

Inhaltsübersicht

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

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Prolog	1
A. „So treu wie möglich, so frei wie nötig“ – <i>eine Maxime des kollektivautonomen Datenschutzes?</i>	1
B. Abdruck Art. 88 DSGVO	3
C. Stand der Diskussion	3
D. DSGVO-Risiken	4
E. Gang der Untersuchung	6
F. Rechtsquellen und Prüfungsmaßstäbe im Mehrebenensystem	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
A. Funktion der Kollektivvereinbarung im Beschäftigtendatenschutz	13
B. Kollektiver Beschäftigtendatenschutz vor Art. 88 DSGVO	15
C. Genese des Art. 88 DSGVO: drei Gesetzgeber, zwei Zwecke, eine Öffnungsklausel	16
I. Zwei Zwecke: Ideal und Umsetzbarkeit	17

1. Binnenmarktauglicher Beschäftigtendatenschutz.	17
2. Integrationsfortschritt durch Zurückhaltung	18
II. Eine Öffnungsklausel: Datenschutzverordnung mit Richtliniencharakter ..	20
D. Fazit: Kompromiss durch Hybridisierung	22
§ 2: Kollektivvereinbarungen gem. Art. 88 Abs. 1 DSGVO.....	25
A. Anwendungsbereich des Art. 88 Abs. 1 DSGVO.....	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. Nationale Wirksamkeitsvoraussetzungen und Besonderheiten	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. Fazit: Gestaltungsspielräume vorgesehen	41
§ 3: Kollektive Gestaltungsspielräume in Art. 88 DSGVO	43
A. Abweichen durch „spezifischere Vorschriften“ in Kollektivvereinbarungen	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
B. <i>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
C. <i>Fazit: Abweichungen unter Beachtung des prinzipiellen Schutzniveaus zulässig</i>	100

§ 4: Wirksame Gestaltung von Kollektivvereinbarungen	103
A. <i>Korrigierter Wirksamkeitsmaßstab: Geeignetheit oder Angemessenheit?</i>	103
I. Tragweite des Corrigendum 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
B. <i>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. Methode: die Gestaltungskontrolle	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) Relevanter 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: aa) Anerkannter Nutzen für das Privatrecht	146
bb) Verwaltungsrechtsspezifische Zielsetzung: unverhältnismäßige Tarifkontrolle?	147
(1) Keine Tarifzensur	148
(2) Keine unverhältnismäßige Tarifkontrolle	148
IV. Zusammenfassung: Ausgleich von Rechtsschutz und Gestaltungsbefugnis	150

D. Fazit: Wirksame Kollektivvereinbarungen mittels der Gestaltungskontrolle	150
§ 5: Praktische Gestaltungsvorschläge	153
A. Normen mit Restrisiko oder geringerem Risiko	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) Präzisierungsobliegenheit 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
B. Normen mit einfachem Risiko	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. Gefährdende Normen	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. Annex: COVID-19	205
E. Fazit: Praxistauglichkeit der Gestaltungskontrolle	207

§ 6: Gesamtergebnis	209
A. Erstens: <i>Umsetzbarkeit vor Einheitlichkeit</i>	209
B. Zweitens: <i>begrenzte mitgliedstaatliche Anforderungen</i>	210
C. Drittens: <i>schutzniveauwahrende Abweichungen</i>	210
D. Viertens: <i>maßgeschneiderte Kollektivvereinbarungen mithilfe der Gestaltungskontrolle</i>	212
E. Fünftens: <i>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