

Prof. Peter Gola und Rechtsanwalt Christoph Klug*

Die Entwicklung des Datenschutzrechts

Dieser Beitrag knüpft an die seit der Verabschiedung des ersten BDSG regelmäßig erfolgende Darstellung des Datenschutzrechts – zuletzt Gola/Klug NJW 2020, 2774 – an. Er bietet einen Überblick über aktuelle Schwerpunktthemen dieser Querschnittsmaterie vor allem des zweiten Halbjahres 2020. Neben coronabedingten Datenschutzfragen stand im Berichtszeitraum naturgemäß auch die datenschutzgerechte Digitalisierung im Vordergrund. Besonders betrachtet wurde neben dem allgemeinen Datenschutzrecht der Datenschutz bei elektronischer Kommunikation und im Beschäftigungsverhältnis.

I. Einleitung

[1] Nachdem der BfDI bereits die Ursprungsversion der Corona-Warn-App lediglich als ausreichend bezeichnet hatte,¹ sind die inzwischen vereinzelt vernehmbaren Rufe danach, die App durch einen Verzicht auf Datenschutz zu effektivieren, bislang unberücksichtigt geblieben.² Auch unabhängig von der Pandemie steht aktuell ein datenschutzgerechter Umgang mit Gesundheitsdaten mit im Fokus.³

[2] Dass Krisenzeiten auch Innovationen begünstigen und beschleunigen können, zeigt sich zum Beispiel an der rasanten Zunahme von Home-Office-Lösungen, die für Arbeitgeber hinsichtlich der Büroarbeit derzeit sogar vorgeschrieben sind, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen und der Beschäftigte damit einverstanden ist.⁴ Thematisiert werden unter anderem die dabei für den Beschäftigten – auch datenschutzrechtlich – bestehenden Haftungsfragen.⁵

[3] Auch in der Judikative schreitet die Digitalisierung voran, was sich unter anderem an einer Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen Verfahren manifestiert.⁶ Angesichts der allgemeinen Verbreitung dieser Technik werden in der Literatur datenschutzrechtliche Fragestellungen sowohl hinsichtlich der Auswahl⁷ als auch bei der Einrichtung und Verwendung⁸ von Videokonferenztools behandelt. Gleichartige Fragen ergeben sich bei der Digitali-

sierung der Tätigkeit der Mitarbeitervertretung.⁹ Mit Blick auf den Stand der Technik wird die Praxis einiger Datenschutzaufsichtsbehörden¹⁰ bei der Bewertung von Videokonferenzlösungen analysiert.¹¹

* Der Autor Gola ist Ehrenvorsitzender der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit eV (GDD). Der Autor Klug ist Rechtsanwalt in Köln.

1 S. bereits Gola/Klug NJW 2020, 2774 Rn. 1, 11; zur App als Beispiel für Privacy by Design Dix DUD 2020, 779.

2 Allgemein zu pandemiebedingten Herausforderungen für den Datenschutz Bremert/Hansen/Körffer/Polenz DuD 2020, 791; zur Datenschutzüberwachung in Krisenzeiten Potthoff/Merkle ZD 2020, 614; zur Transparenz von Infektionszahlen Engelbrecht ZD 2020, 611.

3 Zur elektronischen Patientenakte s. nachstehend Rn. 5; zur Gesundheits-App auf Rezept und der Datenschutzprüfung gem. dem DVG Schreiber/Gottwald ZD 2020, 385; zu den Perspektiven datengetriebener Gesundheitsforschung unter DS-GVO und DVG s. Martini/Hohmann NJW 2020, 3573; zur noch zu überprüfenden Verfassungsmäßigkeit des DVG vgl. BVerfG ZD 2020, 412; krit. zu Datenschutz und IT-Sicherheit nach DVG und PDSG Schrahe/Städter DuD 2020, 713.

4 S. § 2 IV der befristet geltenden Corona-ArbSchV (BAnz. AT 22.1.2021 V1); s. auch nachstehend Rn. 16 f.

5 Vgl. Kurzböck efarbeitsrecht.net/datenschutz-im-home-office.

6 Vgl. Frey/Schnebbe ZD 2020, 502.

7 John/Wellmann DuD 2020, 506.

8 John/Wellmann DuD 2020, 606.

9 Vgl. Jesgarzewski AuA 2020, 456; zur befristeten gesetzlichen Erlaubnis bei Sitzungen der Personalvertretungen s. bereits Gola/Klug NJW 2020, 2774 Rn. 18.

10 DSK Orientierungshilfe, 23.10.2020 abrufbar unter datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen.

11 Gerling/Gerling/Hessel/Petrlic DuD 2020, 740.

II. Das allgemeine Datenschutzrecht

[4] Der erste Evaluierungsbericht der EU-Kommission zur Anwendung der DS-GVO¹² ist erwartungsgemäß nicht unkritisiert geblieben. Moniert werden unter anderem die fehlende Korrektur bereits erkennbarer Fehlentwicklungen und eine unzureichende Evaluation der aufsichtsbehördlichen Zusammenarbeit und Kohärenz.¹³ Gleichwohl entfaltet die DS-GVO zunehmend ihre Wirkung. Aufsichtsbehörden positionieren sich mehr und mehr und auch einschlägige Gerichtsentscheidungen liegen inzwischen vor.¹⁴ In der Literatur wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass es bis zur Vollharmonisierung noch ein weiter Weg ist.¹⁵

[5] Kürzlich hat der BfDI seine Kritik an dem im Oktober 2020 in Kraft getretenen Patientendaten-Schutz-Gesetz (PDSG) bekräftigt. Seiner Auffassung nach verstößt die Einführung der elektronischen Patientenakte (ePA) ausschließlich nach den Vorgaben des PDSG an wichtigen Stellen gegen die DS-GVO. Vor diesem Hintergrund hat er die seiner Aufsicht unterliegenden gesetzlichen Krankenkassen mit rund 44,5 Mio. Versicherten formell vor einem europarechtswidrigen Verhalten gewarnt.¹⁶

[6] Immer wieder und auch in immer neuen Zusammenhängen wird die datenschutzrechtliche Einwilligung diskutiert.¹⁷ Grundsätzlich hält der *EuGH*¹⁸ fest, dass Art. 2 Buchst. h und Art. 7 Buchst. a RL 95/46/EG sowie Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 I Buchst. a der DS-GVO es dem für die Verarbeitung Verantwortlichen auferlegen, nachzuweisen, dass die betroffene Person ihre Einwilligung in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten durch aktives Verhalten bekundet hat und dass sie vorher eine Information¹⁹ über alle Umstände im Zusammenhang mit dieser Verarbeitung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache erhalten hat. Aktuell wird unter anderem erörtert, welche Anforderungen an Einwilligungen in Krisenzeiten zu stellen sind.²⁰ Im Fokus steht die Einwilligung vielfach auch bei modernen Verarbeitungsformen, zum Beispiel im Kontext personalisierter Preisgestaltungen.²¹ Im Hinblick auf den Datenschutz bei Zukunftsmodellen²² wird sogar die Frage aufgeworfen, ob derartige Datenverarbeitungen nur noch mit Einwilligung möglich sein werden.

[7] Eines datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsstatbestands bedarf auch die Verwendung personenbezogener Mobilitätsdaten. Dies gilt beispielsweise für die Überwachung von Fahrzeug und Fahrer²³ sowie die intelligente Mobilitätssteuerung im Straßenverkehr.²⁴ Mit Blick auf die Auftragsverarbeitung wird diskutiert, ob Ordnungsbehörden Cloud-Lösungen mit Drittlandbezug verwehrt sind.²⁵ Sollen besonders risikobehaftete Datenverarbeitungen durchgeführt werden, bedarf es zuvor einer Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 35 DS-GVO.²⁶

[8] Die Zulässigkeitsnormen der DS-GVO werden durch Datenschutzgrundsätze und -mechanismen flankiert. Der Grundsatz des Datenschutzes durch Technik (Data Protection by Design) dient der Umsetzung der notwendigen technischen und organisatorischen Maßnahmen sowohl bei der Konzipierung der Verarbeitungsvorgänge als auch zum Zeitpunkt der Verarbeitung. Normadressaten des Art. 25 DS-GVO sind die Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Nach Erwägungsgrund 78 DS-GVO sollten die Hersteller

der Produkte, Dienste und Anwendungen aber ermutigt werden, das Recht auf Datenschutz bei der Entwicklung und Gestaltung der Produkte, Dienste und Anwendungen zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) zu Art. 25 DS-GVO²⁷ werden Risiken für DS-GVO-Verantwortliche im Einkaufsverhältnis mit Produzenten beleuchtet.²⁸

[9] Immer mehr Literaturstimmen thematisieren die datenschutzrechtliche Zertifizierung nach Art. 42 DS-GVO.²⁹ Dargestellt werden zum Beispiel der aktuelle Stand, Abläufe³⁰ und Prüfverfahren³¹ sowie Praxiserfahrungen.³² Erörtert wird auch die Frage, ob die Zertifizierung einen tatsächlichen Mehrwert hat oder ob es sich lediglich um ein Marketinginstrument handelt.³³

[10] Seit dem wegweisenden *EuGH*-Urteil *Google Spain* wird das Recht auf Vergessenwerden durch die Rechtsprechung³⁴ immer wieder in seinen Konturen geschärft.³⁵ Für Ansprüche nach dem BDSG³⁶ ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben.³⁷ Die Frage, ob die Regelungen in Kapitel VIII, insbesondere in Art. 80 I und II sowie Art. 84 I DS-GVO nationalen Regelungen entgegenstehen, die Verbraucherschutzverbände zur Verfolgung von Datenschutzverstößen berechtigen, hat der *BGH*³⁸ dem *EuGH* zur Vorabentscheidung vorgelegt.

III. Der Datenschutzbeauftragte

[11] Im Berichtszeitraum erschienene Tätigkeitsberichte der Aufsichtsbehörden behandeln die Stellung des Daten-

12 Hierzu *Heberlein* ZD 2020, 487.

13 Vgl. etwa HmbBfDI, Pressemit. v. 25.6.2020, abrufbar unter datenschutz-hamburg.de/pressemitteilungen

14 Überblick bei *Petri* DuD 2020, 810.

15 *Burgenmeister* PinG 2020, 167.

16 BfDI Pressemit. v. 19.8.2020.

17 Vgl. EDSA Leitlinien 5/20 unter edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_de.

18 *EuGH* ECLI:EU:C:2020:901 = BeckRS 2020, 30027.

19 Zur Widerruflichkeit und fehlender Belehrung *Ernst* ZD 2020, 383.

20 *Ruscheimer* ZD 2020, 618.

21 Hierzu *Hofmann/Freiling* ZD 2020, 331; zum Profiling bei digitalen Preisen *Linderkamp* ZD 2020, 506.

22 Zur frühzeitigen Einwilligung bei Geriatrie-Anwendungen *Steinrötter* ZD 2020, 336.

23 *Lüdemann/Knollmann* ZD 2020, 403; zu datenschutzrechtlichen Herausforderungen auf dem Weg zum automatisierten Fahren *Lutz* ZD 2020, 450.

24 Vgl. *Bretthauer/Schmitt* ZD 2020, 341; *Jochum* ZD 2020, 497.

25 *Seidel* ZD 2020, 455; zum Verhältnis zwischen Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter vgl. EDSA Guidelines 7/20, abrufbar unter edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_de.

26 *Nägele/Petrljic/Schemmel* DuD 2020, 719.

27 EDSA Guidelines 4/2019, abrufbar unter link in Fn. 25.

28 *Potthoff* ZD 2020, 348.

29 Vgl. etwa *Maijer/Pawlowska/Lins/Sunyaev* ZD 2020, 445.

30 *Krasemann* DuD 2020, 645.

31 *Prietz/Rost/Stoll* DuD 2020, 654.

32 *Gühr/Karper/Maseberg* DuD 2020, 649.

33 *Dolle/Herlinghaus/Corbe* DuD 2020, 641.

34 Vgl. *BVerfG* NJW 2020, 300 – Recht auf Vergessen I; *BVerfG* NJW 2020, 314 – Recht auf Vergessen II sowie *BGH* GRUR 2020, 1344 – Apollonia Prozess II.

35 Vgl. auch *Grages* K & R 2020, 726.

36 Zur Datenlöschung vgl. *Stürmer* ZD 2020, 626; zum Recht auf Auskunft vgl. *Weik/Diehl* DuD 2020, 729.

37 *BfHE* 268, 489 = NJW 2020, 2135.

38 *BGH* ZD 2020, 589 mAnm *Eickhoff/Woger* ZD 2020, 593.

schutzbeauftragten. Der TlFDI³⁹ hält daran fest, dass die Tätigkeit als IT-Sicherheitsbeauftragter und als Datenschutzbeauftragter in Personalunion auch nach Inkrafttreten der DS-GVO zu unzulässigen Interessenkonflikten führt. Mit den für die Wahrnehmung des Datenschutzbeauftragten benötigten sprachlichen Fähigkeiten hatte sich der SächsDSB⁴⁰ zu befassen. Dabei fordert er für den Regelfall, dass der Datenschutzbeauftragte die beim Verantwortlichen übliche Sprache und Schriftsprache beherrscht und gebraucht. Die Benennung einer juristischen Person als betrieblichen Datenschutzbeauftragten bewertet er als grundsätzlich zulässig. Demgemäß hatte er keine Bedenken, dass ein Verband der Wohnungswirtschaft für seine Mitgliedsunternehmen als Datenschutzbeauftragter fungiert, sofern das bei dem Verband hierfür namentlich benannte „Datenschutzbeauftragtenteam“ sämtliche Voraussetzungen des Kapitels IV, Abschnitt 4 der DS-GVO erfüllt. Auch wenn der Datenschutzbeauftragte hierfür nicht primär zuständig ist, sieht es der SächsDSB⁴¹ als geboten an, dass der Datenschutzbeauftragte vor der Meldung einer Datenschutzpanne gem. Art. 33, 34 DS-GVO das diese Pflicht auslösende „Risiko“ bewertet.

[12] *Intemann*⁴² hält zutreffend fest, dass keine Interessenkonflikte bestehen, wenn ein Rechtsanwalt die Aufgabe eines externen Datenschutzbeauftragten in Form einer weiteren gewerblichen Tätigkeit⁴³ übernimmt. Fraglich ist jedoch nach wie vor, ob er dies auch bei einem Mandanten tun kann, für den er auch als Rechtsanwalt tätig ist.⁴⁴

[13] Das BAG⁴⁵ möchte vom *EuGH* wissen, ob der Sonderkündigungsschutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten nach § 38 I, II iVm § 6 IV 2 BDSG unionsrechtswidrig ist und gegebenenfalls ob dies auch dann gilt, wenn eine Bestellung des Datenschutzbeauftragten lediglich nach nationalem Datenschutzrecht geboten ist. Ein das Basiswissen von Datenschutzbeauftragten vermittelndes Lehrbuch haben *Vogel/Vogel*⁴⁶ vorgelegt.

IV. Bereichsspezifischer Datenschutz

1. Datenschutz in der elektronischen Kommunikation

[14] Die lange geplante E-Privacy-Verordnung der EU lässt weiter auf sich warten. Auf nationaler Ebene ist mit dem Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) ein neues Regelwerk geplant, welches die Datenschutzregelungen im Telekommunikations- und Telemedienbereich zusammenführen soll.⁴⁷ Verantwortlichkeiten sozialer Netzwerke werden in der Literatur ebenso thematisiert, wie die Rechtmäßigkeit bei Nutzung von Plattformdiensten durch natürliche Personen.⁴⁸ Obwohl der BGH im Rahmen seiner Entscheidung *Cookie-Einwilligung II*⁴⁹ entschieden hat, dass Cookies zur Erstellung von Nutzungsprofilen für Zwecke der Werbung⁵⁰ oder Marktforschung nur mit Einwilligung der Websitebesucher gesetzt werden dürfen und keine voreingestellten Ankreuzkästchen zulässig sind, besteht bei Cookies immer noch eine gewisse Rechtsunsicherheit.⁵¹

[15] Abermals musste sich der *EuGH*⁵² mit der Vorratsdatenspeicherung befassen. Der *Gerichtshof* bestätigt in den aktuellen Urteilen seine bisherige Rechtsprechung⁵³ insofern, als europäisches Datenschutzrecht solchen Rechtsvor-

schriften entgegensteht, die zu den in Art. 15 I RL 2002/58/EG⁵⁴ genannten Zwecken präventiv eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen. Darüber hinaus hat der *EuGH* aber nunmehr festgestellt, dass Rechtsvorschriften zur Vorratsdatenspeicherung – unter bestimmten engen Voraussetzungen – dem europäischen Datenschutzrecht nicht entgegenstehen, wenn es um den Schutz der nationalen Sicherheit, die Bekämpfung schwerer Kriminalität oder die Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit geht. Ein weiteres Verfahren, das das aktuelle deutsche Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung betrifft,⁵⁵ ist beim *EuGH* noch anhängig.⁵⁶ Damit dürfte die Diskussion um die Vorratsdatenspeicherung erneut an Fahrt aufnehmen. Der gem. § 9 I BDSG im Bereich der Telekommunikation zuständige BfDI hat in diesem Zusammenhang bereits vor Schnellschüssen des Gesetzgebers gewarnt.⁵⁷

2. Beschäftigtendatenschutz

a) Die Erfassung der Arbeitszeit

[16] Die unter anderem durch Corona bedingte Auslagerung der Arbeit aus dem Betrieb und die hierbei zu beachtenden datenschutzrechtlichen Anforderungen beschäftigten weiterhin die Literatur⁵⁸ und die Gesetzgebung.⁵⁹ Zu beachten ist, dass auch bei mobiler oder ins Homeoffice ausgelagerter Arbeit die Pflicht des Arbeitgebers zur Überwachung bzw. zur Verhinderung des Überschreitens der zum Schutz der Beschäftigten geltenden Arbeitszeitregelungen fort-

39 TlFDI, 2. Tätigkeitsbericht zum Datenschutz nach der DS-GVO: Berichtsjahr 2019, Abschn. 4.

40 SächsDSB, Tätigkeitsbericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten 2019, Abschn. 4.9.1.

41 SächsDSB, Tätigkeitsbericht des Sächsischen Datenschutzbeauftragten 2019, Abschn. 4.6.2.

42 *Intemann* NZA 2020, 1000.

43 Zur Frage der Gewerblichkeit der Tätigkeit eines Anwalts als externer Datenschutzbeauftragter *BFHE* 268, 43 = NJW 2020, 1542.

44 Vgl. *Gola/Klug* NJW 2020, 2774 Rn. 7.

45 BAG NZA 2020, 1468.

46 *Vogel/Vogel*, Lehrbuch zum Datenschutzbeauftragten, 2020.

47 Der RefE (12.1.2021) ist abrufbar unter bmwi.de. Allgemein zur Praxistauglichkeit des Datenschutzes in der digitalen Kommunikation *Venzke-Caprarese* DuD 2020, 796.

48 *Golland* ZD 2020, 397; zu öffentlichen Stellen in den sozialen Medien *Kreyßing* PinG 2020, 145.

49 BGH NJW 2020, 2540, besprochen von *Spindler* NJW 2020, 2513 = ZD 2020, 467 mAnm *Eckhardt* ZD 2020, 470.

50 Zur Onlinewerbung vgl. auch *Baumgartner/Hansch* ZD 2020, 435.

51 Vgl. *Jandt* ZD 2020, 551; ferner *Benedikt* PinG 2020, 220.

52 *EuGH* ECLI:EU:C:2020:790 = BeckRS 2020, 25341 – Privacy International; *EuGH* ECLI:EU:C:2020:791 = NJW 2021, 531 mAnm *Ogorek* NJW 2021, 547 – La Quadrature du Net.

53 Vgl. *EuGH* ECLI:EU:C:2016:970 = NJW 2017, 717 – Tele2 Sverige.

54 Datenschutz-RL für elektronische Kommunikation.

55 Zum derzeitigen Verzicht auf ordnungsrechtliche Maßnahmen s. bereits *Gola/Klug* NJW 2017, 2593 (2594).

56 *BVerwG* NVwZ 2020, 1108 (Vorabentscheidungsersuchen); vor dem *EuGH* unter dem Az. C-793/19, BeckEuRS 2019, 625428.

57 Vgl. BfDI Pressemit. v. 7.10.2020; vgl. auch die Pressemit. zur Antiterrordatei v. 11.12.2020 und zur Überwachung von Messengern v. 23.10.2020, alle abrufbar unter bfdi.bund.de; zur Verfassungswidrigkeit der Auslandsüberwachung durch den BND vgl. *BVerfGE* 154, 152 = NJW 2020, 2235, besprochen von *Schmabl* NJW 2020, 2221 u. mAnm *Petri* ZD 2020, 409.

58 *Schmidt/Roschek* NJW 2021, 367; vgl. *Verbeyen/Elgert* K & R 2020, 476; *Suwelack* ZD 2020, 561; *Bertram*, Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona, 2020; *Günnewig/Günnewig*, Praxishandbuch Datenschutz im Home-Office, 2020; *Müller*, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, 2020.

59 S. vorstehend Rn. 2.

besteht. Dabei wird die Art der Umsetzung der über den § 16 II ArbZG hinausgehenden zur vollumfänglichen Arbeitszeiterfassung⁶⁰ zwingenden europarechtlichen Vorgaben⁶¹ diskutiert. Während einerseits der Gesetzgeber als zwingend zu diesbezüglichem Handeln aufgefordert angesehen wird,⁶² sehen andere bereits jetzt das europäische Recht jedenfalls als de facto in Kraft.⁶³ Zumindest zur Klarstellung ist der Anpassungsbedarf der Arbeitszeitregelungen dringlich.⁶⁴

[17] Das *ArbG Emden*⁶⁵ hat im vergangenen Jahr – soweit ersichtlich als bisher erstes und einziges Gericht in Deutschland – die unmittelbare Wirkung des EU-Rechts bejaht und das bereits zweimal. Demnach kann, wenn ein Mitarbeiter die Vergütung von Überstunden geltend macht, der Arbeitgeber dem nur widersprechen, wenn er Angaben eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Arbeitszeiterfassungssystems vorlegen kann. Darauf folgend hat es auch in einem Betrieb, der Vertrauensarbeit praktizierte, den Arbeitgeber nach § 618 I iVm § 241 BGB als verpflichtet angesehen, sich über eine entsprechend gestaltete Arbeitszeiterfassung Kenntnis der (Nicht-)Zahlungsverpflichtung verschaffen können.

[18] Da die derzeitigen Dokumentationspflichten des ArbZG nicht hinreichend sind, zeigt die Bundesregierung nunmehr zumindest für die verschiedenen Formen „mobiler Arbeit“ diesbezüglichen Handlungswillen. Abzuwarten bleibt, was aus dem den Verbänden zur Stellungnahme vorgelegten und nunmehr in dritter Fassung vorliegenden Entwurf des „Mobile Arbeit Gesetzes“⁶⁶ wird. Der Gesetzentwurf lässt den Betriebsparteien Raum für betriebskonforme Regelungen.⁶⁷

b) Auskunftsrechte

[19] In Ermangelung einer diesbezüglichen Entscheidung des BAG⁶⁸ ist – wie diverse Beiträge⁶⁹ deutlich machen – weiterhin zumindest im Detail offen, in welchem Umfang der Arbeitgeber zur Erteilung von Auskünften oder Kopien aus den über den Beschäftigten gesammelte Informationen verpflichtet ist. Dementsprechend erörtert die Literatur⁷⁰ den noch ungeklärten Umfang des Auskunftsanspruchs nach Art. 15 DS-GVO mit seinem speziellen Bezug zum Beschäftigungsverhältnis und dem dortigen Personalakteneinsichtsrecht.⁷¹ Nach dem *BVerwG*⁷² steht einem Insolvenzverwalter ein Auskunftsrecht nach Art. 15 DS-GVO weder aus eigenem noch aus übergeleitetem Recht zu.

[20] Das BAG⁷³ hat sich nunmehr erstmals zu dem Auskunftsrecht geäußert, das Beschäftigten im Rahmen des EntgTranspG gegenüber dem Arbeitgeber zusteht und festgehalten, dass im Einzelfall auch arbeitnehmerähnliche Personen den Anspruch geltend machen können. Dient der Betriebsrat als Ansprechpartner der Beschäftigten bei der Erfüllung des Auskunftsanspruchs, hat der Arbeitgeber entsprechend gestaltete Entgeltlisten bereitzustellen (§ 13 II 1 EntgTranspG).⁷⁴

[21] Das BAG⁷⁵ räumt dem Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen Auskunftsanspruch auf Mitteilung der von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge ein. Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis nach § 242 BGB.

c) Finanzieller Ausgleich bei unzulässiger Datenverwendung

[22] Wenn die Auskunft nicht vollständig oder zu spät erteilt wird, steht einem ehemaligen Arbeitnehmer nach dem *ArbG Düsseldorf*⁷⁶ Schadensersatz aus Art. 82 I DS-GVO wegen Verstoßes gegen Art. 15 DS-GVO zu, der im konkreten Fall mit 5.000 Euro beziffert wurde. Das Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuches kann bei einer Lehrerin eine Benachteiligung wegen der Religion nach § 15 II AGG sein und bei Nichteinstellung zu einer Entschädigung iHv 5.159,88 Euro führen.⁷⁷ Nach dem *LG Hamburg*⁷⁸ soll jedoch nicht jede, sondern nur eine „benennbare“ Persönlichkeitsrechtsverletzung einen finanziellen Ausgleich des immateriellen Schadens rechtfertigen.

[23] Ein Schmerzensgeld wegen strittiger Abmahnung und Kündigung kann der Beschäftigte nicht verlangen, wenn er nicht darlegt, inwieweit diese konkret eine Gesundheitsschädigung herbeigeführt haben.⁷⁹ Eine unzulässige und damit entschädigungspflichtige Datenerhebung liegt jedoch bei einer Arbeitszeiterfassung vor, bei der die Identität der Beschäftigten mittels biometrischer Merkmale erfasst wird.⁸⁰

d) Datenverarbeitung der Mitarbeitervertretung

[24] Zur Information des Betriebsrats vor einer Kündigung hält das BAG⁸¹ fest, dass die Mitteilung der Gründe so ausführlich sein muss, dass der Betriebsrat die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe eigenständig beurteilen kann. Die Anhörung soll dem Betriebsrat dagegen nicht die selbstständige – objektive – Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung ermöglichen, so dass er weder über einen möglichen besonderen Kündigungsschutz noch über die (Nicht-)Wahrung der Ausschlussfrist des § 626 II BGB zu unterrichten war.

60 Vgl. ua *Bayreuther NZA* 2020, 1 (6); *Baack/Winzer NZA* 2020, 96; *Heuschmid NJW* 2019, 1853.

61 *EuGH ECLI:EU:C:2019:402* = *NJW* 2019, 1861 – CCOO.

62 *Brors NZA* 2020, 1685; *dies. NZA* 2019, 1176 (1179) mwN; *Schrader NZA* 2019, 1035.

63 *Hanau ZfA* 2020, 129.

64 *Lunk AnwBl* 2020, 216.

65 *ArbG Emden* Urt. v. 20.2.2020 – 2 Ca 94/19, BeckRS 2020, 5213 mAnm *Fuhlrott NZA-RR* 2020, 279.

66 Vgl. www.bmas.de/DE/Service/Gesetze/mobile-arbeit-gesetz.htm. Während der Arbeitgeberverband Gesamtmetall die Regelungen ablehnt, vgl. <https://www.gesamtmetall.de/themen/beschaeftigung/mobiles-arbeiten>, werden sie vom DGB begrüßt vgl. <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++15d90832-445f-11eb-8083-001a4a160123>. S. noch zum 2. RefE *Schiefer DB* 2021, 114.

67 *Besgen B+P* 2021, 19; *Köhler/Schürgers BB* 2020, 2613.

68 Die Revision gegen das im Vorbericht *Gola/Klug NJW* 2020, 2774 Rn. 14 dargestellte Urteil des *LAG Baden-Württemberg NZA-RR* 2019, 242 wurde nicht weiter verfolgt.

69 *Gola RDV* 2020, 169; *Nowak/Bornholdt RDV* 2020, 191.

70 *Lembke NJW* 2020, 1841; *Weik DuD* 2020, 44; *Sörup/Zikesch ArbR-Aktuell* 2020, 333 und 382.

71 *Gola RDV* 2020, 169 (173).

72 *BVerwG NVwZ* 2021, 80.

73 *BAG NZA* 2020, 1613 = *NJW* 2021, 572 Ls.; dazu *Gola BB* 2021, 116 und *Fuhlrott/Hinrichsen NJW* 2021, 513.

74 *BAG NJW* 2020, 3130 mAnm *Kock NJW* 2020, 3133.

75 *BAG NJW* 2020, 2746.

76 *ArbG Düsseldorf NZA-RR* 2020, 409.

77 *BAG NZA* 2021, 189.

78 *LG Hamburg* Urt. v. 4.9.2020 – 324 S 9/19, BeckRS 2020, 23277.

79 *LAG Köln* Urt. v. 10.7.2020 – 4 SA 118/20, BeckRS 2020, 22826.

80 *LAG Nürnberg* Urt. v. 27.5.2020 – 2 Sa 1/20, BeckRS 2020, 14774.

81 *BAG NJW* 2020, 2656.

[25] Einsichtsrechte in Bruttolohn-Entgeltlisten stehen dem Betriebsrat sowohl im Rahmen seiner Kontrollfunktion aus § 80 II 2 BetrVG als auch zu einer ihm gegebenenfalls übertragenen Überprüfung der Entgeltgleichheit nach § 13 Entg-TranspG zu, wobei § 80 II 2 BetrVG die Einsichtsberechtigung von einer konkreten aufgabenbezogenen Erforderlichkeit abhängig macht.⁸² Ein Recht auf dauerhafte Überlassung von Bruttoentgeltlisten kann der Betriebsrat auch aus dem Einsichts- und Auswertungsrecht des § 13 II 1 Entg-TranspG nicht herleiten.⁸³ Dem Betriebsratsvorsitzenden kann vom Arbeitgeber kein nicht an die jeweilige Zustimmung des Arbeitnehmers geknüpftes Einsichtsrecht in die elektronische Personalakte der Arbeitnehmer eingeräumt werden.⁸⁴

V. Internationaler Datenschutz

[26] Das EU-US-Privacy-Shield kann im Anschluss an die Schrems-II-Entscheidung des *EuGH*⁸⁵ nicht mehr als Schutzgarantie für den Transfer personenbezogener Daten in die USA herangezogen werden. Infolgedessen sind Unternehmen und Behörden aufgerufen, ihre Datenübermittlungen in Drittländer und die hierfür genutzte Grundlage nach Kapitel V der DS-GVO zu überprüfen.⁸⁶

[27] Kurz vor dem Brexit (s. hierzu auch nachstehend unter Rn. 29) hat die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK)⁸⁷ darauf hingewiesen, dass Übermittlungen personenbezogener Daten von der EU in das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland post Brexit für eine Übergangsperiode von vier Monaten, das heißt bis Ende April 2021 nicht als Übermittlungen in ein Drittland⁸⁸ (Art. 44 DS-GVO) angesehen werden. Dieses Enddatum kann um zwei Monate verlängert werden, falls keine der beteiligten Parteien widerspricht⁸⁹.

[28] Das VG Wiesbaden⁹⁰ hat im Rahmen von Vorabentscheidungsersuchen dem *EuGH* eine Vielzahl von Fragen betreffend die Fluggastdatenverarbeitung vorgelegt. Das Ge-

richt hat erhebliche Zweifel, ob die PNR-Richtlinie⁹¹ und das deutsche Umsetzungsgesetz⁹² europarechtskonform sind.

VI. Ausblick

[29] Die DS-GVO füllt sich zunehmend mit Leben. Zweifelhaft ist, ob das Gesetzgebungsverfahren zum TTDSG noch in dieser Legislaturperiode zum Abschluss kommt. Eine weitere spannende Frage ist, ob und gegebenenfalls wie der deutsche oder auch der europäische Gesetzgeber auf die neuen Entscheidungen des *EuGH* zur Vorratsdatenspeicherung reagiert. Mit Blick auf den Brexit bleibt abzuwarten, ob eine Adäquanzentscheidung der EU nach Art. 45 DS-GVO folgt. Vieles hat sich durch die Coronapandemie verändert und auch neue Fragen zum Datenschutz im Privat- und Arbeitsleben aufgeworfen. Selbstverständlich steht die erfolgreiche Pandemiebekämpfung im Vordergrund. Dennoch sollten Persönlichkeitsrechte nicht unnötig beschnitten oder gar geopfert werden. ■

82 BAG NZA 2021, 135.

83 BAG NZA 2021, 53.

84 LAG Düsseldorf Beschl. v. 23.6.2020 – 3 Ta 65/19.

85 *EuGH* ECLI:EU:C:2020:559 = NJW 2020, 2613, besprochen von Gola NJW 2020, 2593 u. mAnm Moos/Rothkegel ZD 2020, 522; zusammenfassend Günther PinG 2020, 192.

86 S. hierzu EDSA, FAQ, unter edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_faqs_schrems_ii_202007_adopted_de.pdf; GDD, Guidance unter www.gdd.de/aktuelles/startseite/schrems-ii-gdd-guidance-for-companies; zu neuen Standardvertragsklauseln vgl. CEDPO, Stellungnahme unter cedpo.eu/wp-content/uploads/20201214-CEDPO_Coments_on_Standard_Contractual_Clauses_EU-Non-EU.pdf.

87 DSK, Pressemit. v. 28.12.2020; s. insow. – nach erfolgtem Brexit – RD 2/2020, VII.

88 Zum Datenschutzniveau in Brasilien krit. Hoeren ZD 2020, 351; zur Revision des Schweizerischen DSG *Beraneck Zanon* PinG 2020, 183.

89 Zum Brexit und den Auswirkungen auf den Datentransfer vgl. *Hofmann/Stach* ZD 2021, 3 sowie *Kummert* ZD 2020, 391.

90 VG Wiesbaden ZD 2020, 540 sowie ZD 2020, 548 Ls. = BeckRS 2020, 9115.

91 RL (EU) 2016/681.

92 Fluggastdatengesetz v. 6.6.2017, BGBl. 2017 I 1484.