

Artikel 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.

(2) Diese Vorschriften umfassen geeignete 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, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.

Erwägungsgründe

Erwägungsgrund 155

Im Recht der Mitgliedstaaten oder in Kollektivvereinbarungen (einschließlich „Betriebsvereinbarungen“) können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen, über die Verarbeitung dieser Daten 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 sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

Kommentierungen

Übersicht

	Rn.
I. Regelungsinhalt des Art. 88 DSGVO: Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber	1 – 4
II. Öffnungsklausel für den Beschäftigtendatenschutz (Absatz 1)	5 – 19
1. Begriff des Beschäftigten	5, 6
2. Regelungsgegenstände	7 – 9
3. Regelungsmittel: Gesetzliche Vorschriften und Kollektivvereinbarungen	10 – 19
III. Grenzen der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten (Absatz 2)	20 – 35
1. Spezifische Vorschriften	20
2. Keine Absenkung des Schutzniveaus	21 – 23
3. Hebung des Schutzniveaus	24 – 34
4. Anforderungen an Kollektivvereinbarungen	35
IV. Notifizierungspflicht (Absatz 3)	36 – 39
1. Meldung der Rechtsvorschriften	36 – 38
2. Keine Meldung der Kollektivvereinbarungen	39
V. Rechtslage in Deutschland zum Beschäftigtendatenschutz seit 25. Mai 2018	40 – 70
1. Beschäftigte bayerischer öffentlicher Stellen	40 – 63
a) Arbeitnehmer bayerischer öffentlicher Stellen	40 – 60
aa) Art. 4 Abs. 1 BayDSG	41 – 44
bb) Gesetzliche Verpflichtung (Verpflchtungsnormen gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. c, Abs. 3 DSGVO)	45, 46
cc) Tarifverträge und Dienstvereinbarungen	47 – 50
dd) Zulässigkeitsvorschriften unmittelbar auf Grund der DSGVO	51 – 60
aaa) Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. b DSGVO (Erfüllung eines Vertrages)	52
bbb) Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a, Art. 7 DSGVO (Einwilligung)	53 – 60
b) Beamte bayerischer öffentlicher Stellen	61 – 63
2. Beschäftigte öffentlicher Stellen des Bundes und nicht öffentlicher Stellen	64 – 70
a) Arbeitnehmer öffentlicher Stellen des Bundes und nicht öffentlicher Stellen	64 – 68
b) Bundesbeamte	69, 70

I. Regelungsinhalt des Art. 88 DSGVO: Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber

- Art. 88 DSGVO enthält eine (fakultative) Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten. 1
- Ab 25. Mai 2018 wird für den Beschäftigtendatenschutz in Deutschland grundsätzlich die DSGVO gelten. Spezielle Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz gibt es in der DSGVO nicht. Lediglich einzelne Vorschriften erwähnen Arbeitsverhältnisse (wie Art. 9 Abs. 2 Buchst. b und h DSGVO). 2
- Nach Art. 88 DSGVO (in Verbindung mit Erwägungsgrund 155) können die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften des nationalen Gesetzgebers oder durch Kollektivvereinbarungen bereichsspezifische Datenschutzvorschriften hinsichtlich der „Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext“ schaffen oder aufrechterhalten. 3
- Ohne Bedeutung ist, dass im Erwägungsgrund 155 von „spezifischen Vorschriften“ gesprochen wird, während Art. 88 Abs. 1 den Komparativ „spezifischere Vorschriften“ verwendet. 4

II. Öffnungsklausel für den Beschäftigtendatenschutz (Absatz 1)

1. Begriff des Beschäftigten

- Der auch an anderer Stelle in der DSGVO verwendete Begriff des Beschäftigten (vgl. Art. 9 Abs. 2 Buchst. h, Art. 37 Abs. 6) wird in der DSGVO nicht eigens definiert. Zum europäischen Beschäftigtenbegriff, wie er sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt, gehören nicht nur Arbeitnehmer, sondern alle abhängig Beschäftigten, also z. B. auch Beamte, Bewerber, Auszubildende und Praktikanten. 5
- Schon das bisherige Bundesdatenschutzgesetz ging in § 3 Abs. 11 von diesem Personenkreis aus. Man kann daher sagen, dass der deutsche Gesetzgeber für den im bisherigen § 3 Abs. 11 BDSG genannten Personenkreis (ab 25. Mai 2018: § 26 Abs. 8 BDSG n. F.) bereichsspezifische Datenschutzbestimmungen schaffen bzw. aufrechterhalten und ändern kann. 6

2. Regelungsgegenstände

- Der Begriff Beschäftigungskontext bedeutet, dass alle Themen geregelt werden können, die das Beschäftigungsverhältnis berühren, auch wenn sie nicht unmittelbar die Erfüllung des Arbeitsvertrages oder des sonstigen Beschäftigungsverhältnisses betreffen, z. B. die Videoüberwachung im Interesse des Personen- und Objektschutzes. 7
- Art. 88 Abs. 1 DSGVO zählt beispielhaft Regelungsgegenstände für den nationalen Gesetzgeber und für Kollektivvereinbarungen auf. Die Verarbeitung per- 8

Art. 88 DSGVO

sonenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext kann insbesondere für folgende Zwecke geltend werden:

- Einstellung (z. B. Personalfragebögen),
 - Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten,
 - Management,
 - Planung und Organisation der Arbeit (z. B. Arbeitszeiterfassung),
 - Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz,
 - Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz,
 - Schutz des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden (z. B. durch Videoüberwachung),
 - Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen,
 - Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.
- 9 Zusätzlich erwähnt Erwägungsgrund 155 als Thema die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage einer Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen.

3. Regelungsmittel: Gesetzliche Vorschriften und Kollektivvereinbarungen

- 10 **a)** Die bereichsspezifischen Regelungen können zum einen durch gesetzliche Vorschriften erfolgen, wozu auch Rechtsverordnungen gehören (soweit verfassungsrechtlich zulässig, beim Bund nach Art. 80 GG, in Bayern nach Art. 55 Nr. 2 Satz 3 BV).
- 11 **b)** Die bereichsspezifischen Regelungen können zum anderen auch durch Kollektivvereinbarungen geschaffen werden. Hierzu gehören neben Tarifverträgen auch Dienst- und Betriebsvereinbarungen, was durch die ausdrückliche Erwähnung von Betriebsvereinbarungen im Erwägungsgrund 155 bestätigt wird.
- 12 Allerdings setzt der Erlass spezifischer Vorschriften durch Kollektivvereinbarungen voraus, dass das nationale Recht Kollektivvereinbarungen (Tarifverträge bzw. Betriebs- und Dienstvereinbarungen) für das Thema Datenschutz erlaubt.
- 13 Dies ergibt sich zum einen aus dem Gesichtspunkt, dass Art. 88 davon spricht, dass „die Mitgliedstaaten“ durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften vorsehen können. Zum anderen werden Kollektivvereinbarungen nur in Art. 88 genannt, nicht als Zulässigkeitstatbestand in Art. 6 Abs. 1.
- 14 **c)** Im deutschen Recht können durch Tarifverträge Regelungen über betriebliche Fragen geschlossen werden (§ 1 Abs. 1 TVG); hierzu gehört auch der Datenschutz im Betrieb. Dabei sind datenschutzrechtliche Regelungen in Tarif-

verträgen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich, wenn der Tarifvertrag den Arbeitgeber bindet, da nur er verantwortliche Stelle im Sinn des Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist. Ob und wie die Arbeitnehmer organisiert sind, ist nicht relevant. Dies ergibt sich auch aus § 3 Abs. 2 TVG, wonach Rechtsnormen des Tarifvertrags über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen für alle Betriebe gelten, deren Arbeitgeber tarifgebunden ist.

d) Die Dienst- und Betriebsvereinbarungen müssen sich innerhalb der vom jeweiligen Personalvertretungsgesetz bzw. vom Betriebsverfassungsgesetz gewährten Regelungsautonomie halten. 15

Nach dem Bayer. Personalvertretungsgesetz sind Dienstvereinbarungen im Rahmen des Art. 73 Abs. 1 BayPVG zulässig. Datenschutzrechtlich relevant sind vor allem die Mitbestimmungstatbestände Art. 75 Abs. 4 Nr. 10, 11, 13, Art. 75a BayPVG. 16

Nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz sind Dienstvereinbarungen nach § 73 Abs. 1, § 75 Abs. 3 Nr. 8, 9 und 17, § 76 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 8 BPersVG zulässig. 17

Nach dem Betriebsverfassungsgesetz sind Betriebsvereinbarungen im Rahmen des § 77 BetrVG zulässig. Inhaltlich gilt § 75 Abs. 2 BetrVG, wonach Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben. Datenschutzrechtlich relevant ist vor allem der Mitbestimmungstatbestand § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. 18

e) Als Themen für Dienst- und Betriebsvereinbarungen bieten sich insbesondere Personalfragebögen, Personalverwaltungsverfahren, Zeiterfassung, Telefondatenerfassung, Internetnutzung, Videoüberwachung, Zugangskontrollen und Telearbeit an. 19

III. Grenzen der Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten (Absatz 2)

1. Spezifische Vorschriften

Die DSGVO erlaubt „spezifische“ Vorschriften. Das sind auf jeden Fall Vorschriften, die den Bereich „Beschäftigtenkontext“ konkretisieren. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die nationalen Rechtsvorschriften und die Kollektivvereinbarungen vom Schutzniveau der DSGVO abweichen können, also ob das Datenschutzniveau der DSGVO gesenkt oder gehoben werden kann. 20

2. Keine Absenkung des Schutzniveaus

Unstreitig ist eine Absenkung des Schutzniveaus der DSGVO unzulässig (so auch Düwell/Brink, NZA 2016, 665, 666; Gola/Pöppers/Thüsing, RDV 2016, 57, 59; Jerchel/Schubert, DuD 2016, 782, 783 f., Körner, NZA 2016, 1383; Kort, DB 2016, 711, 714 f.; Kort, ZD 2016, 555, 557; Maschmann in Kühling/Buchner, 21

Art. 88 DSGVO

DSGVO, Art. 88 Rn. 40; Selk in Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl., Art. 88 Rn. 75; Spelge, DuD 2016, 775, 776, 778; Wibytul/Pötters, RDV 2016, 10, 15). Nach Art. 88 Abs. 2 DSGVO müssen die nationalen (gesetzlichen oder kollektivrechtlichen) Vorschriften geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen, wobei dies insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz gilt.

- 22 Wenn allerdings die DSGVO dem nationalen Gesetzgeber Beschränkungen der Rechte der Betroffenen erlaubt (wie z. B. in Art 23 Abs. 1 DSGVO), gilt dies sinngemäß auch für Rechtsvorschriften des nationalen Gesetzgebers zum Beschäftigtendatenschutz.
- 23 Vorschriften, die Art. 88 Abs. 2 DSGVO nicht beachten, sind aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts ohne weiteres unanwendbar.

3. Hebung des Schutzniveaus

- 24 a) Hingegen ist es zulässig, dass durch den nationale Gesetzgeber bzw. durch Kollektivvereinbarungen das Schutzniveau der DSGVO gehoben werden kann, da Art. 88 eine Ausnahme vom Grundsatz der Vollharmonisierung (vgl. Art. 1 Abs. 3 und ErWG 10) darstellt. Diese Frage ist umstritten. Die hier vertretene Auffassung wird geteilt durch Gola, RDV 2017, 25, 28; Körner, NZA 2016, 1383; Kort, ZD 2017, 319, 321 f. und DB 2016, 711, 714; Nolte in Gierschmann u. a., DSGVO, Art. 88 Rn. 22; Pauly in Paal/Pauly, DSGVO, Art. 88 Rn. 4; Selk in Ehmann/Selmayr, DSGVO, in 1. Aufl. 2017, Art. 88 Rn. 5, 61, 62; Stauner/Kuhnke in Plath, DSGVO, Art. 88 Rn. 7; Taeger/Rose, BB 2016, 819, 830; Thüsing/Traut in Schwartmann u. a., DSGVO/BDSG, Art. 88 Rn. 6–12; Traut, RDV 2016, 312, 314. Ein andere Teil der Literatur verneint die Möglichkeit, strengere Regelungen vorzusehen: Pötters in Gola, DSGVO, Rn. 2; Maschmann, DB 2016, 2480, 2482 ff.; Maschmann in Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 88 Rn. 32–40; Selk in Ehmann/Selmayr, DSGVO, in 2. Aufl. 2018, Art. 88 Rn. 76–88; Spelge, DuD 2016, 775, 776, 778.
- 25 Eine endgültige Entscheidung dieser umstrittenen Frage könnte nur durch den Europäischen Gerichtshof erfolgen.
- 26 b) Die wörtliche Auslegung des Begriffs „spezifischere Vorschriften“ (so in Art. 88 Abs. 1) bzw. „spezifische Vorschriften“ (so in ErWG 155) bringt keine Klärung. „Spezifischere“ bzw. „spezifische“ Vorschriften sind spezielle, ins Einzelne gehende Regelungen, die auf die Materie des Beschäftigtendatenschutzes bezogen sind und die Lösungen für die besonderen Probleme dieser Materie geben sollen. Ob die Vorschriften im Verhältnis zu den Regelungen der DSGVO Verschärfungen bringen dürfen, geht daraus nicht hervor.
- 27 c) Für die Auffassung, dass das Schutzniveau der DSGVO gehoben werden kann, spricht der Gesichtspunkt, dass in Art. 88 Abs. 1 DSGVO die im ur-

sprünglichen Entwurf der Kommission vom 25.1.2012 (zum damaligen Art. 82) enthaltene Einschränkung „in den Grenzen dieser Verordnung“ verzichtet wurde. Auch ErwG 155 enthält diese Einschränkung nicht, anders als bei anderen Öffnungsklausel (wie in ErwG 149 zu Art. 84, ErwG 162 zu Art. 89 und ErwG 164 zu Art. 90, ähnlich ErwG 98 zu Art. 40).

d) Als Gegenargument wird vorgetragen (Maschmann, a.a.O. Spelge, a.a.O.), dass in Fällen, in denen die DSGVO weitergehende Abweichungen zulassen will, sie ausdrücklich „Abweichungen und Ausnahmen“ (so in Art. 85 Abs. 2) oder „Ausnahmen“ (so in Art. 89 Abs. 2 und Erwägungsgrund 156, Satz 5) erlaubt. Dazu ist zu sagen, dass die DSGVO beim Beschäftigtendatenschutz nicht nur einige Abweichungen und Ausnahmen von bestimmten Kapiteln bzw. Artikeln erlaubt, sondern eine Öffnungsklausel für ein ganzes Rechtsgebiet vorsieht. 28

e) Entscheidend ist ein kompetenzrechtlicher Gesichtspunkt, worauf Körner (a.a.O. Rn. 24) hinweist. Es handelt sich beim Beschäftigtendatenschutz um eine Querschnittsmaterie aus Datenschutz- und Arbeitsrecht. Die EU kann aber für das Arbeitsrecht nur Richtlinien mit Mindestvorschriften erlassen (Art. 153 Abs. 2 UAbs. 1 Buchst. b AEUV), im Gegensatz zum Datenschutzrecht (Art. 16 Abs. 2 AEUV). In Art. 153 Abs. 4 AEUV wird ausdrücklich bestimmt, dass die aufgrund des Art. 153 AEUV erlassenen Bestimmungen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen. Damit ist der EU in diesem Bereich eine Vollharmonisierung durch VO verwehrt. Eine Höchstgrenze für arbeitsrechtlichen Schutz in einer EU-Verordnung wäre nicht zulässig. Konsequenterweise ist deshalb die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO vorgesehen worden. 29

f) Die sog. „ASNEF-Entscheidung“ des EuGH steht nicht entgegen (EuGH, Urt. vom 24.11.2011, C-468/10; DuD 2012, 370; RDV 2012, 22). Damals hatte der EuGH zu Art. 7 Buchst. f EG-Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46) entschieden, dass es unzulässig sei, dass das spanische Recht zu den Anforderungen des Art. 7 Buchst. f an die Zulässigkeit der Datenverarbeitung die Erfüllung eines weiteren, einschränkenden Kriteriums verlangt. Aus dem Wortlaut des Art. 7 und dem Ziel, ein gleichwertiges Schutzniveau in allen Mitgliedstaaten sicherzustellen (Vollharmonisierung), ergebe sich, dass Art. 7 eine erschöpfende und abschließende Liste der Fälle vorsieht, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann. Es dürften nicht durch zusätzliche Bedingungen die Tragweite der sechs in diesem Art. 7 vorgesehenen Grundsätze verändert werden. Art. 7 Buchst. f habe unmittelbare Wirkung. 30

Der hier vorliegende Fall ist aber anders gelagert. Zum einen bestand bei der „ASNEF-Entscheidung“ des EuGH kein arbeitsrechtlicher Bezug und damit kein Bezug zu Art. 153 AEUV. Zum anderen wird in Art. 88 DSGVO den Mitgliedstaaten als Ausnahme von der ansonsten bezweckten Vollharmonisierung ausdrücklich die Möglichkeit zu eigenen Regelungen eröffnet. 31