhand der GrCh ermitteln.⁵⁷

Diese Verdrängung des nationalen Grundrechtsschutzes hat das BVerfG in der Vergangenheit noch mitgetragen, „solange“ der EuGH einen gleichwertigen Grundrechtsschutz gewährleistet.⁵⁸ Das gelte insbesondere, wenn ein Mitgliedstaat zwingendes Unionsrecht umsetzt.⁵⁹ Ob eine Kollektivvereinbarung die materiellen Wirksamkeitsvorgaben nach Art. 88 Abs. 1, 2 DSGVO einhält, müsse demnach als Auslegungsfrage dem EuGH vorgelegt werden.⁶⁰

2. Neue Kooperation von EuGH und BVerfG?

Mit den zwei „revolutionären Beschlüssen“⁶¹ Vergessen I+II ergänzt der Erste Senat des BVerfG diese „Solange-Rechtsprechung“: Das BVerfG legte dort nämlich selbst das Recht auf Vergessenwerden für Online-Datenbanken nach Art. 17 DSGVO anhand der GrCh aus. Es erkennt ausdrücklich den Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die Vorlagepflicht aus Art. 267 AEUV an. Allerdings schreibt es sich „in enger Kooperation mit dem EuGH“⁶² eine eigene Auslegungskompetenz für die DSGVO und das Primärrecht zu. Im Kern rechtfertigt das BVerfG diese Ausweitung der eigenen Kompetenz mit der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes: Weil das Unionsrecht keinen individuellen Grundrechtsschutz wie die Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG biete, sei es verpflichtet, diesen individuellen Rechtsschutz selbst zu gewährleisten.⁶³ Das Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV schließe diese Lücke nicht ausreichend. Ob der EuGH diese „Kooperation“ bei der Auslegung des Unionsrechts mittragen wird, ist unklar. Es ist sogar fraglich, ob sich diese Rechtsprechung innerhalb des BVerfG durchsetzen wird.⁶⁴ Noch muss sich der

⁵⁷ Vgl. Kühling/Buchner/J. Kühling/J. Raab (2020), Einführung, Rn. 98a, 35b f.

⁵⁸ BVerfG Beschl. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, NJW 1987, 577 (582) – Solange-II.

⁵⁹ BVerfG Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, NJW 2010, 833 (835 – Rn. 181 f.) – Vorratsdatenspeicherung.

⁶⁰ Zur zwingenden Wirkung der Angemessenheitsvorgabe für Kollektivvereinbarungen siehe § 3 A. VI. 2. e) (S. 85 ff.).

⁶¹ Kühling/Buchner/J. Kühling/J. Raab (2020), Einführung, Rn. 35b.

⁶² BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (Rn. 25, 68) – Recht auf Vergessen II.

⁶³ BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BeckRS 2019, 29203 (Rn. 64) – Recht auf Vergessen II; auf diese Rechtsschutzlücke wurde schon zuvor hingewiesen, G. Hornung, ZD 2012, 99 (100); zust. Taeger/Gabel/J. Taeger/B. Schmidt (2019), Einführung, Rn. 45.

⁶⁴ J. Kühling, NJW 2020, 275 (277 f.); E. Neumann/F. S. Eichberger, JuS 2020, 502 (504): „das letzte Wort [ist] noch nicht gesprochen“

Sachverzeichnis

- Abwägung
- Abwägungsentscheidung 97, 108, 180, 187
 - Abwägungsfehlerlehre 126–129, 145, 150, 187, 213, 217
 - Abwägungsformel 98–99, 178
 - Abwägungsfähigkeit 15, 95, 98–99, 125, *siehe auch* Abwägungsmaterial
 - Abwägungsgrenze 125, *siehe auch* Abwägungsverbot
 - Abwägungshilfen 80
 - Abwägungskontrolle 109
 - Abwägungsmaterial 96–97, *siehe auch* Prinzipientheorie
 - Abwägungsprinzip 81, 97, 195
 - Abwägungsspielraum 99, 107, 168, 184, 195, 212
 - Abwägungsverbot 125
- Abwägungsvorgang 107–124
- Abstrakter Abwägungsvorgang 107–109
 - Konkreter Abwägungsvorgang 109–124
- Abweichung
- Abweichungsbefugnis 58, 77, 87–90, *siehe auch* Schutzniveau
 - Abweichungsbegriff 122, 130, *siehe auch* Gestaltungskontrolle
- Aktienrecht 146, 150
- Akzessorietät
- Zum mitgliedstaatlichen Recht 31, 35, 41, 165, 210, *siehe auch* Kollektivvereinbarung
 - Zur Datenverarbeitung des Arbeitgebers 165, *siehe auch* Betriebsrat
- Alexy, Robert 80, 85, 95–100, 219
- Algorithmus 203 f.
- Allgemeinverbindlichkeitserklärung 32, 147, *siehe auch* Tarifvertrag
- Angemessenheit
- Angemessenheitsabwägung 173
 - Angemessenheitsdogmatik 106
 - Angemessenheitskontrolle 128, 147, 149
 - Angemessenheitsmaßstab 8, 84, 103–105, 107–129, 151, *siehe auch* Corrigendum, Schutzniveau
 - Triadischer Angemessenheitsmaßstab 115–124, 141, 151, 188, 201, 212
- Anonymisierung 185, 190, 196, 199–204 214
- Anwendungsbereich von Art. 88 DSGVO 25–27, 41
- Anwendungsvorrang 10 f.
- Arbeitnehmerbegriff 25 f., 43
- Arbeitsprache 46, 88, 133
- Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 116
- Arbeitszeitrecht 15
- ASNEF-Entscheidung 69–77, 87–89, 94, 101, 123, 211
- Aufsichtsbehörden 20 f., 52, 78
- Auftragsdatenverarbeitung 99, 176
- Auslegung
- Auslegungsergebnis 50, 133–134, *siehe auch* Rechtsfortbildung
 - Auslegungshilfe 4, 9, 51–53, 66, 74, 160, *siehe auch* Erwägungsgrund
 - Auslegungsmethode 8, 45, 50 f. 88
 - Autonome Auslegung 8, 26, 37, 45, 67 f., 147
- Bauplanungsrecht 126 f., 129, 147 f., 152
- BDSG 11, 15, 25–31, 35, 67–69
- Bereichsausnahme 2, 53, 66, 76
- Beschäftigtenbegriff 25 f., 43
- Beschäftigungszusammenhang 26 f., 210
- Betriebsautonomie 34, 38, 84

- Betriebsrat
 – Gesamtbetriebsrat 36 f.
 – Konzernbetriebsrat 35 f., 162, 171
 – Mitgliederhaftung 162–166
 – Zuständigkeit 35–37
 Betriebsrätemodernisierungsgesetz 163
 Betriebsvereinbarung
 – Europäische Betriebsvereinbarung 39
 – Tarifvorbehalt 35, 37 f.
 – Tarifvorrang 33, 38
 – Tarifüblichkeit 38
 – Wirksamkeitsvoraussetzungen 35–38
 Betroffenenrechte 99 f., 157–162, 184–194
 Beweisverwertungsverbote 197, 201 f.
 Big Data 14 f., 18, 32, 142 f., 202–204, 214
 Binnenmarkt 17, 65, 76
 Black-Box-Verfahren 194–196
 Bußgeld 4 f., 75, 116,
 – Bußgeldrisiko 138, 152, 163, 183 f.

 Concretus 47–50, 88, 211, *siehe auch*
 Wortlaut
 Corrigendum 103–107
 COVID-19, 205 f., 214

 Datenschutzbeauftragter 5, 68, 166–170
 Datenschutzfolgeabschätzung 98 f., 153–157
 Datenverarbeitung
 – Diskriminierende Datenverarbeitung 203–204
 – Zweckändernde Datenverarbeitung 183 f., 192 f., 203 f.
 Delegationsbeschluss 37, 171
 Dienstvereinbarung 27, 41, 68
 Diskriminierung 203 f., *siehe auch*
 Datenverarbeitung
 Dogmatik 80, 106, *siehe auch* Gestaltungs-
 kontrolle
 DSRL 15, 22, 43, 58, 69–76, 89, 108
 Due Diligence 193
 Durchführungsrechtsakte 20 f., 56 f.

 Egalitätsprinzip, sprachliches 9, 45 f., 50,
 56, 132, *siehe auch* Sprachfassungen,
 Wortlaut
 Eingriffsintensität 113–124, 142, 195
 Einigungsstellenspruch 35
 EMRK 6–11, 113
 Entstehungsgeschichte, *siehe* Genese
 Erlaubnistatbestand 52–54, 92–98, 175–
 179, 181–182, 194–196
 Erlaubnisvorbehalt 71, 98, 143 f.
 Ermächtigungsgesetz 28 f., 67 f., 84,
 143
 Erwägungsgrund 4, 7, 9, 53, 55, 60, 71,
 73 f.
 Finalprogramm 96
 Folgeabschätzung, *siehe* Datenschutz-
 folgeabschätzung

 Gefährungsgrad 116, 122, 124, 129,
 141, 213
 Geltungsbeginn 1, 5, 103
 Genese 51–55, 93 f., 100, 211
 Gesamtbetriebsrat 36 f., *siehe auch*
 Betriebsrat
 Gesetzgebungsorgane 16 f. 54 f.
 Gestaltungskontrolle
 – Abweichungskontrolle 130–133, 136–
 138, *siehe auch* Abweichung
 – Abwägungskontrolle 124–129, 130,
 145–150, 187–197, *siehe auch* Ab-
 wägung
 – Dogmatik 80, 106, 132–135
 – Risikobestimmung 134, 139–141
 – Prüfungsschema 131, 150
 – Schaubild 130
 – System 129–130
 – Transparenzkontrolle 131, 164, 213
 Gesundheitsmanagement 206
 Globalisierung 77
 Grundrechtsqualität von Art. 28 GrCh
 82–87

 Haftung 163–170, *siehe auch* Betriebsrat
 Harmonisierung, *siehe* Schutzniveau
 Hybridcharakter 22 f., 27, 58, 73, 76, 211
 Infektionskennzahlen 205

 Informationspflichten 183 f., *siehe auch*
 Betroffenenrechte
 Internal Investigations 182–191, 204, 214

- Kapitelüberschrift des neunten Kapitels
 DSGVO 57
- Kartellrecht 5, 138, 176, 206
- Kaschierung 176, 206
- Kirchendatenschutz 61
- Kollektivaautonomie
 – Entscheidungsspielraum 16, 60, 84–87, 135, 145–150, 212–213
 – Gewährleistungsgehalt 82–85
 – Kontrolldichte 82–89, 104–109, 124–129, 135–139
 – Richtigkeitsgewähr 128, 137
- Kollektivvereinbarung
 – Begriff 26–27
 – Funktion 13–16
- Kommission 16 f., 20 f., 44, 52–57, 60
- Kommunikationsüberwachung 197–201
- Kompetenz 29 f., 65–69, 106 f.
- Konditionalprogramm 96, 98
- Kontaktverzeichnisse 177
- Kontrolldichte 85–87, 104–107, 109, 124–129, 145–150, *siehe auch* Kollektivaautonomie
- Konzernbetriebsrat 35 f., 162, 171, *siehe auch* Betriebsrat
- Konzerndatenschutz
 – Konzerndatenverarbeitung 59, 170–173, 177–179, 182
 – Konzernprivileg 38, 172, 175
- Landesdatenschutzrecht 66–69, 217
- Lateinischer Ursprung, *siehe* Wortlaut
- Laval-Entscheidung 79–82, *siehe auch* Grundrechtsqualität von Art. 28 GrCh
- Leistungskontrolle 33, 177, 202–204
- Leistungsstichproben 204
- Lohndumping 81
- Marsmenschen 2
- Maximalharmonisierung, *siehe* Schutzniveau
- Maßnahmenbegriff 59 f.
- Medienprivileg 62, 88
- Mehrebenensystem 6–11
- Mehrsprachigkeit 3, 9, 45, 56, *siehe auch* Sprachfassungen
- Methodenlehre, *siehe* Auslegung, Dogmatik
- Microsoft Office 138
- Mindestharmonisierung, *siehe* Schutzniveau
- Optimierungsgebot 80 f., 96 f., *siehe auch* Prinzipientheorie
- Orientierungshilfe 43, 54, 139, *siehe auch* Erwägungsgrund
- Outsourcing 81
- Pandemiebewältigung 205 f., *siehe auch* COVID-19
- Parlamentsentwurf 21
- People Analytics 61, 202 f., 206, 214
- Personalmanagementsystems 175
- Personalwesen 170, 174, 214
- Planungsbetroffenen 128
- Planungsentscheidungen 146
- Planungskonzept 128
- Praxisfallgruppen 153
- Präzisierungsobliegenheit 158–161
- Prinzipientheorie 80, 95–100
- Privatheit, informationelle 7, 97, 110–112
- Prüfungsschema 157
- Pseudonymisierung 185, 191
- Querschnittsmaterie 30, 65–66
- Ratsentwurf 21–22, 52–55, 66
- Rechenschaftspflichten 164
- Rechenschaftsprinzip 164, 166
- Rechtsaktwechsels 78
- Rechtsfortbildung
 – Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung 134 f.
 – Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung 135 f.
 – Wortlautgrenze 132 f.
- Rechtszersplitterung 66–69
- Reformbedarf 215, 217
- Regel 96–97, 99, 140–141, 145–146, *siehe auch* Prinzipientheorie
- Regelbeispiele 93, 100, 154
- Richtigkeitsgewähr 128, 137, *siehe auch* Kollektivaautonomie
- Richtliniencharakter von Art. 88 DSGVO 84 f., 94, 211, *siehe auch* Hybridcharakter

- Risikobasierter Ansatz 120–122
 – Öffentliches Umweltrecht 143–145
 – Ökonomisches Prinzip 141–143
 Risikobestimmung 134 f., 139–144, *siehe auch* Gestaltungskontrolle
- Schutzniveau
 – Extensives Schutzniveau 91–100
 – Mindestharmonisierung 45, 51 f., 71, 88, 100, 211
 – Prinzipielles Schutzniveau 91–100
 – Variable Abweichung 44 f., 50, 58, 77, 88, 211
 – Vollharmonisierung 44 f., 52, 55, 72 f., 88–90, 209–213, 215
- Specificus, *siehe* Wortlaut
 Spezifizierungsbegriff, *siehe* Wortlaut
 Sphärentheorie 117–119, 134
 Sprachlandschaft 47–49
 Sprachvergleich 46, 48, 50, 92, *siehe auch* Wortlaut
 Sprecherausschussrichtlinien 26 f., 41
 Statistikzwecke 60, 65
 Steueridentifikationsnummern 61
 Subsidiaritätsprinzip 86
 Synopse 216
- Tarifaufonomie 34, 127, 147
 Tarifkontrolle 147–150
 Tarifvertrag
 – Allgemeinverbindlichkeitserklärung 32, 147
 – Firmentarifverträge 39, 138 f.
 – Transnationale Tarifverträge 39 f., 138, 217
 – Tripartische Tarifverträge 29
 Tarifzensur 81, 147–150
 Totalkontrolle 116
 Totalvermeidung 120, 145
 Tracingsysteme 205
 Transaktionsdatenverarbeitung 192
 Transparenzkontrolle 131, 164, 213, *siehe auch* Gestaltungskontrolle
 Trilog 20–22, 52–55, 60, 88, 93, 211
 Twitter 142
- Überwachungsmaßnahmen 59, 136, 197, 202, 214
 Umkehrschluss 34, 62–65, 88
 Umweltrecht 120–122, 143–145, 151, 212
 Unionskompetenzen 80
 Unternehmensnetzwerk 17, 174–181, 198, 202, 205
 Unternehmenstransaktion 183, 192–194, 214
- Verantwortlichkeit
 – Betriebsrat 162–166
 – Konzern 170–173, 214
 Verarbeitungsverzeichnis 99, 156, 213
 Verbandsstrafrecht 183
 Verfassungsbeschwerde 10
 Vergangenheitsanalysen 204
 Versicherungsprodukte 191
 Verwaltungsrecht 69, 126–129, 135, 145–150, 213
 Verwendungszusammenhang 16, 115, 119 f., 131, 154 f., 174 f., 206
 Videoüberwachung 97, 123, 194–196, 200, 202, 207
 Viking-Entscheidung 79–82, *siehe auch* Grundrechtsqualität von Art. 28 GrCh
 Vollharmonisierung, *siehe* Schutzniveau
 Vorlageverfahren 10
 Vorsorgeprinzip 120–122, 144, *siehe auch* Risikobasierter Ansatz, Umweltrecht
- Wahrscheinlichkeit 115–117, 120–124, 194, *siehe auch* Risikobasierter Ansatz
 Wärmebildaufnahmen 205
 Whistleblower 112, 158, 184–187
 Wortlaut
 – Concretus 47, 49, 88, 211
 – Specificus 47–50, 88, 211
 – Sprachvergleich 45–51, 92
- Zweckänderung, *siehe* Zweckbindungsgrundsatz
 Zweckbindungsgrundsatz 93, 98, 161, 183 f., 192 f., 199 f., 203 f.