Dr. jur. Kevin Marschall, LL.M. und Christian Andorfer

Neues von den Datenschutzaufsichtsbehörden – Datenschutzrechtliche Probleme beim Personalleasing und aktuelle Bußgeldpraxis

Dass es um den Datenschutz und die Umsetzung des Datenschutzrechts im Unternehmen still geworden sein soll, ist nur ein (gefährlicher) Trugschluss; dies zeigt auch der aktuelle Tätigkeitsbericht des Landesbeauftragten für Datenschutz Baden-Württemberg[1].

Dr. jur. Kevin Marschall

Christian Andorfer

I. Arbeitnehmerüberlassung im Fokus der Aufsichtsbehörden

Neben einigen spannenden Themen, wie etwa „die Reichweite des Auskunftsrecht im Beschäftigungskontext" oder „die Zulässigkeit von E-Mail-Werbung", widmet sich der Tätigkeitsbericht aus begründetem Anlass auf S. 95 der Problematik der datenschutzrechtlichen Einordnung von Verleiher und Entleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. Leider (sic!) wird zwischen den verantwortlichen Stellen oft eine Auftragsverarbeitung (Art. 28 DSGVO) und ein entsprechender AV-Vertrag vereinbart bzw. geschlossen, und zwar obwohl im konkreten Fall regelmäßig überhaupt keine Auftragsverarbeitung vorliegt. Gerade bei der Verarbeitung sensibler „Beschäftigtendaten" ist Vorsicht vor allzu großer Leichtfertigkeit geboten.

Im Rahmen von *Kontrollbesuchen (vor Ort)* bei Personaldienstleistern wurde der Landesbeauftragte für den Datenschutz (Baden-Württemberg) auf die geschilderte Problematik aufmerksam und sah sich zur rechtlichen Klarstellung veranlasst. Doch warum ist der Abschluss eines AV-Vertrags rechtlich falsch?

Die Leiharbeitnehmer sind nicht nur Beschäftigte des Verleihers. Datenschutzrechtlich sind diese gemäß Art. 88 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG gleichwohl als Beschäftigte des Entleihers zu qualifizieren. Beide Verantwortliche (also sowohl Verleiher als auch Entleiher) müssen sich bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten daher insbesondere an die (engen) Voraussetzungen des § 26 Abs. 1 BDSG halten. Im Umkehrschluss ergibt sich daraus aber auch, dass eine Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO zwischen Verleiher und Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung überhaupt nicht in Frage kommt. Denn der Verleiher verarbeitet die personenbezogenen Daten des Leiharbeitnehmers nicht auf Weisung, nicht unter Kontrolle oder für Zwecke des Entleihers, wie es Art. 28 DSGVO voraussetzt.

Im Gegenteil: Beide Parteien verarbeiten die Daten eigenständig und für ihre eigenen oder gemeinsamen Zwecke und Absichten und damit nicht im Auftrag des jeweils anderen. Das bedeutet, dass die Parteien für einige Verarbeitungen datenschutzrechtlich eigenständige und alleinige Verantwortliche sind und hinsichtlich anderer Verarbeitungen (z.B. bei der Erfassung und Verarbeitung von Arbeitszeiten und Abrechnungen) als gemeinsam Verantwortliche gemäß Art. 26 DSGVO anzusehen sind.

Risikoreich ist die falsche Einordnung des Verhältnisses als Auftragsverarbeitung, unabhängig des Grundes (etwa aufgrund einer Falschberatung des Datenschutzbeauftragten), weil dadurch ein anderes datenschutzrechtliches Erfordernis komplett außer Acht gelassen wird – nämlich der Abschluss eines sog. Joint-Controller-Agreements,

deren Erstellung und Ausarbeitung anspruchsvoll und inhaltlich durch Art. 26 DSGVO bestimmt ist.[2]

Wichtig: Im Gegensatz zu einem AV-Vertrag müssen die wesentlichen Inhalte des Joint-Controller-Agreements den betroffenen Leiharbeitnehmern zur Verfügung gestellt werden.

Wie die Verteilung der Pflichten im Rahmen des Joint-Controller-Agreements zwischen Verleiher und Entleiher festgelegt wird, dürfte in der Praxis – neben der „Nähe" der Parteien zu den jeweiligen Pflichten – wesentlich von der Verhandlungsposition der Parteien sowie vom Know-How in Sachen Datenschutz abhängen. Zwar lassen sich einige (nicht alle!) Inhalte eines Joint-Controller-Agreements – je nach Art der gemeinsamen Verantwortung – standardisieren, jedoch reicht die Standardisierung bei weitem nicht an die AV-Verträge heran, die oft nur ein einziges Mal für eine Vielzahl von Verarbeitungssituationen erstellt werden und keine Individualisierung durch die Parteien erfahren

Ein Verstoß gegen Art. 26 DSGVO kann gemäß Art. 83 Abs. 4 DSGVO mit einem Bußgeld bis zu 10.000.000€ oder bis zu 10% des weltweiten (Konzern-)Jahresumsatzes geahndet werden, je nachdem welcher der Beträge höher ist. Von besonderer Bedeutung ist auch das am 25.06.2019 von den deutschen Aufsichtsbehörden „verabschiedete" „Bußgeldberechnungsmodell", welches zahlreiche Faktoren (z.B. Umsatz, Vorsatz, Schwere des Verstoßes etc.) berücksichtigt. Die Bußgeldberechnung wird dadurch – ähnlich wie im kartellrechtlichen Bereich – transparent und nachvollziehbar. Gleichzeitig führt dieses Modell im Ergebnis zukünftig auch zu deutlich höheren Bußgeldern als bisher.

II. Bußgeld gegen Lebensmittelhandwerksunternehmen i.H.v. 100.000€

Dass auch die kleinen und mittelständischen Unternehmen (auch im B2B-Bereich) die Bußgeldpraxis aktuell zu spüren bekommen, zeigt ein Fall aus der Lebensmittelbranche. Am 24.10.2019 verhängte der Landesbeauftragte für den Datenschutz Baden-Württemberg ein Bußgeld i.H.v. 100.000€ gegen ein mittelständisches Lebensmittelhandwerksunternehmen.

Anlass des Bußgelds waren fahrlässige Verstöße im Hinblick auf den Schutz von Bewerberdaten. So bot das Unternehmen auf seiner Webseite ein Bewerberportal an, ohne auf einen angemessenen (Zugriffs-)Schutz der Bewerberdaten gemäß Art. 32 DSGVO zu achten. Die Übertragung der Daten erfolgte ebenso unverschlüsselt wie die Speicherung der Bewerberdaten; diese waren noch nicht einmal passwortgeschützt. Spannender war, dass die ungesicherten Bewerberdaten darüber hinaus mit einer Google-Verknüpfung versehen waren (das Bewerbertool bietet diese „Möglichkeit"), sodass jedermann bei einer Google-Recherche auf die Bewerbungsunterlagen stoßen und diese (unberechtigt) abrufen konnte. Das obige Beispiel zeigt, dass die obersten Datenschützer hart durchgreifen und man den Datenschutz nicht auf die leichte Schulter nehmen darf. Alleine in den ersten zehn Monaten des vergangenen Jahres (1.1.2019 bis 31.10.2019) wurden ca. 200 neue Bußgeldverfahren wegen Datenschutzverstößen anhängig, fast ausschließlich gegenüber kleinen und mittelständischen Unternehmen! In einer Vielzahl dieser Fälle erfolgten umfangreiche Vernehmungen, Beschlagnahmungen von Beweismitteln (Server, Akten etc.) sowie Durchsuchungsbeschlüsse, die für jedes Unternehmen mehr als ärgerlich sind. Dabei sollte auch nicht die Außenwirkung unterschätzt werden. Derartige Beschlagnahmen und Durchsuchungen werden mit Hilfe der Polizei durchgesetzt. Dass dies zu Betriebsbeeinträchtigungen führt, wenn wichtige Akten und Unterlagen mitgenommen werden und die IT-Infrastruktur durchforstet wird, und man ein schlechtes Image bekommt, dürfte jedem Leser klar sein und soll hier nicht weiter vertieft werden.

III. Ausblick

Die Zeit des „Wegduckens" in Sachen Datenschutz ist nun endgültig vorbei. Die Datenschutzbehörden kündigten sogleich vermehrt Vor-Ort-Kontrollen an. Dass auch das aus datenschutzrechtlicher Sicht häufig sensible Personalleasing besonders im Fokus der Aufsichtsbehörden steht, sollte als Weckruf für die Branche verstanden werden.

---

[1] Der Tätigkeitsbericht ist abrufbar unter: https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/01/35.-Tätigkeitsbericht-für-den-Datenschutz-Web.pdf.

[2] Näher zu den erforderlichen Inhalten eines solchen Vertrags s. *Marschall/Andorfer*, Blickpunkt Dienstleistung 08/2019, 10 f.

Dr. jur. Kevin Marschall, LL.M.
Datenschutzbeauftragter der
Kanzlei Tuengerthal, Andorfer,
Greulich und Prochaska
Geschäftsführender Gesellschafter
GDPC GbR
Ludwig-Erhard-Str. 12 (FiDT)
34131 Kassel

Kontakt zu uns Christian Andorfer
Rechtsanwalt der Kanzlei
Tuengerthal, Andorfer, Greulich
und Prochaska
Geschäftsführer der AWZ –
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge
und Zeitarbeit
M 7, 3 (Alte Reichsbank)
68161 Mannheim

Blickpunkt Dienstleistung
seit über 25 Jahren die Fachzeitschrift der Personaldienstleistungsunternehmen