Ebru Öztürk

Arbeitnehmerüberlassung DS-GVO-konform lösen

Joint Control als möglicher Lösungsansatz

Im Jahr 2017 wurden in Deutschland ca. eine Millionen Leiharbeitnehmer beschäftigt.[1] Dies stellt nicht nur aus wirtschaftlicher Sicht eine beachtliche Entwicklung, sondern auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive ein spannendes Feld dar. Insbesondere stellt sich für Datenschützer die Frage, welche Aspekte eigentlich berücksichtigt werden müssen, um die Arbeitnehmerüberlassung datenschutzkonform und vor allem einheitlich zu regeln. Der mit der EU Datenschutz-Grundverordnung neu geregelte Joint- Control Vertrag könnte hier eventuell eine entsprechende Lösung bieten.

1 Einleitung

Mit Anwendung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) seit dem 25. 5. 2018 stehen sowohl Verleiher als auch Entleiher vor dem Problem, die Arbeitnehmerüberlassung datenschutzkonform zu regeln. Hintergrund ist, dass im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses eine Vielzahl an personenbezogenen Daten ausgetauscht werden. Mit verschiedenen zusätzlichen vertraglichen Konstellationen wurde versucht, die Arbeitnehmerüberlassung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung abzuwickeln. Das betrifft zumeist vor allem die vertragliche Beziehung zwischen Verleiher und Entleiher und ob dies in der reinen Verleiher-Entleiher-Version oder Master-Vendor- und Co-Lieferant (Co-Li)-Entleiher-Version erfolgt.

2 Grundverhältnis Verleiher/Entleiher

Das Grundvertragsverhältnis, welches den Verleiher und Entleiher betrifft, bleibt immer gleich, unerheblich, ob der Verleiher direkt mit dem Entleiher hinsichtlich der potenziellen (Leih)Arbeitnehmer kommuniziert oder ein Master-Vendor zwischengeschaltet ist. Für einen datenschutzkonformen Lösungsansatz stellt sich jedoch dennoch die Frage, wie die vertraglichen Verhältnisse bei einer Arbeitnehmerüberlassung eigentlich konkret aussehen.

2.1 Verleiher-Entleiher-Modell

In der einfachen Variante einer Arbeitnehmerüberlassung gestaltet sich diese so, dass es ein Verleiher- und ein Entleiherunternehmen gibt. Meist haben Verleiher und Entleiher einen Rahmenvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung oder vereinbaren jeweils Einzelarbeitnehmerüberlassungen.

Die Hauptleistung des Verleihers ist in beiden Fällen, dem Entleiher die gewünschte Anzahl von Arbeitnehmern für einen bestimmten Zeitraum gegen Entgelt zu überlassen.[2] Der Entleiher setzt diese Leiharbeitnehmer in seinem Betrieb sodann zu seinen eigenen Zwecken wie eigene Arbeitnehmer ein.[3] Die Leiharbeitnehmer sind voll in den Betrieb des Entleihers integriert und müssen allein nach Weisungen des Entleihers ihre Tätigkeit ausführen.[4] Die Vergütung des Verleihers erfolgt durch den Entleiher.[5]

In der Praxis stellt der Entleiher an den Verleiher hierfür zunächst eine Anforderung bezüglich eines notwendigen Leiharbeitnehmers. Der Verleiher hat entweder in seiner eigenen Datenbank bereits passende potenzielle Arbeitnehmer oder muss diese entsprechend der von dem Entleiher gewünschten Anforderungen noch suchen. Die dann passenden potenziellen Leiharbeitnehmer werden dem Entleiher vorgeschlagen. Spätestens sobald der Entleiher mit dem Einsatz eines Leiharbeitnehmers einverstanden ist und bevor dieser beim Entleiher eingesetzt wird, schließt der Verleiher mit dem ausgewählten Arbeit-

1 Statistik der Bundesagentur für Arbeit; Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Nürnberg, Juli 2018, S. 4.



Ebru Öztürk, LL.M. EUR.

Justiziarin - datenschutz nord GmbH

E-Mail: eoeztuerk@datenschutz-nord.de

2 BAG Urt. v. 6.8.2003 – 7 AZR 180/03, BB 2004, S. 669.
3 BAG Urt. v. 6.8.2003 – 7 AZR 180/03, BB 2004, S. 669.
4 BAG Urt. v. 6.8.2003 – 7 AZR 180/03, BB 2004, S. 669.
5 *Venetis*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht 2016, Rn. 51.

nehmer einen Arbeitsvertrag ab. Sollte es in der eigenen Datenbank keinen den Anforderungen des Entleihers entsprechenden Arbeitnehmer geben, schreibt der Verleiher die Stelle aus, meistens ohne den Namen des Entleiherbetriebes zu nennen. Für den Entleiher ist es im Prinzip unerheblich, welche Person bei ihm eingesetzt wird, sofern die von ihm gewünschten Qualifikationen vorhanden sind.

2.2 Master-Vendor-Modell

Eine weitere häufig vorkommende Ausgestaltung der Arbeitnehmerüberlassung erfolgt in der sog. Master-Vendor-Konstellation. In diesen Fällen existiert ein Entleiher, dem mehrere Verleiher gegenüberstehen, wobei eines der Verleiherunternehmen die Master-Vendor-Rolle übernimmt.

Im Rahmen dieser Konstellation wird der Master-Vendor von dem Entleiher beauftragt, die Personalauswahl und Koordination hinsichtlich der weiteren Co-Li zu übernehmen. Der Master-Vendor unterstützt den Entleiher bei der Abwicklung der Arbeitnehmerüberlassung. Die finalen Vorschläge für potenziell einsetzbare Arbeitnehmer übermittelt der Master-Vendor an den Entleiher. Dieser wiederum trifft die Entscheidung und schließt, wenn noch nicht erfolgt, einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag direkt mit dem Co-Li ab. Die gesamte Abwicklung um dieses Vertragsverhältnis herum übernimmt der Master-Vendor.

In der Praxis wird dieses Modell häufig um die Nutzung einer gemeinsamen Datenbank ergänzt, in die potentielle Arbeitnehmer eingepflegt werden. Bei Nutzung einer solchen Datenbank möchte der Entleiher nur mit Verleiherunternehmen verhandeln, welche die potenziellen Leiharbeitnehmer bereits im Vorfeld darin eintragen. Solange die Datenbank nicht genutzt wird, erfolgt keine Arbeitnehmerüberlassung. In die Datenbank müssen vorab sowohl Master-Vendor als auch Co-Li die potenziellen Leiharbeitnehmer einpflegen, über die dann die Auswahl der einsetzbaren Leiharbeitnehmer erfolgt.

Möglich ist es aber auch, dass eine gemeinsame Datenbank existiert, die lediglich von einem „Master" betrieben wird, welcher nicht zugleich Verleiher ist. Über diese Datenbank können Verleiher und Entleiher nach einer Anmeldung direkt miteinander kommunizieren und Auswahlen treffen. So kann der Entleiher seine Anforderungen dort einpflegen und der Verleiher kann in die Datenbank seine passenden Kandidaten hochladen, welche von dem anfordernden Entleiher eingesehen werden können. Hier würde es zusätzlich zum Verleiher und Entleiher einen Master geben, der die Plattform betreibt und sonst nicht weiter involviert ist, nicht einmal für eine Vorauswahl.

Die hier beschriebenen Modelle stellen die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung am häufigsten vorkommenden Konstellationen dar. Bei beiden Varianten sind die vertraglichen Verhältnisse jedoch gleichbleibend. Zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer besteht immer ein Arbeitsvertrag, während zwischen Entleiher und Verleiher ein Rahmenvertrag zur Arbeitnehmerüberlassung bzw. ein Einzelarbeitnehmerüberlassungsvertrag besteht.

2.3 Die arbeitsrechtliche Betrachtung des „(Leih)Arbeitnehmers"

Der Arbeitnehmer bzw. Leiharbeitnehmer spielt die wesentliche Rolle in den beiden oben dargestellten Modellen. Im Verhältnis zum Verleiher wird dieser als Arbeitnehmer und im Verhältnis zum Entleiher als Leiharbeitnehmer bezeichnet.

Aus der arbeitsrechtlichen Betrachtung ist zu ersehen, dass zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag nach § 611a BGB besteht. Die Hauptflicht des Arbeitgebers (Verleiher) besteht in der Entgeltpflicht.[6] Sämtliche Sozialversicherungsbeiträge werden von dem Arbeitgeber (Verleiher) bezahlt.[7] Gleiches gilt für Krankenversicherungsbeiträge.[8] Urlaubsanträge muss der Arbeitnehmer beim Verleiher stellen, und Krankmeldungen bei diesem einreichen. Alle sich aus einem Arbeitsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten gelten in diesem Verhältnis. Die Besonderheit bei der Arbeitnehmerüberlassung besteht darin, dass der Arbeitnehmer zwar beim Verleiher beschäftigt ist, der Einsatz hingegen beim Entleiher erfolgt, mit dem der (Leih) Arbeitnehmer keinen eigenen Vertrag abschließt. Da der Arbeitnehmer seine Leistung beim Entleiher erbringen soll, muss der Arbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informiert werden, dass er als Leiharbeitnehmer eingesetzt wird.[9]

Doch auch wenn zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher kein Vertrag besteht, wird der Leiharbeitnehmer in einigen für das Arbeitsrecht wesentlichen Punkten wie ein Arbeitnehmer behandelt. So muss der Leiharbeitnehmer z. B. den Weisungen des Vorgesetzten aus dem Entleiherbetrieb Folge leisten[10] oder gem. § 11 Abs. 6 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz hinsichtlich besonderer arbeitsschutzrechtlicher Aspekte vom Entleiher unterrichtet und eingewiesen werden. Sollten sich aus arbeitsschutzrechtlicher Sicht hieraus Ansprüche ergeben, sind diese gegen den Entleiher zu richten.[11]

Weiter ergibt sich aus § 8 Abs 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die wesentlichen Arbeitsbedingungen gewähren muss, um die Gleichstellung mit einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers zu erzielen.[12] Über § 14 Abs. 2 S. 3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gelten Teile des Betriebsverfassungsgesetzes im Entleiherbetrieb auch in Bezug auf den Leiharbeitnehmer.

Dies sind nur wenige Beispiele, durch welche die arbeitnehmerähnliche Behandlung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb verdeutlicht werden soll.

2.4 Die datenschutzrechtliche Betrachtung des „(Leih)Arbeitnehmers"

Für den Datenschützer hingegen viel spannender wird es, wenn die Rolle des (Leih)Arbeitnehmers aus datenschutzrechtlicher Sicht betrachtet wird, denn der Leiharbeitnehmer unterliegt als Beschäftigter des Verleihers dem Beschäftigtendatenschutz. Hintergrund ist, dass Art. 88 Abs. 1 DS-GVO den Mitgliedstaaten ermöglicht durch spezifische Rechtsvorschriften den Schutz der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext zu regeln. In Deutschland erfolgt dies über die spezifische Rechtsvorschrift des § 26 Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG).

6 *ErfK/ Preis* BGB § 611a Rn. 479 mit weiteren Nachweisen.
7 *ErfK/ Preis* BGB § 611a Rn. 389.
8 *ErfK/ Wank* Einleitung AÜG Rn. 47 mit weiteren Nachweisen.
9 *ErfK/ Wank* Einleitung AÜG Rn. 27.
10 Vgl. https://www.arbeitsagentur.de/zeitarbeit (letzter Aufruf 28.12.2018).
11 ErfK/ *Wank* Einleitung AÜG Rn. 40.
12 ErfK/ *Wank* AÜG § 8 Rn. 1.

Gemäß § 26 Abs. 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden. In § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG wird zudem ausgeführt, dass Beschäftigte im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes auch Leiharbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher sind. Dies ist der Fall, obwohl nach der oben dargestellten vertraglichen Grundbeziehung kein Arbeitsvertrag zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher besteht. Datenschutzrechtlich wird demzufolge über § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG klargestellt, dass der Leiharbeitnehmer als ein Beschäftigter des Entleihers gilt.[13] Folglich hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer aus datenschutzrechtlicher Sicht wie einen eigenen Beschäftigten zu behandeln.

2.5 Datenverarbeitung

Die besondere datenschutzrechtliche Relevanz der Arbeitnehmerüberlassung entsteht mit dem Datenfluss personenbezogener Daten zwischen den Vertragsparteien im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung.

Die Datenverarbeitung beginnt in einem sehr frühen Stadium. Der Arbeitnehmer nimmt Kontakt mit dem Verleiher auf und reicht bei ihm seine Bewerbungsunterlagen ein. Der Verleiher ist die erste Stelle, an der personenbezogene Daten des Arbeitnehmers erfasst werden. Dies erfolgt auf der Grundlage des § 26 Abs. 1 BDSG zum Zwecke der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. Die für den Entleiher interessanten Kandidaten schlägt der Verleiher anschließend dem Entleiher vor. Hierbei werden zahlreiche Inhalte wie Name, Nachname, Qualifikation, Alter usw. übermittelt. Dieser Datentransfer wäre allerdings über § 26 Abs. 1 BDSG gerechtfertigt, denn gerade diese Daten müssen potentiellen Einsatzunternehmen zur Verfügung gestellt werden, um den Arbeitnehmer einzusetzen bzw. einen Arbeitsvertrag mit diesem abzuschließen. Dem Arbeitnehmer ist zudem bewusst, dass er sich bei einem Arbeitnehmerüberlasser beworben hat und es gerade das Ziel ist, ihn potenziellen Einsatzbetrieben vorzuschlagen und dort einzusetzen. Der Verleiher hat den Arbeitnehmer immer vorab darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer eingesetzt wird.[14]

In dem Master-Vendor-Modell erfolgt zwischengeschaltet die Übermittlung an den Master-Vendor und über diesen wiederum an den Entleiher. Der Master-Vendor benötigt diese Daten z. B., um eine Vorauswahl zu treffen und die Koordination der vertraglichen Abwicklung zu übernehmen. Sofern zusätzlich eine Datenbank für diese Abwicklung eingesetzt wird, haben die Beteiligten über die Datenbank den Zugriff auf die Daten des potenziellen Leiharbeitnehmers.

Darüber hinaus können weitere Daten des Leiharbeitnehmers, wie Arbeitszeiten, Urlaubs-bzw. Krankheitstage sowohl beim Verleiher als auch Entleiher erfasst werden, wenn es zu einem Einsatz gekommen ist. Es ist durchaus üblich, dass der Entleiher z. B. die Hardware in seinem Betrieb für die Zeiterfassung zur Verfügung stellt und einsetzt. Auf die dort erfassten Daten kann nicht nur der Verleiher, sondern auch der Entleiher zugreifen. Ein weiteres denkbares Szenario ist, dass der Entleiher die Arbeitszeit auf Papier erfasst, diese einscannt und sie an den Verleiher übermittelt.

Diese beispielhaft dargestellten Abläufe müssen nicht zwingend so erfolgen. Es kann ebenso sein, dass der Leiharbeitnehmer vom Verleiher einen Vordruck für die Zeiterfassung erhält, diesen ausfüllt und lediglich vom Entleiher gegenzeichnen lässt, um die tatsächliche Anwesenheit zu Abrechnungszwecken bestätigen zu lassen. Die letztere Variante dürfte aus datenschutzrechtlicher Sicht eher unproblematisch sein, da der Entleiher weder die Arbeitszeiten und Krankheits- oder Urlaubstage des Leiharbeitnehmers erfasst oder verarbeitet.

Ein datenschutzrechtlicher Regelungsbedarf liegt in den Fällen vor, wo tatsächlich nicht nur der Verleiher, sondern darüber hinaus der Entleiher die Daten des Leiharbeitnehmers erfasst bzw. auf diese z. B. über ein gemeinsam genutztes Zeiterfassungssystem zugreifen kann oder Daten untereinander übermittelt werden.

3 Lösungswege für die datenschutzkonforme Datenübermittlung

Seit der Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung gibt es unter Personaldienstleistern große Bestrebungen, diese oben beschriebene Situation datenschutzkonform zu gestalten. Hierzu gab es diverse Ansätze, die bisher jedoch kaum überzeugt haben.

3.1 Auftragsverarbeitung

Kurz nach dem 25.5.2018 wurde von Personaldienstleistern überwiegend versucht, den Datenfluss zwischen Verleiher und Entleiher mit Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages gem. Art. 28 DS-GVO zu regeln. Es sollte schnell eine Lösung her, um konform der Datenschutz-Grundverordnung zu handeln und die rechtliche Basis zu schaffen, die Daten des (Leih)Arbeitnehmers im Verhältnis Verleiher-Entleiher weiterzugeben.[15] Hintergrund ist, dass mit Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrages der Verantwortliche bestimmte Datenverarbeitungen auslagern kann und gleichzeitig Herr des gesamten Geschehens bleibt.[16] Der hierfür erforderliche Datenaustausch erfordert keine weitere Verarbeitungsgrundlage.[17] Die Entleiher sahen sich in diesem Verhältnis als Verantwortlicher und den Verleiher als Auftragsverarbeiter, die in ihrem Auftrag Daten erheben oder verarbeiten.

Dieser Lösungsweg überzeugt allerdings nicht. Eines der Hauptmerkmale eines Auftragsverarbeitungsvertrages ist die Weisungsgebundenheit des Verarbeiters. Dies ergibt sich unter anderem aus Art. 29 DS-GVO, wonach der Auftragsverarbeiter die personenbezogenen Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten darf.[18] Ferner kommt es darauf an, wer die Entscheidung über Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung trifft.[19]

Im Verleiher-Entleiher-Modell sind hingegen gerade diese wesentlichen Kriterien eines Auftragsverarbeitungsvertrages nicht erfüllt. Der Verleiher handelt nicht weisungsgebunden und unterliegt nicht den Kontrollen des Entleihers; vielmehr entscheidet der

13 Kühling/Buchner/*Maschmann* BDSG § 26 Rn. 7.

14 https://www.afa.de/data/06_Merkblatt-Leiharbeitnehmer.pdf (letzter Aufruf 03.01.2019.

15 Vgl. Auftragsverarbeitung-Orientierungshilfe des Bayerischen Landesbeauftragten für Datenschutz Stand: 25.08.2018, S. 7 https://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/oh_auftragsverarbeitung.pdf (letzter Aufruf 26.12.2018).

16 Paal/Pauly/*Martini* DS-GVO Art. 28 Rn. 8.

17 Paal/Pauly/*Martini* DS-GVO Art. 28 Rn. 8a.

18 Kühling/Buchner/*Hartung* DS-GVO Art. 28 Rn. 16.

19 Kühling/Buchner/*Hartung* DS-GVO Art. 28 Rn. 26-30 mit weiterem Nachweis.

Verleiher selbst, welchen potenziellen Kandidaten er dem Entleiher vorschlägt. Darüber hinaus ist der Verleiher in seiner Entscheidung sogar dergestalt frei, dass er bei Ausfall eines Leiharbeitnehmers einen anderen Leiharbeitnehmer anbieten kann. Ausschlaggebend ist das Vorliegen der geforderten Qualifikationen.

Das Bayerische Landesamt für Datenschutz (LDA Bayern) hat Ende Juli 2018 an dieser Stelle rasch für Klarheit gesorgt, indem es ein FAQ zur Datenschutz-Grundverordnung zum Thema Auftragsverarbeitung veröffentlicht hat.[20] Nach den Ausführungen des LDA Bayern liegt eine Auftragsverarbeitung nur vor, wenn die verarbeitende Stelle hauptsächlich mit der Verarbeitung personenbezogener Daten beauftragt wird.[21] Weiter wird ausgeführt, dass Dienstleistungen dort, wo die Datenverarbeitung nicht im Vordergrund steht, keine Auftragsverarbeitung im Sinne der Datenschutz-Grundverordnung darstellen.[22]

Erfreulicherweise wurde es außerdem weiter konkretisiert und in der oben genannten FAQ ergänzende Beispiele für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Auftragsverarbeitung genannt. Das LDA Bayern sieht in der Personalvermittlung nach Auftrag von Stellensuchenden oder Arbeitgebern keine Auftragsverarbeitung im Sinne von Art. 4 Nr. 8 DS-GVO, sondern nimmt eine eigene Verantwortlichkeit an.[23]

Seit dieser Veröffentlichung des LDA Bayern hat sich unter den meisten Personalvermittlern und Entleihern schnell einheitlich durchgesetzt, dass zwischen dem Verleiher und dem Entleiher kein Auftragsverarbeitungsvertrag erforderlich und darüber hinaus ein Abschluss eines solchen sogar völlig falsch ist.

3.2 Eigene Verantwortlichkeit

Ein weiterer Lösungsansatz für den datenschutzkonformen Datenaustausch ist: Der Verleiher und der Entleiher handeln beide eigenverantwortlich für die Daten, die sie jeweils selbst erheben und verarbeiten. Gestützt wird dies in der Praxis darauf, dass der Leiharbeitnehmer über § 26 Abs. 8 Nr. 1 BDSG wie ein Beschäftigter des Entleihers behandelt wird und nur zur Erfüllung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages, die Daten des (Leih) Arbeitnehmers untereinander ausgetauscht werden. Die Rechtfertigung der Datenübermittlung würde sich aus § 26 Abs. 1 BDSG, Art. 6 Abs.1 lit. b und c DS-GVO i. V. m § 12 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ergeben. Bei dieser Betrachtung fällt der (Leih)Arbeitnehmer unter die Fürsorgepflicht des Entleihers für den Zeitraum, in dem er überlassen wurde. Die Daten des (Leih) Arbeitnehmers werden beim Verleiher und Entleiher jeweils für eigene Zwecke erhoben und verarbeitet. Ohne einen weiteren Vertrag soll nach Vertretern dieser Ansicht daher eine datenschutzrechtskonforme Abwicklung der Arbeitnehmerüberlassung erfolgen, wenn jeder für sich verantwortlich ist und somit jeder gegenüber dem (Leih)Arbeitnehmer seiner eigenen Informationspflicht aus der Datenschutz-Grundverordnung nachkommt.

Wenn die vielfältigen Datenübermittlungswege, wie teilweise unter 2.5 dargestellt, berücksichtigt werden, überzeugt diese Ansicht nicht, da oft nicht scharf getrennt werden kann, wer nun welche Daten erhoben bzw. verarbeitet hat, so dass die Verantwortlichkeit letztlich nicht klar zugeordnet werden kann.

3.3 Gemeinsame Verantwortlichkeit

Der dritte Lösungsweg für eine datenschutzkonforme Datenübermittlung greift den unter 3.2 dargestellten gedanklichen Ansatz auf und entwickelt diesen unter Berücksichtigung des neuen Instruments aus Art. 26 DS-GVO weiter. Es wird ebenfalls angenommen, dass zwei Stellen verantwortlich sind, allerdings liegt der Unterschied darin, dass nach außen eine „gemeinsame" Verantwortlichkeit gegeben ist und im Innenverhältnis die Verantwortlichkeiten verteilt werden können.

Genau dies macht bei der datenschutzkonformen Regelung der Arbeitnehmerüberlassung Sinn, denn sowohl der Verleiher als auch der Entleiher erheben und speichern personenbezogene Daten des (Leih)Arbeitnehmers für diesen gemeinsamen Zweck, aber ebenso für eigene Zwecke (z. B. die Abrechnung). Aus Sicht des (Leih)Arbeitnehmers und der Realität entsprechend haben der Verleiher und der Entleiher personenbezogene Daten von ihm. Für den (Leih)Arbeitnehmer ist es daher nicht erkennbar, wer welche Daten aus welchem Grund erhebt bzw. verarbeitet. Infolgedessen kann es beispielsweise vorkommen, dass der Leiharbeitnehmer seinen Ansprechpartner beim Entleiher fragt, wie viele Überstunden oder Urlaubstage er hat. Da der Entleiher vertraglich nicht der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist, wird er sich nicht in dieses Verhältnis einmischen und den Leiharbeitnehmer an den Arbeitgeber (den Verleiher) verweisen, obwohl er vielleicht über die gemeinsame Datenbank die Einsichtsmöglichkeit hätte. Ähnlich verläuft es mit Urlaubstagen: Diese werden im Entleiherbetrieb angesprochen bzw. diesem mitgeteilt, der Entleiher zeichnet den Urlaubsantrag mit ab, wobei es ausschlaggebend nicht um die Genehmigung, aber um die Kenntniserlangung geht. Für die Personalplanung kann es sein, dass diese Informationen beim Entleiher gespeichert werden.

Ein weiterer Aspekt aus Sicht des Leiharbeitnehmers ist die Erfassung der Arbeitszeiten. Die Arbeitszeiten können z. B. über eine Hardware, die vom Entleiher zur Verfügung gestellt wird, erfasst und über eine gemeinsam genutzte Datenbank an den Verleiher übermittelt werden.

Die vorliegend aufgeführten Situationen sind nur beispielhaft genannt, um zu verdeutlichen, wie sich die Rolle des Leiharbeitnehmers in dem Verleiher-Entleiher-Modell darstellt und wie oft er mal mehr oder weniger als eigener Arbeitnehmer behandelt wird. Wie soll der Leiharbeitnehmer hier noch wissen, wer welche Daten von ihm erhoben hat? Der Leiharbeitnehmer kann bei diesen vielen Überschneidungen nicht verlässlich trennen, wer tatsächlich der Verantwortliche für die Erhebung und Verarbeitung seiner Daten im datenschutzrechtlichen Sinne ist.

Über die gemeinsame Verantwortlichkeit (Joint- Control) aus Art. 26 DS-GVO ergibt sich nunmehr die Möglichkeit, diesen Zustand vertraglich transparent festzulegen.

4 Joint-Control als datenschutzkonforme Lösung

Die gemeinsame Verantwortlichkeit wird in der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 26 geregelt. Vorab ist hervorzuheben,

20 Vgl. https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (letzter Aufruf 26.12.2018).

21 Siehe auch. https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (letzter Aufruf 26.12.2018).

22 Weitere Ausführungen unter https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (letzter Aufruf 26.12.2018).

23 Vgl. https://www.lda.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf (letzter Aufruf 26.12.2018).

dass dies keine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten darstellt, sondern diese voraussetzt und über eine Vereinbarung nach Art. 26 DS-GVO (sog. Joint- Control- Vertrag) die sich daraus ergebenden Folgen schriftlich regelt.[24] Eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung ist demnach weiterhin erforderlich.[25] Jeder Verantwortliche muss die bei ihm erhobenen Daten auf eine Rechtsgrundlage stützen können. Aus dem Wortlaut des Art. 26 DS-GVO ergibt sich, dass gemeinsame Verantwortliche entstehen, wenn zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung festlegen. Entscheidend für die Einordnung der Arbeitnehmerüberlassung unter Art. 26 DS-GVO ist, ob der Verleiher und Entleiher gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung festlegen.

Dies setzt voraus, dass jeder der Beteiligten einen bestimmenden tatsächlichen Einfluss auf die Datenverarbeitung nimmt, so definiert es die Datenschutzkonferenz in dem Kurzpapier Nr. 16.[26] Weiter stellt die Datenschutzkonferenz klar, dass bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit nicht unbedingt eine vollständig gleichrangige Kontrolle und Verantwortlichkeit vorliegen muss, sondern es reicht bereits eine phasenweise gemeinsame Verantwortlichkeit. Auch wird keine Deckungsgleichheit der verfolgten Zwecke verlangt.[27]

Zutreffend führt die Datenschutzkonferenz sodann in der nicht abschließenden Liste der Anwendungsfälle einer gemeinsamen Verantwortlichkeit die Personalvermittlung auf.[28] Die Datenschutzkonferenz verweist explizit auf die Personalvermittlung als Anwendungsfall der gemeinsamen Verantwortlichkeit und nennt hierfür dieses Beispiel: „*Der Personalvermittlungs-Dienstleister, der für einen Arbeitgeber X Bewerber sichtet und hierbei auch bei ihm eingegangene Bewerbungen einbezieht, die nicht gezielt auf die Stelle beim Arbeitgeber X gerichtet sind.* ".[29] Bei der Arbeitnehmerüberlassung gestaltet es sich oft nicht anders, folglich muss die Arbeitnehmerüberlassung als „klassischer" Fall der gemeinsamen Verantwortlichkeit angesehen werden.

Wie beschrieben verfolgen der Verleiher und der Entleiher einen gemeinsamen Zweck, nämlich die Arbeitnehmerüberlassung. Tagtäglich gehen in der Praxis Anforderungen vom Entleiher bei dem Verleiher ein, wie viele Personen mit welchen Qualifikationen benötigt werden. Die Verleiherbetriebe schreiben diese Stellen entweder extern aus oder haben in der eigenen Bewerberdatenbank bereits passende Kandidaten, die sie dem Entleiher vorschlagen. Die Datenerhebung und -verarbeitung erfolgt phasenweise beim Verleiher oder Entleiher.

Es gestaltet sich somit ähnlich wie bei der Personalvermittlung. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass der Personalvermittler keinen Arbeitsvertrag mit der zu vermittelnden Person abschließt und das eigentliche Ziel der Abschluss des Arbeitsvertrags mit einem zukünftigen Arbeitgeber ist. Der Ablauf der Personalbeschaffung, nämlich, dass die Stelle ausgeschrieben wird oder auf die eigene Bewerberdatenbank zurückgegriffen wird, kann sich gleich gestalten.

5 Fazit

Bezugnehmend auf die obigen Ausführungen lässt sich zusammenfassen, dass der Auftragsverarbeitungsvertrag nicht auf das Verleiher-Entleiher Modell anwendbar ist. Die Betrachtung des Verleihers und Entleihers als jeweils allein Verantwortliche überzeugt ebenfalls nicht, wenn man sich die vielfältige Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung ansieht.

Gerade die Vielgestaltigkeit der Arbeitnehmerüberlassung, die Rolle des Leiharbeitnehmers und die „phasenweise" Einstufung als Arbeitnehmer des Entleihers sprechen dafür, hier eine gemeinsame Verantwortlichkeit anzunehmen. Nur dies könnte die für den Leiharbeitnehmer komplex gestalteten Verantwortlichkeiten transparent darstellen und würde der tatsächlichen Situation entsprechen.

Um den in der Wirtschaft bedeutenden Fall der Arbeitnehmerüberlassung in der Praxis datenschutzrechtlich gesetzeskonform zu gestalten, ist es empfehlenswert einen Joint- Control- Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher zusätzlich zum Rahmenvertrag oder zum Einzelarbeitnehmerüberlassungsvertrag abzuschließen.

Sofern das Verleiher-Entleiher- Modell tatsächlich eine gemeinsame Verantwortlichkeit darstellt, sollte das Innenverhältnis zwischen den Verantwortlichen geregelt werden.[30] Dies kann über eine kurze, transparente Vereinbarung erfolgen, aus der sich ergibt, welcher Verantwortliche welche ihm obliegende Pflicht aus der Datenschutz-Grundverordnung gegenüber dem Betroffenen erfüllt.[31] Über die sich aus Art. 26 DS-GVO ergebende Pflicht, den wesentlichen Inhalt der Vereinbarung dem Betroffenen zur Verfügung zu stellen, wäre der Leiharbeitnehmer vollumfänglich informiert.

Die vertragliche Gestaltung des Joint- Control ist sehr überschaubar, schnell und unkompliziert mit einer Zusatzvereinbarung umsetzbar. Dies ist schon beispielsweise durch eine Vertragsergänzung mit ein paar wenigen Klauseln und der Wiedergabe des wesentlichen Inhalts in Tabellenform realisierbar. Da der Wortlaut des Art. 26 Abs. 1 DS-GVO eine Vereinbarung mit gewissen Mindestinhalten voraussetzt und gem. Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO bei einem Verstoß gegen die Pflichten aus Art. 26 DS-GVO sogar ein Bußgeld verhängt werden kann, ist eine solche Vereinbarung aber auf jeden Fall ratsam, um ein Bußgeld zu vermeiden.

24 Vgl. Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 1, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

25 Siehe auch Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 1, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

26 Weiterer Ausführungen in Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 2, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

27 Vgl. Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 3, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

28 Siehe Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 5, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

29 Beispiel zu finden in Datenschutzkonferenz- DSK: Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 Datenschutz-Grundverordnung, S. 5, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/kp/dsk_kpnr_16.pdf (letzter Aufruf 27.12.2018).

30 Kühling/Buchner/*Hartung,* 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 26 Rn. 1.

31 Kühling/Buchner/*Hartung,* 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 26 Rn. 1.

Aktuelles aus dem Programm



O. Leps
Hybride Testumgebungen für Kritische Infrastrukturen
Effiziente Implementierung für IT-Sicherheitsanalysen von KRITIS-Betreibern
2018, XVIII, 143 S. 21 Abb., 19 Abb. in Farbe. Brosch.
€ (D) 32,99 | € (A) 33,92 | *sFr 34,00
ISBN 978-3-658-22613-8
€ 24,99 | *sFr 27,00
ISBN 978-3-658-22614-5 (eBook)

- Einführung in neue, hybride Testumgebungen
- Modell für die effiziente IT-Sicherheitsanalyse für kleine und mittlere KRITISBetreiber



S. O. Knapp
Übungsbuch Automaten und formale Sprachen
117 Aufgaben und Lösungen
2018, IX, 154 S. 125 Abb. in Farbe. Brosch.
€ (D) 29,99 | € (A) 30,83 | *sFr 31,00
ISBN 978-3-658-22695-4
€ 22,99 | *sFr 24,50
ISBN 978-3-658-22696-1 (eBook)

- 117 Übungen zur Theoretischen Informatik
- Mit detaillierten und nachvollziehbaren Lösungswegen



C. Baun
Computernetze kompakt
4., akt. und erw. Aufl. 2018, XVIII, 255 S. 106 Abb. Brosch.
€ (D) 19,99 | € (A) 20,55 | *sFr 21,00
ISBN 978-3-662-57468-3
€ 14,99 | *sFr 16,50
ISBN 978-3-662-57469-0 (eBook)

- Vermittelt ein fundiertes Verständnis von Computernetzwerken
- Beschreibt die wichtigsten Protokolle



G. Riegelhuth, M. Sandrock (Hrsg.)
Verkehrsmanagementzentralen für Autobahnen
Aktuelle Entwicklungen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz
2018, VIII, 200 S. 85 Abb., 83 Abb. in Farbe. Geb.
€ (D) 39,99 | € (A) 41,11 | *sFr 41,50
ISBN 978-3-658-22139-3
€ 29,99 | *sFr 33,00
ISBN 978-3-658-22140-9 (eBook)

- So funktionieren Verkehrsmanagementzentralen heute
- Aktuelle Entwicklungen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz

Ihre Vorteile in unserem Online Shop:

Über 280.000 Titel aus allen Fachgebieten | eBooks sind auf allen Endgeräten nutzbar | Kostenloser Versand für Printbücher weltweit

€ (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7 % für Printprodukte bzw. 19 % MwSt. für elektronische Produkte. € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10 % für Printprodukte bzw. 20% MwSt. für elektronische Produkte. Die mit * gekennzeichneten Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.