

NOMOSPRAXIS

König

# Beschäftigten- datenschutz

in der Beratungspraxis



**Nomos**

# NOMOSPRAXIS

Dr. Tassilo-Rouven König

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart

# Beschäftigten- datenschutz

in der Beratungspraxis



Nomos

**Zitervorschlag:** König BeschDS § 1 Rn. 1

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5702-2

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort

Seit dem Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung und des neuen Bundesdatenschutzgesetzes müssen viele Aspekte des Beschäftigtendatenschutzes neu beleuchtet werden. Gleichzeitig werfen die Digitalisierung der Arbeitswelt und moderne Erscheinungsformen der Arbeit neue Fragen auf. Arbeitgeber stehen vor der großen Herausforderung, praxistaugliche Lösungsansätze für ihr Unternehmen entwickeln zu müssen, ohne dass ihnen eine belastbare Rechtsprechung zur Verfügung steht.

Das vorliegende Werk richtet sich vornehmlich an nicht-öffentliche Arbeitgeber und deren Beschäftigte sowie an Betriebsräte und Datenschutzbeauftragte. Es beantwortet grundlegende Fragen zum Verhältnis zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht und bietet einen Leitfaden für die Prüfung datenschutzrechtlicher Fragen im Beschäftigungskontext. Darüber hinaus werden in einem besonderen Teil aktuelle und immer wiederkehrende Themen detailliert aufgearbeitet. Die vorhandene Rechtsprechung und Fachliteratur ist bis Dezember 2019 berücksichtigt.

Mein Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Armin Herb und Herrn Prof. Dr. Stefan Nägele, die mir stets mit gutem Rat und für fachliche Diskussionen zur Verfügung standen.

Stuttgart, im März 2020

*Dr. Tassilo-Rouven König*

---

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Abkürzungsverzeichnis .....	15
Literaturverzeichnis .....	19
<b>Allgemeiner Teil .....</b>	<b>29</b>
<b>§ 1 Nationale und übernationale Rechtsgrundlagen .....</b>	<b>29</b>
<b>A. Deutsches Verfassungsrecht .....</b>	<b>29</b>
I. Allgemeines Persönlichkeitsrecht und informationelle Selbstbestimmung .....	29
1. Persönlicher und sachlicher Schutzbereich .....	29
2. Eingriff und Rechtfertigung .....	30
II. Bedeutung im Arbeitsverhältnis .....	31
1. Mittelbare Drittwirkung .....	31
2. Einzelfälle .....	32
a) Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Rechtsnormen .....	32
b) Rechtsansprüche von Arbeitnehmern .....	33
c) Beweis- und Sachvortragsverwertungsverbot im Arbeitsgerichtsprozess .....	34
<b>B. Europäische Grundrechte .....</b>	<b>37</b>
I. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) .....	37
II. EU-Grundrechtecharta (GRCh) .....	38
<b>C. Datenschutz-Grundverordnung .....</b>	<b>39</b>
I. Allgemeines .....	39
1. Zielsetzung der europäischen Datenschutznovelle .....	39
2. Regelungsstruktur und Inhalt der DS-GVO .....	39
II. Sachlicher Anwendungsbereich der DS-GVO .....	41
1. Personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO) .....	41
2. Verarbeitung (Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) .....	44
3. Ganz oder teilweise automatisierte Datenverarbeitung; Dateisystem .....	44
III. Verhältnis der DS-GVO zum nationalen Beschäftigtendatenschutz .....	45
1. Anwendungsvorrang vor nationalem Recht .....	45
2. Bereichsspezifische Regelungskompetenz für den Beschäftigtendatenschutz .....	45
a) Öffnungsklausel und Normadressaten .....	45
b) Beschäftigtendatenschutz oder Arbeitnehmerdatenschutz? .....	46

Inhaltsverzeichnis

---

c) Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext .....	48
d) Nationale Sonderregelungen und Kollektivvereinbarungen .....	49
e) Reichweite der Öffnungsklausel .....	50
f) Mitteilungspflicht .....	52
<b>D. Bundesdatenschutzgesetz .....</b>	<b>53</b>
I. Allgemeines .....	53
II. Der Anwendungsbereich des neuen § 26 BDSG .....	53
1. Normadressaten .....	53
2. Der Begriff des Beschäftigten nach § 26 Abs. 8 BDSG .....	54
3. Geltung für die manuelle Datenverarbeitung (§ 26 Abs. 7 BDSG) .....	55
4. Verhältnis zu anderen Vorschriften zum Beschäftigtendatenschutz .....	57
<b>§ 2 Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit im Beschäftigungsverhältnis .....</b>	<b>58</b>
<b>A. Der Arbeitgeber .....</b>	<b>58</b>
I. Bestimmung der Verantwortlichkeit .....	58
II. Rechtsfolgen der Verantwortlichkeit .....	59
III. Joint Controlling im Beschäftigungsverhältnis .....	60
IV. Auftragsverarbeitung .....	62
<b>B. Der Betriebsrat .....</b>	<b>63</b>
I. Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit .....	63
II. Beschäftigtendatenschutz als betriebsverfassungsrechtliche Aufgabe ...	65
1. Überwachung des Arbeitgebers .....	65
2. Erzwingbare Mitbestimmung .....	66
3. Informationsrechte .....	70
<b>C. Die Rolle des Datenschutzbeauftragten .....</b>	<b>71</b>
I. Aufgaben und Stellung .....	71
II. Pflicht zur Benennung .....	73
<b>§ 3 Die Zulässigkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten .....</b>	<b>74</b>
<b>A. Die datenschutzrechtlichen Strukturprinzipien .....</b>	<b>74</b>
I. Allgemeines .....	74
II. Einzelheiten zu den Strukturprinzipien nach Art. 5 DS-GVO .....	76
1. Rechtmäßigkeit der Verarbeitung .....	76
2. Treu und Glauben .....	76
3. Transparenz .....	77
a) Informationspflicht des Arbeitgebers .....	77
b) Recht des Beschäftigten auf Auskunft und Datenkopie .....	78
4. Zweckbindung .....	80

---

5. Datenminimierung und Speicherbegrenzung .....	82
a) Allgemeines .....	82
b) Löschung und Einschränkung der Verarbeitung .....	82
6. Richtigkeit .....	84
7. Integrität und Vertraulichkeit .....	84
<b>B. Die wichtigsten Erlaubnistatbestände im Beschäftigungsverhältnis .....</b>	<b>85</b>
I. Allgemeine Erlaubnistatbestände .....	85
1. Prüfungsschema .....	85
2. Einzelheiten .....	86
a) Die Generalklausel des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG .....	86
b) Die Aufdeckung von Straftaten nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG .....	87
aa) Tatbestandsvoraussetzungen .....	87
bb) Pflichtverletzungen unterhalb der Strafbarkeitsschwelle ...	89
c) Art. 6 Abs. 1 lit. c DS-GVO .....	89
d) Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO .....	90
e) Kollektivvereinbarungen .....	91
f) Einwilligung des Beschäftigten .....	92
aa) Rechtsgrundlagen der Einwilligung .....	92
bb) Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	93
cc) Rechtsfolgen eines Widerrufs .....	96
II. Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten ...	97
1. Prüfungsschema und Begriff .....	97
2. Einzelheiten zur Zulässigkeitsprüfung .....	98
<b>Besonderer Teil .....</b>	<b>101</b>
<b>§ 4 Die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses .....</b>	<b>101</b>
<b>A. Allgemeines .....</b>	<b>101</b>
I. Personalbeschaffungsprozess und Bewerbungsverfahren .....	101
II. Der sachliche Anwendungsbereich von § 26 BDSG .....	101
III. Gilt der Grundsatz der Direkterhebung? .....	102
<b>B. Die Kandidatensuche .....</b>	<b>102</b>
I. Die Stellenausschreibung .....	102
II. Headhunting .....	103
<b>C. Das Bewerbungsverfahren .....</b>	<b>105</b>
I. Der Zugang der Bewerbung .....	105
1. Umgang mit dem Inhalt des Bewerbungsansprechens .....	105
2. Besonderheiten bei der digitalen Bewerbung .....	106
II. Das Bewerbungsgespräch .....	107
1. Das Fragerecht des Arbeitgebers .....	107
2. Zulässigkeit einzelner Fragen .....	108

## Inhaltsverzeichnis

---

3. Anforderung von Unterlagen bei dem Bewerber .....	110
III. Beschaffung von Informationen aus anderen Quellen .....	111
1. Auskünfte beim früheren Arbeitgeber .....	111
2. Background-Checks .....	112
a) Internetrecherche .....	112
b) Terrorlistenabgleich .....	112
IV. Einstellungstests und Einstellungsuntersuchungen .....	113
1. Psychologische Tests und Assessment-Center .....	113
2. Ärztliche Einstellungsuntersuchungen .....	114
<b>D. Speicherung und Löschung von Bewerberdaten .....</b>	<b>115</b>
I. Während des Bewerbungsverfahrens .....	115
II. Nach Abschluss des Bewerbungsverfahrens .....	116
1. Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses .....	116
2. Absage durch Arbeitgeber oder Bewerber .....	116
<b>§ 5 Das bestehende Beschäftigungsverhältnis .....</b>	<b>118</b>
<b>A. Personalstammdaten und Personalakte .....</b>	<b>118</b>
I. Personalstammdaten .....	118
II. Die Personalakte .....	119
1. Arbeitsrechtliche Grundlagen .....	119
a) Materieller und formeller Personalaktenbegriff .....	119
b) Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers .....	120
2. Zulässiger Inhalt und Prinzipien der Personalaktenführung .....	120
3. Rechte des Arbeitnehmers .....	122
a) Einsicht .....	122
b) Aufnahme von Erklärungen .....	123
c) Datenschutzrechtliche Auskunft .....	123
d) Entfernung und Löschung .....	123
<b>B. Digitale Arbeitsmittel und moderne Formen der Arbeit .....</b>	<b>124</b>
I. Digitale Transformation und Beschäftigtendatenschutz .....	124
II. Dienstliche Telekommunikationsmittel .....	125
1. Begriff der Telekommunikation .....	125
2. Anwendbare Vorschriften .....	125
3. Fernmeldegeheimnis .....	127
4. Verbot und Gestattung der Privatnutzung .....	129
III. Digitale Arbeitsmittel .....	129
1. Personalsoftwareprogramme .....	129
2. Wearables .....	132
3. Bring Your Own Device (BYOD) .....	134
IV. Big Data im Beschäftigungsverhältnis .....	135
V. Datenschutz bei modernen Erscheinungsformen der Arbeit .....	138
1. Home-Office und mobiles Arbeiten .....	138
2. Desk Sharing .....	139

---

3. Crowdfunding .....	140
<b>C. Überwachung und Kontrolle von Beschäftigten .....</b>	<b>140</b>
I. Einleitung .....	140
1. Bedeutung im Arbeitsverhältnis .....	140
2. Zulässigkeit heimlicher Überwachungsmaßnahmen .....	141
II. Videoüberwachung .....	142
1. Begriff und Rechtsgrundlagen .....	142
2. Einzelheiten zur Zulässigkeit von Videoüberwachungsmaßnahmen .....	144
III. Ortungssysteme .....	147
1. Eingesetzte Technik .....	147
2. Datenschutzrechtliche Bewertung .....	148
IV. Überwachung von dienstlichem Telefon, E-Mail-Account und Internetanschluss .....	151
1. Überwachung bei ausschließlich dienstlicher Nutzung .....	151
2. Überwachung bei privater Nutzungsberechtigung .....	153
V. Sonstige Formen der Überwachung .....	154
VI. Compliance und Whistleblowing .....	155
<b>D. Gesundheitsdaten und Betriebliches Eingliederungsmanagement .....</b>	<b>158</b>
I. Relevanz von Gesundheit im Beschäftigungsverhältnis .....	158
II. Erhebung und Speicherung von Gesundheitsdaten .....	160
1. Bewerbungsverfahren .....	160
2. Bestehendes Beschäftigungsverhältnis .....	160
a) Mitteilungs- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit ....	160
b) Mitteilung der Schwerbehinderteneigenschaft .....	161
c) Mitteilung der Schwangerschaft .....	162
d) Ärztliche Untersuchungen im bestehenden Beschäftigungsverhältnis .....	163
3. Speicherung von Gesundheitsdaten in der Personalakte .....	164
III. Krankengespräche und Betriebliches Eingliederungsmanagement .....	164
1. Krankengespräche und Krankenrückkehrgespräche .....	164
2. Das Betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) .....	165
<b>E. Offenlegung von Beschäftigtendaten .....</b>	<b>168</b>
I. Einleitung .....	168
II. Interne Offenlegung .....	168
1. Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses .....	168
2. Andere Zwecke .....	169
III. Veröffentlichung von Bildnissen .....	170
IV. Veröffentlichung im Internet .....	172
1. Allgemeines .....	172
2. Social Media .....	172
3. Bewertungsportale .....	173
V. Unternehmenstransaktionen .....	174

Inhaltsverzeichnis

---

<b>F. Datenverarbeitung im Konzern</b> .....	175
I. Der datenschutzrechtliche Konzern .....	175
1. Begriff .....	175
2. Kein Konzernprivileg .....	176
II. Rechtsgrundlagen für die konzerninterne Datenverarbeitung .....	176
1. Erlaubnistatbestände .....	176
2. Auftragsverarbeitung im Konzern .....	178
3. Einzelfälle .....	179
a) Zentralisierung und Auslagerung des Personalmanagements ...	179
b) Personalaktenführung durch andere Konzernunternehmen .....	181
c) Konzerninterne Kontaktdatenverwaltung .....	181
d) Skill-Datenbanken im Konzern .....	182
III. Datenübermittlung an Konzernunternehmen in Drittländern .....	183
<b>G. Internationale Datenverarbeitung</b> .....	183
I. Räumlicher Anwendungsbereich der DS-GVO .....	183
II. Zweistufige Zulässigkeitsprüfung bei Drittstaatenbezug .....	185
III. Angemessenes Datenschutzniveau (Art. 45 DS-GVO) .....	186
IV. Angemessene Garantien (Art. 46 Abs. 2 und 3 DS-GVO) .....	186
V. Ausnahmen für bestimmte Fälle (Art. 49 DS-GVO) .....	188
<b>§ 6 Die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses</b> .....	191
<b>A. Datenverarbeitung zum Zwecke der Beendigung</b> .....	191
I. Zweckänderung bei der Verarbeitung vorhandener Daten .....	191
II. Die Beendigungsgründe im Einzelnen .....	192
1. Verhaltensbedingte Kündigung; Verdachtskündigung .....	192
2. Personenbedingte Kündigung .....	193
3. Betriebsbedingte Kündigung .....	194
4. Anhörung des Betriebsrats .....	195
5. Aufhebungsvertrag .....	196
6. Altersteilzeitvertrag .....	196
III. Erteilung eines Arbeitszeugnisses .....	197
IV. Outplacement-Beratung .....	198
<b>B. Datenverarbeitung nach der Beendigung</b> .....	198
I. Löschung und Aufbewahrung von Beschäftigtendaten .....	198
II. Offboarding .....	200
<b>Anhang</b> .....	201
<b>I. Checkliste zur Umsetzung des Datenschutzrechts im Beschäftigungskontext</b> .....	201
<b>II. Mustertexte</b> .....	203
1. Muster: Verpflichtungserklärung für Beschäftigte zur Einhaltung der Datenschutzgesetze .....	203

2. Muster: Antrag eines Beschäftigten auf Erteilung einer Auskunft nach Art. 15 DS-GVO .....	204
3. Muster: Antwortschreiben des Arbeitgebers auf das Auskunftsverlangen eines Beschäftigten .....	205
4. Muster: Information nach Art. 13 DS-GVO für Stellenbewerber .....	207
5. Muster: Information über die Datenverarbeitung im Rahmen eines Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) .....	209
6. Muster: Einwilligungserklärung des Beschäftigten in die Datenverarbeitung im Rahmen des Betrieblichen Eingliederungsmanagements (BEM) .....	211
7. Muster: Einwilligung eines Beschäftigten in die Verwendung von Fotografien .....	212
Stichwortverzeichnis .....	215