

Friederike Jawad

**Die Einwilligung  
und die Betriebsvereinbarung  
als Legitimationsgrundlagen im  
Beschäftigtendatenschutzrecht  
unter Geltung der EU-DSGVO**

**Die Einwilligung und die Betriebsvereinbarung  
als Legitimationsgrundlagen im  
Beschäftigtendatenschutzrecht unter Geltung der EU-DSGVO**

Von der Fakultät Wirtschaftswissenschaften der  
Leuphana Universität Lüneburg

zur Erlangung des Grades

- Dr. iur. -

genehmigte Dissertation von

Friederike Elisabeth Jawad

geboren am 22. Januar 1981 in Düsseldorf

Eingereicht am: 25.05.2020

Mündliche Verteidigung (Disputation) am: 12.02.2021

Erstbetreuer/in und

Erstgutachter/in:

Prof. Dr. Halfmeier

Zweitgutachter/in:

Prof. Dr. Schubert

Drittgutachter:

Prof. Dr. Roth

Erschienen unter dem Titel:

Die Einwilligung und die Betriebsvereinbarung als Legitimationsgrundlagen im Beschäftigtendatenschutzrecht unter Geltung der EU-DSGVO

Druckjahr: 2021

im Verlag: Shaker Verlag GmbH

Berichte aus der Rechtswissenschaft

**Friederike Jawad**

**Die Einwilligung und die Betriebsvereinbarung  
als Legitimationsgrundlagen im Beschäftigten-  
datenschutzrecht unter Geltung der EU-DSGVO**

Shaker Verlag  
Düren 2021

## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

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

Zugl.: Lüneburg, Univ., Diss., 2021

Copyright Shaker Verlag 2021

Alle Rechte, auch das des auszugsweisen Nachdruckes, der auszugsweisen oder vollständigen Wiedergabe, der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen und der Übersetzung, vorbehalten.

Printed in Germany.

ISBN 978-3-8440-8017-9

ISSN 0945-098X

Shaker Verlag GmbH • Am Langen Graben 15a • 52353 Düren

Telefon: 02421 / 99 0 11 - 0 • Telefax: 02421 / 99 0 11 - 9

Internet: [www.shaker.de](http://www.shaker.de) • E-Mail: [info@shaker.de](mailto:info@shaker.de)

*Meiner Familie*



---

# Inhaltsverzeichnis

<b>Problemaufriss</b> .....	<b>1</b>
<b>Teil 1: Die Entwicklung des Datenschutzrechts</b> .....	<b>5</b>
A. Von den Anfängen des Datenschutzrechts in den verschiedenen Rechtsquellen bis zur EU-Datenschutz-Grundverordnung und zum BDSG 2018 .....	5
I. Die Anerkennung eines Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz in Art. 8 Abs. 1 EMRK ....	5
II. Erste Ausprägungen des Datenschutzrechts auf europäischer Ebene .....	7
1. Die frühe Anerkennung eines Rechts auf Datenschutz durch den EuGH .....	7
2. Die Verabschiedung der Datenschutzrichtlinie .....	8
3. Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechtecharta .....	9
4. Die neuere Rechtsprechung des EuGH zum Datenschutz.....	10
a. Rechnungshof/ORF .....	11
b. Volker und Markus Schecke GbR u.a./Land Hessen...	12
c. Lindqvist .....	14
d. Google Spain .....	15
e. Breyer .....	16
III. Erste Datenschutzgesetze in Deutschland und die Anerkennung und Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung .....	17

1. Erste Datenschutzgesetze in Deutschland und die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung .....	17
2. Die weitere Ausprägung des Datenschutzrechts durch das BVerfG .....	20
a. Onlinedurchsuchungen.....	20
b. KFZ-Kennzeichenerfassung.....	22
c. Vorratsdatenspeicherung .....	23
d. Versicherungsvertragsbedingungen.....	24
IV. Eine neue Zeitrechnung: Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und das Bundesdatenschutzgesetz 2018 .....	25
B. Besonderheiten des Beschäftigtendatenschutzrechts .....	29
I. Das Beschäftigungsverhältnis als disparitätisches Vertragsverhältnis.....	29
II. Das besondere Informationsinteresse des Arbeitgebers und das widerstreitende Geheimhaltungsinteresse des Beschäftigten .....	32
III. Die gescheiterten Versuche einer umfassenden Kodifizierung des Beschäftigtendatenschutzrechts und die Regelungen nach neuem Recht .....	34
1. Kodifizierungsbestrebungen auf europäischer Ebene .....	35
2. Die Kodifizierungsbestrebungen auf nationaler Ebene....	38
3. Die nach neuem Recht für den Beschäftigtendatenschutz maßgeblichen Regelungen.....	42

---

<b>Teil 2: Die Grenzen der Datenverwendung auf Basis des § 26 Abs. 1 BDSG 2018 und das Bedürfnis nach der Einwilligung und der Betriebsvereinbarung als alternative Erlaubnistatbestände .....</b>	<b>47</b>
A. Das datenschutzrechtliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und die Einwirkung der Grundrechte auf den Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis .....	47
I. Die umstrittene Frage nach der Abgrenzung der Grundrechteordnungen .....	49
1. Die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta im voll determinierten Bereich .....	50
2. Die anwendbare Grundrechteordnung bei legislativen Umsetzungsspielräumen der Mitgliedstaaten .....	52
a. Die weite Auslegung der Voraussetzung der Durchführung des Unionsrechts.....	54
b. Die entgegenstehende Auffassung der engeren Auslegung einer Durchführung des Unionsrechts .....	56
aa. Die frühere Auffassung des BVerfG und der ihm folgenden Lehre .....	56
bb. Die neuere Rechtsprechung des BVerfG .....	57
c. Stellungnahme.....	59
II. Die Einwirkung der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse .....	60
1. Die zugunsten des Beschäftigten zu berücksichtigenden Grundrechtspositionen .....	67
2. Die auf Seiten des Arbeitgebers zu berücksichtigenden Grundrechtspositionen .....	68

III. Die gesetzlichen Erlaubnistatbestände .....	73
B. Der gesetzliche Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 1 S. 1 BSDG 2018 und das praktische Bedürfnis nach alternati- ven Erlaubnistatbeständen am Beispiel des Konzerndaten- transfers .....	76
I. Der unbestimmte Rechtsbegriff der datenschutzrecht- lichen Erforderlichkeit i.S.d § 26 BDSG 2018.....	76
II. Die Frage nach der „Erforderlichkeit“ in der Praxis am Beispiel des Konzerndatentransfers .....	81
1. Der Konzernbegriff in den verschiedenen Rechtsquellen	82
2. Beispiele für einen praktischer Bedarf der konzern- weiten Nutzung von Beschäftigendaten.....	84
3. Gesetzlich kodifizierte Erlaubnistatbestände zur Legitimation des Konzerndatentransfers .....	87
a. Rechtslage nach dem Bundesdatenschutzgesetz alter Fassung .....	89
aa. Abgrenzung zwischen privilegierter Auf- tragsdatenverarbeitung und zu rechtfertigen- der Funktionsübertragung.....	89
bb. Rechtfertigung gem. § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F.....	91
b. Rechtslage nach der EU-Datenschutz-Grundver- ordnung und dem Bundesdatenschutzgesetz 2018 .....	95
aa. Rechtfertigung des Konzerndatentransfers als privilegierte Auftragsverarbeitung .....	96
(1) Privilegierung der Auftragsverarbeitung.....	96
(2) Grenzen der privilegierten Auftragsver- arbeitung .....	100

---

(3) Stellungnahme.....	104
bb. Rechtfertigung des Konzerndatentransfers außerhalb der privilegierten Auftragsverar- beitung.....	106
(1) Rechtfertigung über Art. 4 Nr. 10 EU-DSGVO .....	106
(2) Legitimation des Konzerndatentransfers über § 26 Abs. 1 Nr. 1 BDSG 2018 .....	107
(3) Rückgriff auf die allgemeinen Normen der EU-Datenschutz-Grundverordnung .....	108
C. Stellungnahme .....	112
<b>Teil 3: Die Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis.....</b>	<b>115</b>
A. Die Einwilligung in den verschiedenen Rechtsquellen.....	116
B. Die Zweifel an der freien Entscheidung im Beschäfti- gungsverhältnis.....	120
I. Der Begriff der Freiwilligkeit.....	121
II. Meinungsstreit zur Freiwilligkeit unter der Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes alter Fassung .....	127
III. Freiwilligkeit unter Geltung des Bundesdatenschutzge- setzes 2018 .....	131
1. Gesetzliche Kriterien der Freiwilligkeit .....	133
a. Art des verarbeiteten Datums, Eingriffstiefe und Zeitpunkt der Einwilligungserteilung.....	133
b. Freiwilligkeit im Falle eines rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteils für den Beschäftigten.....	137

aa. Begriff des rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteils in anderen Rechtsquellen .....	139
bb. Weitergehende Anforderungen an die Freiwilligkeit .....	141
cc. Stellungnahme .....	144
c. Gleichgelagerte Interessen .....	144
aa. Gleichgelagerte Interessen außerhalb des betrieblichen Miteinanders .....	145
bb. Maßstab für die Bestimmung gleichgelagerter Interessen.....	149
cc. Stellungnahme .....	152
d. Freiwilligkeit außerhalb der gesetzlichen Regelbeispiele.....	153
aa. Gleichgültigkeit des Beschäftigten gegenüber der Datenverwendung.....	156
bb. Keine Einwilligung in nachteilige Datenverwendungen .....	157
e. Stellungnahme.....	163
IV. Die Einwilligung als Legitimationsgrundlage für den Konzerndatentransfer.....	164
<b>Teil 4: Die Betriebsvereinbarung als Gestaltungsinstrument im Beschäftigtendatenschutz .....</b>	<b>167</b>
A. Rechtsgrundlagen für ein Handeln der Betriebsparteien .....	170
I. Der Umfang der Regelungsbefugnis gem. Art. 88 Abs. 1 EU-DSGVO .....	172

1. Vollharmonisierung durch die EU-Datenschutz- Grundverordnung .....	173
2. Keine Vollharmonisierung des Beschäftigtendaten- schutzes.....	178
a. Mindestharmonisierung des Beschäftigtendaten- schutzes .....	182
b. Vollständige Bereichsausnahme zu Gunsten des Beschäftigtendatenschutzes .....	184
3. Stellungnahme .....	188
II. Zwischenergebnis .....	195
B. Umfang der Regelungsbefugnis der Betriebsparteien nach nationalem Recht .....	196
I. Die streitige Rechtslage nach altem Recht.....	197
1. Die Rechtsprechung .....	198
2. Meinungsstreit in der Lehre .....	201
a. Keine Unterschreitung des im Bundesdaten- schutzgesetz alter Fassung kodifizierten Schutz- niveaus.....	201
b. § 4 Abs. 1 BDSG a.F. als Öffnungsklausel für eigenständige Regelungen .....	204
II. Übertragung auf die Rechtslage nach neuem Recht .....	207
1. Grenzen der Betriebsautonomie .....	209
a. Die Rechtsprechung des BAG.....	209

b. Die herrschende Auffassung und die Kritik an der umfassenden Regelungsbefugnis der Betriebsparteien .....	213
c. Weitere Ansätze in der Lehre zur Regelungsbefugnis der Betriebsparteien.....	215
aa. Schutzzwecklehre .....	216
bb. Ordnungsfunktion der Betriebsverfassung .....	219
cc. Betriebsautonomie als private Rechtssetzung .....	221
dd. Betriebsautonomie als staatlich delegierte Regelungsmacht.....	225
ee. Gesetzlich gestaltete Gruppenautonomie .....	227
ff. Lehre vom Verbandsbeitritt der Arbeitnehmer ..	228
gg. Der Arbeitsvertrag als Legitimationsgrundlage und Begrenzung für das Handeln der Betriebsparteien.....	233
d. Stellungnahme.....	237
2. Ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen ....	246
3. Materielle Schranken der Regelungsbefugnis .....	250
a. Materielle Vorgaben gem. Art. 88 Abs. 2 EU-DSGVO .....	251
b. Materielle Vorgaben des § 75 Abs. 2 BetrVG.....	256
III. Legitimation des Konzerndatentransfers durch Betriebsvereinbarung .....	258
IV. Zwischenergebnis .....	261

---

<b>Teil 5: Zusammenfassung und Ergebnis .....</b>	<b>265</b>
A. Einwirkung der Grundrechte auf das Datenschutzrecht.....	265
B. Die Legitimation der Datenverarbeitung gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG 2018.....	267
C. Die Einwilligung.....	268
D. Die Betriebsvereinbarung.....	272
E. Konzerndatentransfer .....	274
I. Legitimation mittels Auftragsverarbeitung .....	274
II. Legitimation mittels § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG 2018.....	275
III. Legitimation mittels Einwilligung des Beschäftigten.....	276
IV. Legitimation mittels Konzernbetriebsvereinbarung .....	277
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>279</b>