

Datenschutz in kirchlichen Einrichtungen

Eigenständigkeit des kirchlichen Datenschutzes und die Eigenart des
kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Sebastian Jacob Silberzahn
aus Stuttgart

2022

Universitätsbibliothek Tübingen

TOBIAS-lib

Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Forster

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hermann Reichold

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Mikosch

Tag der mündlichen Prüfung: 24. März 2022

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als Akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Professor Dr. Hermann Reichold und wurde im Januar 2022 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Hermann Reichold für seine Förderung und Unterstützung sowie die lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl. Mein zusätzlicher Dank gilt Herrn Professor Dr. Ernst Mikosch für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem möchte ich mich bei meiner Familie und allen Freunden bedanken, die mich in dieser Zeit begleitet und unterstützt haben.

Mein größter Dank gilt meiner Partnerin, Dr. Franka Becker. Ohne ihre durchgehende und unermüdliche Unterstützung in allen Phasen und zu jeder Zeit wäre die Arbeit nicht entstanden.

Lajares, November 2022

Sebastian Silberzahn

Inhaltsübersicht	
Inhaltsübersicht.....	I
Inhaltsverzeichnis	III
Einleitung	1
Teil 1 – Datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der EU	4
Kapitel 1 – Übertragung datenschutzrechtlicher Gesetzgebungskompetenz zugunsten der EU	4
Kapitel 2 – Verbleibende mitgliedstaatliche Kompetenz eigener Datenschutzgesetzgebung	6
Kapitel 3 – Einfluss des Unionsrechts auf die Stellung der Kirchen	9
§ 1 Rechtsnatur des Art. 17 AEUV	9
§ 2 Datenschutz als Teil des unionsrechtlichen Status	13
§ 3 Achten und Nicht Beeinträchtigen	16
§ 4 Einfluss der unionsrechtlichen Erlaubnis kirchlicher Datenschutzregeln auf die innerstaatliche Stellung der Kirchen	20
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 1	21
Teil 2 – Innerstaatliche Stellung der Kirchen.....	23
Kapitel 1 – Datenschutz als eigene Angelegenheit der Kirchen	23
§ 1 Definition der eigenen Angelegenheiten	23
§ 2 Subsumtion des Datenschutzrechts als eigene Angelegenheit	28
Kapitel 2 – Kompetenzverleihung durch beredtes Schweigen.....	32
§ 1 Möglichkeit der Kompetenzübertragung	33
§ 2 Verlichene Gesetzgebungskompetenz	34
§ 3 Reichweite der kirchlichen Datenschutzgesetzgebungskompetenz.....	38
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 2	42
Teil 3 – Inhaltliche Anforderungen an den kirchlichen Datenschutz	43
Kapitel 1 – Anwendungsvoraussetzungen des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO	43
§ 1 Kirche, religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft	43
§ 2 Umfassende Regeln.....	47
§ 3 Zeitpunkt der Anwendung eigener Regelungen	49
§ 4 In Einklang mit der Verordnung bringen.....	52
§ 5 Zwischenfazit	54
Kapitel 2 - Datenschutzaufsicht spezifischer Art	55
§ 1 Spezifische Art der „Behörde“	55

§ 2 Anforderungen an die kirchliche Datenschutzaufsichtsbehörde und deren Umsetzung.....	56
§ 3 Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Umsetzungen.....	82
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 3	85
Teil 4 – Die Eigenart des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes	87
Kapitel 1 – Wirkung und Rahmen der eigenständigen Regelung	87
§ 1 Unmittelbare Anwendbarkeit der DS-GVO im kirchlichen Bereich.....	87
§ 2 Keine vollständige Geltungsbereichsausnahme im Beschäftigtenkontext	89
§ 3 Vollharmonisierung und Schutzniveau.....	91
§ 4 Verhältnis kirchlichen Datenschutzes zum Unionsrecht	92
§ 5 Rahmen der beschäftigtendatenschutzrechtlichen Regelungen.....	98
Kapitel 2 – Bestandsaufnahme kirchlicher Datenschutzregeln in Beschäftigungsverhältnissen.....	110
§ 1 Bestandsaufnahme evangelischer Beschäftigtendatenschutz	111
§ 2 Bestandsaufnahme katholischer Beschäftigtendatenschutz.....	114
§ 3 Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz des BDSG	115
Kapitel 3 – Analyse des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes.....	122
§ 1 Evangelischer Beschäftigtendatenschutz	122
§ 2 Katholischer Beschäftigtendatenschutz	150
Kapitel 4 – Vergleich zum weltlichen Beschäftigtendatenschutz	169
§ 1 Konkurrenzverhältnis kirchlichen und staatlichen Datenschutzrechts	169
§ 2 Vergleich evangelischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz.....	170
§ 3 Vergleich katholischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz	175
Kapitel 5 – Unionsrechtliche Bedenken aufgrund von Generalklauseln	179
§ 1 Kritik an Generalklauseln	179
§ 2 Stellungnahme.....	180
§ 3 Fazit.....	181
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	182
Literaturverzeichnis.....	i

Inhaltsverzeichnis	
Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	III
Einleitung	1
Teil 1 – Datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der EU	4
Kapitel 1 – Übertragung datenschutzrechtlicher Gesetzgebungskompetenz zugunsten der EU.....	4
Kapitel 2 – Verbleibende mitgliedstaatliche Kompetenz eigener Datenschutzgesetzgebung.....	6
Kapitel 3 – Einfluss des Unionsrechts auf die Stellung der Kirchen	9
§ 1 Rechtsnatur des Art. 17 AEUV.....	9
I. Art. 17 AEUV als Negativkompetenz	10
II. Keine Verleihung subjektiver Rechte der Kirchen auf Unionsebene.	11
III. Art. 17 AEUV als objektive Grundsatzbestimmung	11
IV. Stellungnahme.....	11
§ 2 Datenschutz als Teil des unionsrechtlichen Status	13
I. Definition des Statusbegriffs.....	14
II. Stellungnahme.....	15
III. Konsequenz für die kirchliche Gesetzgebungskompetenz	16
§ 3 Achten und Nicht Beeinträchtigen.....	16
I. Definition der Begriffe „achten“ und „nicht beeinträchtigen“	17
II. Abwägungsdualität auf unions- und mitgliedstaatlicher Ebene	18
§ 4 Einfluss der unionsrechtlichen Erlaubnis kirchlicher Datenschutzregeln auf die innerstaatliche Stellung der Kirchen.....	20
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 1	21
Teil 2 – Innerstaatliche Stellung der Kirchen	23
Kapitel 1 – Datenschutz als eigene Angelegenheit der Kirchen	23
§ 1 Definition der eigenen Angelegenheiten	23
I. Rechtsprechung	23
II. Literatur	26
III. Stellungnahme.....	27
§ 2 Subsumtion des Datenschutzrechts als eigene Angelegenheit	28
Kapitel 2 – Kompetenzverleihung durch beredtes Schweigen.....	32
§ 1 Möglichkeit der Kompetenzübertragung	33

I.	Gewährleistung eines ausreichenden Schutzniveaus	33
II.	Übertragungsmöglichkeit trotz Gesetzgebungskompetenz der EU	34
§ 2	Verleihe Gesetzgebungskompetenz	34
I.	Schweigen des BDSG bzgl. der Anwendbarkeit auf öffentlich- rechtliche Religionsgesellschaften	34
II.	Bedeutung des beredten Schweigens	35
§ 3	Reichweite der kirchlichen Datenschutzgesetzgebungskompetenz	38
I.	Geltung kirchlichen Datenschutzrechts für privatrechtlich organisierte Einrichtungen	39
II.	Voraussetzungen der Zuordnung privatrechtlicher organisierter Einrichtungen zu den verfassten Kirchen	41
	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 2	42
Teil 3 –	Inhaltliche Anforderungen an den kirchlichen Datenschutz	43
Kapitel 1 –	Anwendungsvoraussetzungen des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO	43
§ 1	Kirche, religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft	43
I.	Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Weltanschauungsgemeinschaften.....	44
II.	Keine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich- rechtlichen Religionsgemeinschaften.....	45
III.	Erstreckung der Anwendbarkeit kirchlicher Datenschutzregeln auf privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Religionsgemeinschaften .	46
§ 2	Umfassende Regeln	47
I.	Literatur	47
II.	Stellungnahme.....	48
III.	Fazit.....	49
§ 3	Zeitpunkt der Anwendung eigener Regelungen	49
I.	Veränderungsmöglichkeit bestehender Regelungen.....	50
II.	Vollständige Neu- und Erstregelungen.....	50
§ 4	In Einklang mit der Verordnung bringen.....	52
§ 5	Zwischenfazit.....	54
Kapitel 2 -	Datenschutzaufsicht spezifischer Art	55
§ 1	Spezifische Art der „Behörde“	55
§ 2	Anforderungen an die kirchliche Datenschutzaufsichtsbehörde und deren Umsetzung.....	56
I.	Unionsrechtsautonome Auslegung der Anforderungen.....	58

II. Völlige Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht	58
1. Grundsätzliche Möglichkeit der kircheninternen Unabhängigkeit.....	58
2. Funktionale und institutionelle Unabhängigkeit der Behörde.....	60
3. Sachliche und persönliche Unabhängigkeit	61
4. Unabhängigkeit trotz zwingender Kirchenmitgliedschaft	61
5. Sonstige Voraussetzungen der Unabhängigkeit	64
6. Umsetzung der Art. 52 Abs. 3-6 DS-GVO durch die Kirchen.....	65
a. Umsetzung durch die EKD	65
b. Umsetzung durch den VDD.....	67
III. Mitglieder der Datenschutzaufsichtsbehörde.....	68
1. Ernennung der Mitglieder	68
2. Qualifikation der Mitglieder der Aufsichtsbehörde.....	69
3. Umsetzung durch die Kirchen	70
a. Umsetzung durch die EKD	70
b. Umsetzung durch den VDD.....	70
IV. Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsicht	71
1. Aufgaben	72
a. Aufgaben nach dem KDG.....	72
b. Aufgaben nach dem DSGVO-EKD.....	73
2. Befugnisse	74
a. Befugnisse nach dem DSGVO-EKD.....	75
b. Befugnisse nach dem KDG.....	77
3. Sanktionen.....	78
a. Höhe der Geldbußen	78
b. Adressaten der Geldbußen	79
V. Tätigkeitsbericht der Aufsichtsbehörde	81
VI. Fazit.....	82
§ 3 Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Umsetzungen	82
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 3	85
Teil 4 – Die Eigenart des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes	87
Kapitel 1 – Wirkung und Rahmen der eigenständigen Regelung	87
§ 1 Unmittelbare Anwendbarkeit der DS-GVO im kirchlichen Bereich....	87

§ 2 Keine vollständige Geltungsbereichsausnahme im Beschäftigtenkontext	89
§ 3 Vollharmonisierung und Schutzniveau.....	91
§ 4 Verhältnis kirchlichen Datenschutzes zum Unionsrecht	92
I. Unmittelbare Geltung der DS-GVO	92
II. Gesetzgebung im Rahmen der Öffnungsklauseln.....	93
III. Konkretisierungen	93
IV. Wiederholung des Verordnungstextes	93
V. Gesetzgebung außerhalb des Anwendungsbereichs	95
VI. Gestaltungsspielraum kirchlicher Regelungen	97
§ 5 Rahmen der beschäftigtendatenschutzrechtlichen Regelungen.....	98
I. Sachliche Eingrenzung des Beschäftigtendatenschutzes	98
1. Personenbezogene Beschäftigungsdaten (Beschäftigtenbegriff).....	98
a. Verordnungsautonome Auslegung.....	99
b. Beschäftigtenbegriff des EuGH	100
c. Stellungnahme.....	101
d. Übertragung auf die Kirchen	102
2. Beschäftigungskontext.....	102
a. Extensive Auslegung.....	103
b. Restriktive Auslegung.....	103
c. Nähe zum Beschäftigungsverhältnis.....	103
d. Stellungnahme.....	104
3. Spezialität mitgliedstaatlicher Regeln zum Beschäftigtendatenschutz	105
II. Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen	107
1. Rechtsvorschriften	107
2. Kollektivvereinbarungen.....	109
a. Arbeitsvertragsrichtlinien als Kollektivvereinbarungen.....	109
b. Dienstvereinbarung als Kollektivvereinbarung	110
Kapitel 2 – Bestandsaufnahme kirchlicher Datenschutzregeln in Beschäftigungsverhältnissen	110
§ 1 Bestandsaufnahme evangelischer Beschäftigtendatenschutz	111
I. Grundsatz des § 49 Abs. 1 DSG-EKD.....	111
II. Regelungstypen	111

III. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung	111
IV. Verarbeitung im Zusammenhang mit Straftaten und Amtspflichtverletzungen	112
V. Offenlegung von Daten	112
VI. Medizinische und psychologische Untersuchungen	113
VII. Löschpflicht.....	114
VIII. Verarbeitungsverbot.....	114
§ 2 Bestandsaufnahme katholischer Beschäftigtendatenschutz.....	114
I. Umfassende Verarbeitungserlaubnis nach § 53 KDG	114
II. Nicht automatisierte Verarbeitung	114
III. Datenverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung	115
IV. Unberührtheit der Beteiligungsrechte der MAV	115
§ 3 Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz des BDSG	115
I. Aufbau des § 26 BDSG.....	116
1. Generalklausel.....	116
2. Regelungstypen	117
3. Einwilligung im Beschäftigtenverhältnis.....	117
4. Verarbeitung zum Zwecke der Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis	119
5. Verarbeitung sensibler Daten.....	119
6. Nicht-dateimäßige Verarbeitung von Beschäftigten.....	120
II. Weitere Pflichten des Arbeitgebers	121
Kapitel 3 – Analyse des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes	122
§ 1 Evangelischer Beschäftigtendatenschutz	122
I. Anwendungsbereich.....	122
1. Sachlicher Anwendungsbereich.....	122
2. Personeller Anwendungsbereich (Beschäftigtenbegriff)	123
II. Generalklausel.....	123
III. Verarbeitung von Religionsdaten	124
IV. Kollektivvereinbarungen.....	127
V. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung	128
1. Grundlage der Verarbeitung auf Grund einer Einwilligung	128
2. Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungskontext.....	129

a. Spezifizierung der Einwilligung im Beschäftigungskontext	130
b. Gesetzliche Vermutung	132
VI. Verarbeitung im Zusammenhang mit Straftaten und Amtspflichtverletzungen	132
1. Straftaten im Beschäftigungsverhältnis	132
2. Amtspflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis	133
3. „Im Zusammenhang mit dem Verdacht“	134
VII. Medizinische oder psychologische Untersuchungen	136
1. Einschlägige Öffnungsklausel	136
2. Arbeitsmedizin	138
VIII. Offenlegung von Daten	139
1. Kirchliche Interessen	140
a. Einheitliche Auslegung der kirchlichen Interessen	141
b. Kirchliche Interessen als Abwägungsfaktor	143
2. Weitere Voraussetzungen	144
a. Überwiegendes Interesse (Nr. 1)	144
b. Erforderlichkeit aufgrund Art und Zielsetzung der übertragenen Aufgabe (Nr. 2)	144
c. Offensichtliches Interesse des Betroffenen (Nr. 3)	145
d. Anschein der Erforderlichkeit (Nr. 4)	146
3. Fazit zur Offenlegung personenbezogener Daten (§ 49 Abs. 4 DSGVO- EKD)	148
IX. Zweckbindung der Datenverarbeitung	148
X. Löschpflicht	149
§ 2 Katholischer Beschäftigtendatenschutz	150
I. Anwendungsbereich	150
1. Beschäftigtenbegriff	150
2. Beschäftigungskontext	150
3. Erweiterter Anwendungsbereich	151
II. Umfassende Verarbeitungserlaubnis des § 53 Abs. 1, 3 KDG	151
III. Religionsbezogene Daten	152
IV. Datenverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung	153
V. Unberührtheit von Beteiligungsrechten der MAV	155
1. Reichweite des § 53 Abs. 4 KDG	155

2. Verhältnis von MAVO zu KDG	156
3. Rechtgrundlage der Informationsgewinnung der MAV	157
a. § 26 Abs. 2 MAVO	157
aa) Datenschutzrechtliche Relevanz	158
bb) MAV als verantwortliche Stelle.....	159
cc) Fazit.....	160
b. § 53 Abs. 1 KDG.....	160
c. § 6 Abs. 1 KDG.....	162
aa) § 6 Abs. 1 lit. c) KDG	162
bb) § 6 Abs. 1 lit. d) KDG	162
VI. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung	164
1. Allgemeines zur Einwilligung nach dem KDG	164
2. Relevanz im Beschäftigungskontext.....	165
3. Freiwilligkeit der Einwilligung	165
4. Koppelungsverbot	167
VII. Zusammenfassender Überblick.....	167
Kapitel 4 – Vergleich zum weltlichen Beschäftigtendatenschutz	169
§ 1 Konkurrenzverhältnis kirchlichen und staatlichen Datenschutzrechts	169
§ 2 Vergleich evangelischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz	170
I. Wesentliche Übereinstimmungen	170
1. Generalklausel.....	170
2. Anwendungsbereich und Beschäftigtenbegriff.....	171
3. Regelungstypen	171
4. Einwilligung	172
5. Aufdeckung von Straftaten	173
II. Wesentliche Abweichungen.....	173
1. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten	173
2. Offenlegung von Daten	173
3. Verdacht auf Amtspflichtverletzungen	174
§ 3 Vergleich katholischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz	175
I. Wesentliche Übereinstimmungen	175
1. Generalklausel.....	175
2. Aufdeckung von Straftaten	176

3. Beteiligungsrechte.....	177
II. Wesentliche Abweichungen.....	177
1. Anwendungsbereich.....	177
2. Regelungstypen.....	178
3. Verkürzte Regelung.....	178
Kapitel 5 – Unionsrechtliche Bedenken aufgrund von Generalklauseln	179
§ 1 Kritik an Generalklauseln.....	179
§ 2 Stellungnahme.....	180
§ 3 Fazit.....	181
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	182
Literaturverzeichnis.....	i

Einleitung

Mit dem Beichtgeheimnis als wohl erste „datenschutzrechtliche“ Verbürgung steht die (katholische) Kirche am Beginn der fortwährenden Entwicklung des Datenschutzrechts. Unter stets wachsendem europäischem Einfluss hat mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung¹ („DS-GVO“) am 25.5.2016 und Geltung seit dem 25.5.2018 der Datenschutz im Bereich der Europäischen Union („EU“ oder „Union“) seinen vorläufigen Höhepunkt gefunden.

Die Gesetzgebungskompetenz der verfassten Kirchen im Bereich des Datenschutzes wurde die meiste Zeit im Wesentlichen im bilateralen Verhältnis zwischen Staat und Kirche diskutiert. Dass auch unionsrechtliche Gesetzgebung einen Einfluss auf das Datenschutzrecht hat, wurde spätestens seit der Richtlinie 95/46/EG² („Datenschutzrichtlinie“) ebenfalls berücksichtigt.³ Seitdem hat der Einfluss der Unionsgesetzgebung erheblich an Bedeutung gewonnen. Die Kirchen finden sich nunmehr zur Begründung eigener Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzes in einem trilateralen Verhältnis wieder. Neben das innerstaatliche Verhältnis zwischen Staat und Kirche tritt das Unionsrecht sowohl auf Primär- als auch auf Sekundärrechtsebene. Primärrechtlich gewährt zunächst Art. 16 Abs. 2 AEUV dem Europäischen Parlament und dem Rat eine datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz. Auch die kirchliche Datenschutzgesetzgebung findet unionsrechtliche Anknüpfungspunkte, grundlegend zunächst in Art. 17 Abs. 1 AEUV. Hiernach achtet die Union „den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.“ Konkret erlaubt Art. 91 DS-GVO sekundärrechtlich die Anwendung kirchlicher Datenschutzregeln, auf dessen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einzugehen sein wird.

Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften, namentlich die Evangelische Kirche und die Katholische Kirche, haben auf die hiermit einhergehenden

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)

² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

³ Vgl. Germann ZevKR 2003 (48), 446, 469.

Neuerungen reagiert und neue Datenschutzgesetze verabschiedet, welche beide kurz vor Geltungsbeginn der DS-GVO am 24.5.2018 in Kraft getreten sind. Die Evangelische Kirche Deutschland („EKD“) novellierte umfassend das DSG-EKD⁴. Im Bereich der Katholischen Kirche wurde die KDO⁵ von dem KDG⁶ abgelöst.

Eben diese Entwicklungen sind Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Ziel ist eine Analyse der datenschutzrechtlichen Situation sowohl im Bereich der Evangelischen also auch der Katholischen Kirche, wobei speziell der Bereich des Beschäftigtendatenschutzes im Fokus steht.

Im ersten Teil soll auf das dem kirchlichen Datenschutzrecht zugrundeliegende Normgefüge und die sich darauf ergebende Hierarchie eingegangen werden. Der Fokus liegt hierbei auf der durch die Lissabonner Verträge und die DS-GVO veränderte kompetenzrechtliche Situation.

Anschließend ist im zweiten Teil auf die innerstaatliche Stellung der Kirchen im Bereich des Datenschutzrechts einzugehen und inwieweit sich aus den unionsrechtlichen Entwicklungen Änderungen für diese ergeben.

Der dritte Teil befasst sich dann mit den inhaltlichen Anforderungen an kirchliche Datenschutzgesetze. Insbesondere wird neben den allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO auch auf die Datenschutzaufsicht nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO einzugehen sein.

Der vierte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit den Regelungen des DSG-EKD und KDG zum Beschäftigtendatenschutz. Hierfür wird zunächst auf die Anforderungen der einschlägigen Öffnungsklausel, Art. 88 DS-GVO, eingegangen und

⁴ Kirchengesetz über den Datenschutz der Evangelischen Kirche in Deutschland vom 15. November 2017, in Kraft getreten nach § 56 Abs. 1 S. 2 DSG-EKD am 24.5.2018. Das von der EKD verabschiedete DSG-EKD hat keine unmittelbare Geltung in den einzelnen Gliedkirchen und bedarf für die Geltung in der einzelnen Gliedkirche der Umsetzung durch das jeweilige Rechtsetzungsorgan.

⁵ Anordnung über den kirchlichen Datenschutz.

⁶ Gesetz über den Kirchlichen Datenschutz in der Fassung des einstimmigen Beschlusses der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands vom 20. November 2017, in Kraft getreten nach § 58 Abs. 1 KDG am 24.5.2018. Das von der Vollversammlung des Verbandes der Diözesen Deutschlands („VDD“) verabschiedete Gesetz hat keine unmittelbare Rechtswirkung in den einzelnen Diözesen und bedarf für die Geltung in der einzelnen Diözese jeweils der Umsetzung durch den zuständigen Bischof.

nachfolgend das allgemeine Verhältnis der Kirchengesetze zur DS-GVO analysiert, um sodann die einschlägigen und anwendbaren Regelungen im Beschäftigungskontext zu untersuchen. Dabei soll stets das Konkurrenzverhältnis zur DS-GVO im Blick behalten und auf etwaige unionsrechtliche Bedenken kirchlicher Regelungen eingegangen werden. Abschließend sollen die wesentlichen Übereinstimmungen und Abweichungen der jeweiligen kirchlichen Regelungen zum weltlichen Beschäftigtendatenschutz dargestellt werden.

Teil 1 – Datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der EU

Die Diskussion der Gesetzgebungskompetenz der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften im Bereich Datenschutz wird regelmäßig im Rahmen des in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierten Selbstbestimmungsrechts geführt. Seit Verabschiedung der Lissaboner Verträge liegt nach Art. 16 Abs. 2 AEUV die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz nunmehr bei der EU. Dieser muss daher nunmehr den Ausgangspunkt der Gesetzgebungskompetenz bilden.

Kapitel 1 – Übertragung datenschutzrechtlicher Gesetzgebungskompetenz zugunsten der EU

Auf Unionsebene gilt nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 EUV das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen. Die EU kann demnach nur in den Bereichen rechtsetzend tätig werden, in denen ihr die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit übertragen haben.⁷ Soweit der Unionsgesetzgeber von seiner Kompetenz Gebrauch macht, verlieren die Mitgliedstaaten ihre Gesetzgebungskompetenz. Auf das innerstaatliche Kompetenzverhältnis wird hierdurch grundsätzlich kein Einfluss genommen. Dabei kann innerstaatlich jedoch nur dann eine Kompetenzentscheidung getroffen werden, wenn überhaupt eine mitgliedstaatliche Kompetenz besteht.

Für den Bereich des Datenschutzes stellt Art. 16 Abs. 2 AEUV die Kompetenzgrundlage zugunsten der EU zum Erlass von Sekundärrecht dar. Umstritten ist, ob hiervon lediglich die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen⁸ oder auch durch nichtöffentliche Stellen⁹ umfasst ist.

Brühmann verweist primär auf die Entstehungsgeschichte des Art. 16 AEUV. Bereits vor Inkrafttreten der Lissabonner Verträge wurde die datenschutzrechtliche Kompetenz der Union aus dem heute Art. 114 AEUV entsprechenden Art. 95 EGV abgeleitet. Die hierauf fußende Richtlinie 95/46/EG umfasse die Datenver-

⁷ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 5 AEUV, Rn. 6

⁸ So *Schröder*, in: *Streinz*, EUV, AEUV, Art. 16 AEUV, Rn. 9; *Klement*, JZ 2017, 161, 164.

⁹ So *Brühmann* in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, Art. 16 AEUV, Rn. 68.

arbeitung von sowohl öffentlichen als auch nichtöffentlichen Stellen. Eine Kompetenzbeschneidung sollte mit der Einführung von Art. 16 Abs. 2 AEUV jedoch nicht einhergehen.

Die Gegenauffassung¹⁰ verweist dagegen darauf, dass eine umfassende Kompetenz der Union auch durch eine Subsumtion der Verarbeitung durch nichtöffentliche Stellen unter den Freiverkehr erreicht werden könne. Im Ergebnis sei eine gedankliche Zweiteilung der Datenverarbeitung in Art. 16 Abs. 2 S. 1 AEUV – durch die separate Aufzählung der Verarbeitung durch Organe und Einrichtungen der Union sowie der Mitgliedstaaten auf der einen und des freien Datenverkehrs auf der anderen Seite – erkennbar.

Überzeugender scheint die Subsumtion der Kompetenz zur datenschutzrechtlichen Regelung bzgl. der Verarbeitung durch Private unter den Begriff des freien Datenverkehrs. Andernfalls wäre die ausdrückliche Trennung zwischen den Organen der EU und den Mitgliedstaaten als hoheitliche Verarbeiter und der Nennung des „freien“ Datenverkehr als Ausdruck nicht hoheitlicher, grundrechtsgebundener Verarbeitung ohne eigenständige Bedeutung.

Im Ergebnis unumstritten ist, dass der Union eine vollumfängliche Kompetenz im Bereich des Datenschutzes zukommt. Ob eine vollumfängliche Kompetenz der Union im Bereich des Datenschutzes erst durch die Normierung des freien Datenverkehrs oder bereits durch historische Auslegung von Art. 16 Abs. 2 AEUV erreicht wird, spielt für das Ergebnis, dass der EU eine solche zukommt, keine Rolle. Soweit von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht wird, sind mitgliedstaatliche Regelungen nicht (mehr) anwendbar.

Durch die Verabschiedung der Lissabonner Verträge gab die Bundesrepublik Deutschland seine Gesetzgebungskompetenz im Bereich Datenschutz damit grundsätzlich an die EU ab. Diese hat durch die zunächst auch unter EUV und AEUV weitergeltende Datenschutzrichtlinie 95/45/EG und der seit 25.5.2018 geltenden DS-GVO von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. Damit hängt die Möglichkeit zur datenschutzrechtlichen Gesetzgebung der Mitgliedstaaten von der „Erlaubnis“ der EU ab.

¹⁰ Schröder, in: Streinz, EUV, AEUV, Art. 16 AEUV, Rn. 9.

Kapitel 2 – Verbleibende mitgliedstaatliche Kompetenz eigener Datenschutzgesetzgebung

Die EU hat mit der DS-GVO ein umfassendes Regelwerk geschaffen. Dennoch ermöglicht diese den Mitgliedstaaten durch Öffnungsklauseln, konkretere Bestimmungen zu Teilbereichen zu treffen.¹¹ Art. 88 DS-GVO etwa erlaubt den Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext“ vorzusehen.

Beim Ausfüllen dieser Gestaltungsspielräume stellt sich die Frage der anzuwendenden Grundrechtsebene. In dem hier gegebenen Mehrebenensystem kommen nationale Grundrechte, die Unionsgrundrechte aus der Grundrechtecharta (GRCh) sowie solche aus der EMRK in Betracht.¹²

Bei der Durchführung von Unionsrecht, also der unmittelbaren Anwendung der DS-GVO, sind die Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte gebunden, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh.¹³ Aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts bleibt hierbei kein Raum für die nationalen Grundrechte.¹⁴

Umstritten ist, ob Unionsgrundrechte auch im Rahmen der Öffnungsklauseln anzuwenden sind. Lässt das Unionsrecht dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum, ist dieser nach dem BVerfG „grundgesetzkonform auszufüllen“, wenn die Grundrechte nicht bereits durch Unionsrecht vollständig determiniert sind.¹⁵ Ob dies bei der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO der Fall ist, ist bereits fraglich. Art. 88 Abs. 2 DS-GVO normiert deutliche Vorgaben an die mitgliedstaatlichen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz. So müssen diese „geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person“ umfassen.¹⁶

¹¹ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501.

¹² *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503.

¹³ *Kingreen*, Jura 2014, 295, 301

¹⁴ *Thym*, NVwZ 2013, 889, 891 f.; *Hufen*, Staatsrecht II, § 4, Rn. 11.

¹⁵ BVerfG v. 19.7.2011 - 1 BvR 1916/09, Rn. 88.

¹⁶ Eine Determinierung der Grundrechte durch die Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO ablehnend *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 504 mit der Begründung, dass bereits keine vollumfängliche Kompetenz der EU im Bereich des Rechts auf Freiheit der Meinungsäußerung und

Der EuGH hat dagegen in Bezug auf die Datenschutzrichtlinie ausgeführt, dass der nationale Gesetzgeber sich nicht auf eine Auslegung der Richtlinie stützen darf, „die mit den durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert.“¹⁷ Der EuGH geht somit davon aus, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung unionsrechtlich gegebener Spielräume die Unionsgrundrechte zu beachten hat.¹⁸

Die DS-GVO dient nach Erwägungsgrund 1¹⁹ und 2²⁰ dem Schutz der Unionsgrundrechte aus Art. 16 AEUV und Art. 8 GRCh. Dabei sind die Ziele der nunmehr abgelösten Datenschutzrichtlinie²¹ nach Erwägungsgrund 9 zur DS-GVO²² weiterhin auch für die DS-GVO gültig. Ziel des europäischen Datenschutzrechts ist entsprechend Art. 1 Abs. 1 RL 95/46/EG der „Schutz der Grundrechte und

der Informationsfreiheit besteht. Insoweit ist diese Argumentation auf den Beschäftigtendatenschutz nicht übertragbar.

¹⁷ EuGH v. 6.11.2003 - C-101/01, Rn. 87.

¹⁸ So auch *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505.

¹⁹ „Der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ist ein Grundrecht. Gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden „Charta“) sowie Artikel 16 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.“

²⁰ „Die Grundsätze und Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten sollten gewährleisten, dass ihre Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere ihr Recht auf Schutz personenbezogener Daten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Aufenthaltsorts gewahrt bleiben. Diese Verordnung soll zur Vervollständigung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und einer Wirtschaftsunion, zum wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, zur Stärkung und zum Zusammenwachsen der Volkswirtschaften innerhalb des Binnenmarkts sowie zum Wohlergehen natürlicher Personen beitragen.“

²¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr, Aufhebung mit Wirkung zum 25.5.2018, Art. 94 Abs. 1 DS-GVO.

²² „¹Die Ziele und Grundsätze der Richtlinie 95/46/EG besitzen nach wie vor Gültigkeit, doch hat die Richtlinie nicht verhindern können, dass der Datenschutz in der Union unterschiedlich gehandhabt wird, Rechtsunsicherheit besteht oder in der Öffentlichkeit die Meinung weit verbreitet ist, dass erhebliche Risiken für den Schutz natürlicher Personen bestehen, insbesondere im Zusammenhang mit der Benutzung des Internets. ²Unterschiede beim Schutzniveau für die Rechte und Freiheiten von natürlichen Personen im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten, vor allem beim Recht auf Schutz dieser Daten, können den unionsweiten freien Verkehr solcher Daten behindern. ³Diese Unterschiede im Schutzniveau können daher ein Hemmnis für die unionsweite Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten darstellen, den Wettbewerb verzerren und die Behörden an der Erfüllung der ihnen nach dem Unionsrecht obliegenden Pflichten hindern. ⁴Sie erklären sich aus den Unterschieden bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 95/46/EG.“

Grundfreiheiten und insbesondere [der] Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“. Erwägungsgrund 1 zur DS-GVO²³ stellt hierfür klar, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten selbst ein (europäisches) Grundrecht darstellt. Wenn mitgliedstaatliches Recht die durch die europäische Regelung entstehenden Öffnungsklauseln ausfüllt und damit auch Unionsrecht als Grundlage hat, muss auch dessen Schutzzweck, also die Konkretisierung des durch Unionsrecht definierten Grundrechts auf Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, für die nationale Regelung gelten.

Wären im Rahmen der Öffnungsklauseln nicht die Unionsgrundrechte das zu schützende Rechtsgut, sondern lediglich das jeweilige entsprechende mitgliedstaatliche Schutzgut von Verfassungsrang – im Geltungsbereich des Grundgesetzes mithin das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG –, könnte der Prüfungsmaßstab innerhalb des Gesetzes divergieren. Aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen Unions- und nationalem Gesetzgeber verstößt dies allein nicht gegen fundamentale Prinzipien, sofern die nationale Gesetzgebungskompetenz eine originär eigene Kompetenz darstellt. Soweit die Kompetenz aus dem Unionsrecht abgeleitet wird, wie es im Fall der expliziten Öffnungsklauseln der Fall ist, wurde der Rahmen der Umsetzung jedoch durch das Unionsrecht vorgegeben. Mit der primärrechtlichen Grundlage im Unionsrecht muss auch das Grundrecht des Unionsrechts Anwendung finden.²⁴

Abzulehnen ist zudem eine parallele Anwendung sowohl des mitgliedstaatlichen als auch des unionsrechtlichen Grundrechts. Der Unionsgesetzgeber hat in seiner sekundärrechtlichen Rechtsetzung eine Abwägung zwischen widerstreitenden Grundrechtspositionen getroffen. Diese würde durch die parallele Anwendung zweier Grundrechtsebenen untergraben werden und zu Rechtsunsicherheit führen.²⁵ Auch im Rahmen der Öffnungsklauseln ist daher das unionsrechtliche, in Art. 8 Abs. 1 GRCh und Art. 16 Abs. 1 AEUV festgeschriebene Grundrecht auf Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten das zu schützende Rechtsgut. Dies gilt auch für auf Art. 88 DS-GVO basierende Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz.

²³ Siehe Fußnote 19.

²⁴ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 506.

²⁵ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505.

Würde ein datenschutzrechtlicher Sachverhalt dagegen von nationalem Recht erfasst werden, jedoch nicht von Unionsrecht, hat die EU insoweit ihre Kompetenz nicht ausgeübt. Insoweit kann auch allein das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht anzuwenden sein kann.

Kapitel 3 – Einfluss des Unionsrechts auf die Stellung der Kirchen

Da die EU nach Art. 17 Abs. 1 AEUV den Status der Kirchen achtet und nicht beeinträchtigt, stellt sich die Frage, welchen Einfluss die Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz auf die EU auf das datenschutzspezifische Kirchenrecht hat. Inwiefern sich die Kompetenzfragen zwischen EU und Mitgliedstaat auf die innerstaatliche Kompetenz der Kirche auswirken, hängt maßgeblich von Art. 17 AEUV ab. Sollte etwa durch diesen ein status quo erhalten bleiben, den Kirchen ein besonderer Freiheitsraum oder subjektive Rechte zukommen oder gar Kirchenrecht normative Wirkung auf Unionsebene verliehen werden, könnte eine Kompetenz der Kirchen im Bereich unionsrechtlicher Kompetenzen unabhängig von der innerstaatlichen Kompetenzverteilung durch Unionsrecht gegeben sein.

Entscheidend für die Antwort ist zunächst die Rechtsnatur des Art. 17 Abs. 1 AEUV. Anschließend ist auf den Statusbegriff und das Datenschutzrecht als Teil dessen einzugehen sowie auf die Auswirkungen auf das innerstaatliche Verhältnis zwischen Staat und Kirche.

§ 1 Rechtsnatur des Art. 17 AEUV

Seit Inkrafttreten der Lissabonner Verträge (EUV und AEUV) ist die Rechtsnatur des Art. 17 AEUV umstritten. Besondere Beachtung verdient hierbei die Tatsache, dass die bis dato auf Unionsebene einzige erlassene sogenannte „Amsterdamer Kirchenerklärung“²⁶ in den Absätzen 1 und 2 des Art. 17 AEUV wort-

²⁶ Der Schlussakte des Amsterdamer Vertrages vom 2.10.1997, der am 1.5.1999 in Kraft trat, wurde nun unter anderem auch folgende von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union angenommene "Erklärung zum Status der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften" angefügt: "Die Europäische Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen

gleich übernommen und zusätzlich um den Abs. 3 ergänzt wurde. Indem der Uniongesetzgeber die Erklärung als Primärrecht normierte, stärkte er formal die Stellung der Kirchen innerhalb der EU. Welche rechtliche Position den Kirchen konkret eingeräumt werden sollte, ist damit allerdings nicht geklärt.

I. Art. 17 AEUV als Negativkompetenz

*Classen*²⁷ etwa sieht in Art. 17 AEUV eine Negativkompetenz, quasi eine Selbstbeschränkung der EU betreffend den Status der Religionsgemeinschaften. Damit einher gehe eine zumindest begrenzte Bereichsausnahme²⁸ zum Schutz der nationalen Kompetenzen²⁹. Demnach dürften durch unionsrechtliche Vorschriften die statusbezogenen Freiräume der Kirchen, die ihnen in den Mitgliedstaaten zustehen, weder eingeschränkt noch erweitert werden.³⁰ Entsprechend werde durch Art. 17 AEUV den Kirchen kein besonderer Freiheitsraum zugewiesen, sondern das innerstaatliche Verhältnis von Kirche und Staat und damit schlussendlich die innerstaatliche Identität gewahrt.³¹ Insoweit sei Art. 17 AEUV eine „begrenzte Bereichsausnahme“ des Unionsrechts.³² Ähnlich sehen *Thüsing/Mathy* in Art. 17 AEUV eine Garantie der Union zur Neutralität gegenüber der mitgliedstaatlichen Gestaltung der innerstaatlichen Beziehung zwischen Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft und Mitgliedstaat.³³

oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beinträchtigt ihn nicht. Die Europäische Union achtet den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften in gleicher Weise."

²⁷ *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 3; *ders.* ZevKR 2016 (61), 333, 334.

²⁸ *Classen* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 3.

²⁹ *Triebel*, ZevKR 2004 (49), 644, 646.

³⁰ *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 3.

³¹ *Classen*, ZevKR 2016 (61), 333, 335 mit Verweis auf die Gefahr der Angleichung der Unterschiede im Religionsrecht innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten durch die Judikatur des EGMR.

³² *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 3.

³³ *Thüsing/Mathy*, BB 2018, 2805, 2807.

II. Keine Verleihung subjektiver Rechte der Kirchen auf Unionsebene

Weitestgehend verneint wird dagegen, dass durch Art. 17 AEUV den Religionsgemeinschaften justiziable subjektive Rechte zukommen könnten.³⁴ Konsequenz dessen wäre, dass kirchliche Normen auf Unionsebene normative Wirkung entfalten würden.

III. Art. 17 AEUV als objektive Grundsatzbestimmung

Ebenfalls vertreten wird, dass Art. 17 AEUV den Kirchen zwar keine subjektiven Rechte verleihe, sich hieraus jedoch eine objektivrechtliche Pflicht „zur Berücksichtigung der besonderen Belange der Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften“ ergebe.³⁵ Dies entspricht im Ergebnis wohl der Auffassung von *Kraus*, wonach die Wahrung des Status ein rechtlich geschütztes Interesse der Kirchen darstelle, ohne dass Art. 17 AEUV ein originär grundrechtlicher, justiziable Charakter zukomme.³⁶

IV. Stellungnahme

Nach Erwägungsgrund 165 achtet die DS-GVO „[im] Einklang mit [Art.] 17 AEUV [...] den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren bestehenden verfassungsrechtlichen Vorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.“ Die DS-GVO und ihre Erwägungsgründe können daher als sekundärrechtliche Auslegungshilfe des Art. 17 AEUV herangezogen werden. Aus dem Beispiel des Art. 91 DS-GVO ergibt sich, dass der Unionsgesetzgeber von einer materiellen Anwendbarkeit unionsrechtlicher Regelungen auf den kirchlichen Bereich ausgeht. Wendet nach Art. 91 Abs. 1 DS-GVO „eine Kirche oder eine religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft in einem Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung umfassende Regeln zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung an, so dürfen

³⁴ Etwa *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 17; *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 17 AEUV, Rn. 2; *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 4.

³⁵ *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 4.

³⁶ *Kraus*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 17, Rn. 2..

diese Regeln weiter angewandt werden“. Dieses Zugeständnis wäre andernfalls bedeutungslos. Aus Art. 17 AEUV folgt daher kein Entzug aus dem Anwendungsbereich des Unionsrechts.³⁷ Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt auch für Regelungen, die das Verhältnis Staat-Kirche betreffen, so dass nationale Bereichsausnahmen auf EU-Ebene nicht pauschal übertragen werden können.³⁸ Mit Blick auf das Kompetenz-Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaat und der Kompetenzableitung der Kirchen in grundrechtsrelevanten Angelegenheiten ist das konsequent. Eine Negativkompetenz in dem Sinne, dass auf mitgliedstaatliche Regelungen die Kompetenzen der Kirchen betreffend keinerlei Einfluss besteht, scheidet demnach aus.

Weitere Konsequenz aus der Rechtsprechung des EuGH ist, dass Art. 17 AEUV keine materielle Bereichsausnahme darstellt. Vielmehr stellt der EuGH sogar klar, dass Art. 17 AEUV keine Ausnahme von der materiellen Geltung des Unionsrechts normiert.³⁹ Auch die volle gerichtliche Überprüfbarkeit⁴⁰ ist für den Zweck eines effektiven Rechtsschutzes konsequent. Auch insoweit kann die Frage der Regelungskompetenz der Kirchen allein die formale Stellung betreffen. Es steht der EU weiterhin frei, materielle Vorgaben zu machen, soweit ihr die primäre Gesetzgebungskompetenz zusteht, wie im Bereich des Datenschutzrechts der Fall ist.

Dagegen bringe Art. 17 AEUV die „Neutralität der Union demgegenüber, wie die Mitgliedstaaten ihre Beziehungen zu den Kirchen und religiösen Vereinigungen oder Gemeinschaften gestalten“, zum Ausdruck, so der EuGH.⁴¹ Die damit einhergehende Achtung innerstaatlicher Verhältnisse kann durchaus als „begrenzte Bereichsausnahme“ bezeichnet werden. Auch ergibt sich nichts anderes aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 2 EUV, da

³⁷ EuGH v. 11.9.2018 – C-68/17, Rn. 48; EuGH v. 17.4.2018 – C-414/16, Rn. 58, jeweils mit dem Verweis, dass Art. 17 AEUV nicht bewirken können, dass unionsrechtliche Vorschriften nicht einzuhalten seien.

³⁸ So *Reichold*, Selbstbestimmung der Kirche oder (nur) Tendenzschutz?, in: Religionsfreiheit als Leitbild, S. 105, 110 zum Einfluss der EG-Richtlinien zum Mitbestimmungsrecht auf die Bereichsausnahme des § 118 Abs. 2 BetrVG.

³⁹ Vgl. EuGH v. 17.04.2017, C-414/16, Rn. 50, wonach Kirchengesetze, die eine Ungleichbehandlung nach der Religion unterscheiden, die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 2 der EG-Richtlinie 2000/78 erfüllen müssen, und dies auch gerichtlich (durch weltliche Gerichte) überprüfbar sein muss.

⁴⁰ Vgl. EuGH v. 17.04.2017, C-414/16, Rn. 58, wonach die Einhaltung der Richtlinien „einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle“ unterliegen.

⁴¹ EuGH v. 17.04.2017, C-414/16, Rn. 58.

die EU keine Kompetenz innehat, innerstaatliche Kompetenzfragen zu klären. Ebenfalls liegt hierin kein Widerspruch zu der Ablehnung einer Negativkompetenz, soweit ein Einfluss auf die Kompetenzverteilungsnormen abgelehnt wird. Ein mittelbarer Einfluss liegt darin, dass innerstaatliche Kompetenzverteilungen zwischen Staat und Religionsgemeinschaft keinen Anknüpfungspunkt mehr finden, wenn der Mitgliedstaat seine Rechtsetzungskompetenz aufgrund einer Kompetenzverteilung zugunsten der EU verloren hat.

Eine eigenständige Bedeutung kommt Art. 17 AEUV zudem als objektive Wertentscheidung zu, wonach die EU die Belange der Kirchen berücksichtigt, die insbesondere in der Selbstverpflichtung zum Dialog in Abs. 3 zum Ausdruck kommt. Während mit der Verpflichtung zur Achtung und Nichtbeeinträchtigung der Absätze 1 und 2 primär eine absolute Neutralität der EU gegenüber dem Status der Kirchen in den jeweiligen Mitgliedstaaten einhergeht, zeigt sich erst in Abs. 3, dass die EU sich gegenüber den Kirchen nicht blind zeigt. Aus einer Verpflichtung zum Dialog können zwar keine justiziablen subjektiven⁴² Rechte oder gar eine Geltung von Kirchenrecht auf Unionsebene abgeleitet werden. Durch die hiermit einhergehende primärrechtlich verankerte Hervorhebung der Kirchen gegenüber anderen Kontakten, Interessensverbänden und sonstigen Institutionen⁴³ wird jedoch eine Wertschätzung seitens der EU gegenüber dem sozialen, kulturellen Beitrag der Kirchen deutlich.⁴⁴

§ 2 Datenschutz als Teil des unionsrechtlichen Status

Die Wertentscheidung und begrenzte Bereichsausnahme beziehen sich jeweils auf den „Status“ der Kirchen und Religionsgemeinschaften. Entsprechend soll nachfolgend der im AEUV nicht weiter definierte Begriff des Status‘ untersucht und anschließend das Datenschutzrecht als möglicher Teil des Status‘ subsumiert werden.

⁴² *Waldhoff* verneint zumindest die Einklagbarkeit des Dialogs, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 19.

⁴³ *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art.17 AEUV, Rn. 14; *Classen* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 47; vgl. auch *Waldhoff* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 19, der den Unterschied der offenen und transparenten Gespräche zu den sonst informellen oder gar geheimen Gesprächen betont.

⁴⁴ *Waldhoff* sieht hierin gar eine „klare Absage an strikt-laizistische Modelle“, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 19.

I. Definition des Statusbegriffs

*Unruh*⁴⁵ definiert den Status als die Summe sämtlicher Religionsgemeinschaften betreffenden nationalen Regelungen. In der Folge müsste jede nationale, den Kirchen besondere Rechte zusprechende Norm unionsrechtlich unangetastet bleiben.

*Classen*⁴⁶ und *Waldhoff*⁴⁷ grenzen den Status vom Tätigkeitsbereich ab und beschreiben den Status als diejenigen Bereiche, die für das „institutionelle Arrangement zwischen Staat und Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften“ relevant sind. Davon umfasst seien primär die rechtliche Verfassung und Organisationsstruktur, ferner die Beziehungen der Kirchen zum Staat.⁴⁸ Damit wäre auch das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen Teil des Status.⁴⁹

Ähnlich wird der Status von *Streinz*⁵⁰ als das Verhältnis zwischen Staat und Religion definiert, wobei er auf die unterschiedlichen nationalen Traditionen, namentlich das Trennungsmodell, Staatskirchen und Kooperationsmodelle verweist.

Weiter wird vertreten, dass, da Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen selbst unter Gesetzesvorbehalt stellten, nicht jede einfachgesetzliche Ausformung dessen uneingeschränkter Teil der Identität der Religionsgemeinschaft sein könne.⁵¹ Hierfür spreche auch die wortgleiche Übernahme der Amsterdamer Kirchenerklärung.⁵² Andernfalls würde mit Blick auf die Vielfalt der mitgliedstaatlichen Modelle zum Verhältnis Staat und

⁴⁵ *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, Rn. 599 f.

⁴⁶ *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 28 f.

⁴⁷ *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 12.

⁴⁸ *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 29.

⁴⁹ Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 187.

⁵⁰ *Streinz*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 9.

⁵¹ *Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff*, ZfA 2009, 153, 187; *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 10.

⁵² Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff, ZfA 2009, 153, 187.

Kirche die Verwirklichung der Ziele der Europäischen Union gefährdet.⁵³ Entsprechend würde Art. 17 AEUV lediglich die Kompetenzverteilung von Art. 5 Abs. 3 EUV bekräftigen.⁵⁴

II. Stellungnahme

Zu Recht widerspricht *Classen*⁵⁵ der Auffassung von *Unruh* mit Verweis auf die eigenständige Bedeutung des Statusbegriffs. Dass der Status auch nach Auffassung des europäischen Gesetzgebers nicht die Summe sämtlicher die Kirchen betreffenden Rechtsnormen umfassen soll, zeigt sich anhand des auf die Kirchen bezugnehmenden Sekundärrechts. Andernfalls wäre etwa die Aufnahme von Art. 91 DS-GVO überflüssig. Gleiches ergibt sich aus der EG-Richtlinie 2000/78, die auch unter Art. 17 AEUV zweifelsfrei weiterhin anwendbar ist.⁵⁶ Andernfalls wäre es dem europäischen Gesetzgeber nicht möglich, einen vergleichbaren Grundrechtsschutz zu gewähren.

Zudem wird die Definition des Status als Summe aller die Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften betreffenden nationalen Rechtsnormen der Bedeutung und „Europäischen Idee“ nicht gerecht. Nachdem die EWG, später die EG, zunächst zur gegenseitigen Unterstützung wirtschaftlicher Interessen gegründet wurde, ist wesentlicher Auftrag der EU nunmehr nach Art. 3 Abs. 3 EUV die Errichtung und Harmonisierung des Binnenmarktes bei gleichzeitiger Bewahrung der nationalen und kulturellen Identität der Mitgliedstaaten⁵⁷. Die Identität eines Staates ergibt sich jedoch gerade nicht aus der Summe einzelner Rechtsnormen. Vielmehr ergibt sich die nationale religiöse Identität eines Mitgliedstaates aus dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Staat und Kirche, ausgestaltet in der Kompetenzverteilung, welche sich über die Frage definiert, was nach Auffassung des Mitgliedstaates Regelungsaufgabe der Kirche ist. Dieses Verhältnis wird für

⁵³ *Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff*, ZfA 2009, 153, 187 m.w.N.

⁵⁴ *Thüsing/Fink-Jamann/v. Hoff*, ZfA 2009, 153, 187 m.w.N.

⁵⁵ *Classen*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 28.

⁵⁶ Vgl. EuGH v. 17.04.2017, C-414/16, Rn. 57, mit Verweis auf die dort in Bezug genommene wortgleiche Erklärung Nr. 11 (sog. Amsterdamer Kirchenerklärung), deren Inhalt vom Richtliniengeber folglich berücksichtigt worden war.

⁵⁷ Nach Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 4 wahrt die Union den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt.

den Geltungsbereich des Grundgesetzes grundlegend in Art. 140 GG i.V.m. 137 Abs. 3 S. 1 WRV geregelt, indem den Kirchen (bzw. Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften) das Recht zur Ordnung und Verwaltung der „eigenen Angelegenheiten“, welche durch die Kirchen nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG anhand des Selbstverständnisses zu definieren sind, zugeschrieben wird.

Jedenfalls Teil des Status ist somit die innerstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Kirche und Mitgliedstaat. Dies umfasst jedoch nicht die einzelnen, einfachgesetzlichen Regelungen. Vielmehr knüpft der Status an die Kompetenzverteilungsfunktion von Art. 5 Abs. 3 EUV an. So kann der Mitgliedstaat nach den nationalen Vorschriften den Kirchen die Regelungskompetenz für einen selbst definierten Bereich zusprechen.

Mit Blick auf Erwägungsgrund 165 – der erneut als Auslegungshilfe herangezogen werden kann – wird deutlich, dass die Beschränkung auf die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaat und Kirche zu kurzgefasst ist. Danach ergibt sich der Status aus den „bestehenden verfassungsrechtlichen Vorschriften“ des Mitgliedstaates. Diese umfassen über die Kompetenzverteilung hinausgehende Rechte. Etwa die Drittwirkung der Art. 4 Abs. 2, 3, 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV und die damit verbundene Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen.

III. Konsequenz für die kirchliche Gesetzgebungskompetenz

Ob die datenschutzspezifische Gesetzgebungskompetenz der Kirchen Teil des Status ist, hängt damit maßgeblich von der innerstaatlichen Kompetenzverteilung ab. Damit knüpft das Unionsrecht an das mitgliedstaatliche Verfassungsrecht an. Der konkrete Schutzzumfang bemisst sich nach den Begriffen „achten und nicht beeinträchtigen“, auf die nachfolgend einzugehen sein wird.

§ 3 Achten und Nicht Beeinträchtigen

Die Ausgestaltung des Schutzzumfangs hängt neben dessen Definition von der Definition der Begriffe „achten“ und „nicht beeinträchtigen“ ab.

I. Definition der Begriffe „achten“ und „nicht beeinträchtigen“

Die Definition von „achten“ und „nicht beeinträchtigen“ ist eng mit der des Status und der Rechtsnatur bzw. Zielsetzung des Art. 17 AEUV verknüpft. Ungeklärt scheint die Frage, ob mit der begrifflichen Dualität auch zwei Bedeutungen einhergehen oder diese zusammen zu lesen sind.

Eine *Beeinträchtigung* des Status liegt nach hier vertretener Auffassung dann vor, wenn Unionsrecht in die innerstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Staat und Kirche eingreift. Nicht umfasst von dem Beeinträchtigungsverbot sind Kompetenzverlagerungen vom Mitgliedstaat auf die EU, wie es beim Datenschutz mit Art. 16 Abs. 2 AEUV der Fall ist.

In Bezug auf die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz spricht die Entstehungsgeschichte des Art. 91 DS-GVO dafür, dass sich das Beeinträchtigungsverbot darin äußert, dass die Selbstbestimmung der Kirchen im Bereich des Datenschutzes durch die DS-GVO nicht weiter eingeschränkt werden sollte.⁵⁸

Der erste Entwurf der Kommission⁵⁹ sah in Art. 85 DS-GVO-E vor, dass Kirchen und Religionsgesellschaften eigene Regelungen weiter anwenden dürfen, wenn sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung bereits „umfassende Regeln“ anwenden. Gleichzeitig sollten diese eine „unabhängige Datenschutzaufsicht im Sinne des Kapitels VI“ einrichten. Das Parlament beantragte in seiner legislativen EntschlieÙung,⁶⁰ den Begriff „umfassende“ in „angemessene“ zu ändern. Gleichzeitig sollte den Kirchen und Religionsgesellschaften anstelle einer eigenen Datenschutzaufsicht die Vereinbarkeit mit der DS-GVO nach Art. 38 DS-GVO-E bescheinigt werden. Hierdurch würde aus dem quantitativen Ansatz ein qualitativer Anspruch. Der Mechanismus zur Prüfung der Angemessenheit und der Erteilung der „Vereinbarkeitsbescheinigung“ blieb an dieser Stelle unklar. Er dürfte allerdings mit einem weitaus größeren Eingriff in die Selbstbestimmung der Kirchen einhergegangen sein, als es im Falle einer kircheneigenen Datenschutzaufsicht der Fall ist.

⁵⁸ *Ziegenhorn/von Aswege*, KuR 2015, 198, 209 zu Art. 85 DS-GVO-E.

⁵⁹ Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung der EU-Kommission vom 25.01.2012 (1. Stand EU-DSGVO).

⁶⁰ Legislative EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 12.03.2014 (2. Stand EU-DSGVO), Änderungsantrag 197.

Der Entwurf des Rates⁶¹ sah dann wiederum „umfassende Regeln“ und eine eigene Datenschutzaufsicht vor, die erstmals „spezifischer Art“ sein kann. Dieser Entwurf des Art. 85 DS-GVO-E bzw. Art. 91 DS-GVO hat sich schlussendlich durchgesetzt.

Mit der Entscheidung für ein zunächst quantitatives Merkmal anstelle einer qualitativen Voraussetzung und einer eigenen Datenschutzaufsicht „spezifischer Art“ wird den Kirchen eine möglichst weitgehende Selbstbestimmung im Bereich des Datenschutzes eingeräumt.⁶²

Gleichzeitig wird durch Art. 91 DS-GVO nicht in das innerstaatliche Kompetenzverhältnis eingegriffen, da die innerstaatliche Kompetenz der Kirchen Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 91 DS-GVO ist. Das folgt neben Art. 17 AEUV auch aus Art. 91 DS-GVO selbst, da dieser dem Wortlaut nach zur Voraussetzung macht, dass die Kirchen bereits bei Inkrafttreten der Verordnung eigene Regeln anwenden. Durch diese Anknüpfung an den bereits vor Inkrafttreten der Verordnung geltenden Zustand macht die Norm deutlich, dass aus ihr allein keine kirchliche Kompetenz zur datenschutzrechtlichen Gesetzgebung folgen kann. Entsprechend beeinträchtigt die DS-GVO nicht den Status der Kirchen. Unschädlich ist hierbei, dass die DS-GVO den Kirchen vorschreibt, ihre Gesetze an diese anzupassen. Hiervon betroffen ist eben nicht das innerstaatliche Kompetenzverhältnis, sondern das Verhältnis zu Unionsrecht und dem europäischen Grundrechtsschutz.

II. Abwägungsdualität auf unions- und mitgliedstaatlicher Ebene

Neben eventuellen Regelungskompetenzen gehen mit dem Status der Religionsgemeinschaften in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten teils weitere unter-

⁶¹ Vorschlag des Rates der Europäischen Union vom 15.06.2015 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung).

⁶² Hense, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 12; Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 9, Rn. 10.

schiedliche Rechte einher. Dies ist abhängig von dem jeweiligen staatskirchenrechtlichen Modell des Mitgliedstaates.⁶³ So kommt etwa in Deutschland den kirchlichen Interessen bei der Abwägung mit anderen Grundrechten Dritter aufgrund der nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG vorbehaltlos gewährleisteten korporativen Religionsfreiheit ein „besonderes Gewicht“ zu.⁶⁴ In anderen Mitgliedstaaten kommt den Interessen der Kirchen kein zusätzliches Gewicht zu.⁶⁵

Auf diese Unterschiede nimmt das Unionsrecht nach Art. 17 AEUV keinen Einfluss. Vielmehr überlässt es die Abwägung und den Ausgleich zwischen kirchlichen Interessen und den Interessen Dritter dem mitgliedstaatlichen Recht.⁶⁶ Dieser im Wege der praktischen Konkordanz herzustellende Ausgleich erhält auch auf Unionsebene Geltung. Hierdurch wird der Status der Kirchen *geachtet*.

Ebenso wird vertreten, dass das Unionsrecht selbst eine Abwägung im Sinne der praktischen Konkordanz zwischen unionsrechtlichen Interessen und den Interessen der Kirchen vornimmt.⁶⁷ Das ist in den Fällen zutreffend, in denen die EU eine Gesetzgebungskompetenz innehat und Unionsgrundrechte betroffen sind. Als Gesetzgeber hat die Union gegenläufige Interessen zu abzuwägen. Im Falle kirchlicher Interessen kann die Union keine umfassende selbstständige Abwägung durchführen, da das Gewicht kirchlicher Interessen anhand des Status und damit mitgliedstaatlich zu definieren ist. Die Abwägung durch den EU-Gesetzgeber kann in diesen Fällen daher nur darin liegen, ob dem kirchlichen Interesse ein zusätzliches Gewicht zukommt. Im Datenschutzrecht bedeutet dies, dass im Rahmen der Abwägung, ob eine Datenverarbeitung gerechtfertigt ist,⁶⁸ das Gewicht der kirchlichen Interessen mitgliedstaatlich zu bestimmen ist. Jedoch hat der EU-

⁶³ Trennungsmodell in Frankreich, Irland und den Niederlanden; Staatskirchen in Dänemark, Finnland, Schweden und i.E. Griechenland; Kooperationsmodelle in Belgien, Deutschland, Luxemburg, Österreich, Portugal, Spanien und Italien, Aufzählung bei *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV, Art. 17, Rn. 9*.

⁶⁴ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 85.

⁶⁵ In Frankreich und Belgien wurde beispielsweise kein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion nach Art. 4 Abs. 2 RL 2000/78/EG umgesetzt, *Thüsing/Fink-Jamann/von Hoff*, *ZfA* 2009, 153, 205 f.

⁶⁶ *Classen*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 17 AEUV, Rn. 35*.

⁶⁷ *Waldhoff*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 13*; *Streinz*, in: *Streinz, EUV/AEUV, Art. 17, Rn. 8, 10*; *Kraus*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 17 AEUV, Rn. 12 f.*; *Unruh, Religionsverfassungsrecht, Rn. 599*; *Weber, NVwZ* 2011, 1485, 1487

⁶⁸ Aus Erwägungsgrund 4 zur DS-GVO folgt, dass die Verordnung dem Ausgleich verschiedener Grundrechte dient.

Gesetzgeber durch eine eigene Abwägung die Entscheidung getroffen, dass die Kirchen eine eigene Datenschutzaufsicht einrichten dürfen. Dies wäre durch Art. 17 AEUV nicht zwingend gewesen. Die Union kann dieses Recht den Kirchen nur dann zugestehen, wenn die Mitgliedstaaten eine so weitgehende Selbstbestimmung der Kirchen als Teil des Status anerkennen.

Die „Dualität der Abwägung“ schließt sich nicht gegenseitig aus. Es stellt keinen Widerspruch dar, dass Unionsrecht einerseits eine eigene Abwägung vornimmt und gleichzeitig eine Abwägung zwischen kirchlichen Interessen und widerstreitenden Grundrechten Dritter auf mitgliedstaatlicher Ebene stattfindet.

§ 4 Einfluss der unionsrechtlichen Erlaubnis kirchlicher Datenschutzregeln auf die innerstaatliche Stellung der Kirchen

Allein aus der grundsätzlichen Zulässigkeit eigener datenschutzrechtlicher Regelungen der Kirchen nach Unionsrecht folgt jedoch keine zwingende Kompetenz der Kirchen. Es wurde bereits festgestellt, dass Art. 17 AEUV und Art. 91 DS-GVO auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung Bezug nehmen. Abhängig davon, wer Adressat des Art. 91 DS-GVO ist, ist die Stellung der Kirchen auf Unionsebene zu bewerten.

Die kirchenspezifische Regelung lässt die Kirchen und Religionsgemeinschaften nach Art. 91 Abs. 1 DS-GVO ihre bestehenden datenschutzrechtlichen Regelungen weiter anwenden, sofern diese mit der DS-GVO in Einklang gebracht werden. Nach *Herbst*⁶⁹ spricht Art. 91 DS-GVO nicht die Religionsgemeinschaften, sondern die Mitgliedstaaten selbst an. Dieses Verständnis zugrunde gelegt, wird das Verhältnis zwischen Religionsgemeinschaft und Mitgliedstaat, sprich der Status im Sinne des Art. 17 AEUV, auf Unionsebene allein durch die Mitgliedstaaten festgelegt. Konsequenterweise sieht *Herbst* in Art. 91 DS-GVO eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten, die Religionsgemeinschaften aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO herauszunehmen.⁷⁰ *Herbst* argumentiert, der Adressat werde in der Formulierung „in den Mitgliedstaaten“ angedeutet. Der deutsche Gesetzgeber hat

⁶⁹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. (2017), Art. 91, Rn. 1.

⁷⁰ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. (2017), Art. 91, Rn. 2.

§ 15 Abs. 4 BDSG a.F. bei der Novellierung 2018 nicht übernommen. Sollte das weltliche mitgliedstaatliche Datenschutzrecht nicht auf die Kirchen anwendbar sein, habe der nationale Gesetzgeber von dieser Möglichkeit wohl keinen Gebrauch gemacht.

Es erscheint zweifelhaft, dass Art. 91 DS-GVO eine Öffnungsklausel zugunsten der Mitgliedstaaten in der Form darstellen sollte, dass die Mitgliedstaaten, freigelöst von dem innerstaatlichen Verhältnis der Kirchen, diesen durch einfache Willensäußerung eine Kompetenz verleihen oder eben auch entziehen können sollten. Der Schwerpunkt des Satzes⁷¹ dürfte jedoch eher auf „dürfen [...] weiter angewendet werden“ liegen. Adressat einer Regelung ist regelmäßig der Berechtigte oder Verpflichtete. Es obliegt entsprechend den Religionsgemeinschaften, ihre Regelungen unter den Voraussetzungen von Art. 91 DS-GVO weiter anzuwenden, sofern sie dies bereits nach innerstaatlichem Recht tun. Dabei verleiht Art. 91 DS-GVO den Religionsgemeinschaften keine zusätzlichen Rechte. Dies folgt aus der Wertung des Art. 17 AEUV. Art. 91 DS-GVO soll lediglich das innerstaatliche Kompetenzverhältnis aufrechterhalten und nicht beeinflussen. Einer zusätzlichen Bestätigung dessen durch den weltlichen Gesetzgeber bedarf es hierfür nicht. Müsste der weltliche Gesetzgeber durch eine zusätzliche positive Bestätigung der datenschutzrechtlichen Gesetzgebungskompetenz der Kirchen diesen unionsrechtlich erst zur Geltung verhelfen, würde in unzulässiger Weise in den Status der Kirchen eingegriffen werden. Hierdurch würde eine Abhängigkeit der Kirchen von den jeweiligen Mitgliedstaaten geschaffen, die zuvor nicht bestand und dadurch in das innerstaatliche Verhältnis zwischen Staat und Kirche eingegriffen.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 1

Die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzrechts liegt sowohl für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche als auch nichtöffentliche Stellen bei der EU. Mitgliedstaaten verlieren ihre Gesetzgebungskompetenz, soweit die EU von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Dies ist im

⁷¹ „Wendet eine Kirche oder eine religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft in einem Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung umfassende Regeln zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung an, so dürfen diese Regeln weiter angewandt werden, sofern sie mit dieser Verordnung in Einklang gebracht werden.“, Art. 91 Abs. 1 DS-GVO.

Bereich des Datenschutzes durch die DS-GVO der Fall. Eine innerstaatliche Kompetenzverteilung ist nur möglich, soweit der Mitgliedstaat eine eigene Gesetzgebungskompetenz innehat. Die DS-GVO gewährt den Mitgliedstaaten durch Öffnungsklauseln bereichsspezifische Regelungskompetenzen. Sowohl bei der Durchführung von Unionsrecht als auch bei der Umsetzung der Öffnungsklauseln ist das anzuwendende Grundrecht dasjenige der DS-GVO, namentlich das Recht der Betroffenen auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.

Die Verlagerung der datenschutzspezifischen Gesetzgebungskompetenz auf die EU beeinträchtigt nicht das innerstaatliche Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Art. 17 AEUV und Art. 91 DS-GVO knüpfen für die Anwendbarkeit kirchlicher Datenschutzregeln an den Status der Kirchen in den jeweiligen Mitgliedstaaten an. Der Status umfasst insbesondere die mitgliedstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Staat und Kirche. Entscheidend für die kirchliche Gesetzgebungskompetenz ist, ob die Verwirklichung eines eigenen Datenschutzrechts Teil des Status ist. Die EU achtet den Status der Kirchen unter anderem, indem sie auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung keinen Einfluss nimmt. Die EU gibt neben der mitgliedstaatlichen Kompetenzverteilung quantitative Vorgaben für kircheneigene Datenschutzregeln vor. Hierdurch nimmt sie eine eigene Abwägung zwischen den Interessen der Kirchen an der Verarbeitung personenbezogener Daten und den entgegenstehenden Interessen der Betroffenen vor, ohne den Kirchen auf Unionsebene eine subjektive Rechtsposition im Sinne eines Anspruchs auf die Anwendung eigener Datenschutzregeln einzuräumen.

Teil 2 – Innerstaatliche Stellung der Kirchen

Voraussetzung für kircheneigene Datenschutzregeln ist unter Geltung der DSGVO, dass den Kirchen eine solche innerstaatliche Kompetenz zukommt. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV bilden mit Art. 4 Abs. 1, 2 GG die Grundlagen kirchlicher Rechtsetzung,⁷² soweit es sich um eigene Angelegenheiten der verfassten Kirchen handelt. Darüber hinaus kommt auch eine Verleihung der Kompetenz durch den weltlichen Gesetzgeber in Betracht.

Kapitel 1 – Datenschutz als eigene Angelegenheit der Kirchen

Die Definition der eigenen Angelegenheiten durchlebte seit Inkrafttreten der Norm viele Ansätze, von einer objektiven Festlegung durch den Staat und der Lehre der Bereichsausnahme⁷³ hin zu einem vom Selbstbild der Religionsgemeinschaft abhängigen und damit subjektiv definierten Schutzbereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts.

§ 1 Definition der eigenen Angelegenheiten

Art. 4 Abs. 1, 2 GG weist den Religionsgemeinschaften Freiheitsräume zu. In diesen ordnen und verwalten die Kirchen nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes.

I. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung hat sich das BVerfG in seiner „Chefarzt“-Entscheidung vom 22.10.2014⁷⁴ eingehend mit den Voraussetzungen und der Reichweite des

⁷² Ziekow, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 33 m.w.N.; Hollerbach, Grundlagen des Staatkirchenrechts, in: HdbStKirchR Bd. 6, § 138, S. 471, Rn. 109 f.

⁷³ Wohl zurückgehend auf Ebers, Staat und Kirche, 1930, S. 258, 261 ff., teilweise auch vom BVerfG vertreten, etwa in BVerfG v. 17.2.1965 - 1 BvR 732/64 = BVerfGE 18, 385, 387; BVerfG v. 21.9.1976 - 2 BvR 350/75 = BVerfGE 42, 312, 334.

⁷⁴ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12 = BVerfGE 137, 273.-345.

Selbstbestimmungsrechts der Kirchen auseinandergesetzt. Dem Urteil liegt zwar eine arbeitsrechtliche Streitigkeit wegen einer Kündigung aufgrund der Verletzung von seitens der katholischen Kirche formulierten Loyalitätsobliegenheiten zugrunde. Dennoch kommt den dort beschriebenen Grundsätzen universelle Bedeutung zu, so dass diese auf für die Frage, ob das Datenschutzrecht eine eigene Angelegenheit der Kirchen darstellt, zugrunde zu legen sind.⁷⁵

Danach enthalte Art. 4 Abs. 1, 2 GG ein umfassendes, einheitliches Grundrecht⁷⁶ und garantiere das Recht der korporativen Religionsfreiheit.⁷⁷ Religiöse und weltanschauliche Vereinigungen genießen „das Recht zu religiöser oder weltanschaulicher Betätigung, zur Verkündigung des Glaubens, zur Verbreitung der Weltanschauung sowie zur Pflege und Förderung des jeweiligen Bekenntnisses“. ⁷⁸ Art. 4 Abs. 1, 2 GG bilde dabei mit Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV⁷⁹ ein „organisches Ganzes“.⁸⁰

Zudem folge aus Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 1, 4, 137 Abs. 1 WRV, Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 3 Abs. 3 S. 1 und Art. 33 Abs. 2 GG „eine Pflicht des Staates zur weltanschaulich-religiösen Neutralität“.⁸¹ Damit gehe jedoch keine strikte Trennung einher. Vielmehr folge aus dem Gebot der Neutralität eine Kooperation und Zuordnung zwischen Kirche und Staat „auf der Basis grundrechtlicher Freiheit“.⁸² Die Pflicht zur Neutralität des Staates äußert sich darüber hinaus in einem Bewertungsverbot von Glaubenssätzen.⁸³ Dieser Grundsatz gelte für sämtliche Bereiche kirchlichen Wirkens.⁸⁴ Übertragen auf die Zusammenarbeit im Bereich der Lehre und Bildung ist es dem Staat damit beispielsweise untersagt, die Lehrinhalte der Kirchen zu bewerten.

Zudem folge aus dem Bewertungsverbot ein Regelungsverbot. Dem Staat fehle die Einsicht und er verfüge über keine geeigneten Kriterien, um religiöse oder

⁷⁵ Nachfolgend wurden die dort umschriebenen Grundätze übernommen in BVerfG v. 17.12.2014, 2 BvR 278/11; BVerwG v. 25.8.2015 – 1 B 40/15; BVerfG v. 9.5.2016 1 BvR 2202/13.

⁷⁶ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 98.

⁷⁷ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 83.

⁷⁸ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 99.

⁷⁹ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 90.

⁸⁰ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 83.

⁸¹ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 86.

⁸² BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 87.

⁸³ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 88.

⁸⁴ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 89.

weltanschauliche Fragen zu regeln.⁸⁵ „Die individuelle und korporative Freiheit, das eigene Verhalten an den Lehren des Glaubens auszurichten und innerer Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln, würde entleert, wenn der Staat bei hoheitlichen Maßnahmen uneingeschränkt seine eigene Wertung zu Inhalt und Bedeutung eines Glaubenssatzes an die Stelle derjenigen der verfassten Kirche setzen und seine Entscheidungen auf dieser Grundlage treffen könnte.“⁸⁶

Das in Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV garantierte Selbstbestimmungsrecht beinhaltet daher konsequent auch die Möglichkeit eigener Rechtsetzung im Bereich der eigenen Angelegenheiten. Das Selbstbestimmungsrecht umfasse „alle Maßnahmen, die der Sicherstellung der religiösen Dimension des Wirkens im Sinne kirchlichen Selbstverständnisses [...] und der Wahrung der unmittelbaren Beziehung der Tätigkeit zum kirchlichen Grundauftrag dienen“.⁸⁷ Dies gelte auch, wenn kirchliche Maßnahmen „in den weltlichen Bereich hineinwirken“.⁸⁸

Dabei obliege die „Formulierung des kirchlichen Proprium [...] allein den Kirchen und ist als elementarer Bestandteil der korporativen Religionsfreiheit durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich geschützt.“⁸⁹ Ob eine Maßnahme den Schutz des Selbstbestimmungsrechts genießt, sei maßgeblich anhand des Begriffes „Religionsausübung“ zu würdigen. Dieser sei hierzu extensiv auszulegen.⁹⁰ Ob ein bestimmtes Handeln der Glaubensüberzeugung entspringt, ist dabei durch die Kirche plausibel darzulegen.⁹¹

Entscheidend für den Inhalt des Selbstbestimmungsrechts ist demnach allein das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft. Gleichzeitig knüpft das BVerfG die Anerkennung einer Maßnahme als Teil des Selbstbestimmungsrechts an die „Religionsausübung“ als „zentralen Begriff“. Die Ausübung stellt eine überprüfbare Handlung dar. Dabei formuliert das BVerfG eine Darlegungslast für die Kirchen, dass eine Handlung religiös motiviert ist. Anhand dieses

⁸⁵ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 89.

⁸⁶ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 88.

⁸⁷ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 95.

⁸⁸ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 96.

⁸⁹ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 101.

⁹⁰ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 100.

⁹¹ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 118 in Bezug auf die Begründung von Loyalitätsobliegenheiten der Arbeitnehmer gegenüber kirchlichen Arbeitgebern.

Maßstabs obliegt es somit den Kirchen, theologisch zu begründen, ob das Anwenden eigener Datenschutzregeln Teil des Selbstverständnisses i.S.d. Art. 4 Abs. 1, 2 GG ist. Dabei sind die Kirchen hinsichtlich ihrer Rechtsetzung nicht auf den innerkirchlichen Bereich beschränkt. Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen ist auch und insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn kirchliche Maßnahmen weltliche Wirkung haben. Dies ist etwa der Fall, wenn die Grundrechte von Kirchenmitgliedern oder Mitarbeitern betroffen sind.

II. Literatur

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass das entscheidende Kriterium für die Definition der eigenen Angelegenheiten das Selbstverständnis der jeweiligen Religionsgemeinschaft ist.⁹² Die Definition des privilegierten Rechtsbereichs obliegt damit im Ergebnis den Religionsgesellschaften selbst.⁹³ Eine selbstständige Definition dessen, was Teil der Religionsausübung ist, ist Konsequenz der in Art. 4 Abs. 1, 2 GG gewährleisteten Eigenständigkeit der Religionsgemeinschaften.⁹⁴ Rahmen des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts ist damit, was der Tätigkeit zur Erfüllung des nach ihrem Selbstverständnis definierten Auftrags der Kirche dient. Unschädlich ist, ob eine Angelegenheit nicht allein im innerkirchlichen Bereich Wirkung entfaltet, sondern auch darüber hinaus die weltliche Rechtsordnung berühren.⁹⁵

Ob eine Angelegenheit eine eigene ist, unterliegt der Darlegungs- und Beweispflicht der Religionsgemeinschaften.⁹⁶ Andernfalls würde die subjektive Bestimmung der eigenen Angelegenheiten zur Schaffung einer Kompetenz-Kompetenz

⁹² Vgl. nur *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 140/137, Rn. 28; *Germann* in: BeckOK GG, Art. 140, Rn. 33; *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 47 ff.; *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HdbStR Bd. 1, § 17, S. 521, 542; *Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HdbStKirchR Bd. 6, § 138, S. 471, 535, Rn. 116; *Morlock*, Selbstverständnis, S. 437; *Kästner*, JuS 1977, 715, 717, Fn. 38; *Schatzschneider*, Kirchenautonomie und Datenschutzrecht, S. 22; Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften, S. 221.

⁹³ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 140/137, Rn. 28; *Germann* in: BeckOK GG, Art. 140, Rn. 33.

⁹⁴ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 140/137, Rn. 28; *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HdbStR Bd. 1, § 17, S. 521, 541.

⁹⁵ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 140/137, Rn. 29.

⁹⁶ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG Art. 140/137, Rn. 29; *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: HdbStR Bd. 1, § 17, S. 521, 543.

der Religionsgemeinschaften führen.⁹⁷ Das bloße Behaupten, die Regelung einer Angelegenheit sei als Teil des Selbstbildes notwendig durch die Kirche zu regeln, genügt daher nicht. *Hesse* verlangt die „schlüssige Darlegung“ und ggf. die Beweisführung.⁹⁸

III. Stellungnahme

Unterschiede zwischen Literatur und Rechtsprechung finden sich im Wesentlichen bei den Anforderungen an die Darlegungslast der theologischen Begründung einer Maßnahme. Eine bloße Plausibilitätskontrolle dürfte den meisten Vertretern der Literatur nicht ausreichend erscheinen. Zutreffend dürfte die Höhe der Darlegungs- und Beweislast an die Grundrechtsintensität der Maßnahme zu knüpfen sein. Je schwerer ein Grundrechtseingriff durch eine kirchliche Maßnahme wiegt, desto höher sind die Anforderungen an die Begründung der theologischen Relevanz derselben. Diese Einordnung entspricht einer vorgelagerten Prüfung der von der Rechtsprechung vorgenommenen Abwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht und dem Selbstbestimmungsrecht der Kirche. Hierbei wird zunächst der Maßstab der Abwägung festgelegt, ohne das in der Verfassung angelegte und vom BVerfG betonte „besondere Gewicht“ des Selbstbestimmungsrechts⁹⁹ auszuhebeln. Vielmehr muss zunächst die theologische Relevanz einer Maßnahme bewiesen werden, bevor diese im Rahmen der Abwägung durch weltliche Stellen berücksichtigt werden kann. Hierfür bedarf es eines eigenständigen Ausdrucks religiöser Betätigung bei der Datenverarbeitung, um den Datenschutz als über den innerkirchlichen Bereich hinauswirkende eigene Angelegenheit zu definieren.¹⁰⁰

⁹⁷ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 45; *Wieland*, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: *Der Staat* 25 (1986), S. 321, 334, 346; *Scheuner*, Begründung, Gestaltung und Grenzen kirchlicher Autonomie, in: *Symposium Füllkurg*, S. 1, 19.

⁹⁸ *Hesse*, Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: *HdbStR* Bd. 1, § 17, S. 521, 543.

⁹⁹ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 106.

¹⁰⁰ *Ziekow* spricht von einer Anknüpfung an das „geistige Zentrum der Kirche“, *Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht*, S. 150.

§ 2 Subsumtion des Datenschutzrechts als eigene Angelegenheit

Anhand dieses Maßstabs ist zu prüfen, ob eine datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der Kirchen aus dem Selbstbestimmungsrecht begründet werden kann.

Über der Definition des Datenschutzes als eigene Angelegenheit aufgrund des Selbstverständnisses hinaus obliegt es den Kirchen auch theologisch zu begründen, dass es sich beim Datenschutz um eine eigene Angelegenheit handelt. Die Begründung unterliegt hierbei der weltlich-rechtlichen Überprüfbarkeit.

Ziekow sieht einen Nachweis dafür, dass die Kirchen das Datenschutzrecht als eigene Angelegenheit betrachten, in der wiederholten Kodifizierung eigener Datenschutzregelungen.¹⁰¹ Das genüge als Ausdruck des Selbstverständnisses nach Art. 4 Abs. 1, 2 GG.

Als theologische Begründung für den Datenschutz als genuin kirchliche Angelegenheit lehnt *Ziekow* das Beicht- und Seelsorgegeheimnis zutreffend ab.¹⁰² Dieses diene nicht dem Schutz des Persönlichkeitsrechts, sondern dem Schutz des Vertrauens in die Institution der Kirche. Das Datenschutzrecht hingegen diene dem Zweck des Schutzes des Einzelnen bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten. Konsequenterweise kann das Beicht- und Seelsorgegeheimnis daher nicht als Anknüpfungspunkt für eine theologische Begründung herangezogen werden.

Dagegen bejaht *Ziekow* „den Schutz der menschlichen Würde als kirchliche[s] Anliegen und Auftrag“ als hinreichenden Anknüpfungspunkt für das Datenschutzrecht als genuines Kirchenrecht.¹⁰³ Damit einher gehe ein über den Schutzzweck des Grundgesetzes hinausgehender kirchlicher Persönlichkeitsschutz. Kerngedanke der Argumentation dürfte sein, dass nach christlicher Vorstellung der Mensch als Person ein Abbild Gottes sei und aus der Gottesebenbildlichkeit

¹⁰¹ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 51 f.

¹⁰² *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 203 f., zuvor sehr ausführlich zur Entwicklung des Beicht- und Seelsorgegeheimnisses ab S. 150. Die Ausführungen von *Ziekow* beziehen sich auf das evangelische Verständnis. Jenseits der bestehenden Unterschiede im Selbstverständnis der Katholischen und Evangelischen Kirche, führt *Ziekow* seine Argumentation auf das kirchliche Verständnis vor der Reformation zurück. Daher kann die dargestellte Argumentation wohl auch auf das Selbstverständnis der katholischen Kirche übertragen werden, wenngleich hierdurch die Begründungsobliegenheit seitens dieser nicht aufgehoben wird.

¹⁰³ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 215.

ein eigenes Verständnis der Menschenwürde entspringe.¹⁰⁴ Damit habe sowohl weltliches als auch kirchliches Datenschutzrecht die Würde des Menschen zur Grundlage. Zugleich sei die Entwicklung der Persönlichkeit ein genuin christliches Anliegen. Soweit kirchliches Recht auf den Schutz der „Personenwürde“ ziele, diene es damit kirchlichem Anliegen und Auftrag.¹⁰⁵

Die „Personwürde“ enthalte zudem ein Abwehrrecht.¹⁰⁶ Dabei seien auch nach christlicher Vorstellung Individualrechte zu erteilen, soweit der „Endzweck“ der „Sicherung der menschlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung des Auftrags Christi“ dies erfordert.¹⁰⁷ Die Entwicklung der eigenen Persönlichkeit und der hierfür notwendige Schutz, der sich auch als Abwehrrecht äußere, sei notwendig, um die Beteiligung jeden Kirchenmitglieds „an dem der gesamten Kirche (einschließlich ihrer Glieder) erteilten Auftrage zu gewährleisten“.¹⁰⁸ Damit sei der Schutz des Persönlichkeitsrechts auch als Abwehrrecht genuines Kirchenrecht.¹⁰⁹

Dass hiervon auch der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts umfasst sei, begründet *Ziekow* mit einer Analogie zum weltlichen Recht. Diese sei zulässig aufgrund der beiderseits zugrundeliegenden Menschenwürde.¹¹⁰ Das Schutzgut des kirchlichen Datenschutzrechts unterscheide sich jedoch von dem des staatlich-weltlichen Datenschutzrechts.¹¹¹ So finde das kirchenrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Einzelnen seine Schranke nicht in entgegenstehenden Rechten, „sondern im Begriff des Persönlichkeitsrechts als evangelisches Freiheitsrecht selbst.“¹¹²

Ob dies zur Begründung des Datenschutzes als eigene Angelegenheit ausreicht, ist fraglich. Das BVerfG erkennt an, dass nach dem „Selbstverständnis der christlichen Kirchen [...] die Religionsausübung nicht nur den Bereich des Glaubens und des Gottesdienstes, sondern auch die Freiheit zur Entfaltung und Wirksamkeit des christlichen Sendungsauftrages in Staat und Gesellschaft“ umfasst.¹¹³ Dabei

¹⁰⁴ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 206 ff.

¹⁰⁵ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 211.

¹⁰⁶ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 215.

¹⁰⁷ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 212.

¹⁰⁸ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 212.

¹⁰⁹ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 215.

¹¹⁰ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 221 f.

¹¹¹ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 227.

¹¹² *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 224.

¹¹³ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 102.

betont das BVerfG, dass die Darlegungspflicht der Kirchen beinhaltet, dass eine Angelegenheit Teil der *Religionsausübung* sei.¹¹⁴

Die Begründung des Datenschutzrechts als genuines Kirchenrecht von *Ziekow* knüpft an einem eigenständigen Verständnis der Menschenwürde an. Erst durch eine Analogie wird auch das informationelle Selbstbestimmungsrecht Teil des christlichen Verständnisses der Menschen- und Personwürde. Anhand der Notwendigkeit der Analogie wird deutlich, dass der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts nicht Kern des kirchlichen Selbstverständnisses ist. Auch die Darlegung, dass der Datenschutz Teil der Religionsausübung ist, beruht auf einer mittelbaren Verknüpfung, da sie notwendig ist, um einen übergeordneten „Endzweck“ – „die Sicherung der menschlichen Möglichkeiten zur Verwirklichung des Auftrags Christi“¹¹⁵ – zu erreichen. Dasselbe gilt für die Begründung des Persönlichkeitsschutzes als Abwehrrecht. Eine solche Einordnung scheint bereits theologisch umstritten¹¹⁶ und auch nur als notwendiger Reflex begründbar zu sein. Auch hier fehlt es an einer Anknüpfung an den Kern des kirchlichen Selbstverständnisses.

Diesem erheblichen Begründungsaufwand muss die Intensität des Eingriffs in die grundrechtliche Position der Betroffenen gegenübergestellt werden.

Zunächst betont *Germann*, dass es sich auch bei der Anwendung eigener Datenschutzregeln durch die Kirchen nicht um die Ausübung von Hoheitsgewalt handelt.¹¹⁷ Der Staat bleibt weiterhin verpflichtet, den Bürger bei der Datenverarbeitung durch die Kirchen zu schützen.¹¹⁸ Soweit Kirchen eigene Datenschutzgesetze anwenden, unterliegen die Betroffenen jedoch nicht-staatlichen Normen. Diese Normen treten wiederum an die Stelle staatlicher Gesetze, deren Zweck jedenfalls auch der Schutz grundrechtlicher Positionen ist. Die Betroffenen unterliegen durch die Anwendung kirchlichen Datenschutzrechts nicht mehr dem unmittelbaren Schutz durch weltlich-staatliche Grundrechtsschutzpflichten.

¹¹⁴ BVerfG v. 22.10.2014 - 2 BvR 661/12, Rn. 100.

¹¹⁵ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 212.

¹¹⁶ *Ziekow* verweist insoweit auf unterschiedliche Ansichten innerhalb der theologischen Diskussion, *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 212 ff.

¹¹⁷ *Germann*, ZevKR 2003 (48), 446, 458.

¹¹⁸ Ebd.

Gleichzeitig formuliert das BVerfG, dass es zumindest im Falle einer automatisierten Verarbeitung kein „belangloses Datum“ mehr gebe.¹¹⁹ Zudem ist keine Rechtsbeziehung ohne datenschutzrechtliche Relevanz, da in jeder Rechtsbeziehung personenbezogene Daten der anderen Partei zwingend verarbeitet werden müssen. Da jede Datenverarbeitung grundrechtsrelevant ist und die Pflicht des Staates zum Schutz der Betroffenen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten tangiert, wirkt diese stets in den weltlichen Bereich hinein. In der Konsequenz ist eine Datenverarbeitung, die allein dem innerkirchlichen Bereich zuzuordnen ist, nach hier vertretener Auffassung nicht möglich.

Insoweit konsequent wird das Datenschutzrecht durch die kirchlichen Kodifikationen umfangreich geregelt und beschränkt sich nicht auf einzelne Bereiche des Datenschutzrechts, wie dem Beschäftigtendatenschutz. Entsprechend strahlt kirchliches Datenschutzrecht in jedes Rechtsverhältnis hinein. Mit dem weiten Anwendungsbereich kirchlichen Datenschutzrechts geht in quantitativer Hinsicht eine erhöhte Grundrechtsbeeinträchtigung einher. Bei der Ermittlung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Datenverarbeitung durch die Kirchen neben den Stammdaten wie etwa den Namen, Adressen, Geburtsdaten etc. auch und insbesondere Daten zur religiösen Überzeugung und damit personenbezogene Daten besonderer Kategorien nach Art. 9 Abs. 1 DS-GVO umfasst. Auf qualitativer Ebene besteht somit ebenfalls eine hohe Intensität der Grundrechtsbetroffenheit. In der Gesamtbetrachtung ergibt sich hieraus eine starke Beeinträchtigung der grundrechtlichen Position der unter das kirchliche Datenschutzrecht fallenden Betroffenen.

Nach dem zuvor aufgestellten Maßstab ist die Darlegung der eigenen Angelegenheit bei grundrechtsrelevantem Kirchenrecht – wie es beim Datenschutz der Fall ist – zwar notwendig, jedoch zur Begründung einer Gesetzgebungskompetenz alleine nicht hinreichend. Darüber hinaus muss die Beweisführung der Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung genügen. Aufgrund der dargelegten Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung ist für die Begründung einer datenschutzrechtlichen Gesetzgebungskompetenz der Kirchen nach hier vertretener Auffassung eine unmittelbare Anknüpfung an den Kern der Religionsausübung erforder-

¹¹⁹ BVerfG v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83, 1 BvR 269/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 484/83, Rn. 152 („Volkszählungsurteil“).

lich. Diesem Maßstab genügt die Begründung nicht. Der Schutz personenbezogener Daten bei der Verarbeitung durch die Kirche ist nicht Teil des Kernbereichs der Religionsausübung. Er ist lediglich Reflex und dem Ziel der Verwirklichung des Auftrags Christi untergeordnet. Das Recht wird nur soweit gewährt, als es hierzu erforderlich ist. Dagegen ist das nach dem Grundgesetz verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie das unionsrechtlich geprägte Recht auf Schutz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten dem Grunde nach vollumfänglich gewährleistet und findet seine Einschränkung erst in berechtigten, entgegenstehenden Interessen Dritter. Dieser von *Ziekow* aufgezeigte Unterschied, der sich schlussendlich im Schutzgut äußert, belegt, dass der Datenschutz nicht Teil des Kernbereichs der Religionsausübung ist, sondern lediglich Annex und auch nur, soweit er für diese notwendig ist.

Entsprechend handelt es sich beim Datenschutz um keine eigene Angelegenheit der Kirchen.

Kapitel 2 – Kompetenzverleihung durch beredtes Schweigen

Eine datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der Kirchen aufgrund des Selbstbestimmungsrechts lässt sich nach hiesiger Auffassung nicht begründen. Dennoch wenden Kirchen seit dem Kirchengesetz über den Datenschutz vom 10.11.1977 der EKD eigene Datenschutzregelungen an.¹²⁰ Ebenso wie die weltlichen Gesetzgeber haben auch die Kirchen ihre Datenschutzgesetze in Bezug auf das Inkrafttreten und den Beginn der unmittelbaren Geltung der DS-GVO angepasst. Der weltliche Gesetzgeber scheint die Anwendung der eigenen Regelungen zu akzeptieren. Gleichzeitig hat der weltliche Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts. In Betracht kommt daher eine Verleihung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzes zugunsten der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften. Da es an einer ausdrücklichen Verleihung fehlt, kann diese möglicherweise durch „beredtes Schweigen“ verliehen worden sein.

¹²⁰ Ausführlich zur Entwicklung der Anwendung eigener Datenschutzregelungen *Germann*, ZevKR 2003 (48), 446, 450 ff.

§ 1 Möglichkeit der Kompetenzübertragung

I. Gewährleistung eines ausreichenden Schutzniveaus

Der Staat hat seine Pflicht, das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen zu schützen, auch bei der Verarbeitung durch Private oder die Kirchen. Zugleich hat er das Grundrecht mit dem gegenläufigen Recht der Selbstbestimmung der Kirchen in Ausgleich zu bringen. Wie er diese Pflicht erfüllt, steht dem Gesetzgeber weitestgehend frei.¹²¹ Insoweit ist auch eine Übertragung der Gesetzgebungskompetenz möglich. Der Grundrechtsschutzpflichtige muss jedoch sicherstellen, dass ein ausreichendes Schutzniveau gewahrt wird. Für die verfassten Kirchen ist hier insbesondere auf den Rechtsstatus als öffentlich-rechtliche Körperschaft nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5 WRV zu verweisen. Das BVerfG formuliert: „Eine Religionsgemeinschaft, die den Status einer Körperschaft des öffentlichen Rechts erwerben will, muss insbesondere die Gewähr dafür bieten, dass ihr künftiges Verhalten die in Art. 79 Abs. 3 GG umschriebenen fundamentalen Verfassungsprinzipien, die dem staatlichen Schutz anvertrauten Grundrechte Dritter sowie die Grundprinzipien des freiheitlichen Religions- und Staatskirchenrechts des Grundgesetzes nicht gefährdet.“¹²² Für die Religionsgemeinschaften, die einen öffentlich-rechtlichen Status genießen, bedeutet dies „eine besondere Rechtstreue-Vermutung und Verpflichtung, die sich gerade auch in der Nichtgefährdung der Grundrechte Dritter zeigt.“¹²³ Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften bieten damit ausreichend Gewährleistung, um ihnen grundsätzlich die Wahrung von Grundrechten Dritter zu übertragen.

Gleichzeitig muss ein finaler weltlich-rechtlicher Schutz gewahrt bleiben, etwa durch die Entscheidung eines weltlichen Gerichts. Dies folgt aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dieser fordert einen „möglichst lückenlose[n] gerichtliche[n] Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen

¹²¹ Nach *Germann* hat der Staat insoweit die Wahl zwischen der Ausnahme der Kirchen aus dem Anwendungsbereich weltlichen Datenschutzrechts (Exemptionslösung) oder die Anwendung weltlichen Datenschutzrechts bemisst sich nach ihren Rechtsfolgen am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht (Subsumtionslösung), *ZevKR* 48 (2003), 448, 458.

¹²² BVerfG v. 19.12.2000 - 2 BvR 1500/97, Rn. 91.

¹²³ *Hense*, in: *Sydow*, DS-GVO, Art. 91, Rn. 9.

Gewalt“.¹²⁴ Eine solche Verletzung kann auch in einem nicht ausreichenden Schutzniveau aufgrund der Übertragung der Erfüllung einer Schutzpflicht auf einen Dritten liegen. Das einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaft entgegengebrachte Vertrauen entbindet nicht von der Überprüfbarkeit grundrechtsrelevanten Kirchenrechts.

II. Übertragungsmöglichkeit trotz Gesetzgebungskompetenz der EU

Im Bereich des Datenschutzrechts ist die Gesetzgebungskompetenz der EU nach Art. 16 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber kann nur diejenigen Kompetenzen übertragen, die er selbst innehat. Im Bereich des Datenschutzrechts findet zunächst die DS-GVO unmittelbare Anwendung. Gleichzeitig eröffnet diese den Mitgliedstaaten ausdrückliche Gestaltungsspielräume in Form von Öffnungsklauseln, etwa im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes nach Art. 88 DS-GVO. Jedenfalls insoweit hat der Mitgliedstaat Gesetzgebungskompetenzen, die übertragbar sind.

Insbesondere ist die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz auf die Kirchen nicht durch Unionsrecht ausgeschlossen. Grundsätzlich steht es dem Kompetenzinhaber frei, im Rahmen des Primärrechts Vorgaben zur erneuten Übertragbarkeit einer von ihm zunächst übertragenen Kompetenz zu machen und diese etwa auszuschließen. Mit Art. 91 DS-GVO hat sich der Unionsgesetzgeber eindeutig geäußert und die Rechtsetzung durch die Kirchen nach mitgliedstaatlichem Maßstab zugelassen.

§ 2 Verlebene Gesetzgebungskompetenz

I. Schweigen des BDSG bzgl. der Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften

Das BDSG äußert sich nicht ausdrücklich zur Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften.

¹²⁴ BVerfG v. 12.11.1958 - 2 BvL 4/56, 2 BvL 26/56, 2 BvL 40/56, 2 BvL 1/57, 2 BvL 7/57, Rn. 196.

Wie bereits die Vorgänger unterscheidet auch das BDSG 2018 zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen. Da die verfassten Kirchen zwar öffentlich-rechtliche Körperschaften sind, jedoch nicht entsprechend § 2 Abs. 1 BDSG unmittelbar dem Bund unterstehen, sind diese nicht als öffentliche Stellen i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zu qualifizieren. Dasselbe gilt nach § 2 Abs. 2 BDSG für die Qualifikation als öffentliche Stellen der Länder i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 2 BDSG.¹²⁵

Aufgrund der Organisation als öffentlich-rechtliche Körperschaft scheidet eine Einordnung als nichtöffentliche Stelle i.S.v. § 2 Abs. 4 BDSG, welche lediglich privatrechtlich organisierte Vereinigungen erfasst, ebenfalls aus.

Somit ergibt sich aus der einfachgesetzlichen Subsumtion die Unanwendbarkeit mitgliedstaatlich-weltlichen Datenschutzrechts auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften.¹²⁶

II. Bedeutung des beredten Schweigens

Bei der Interpretation des „beredten Schweigens“¹²⁷ haben sich drei Ansätze herauskristallisiert. Nach der Exemptionslösung¹²⁸ fallen die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften aus dem Anwendungsbereich des weltlichen Datenschutzrechts insgesamt heraus. Das geschehe in der Erwartung, dass die Kirchen eigene Datenschutzregelungen erlassen, die einen verfassungsrechtlich ausreichendes Datenschutzniveau gewährleisten.¹²⁹ Die Nichterwähnung der öffentlich-rechtlichen Kirchen sei dabei kein Versehen gewesen. Vielmehr habe der Gesetzgeber die verfassten Kirchen bewusst ausgeklammert.¹³⁰

Der Ansatz der Subsumtionslösung will die Kirchen nicht insgesamt aus dem Anwendungsbereich des weltlichen Datenschutzrechts ausschließen. Weltliche

¹²⁵ So ebenfalls im Ergebnis u.a. *Schreiber* in: Plath, BDSG, § 2, Rn. 12; *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 6.

¹²⁶ Im Ergebnis ebenfalls ein Schweigen des BDSG zur Anwendbarkeit auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften feststellend *Franzen*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 BDSG, Rn. 1; *Ernst*, in: Paal/Pauly, § 2 BDSG, Rn. 7; *Klar/Kühling*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, § 2 BDSG, Rn. 5.

¹²⁷ *Stolleis*, ZevKR 1978 (23), 230, 233.

¹²⁸ Begriffsbildend *Germann*, ZevKR 2003 (48). 446, 458.

¹²⁹ *Germann*, ZevKR 2003 (48), 446, 460; *Schreiber* in: Plath, BDSG, § 2, Rn. 12.

¹³⁰ *Stolleis*, ZevKR 1978 (23), 230, 233.

Datenschutzgesetze seien „für alle geltende Gesetze“ i.S.d. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, dem auch die Kirchen unterfielen. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht sei im Rahmen der Abwägung mit entgegenstehenden Rechten Betroffener zu berücksichtigen, ob dieses eine Datenverarbeitung rechtfertige.¹³¹

Eine weitere Auffassung vertritt, dass das weltliche Datenschutzrecht formal zwar nicht auf die Kirchen anwendbar sei. Soweit die Datenverarbeitung nicht interne Organisation und Meinungsbildung betreffe, sei das weltliche Datenschutzrecht, sowohl BDSG als auch DS-GVO, jedoch analog auf die Kirchen anzuwenden.¹³²

Zunächst ist die letztgenannte Auffassung abzulehnen. Eine analoge Anwendung des BDSG scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Das „beredete Schweigen“ des BDSG war bereits in den Vorgängern feststellbar. Nach der damaligen Regelung war eine Übermittlung personenbezogener Daten an öffentliche Stellen nach den § 15 Abs. 1 – 3 unter den dort genannten Voraussetzungen zulässig. Nach § 15 Abs. 4 BDSG a.F. galten die Abs. 1 – 3 entsprechend für die „Übermittlung personenbezogener Daten an Stellen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften“, „sofern sichergestellt ist, dass bei diesen ausreichende Datenschutzmaßnahmen getroffen werden.“ Dies wurde als normative Klarstellung interpretiert, dass öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften keine öffentlichen Stellen im Sinne des BDSG seien.¹³³ Durch die bewusste Nichtübernahme von § 15 Abs. 4 BDSG a.F. scheidet damit auch eine analoge Anwendung des BDSG mangels planwidriger Regelungslücke aus.¹³⁴

Für eine analoge Anwendung der DS-GVO bleibt zudem aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit auf die Kirchen kein Raum. Als Verordnung hat die DS-GVO nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung und gilt in jedem Mitgliedstaat in allen Teilen verbindlich und unmittelbar. Dies gilt auch für die Datenverarbeitung durch die Kirchen.¹³⁵

¹³¹ *Dammann*, NVwZ 1992, 1147-1151.

¹³² *Schaffland/Wiltfang* in: *Schaffland/Wiltfang, DS-GVO/BDSG*, § 2 BDSG, Rn. 8, verweisend auf *Dammann* in *Simitis: BDSG 2003*, 7. Aufl., § 2 Rdn. 82 ff.

¹³³ Vgl. *Hense*, in: *Sydow, DS-GVO*, Art. 91, Rn. 6; ebenfalls eine jedenfalls direkte Anwendung der alten Fassungen des BDSG auf die verfassten Kirchen ablehnend u.a. *Germann*, *ZevKR* 2003 (48), 446, 461 m.w.N.

¹³⁴ *A.A. Schaffland/Wiltfang* in: *Schaffland/Wiltfang, DS-GVO/BDSG*, § 2 BDSG, Rn. 8.

¹³⁵ Ausführlich hierzu Teil 4, Kapitel 1, § 1.

Auch die Subsumtionslösung ist abzulehnen. Durch § 15 Abs. 4 BDSG a.F. wird deutlich, dass der Gesetzgeber Kirchen nicht als öffentliche Stellen einordnet, andernfalls ist eine derartige Regelung und die damit verbundene Differenzierung überflüssig.¹³⁶ Eine andere Bewertung seitens des Gesetzgebers durch die Nichtübernahme des § 15 Abs. 4 BDSG ist dagegen nicht angezeigt. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Regelung aus Sicht des Gesetzgebers überflüssig geworden sein dürfte, da durch die Anwendbarkeit der DS-GVO ein angemessenes Datenschutzniveau i.S.d. § 15 Abs. 4 2. Hs BDSG garantiert ist. Zusätzlich wird angeführt, dass durch die Herausnahme der Kirchen aus dem Anwendungsbereich des BDSG dieses kein für alle geltendes Gesetz i.S.v. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV sei.¹³⁷

Hieraus folgt zunächst, dass das BDSG nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwendbar ist.¹³⁸ Aus der Differenzierung des BDSG zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Stellen folgt gleichzeitig, dass die privatrechtlich organisierten Religionsgesellschaften den Regelungen des BDSG unterliegen.¹³⁹

Auch an anderer Stelle wird deutlich, dass der weltlich-staatliche Gesetzgeber die eigene Datenschutzgesetzgebung der Kirchen akzeptiert. In Staatskirchenverträgen werden eigene datenschutzrechtliche Regelungen der Kirchen teils sogar vorausgesetzt¹⁴⁰ oder die Kirchen mit der Umsetzung eines dem staatlichen Datenschutzrecht gleichwertigen eigenen Datenschutzrechts beauftragt.¹⁴¹ Der weltlich-staatliche Gesetzgeber akzeptiert und fordert darüber hinaus also die eigene Kirchengesetzgebung im Bereich des Datenschutzes. Damit manifestiert sich der Wille des Gesetzgebers in Form einer impliziten Verleihung einer bereichsspezifischen Gesetzgebungskompetenz.¹⁴² Dass es sich um eine verliehene und keine

¹³⁶ Ziekow, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 78.

¹³⁷ Ausdrücklich Stolleis, ZevKR 1978 (23), 230, 233; Hoeren, CR 1988, 60, 62.

¹³⁸ Germann, ZevKR 2003 (48), 446, 461.

¹³⁹ Germann, ZevKR 2003 (48), 446, 461.

¹⁴⁰ „Art. 15 Abs. 3 HmbEvgIKV: „Die nordelbische Evangelisch-Lutherische Kirche garantiert den Datenschutz auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes der Evangelischen Kirche in Deutschland in der jeweils geltenden Fassung.“

¹⁴¹ Hense, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8, verweisend auf Art. 19 Abs. 2 S. 2 HmbKathKV und Art. 15 Abs. 3 Hmb EvgIKV.

¹⁴² Nach Hense wird den Kirchen die Ausbildung eines eigenen Datenschutzrechts „gestattet“ unter der Bedingung, dass ein dem staatlichen Datenschutzrecht vergleichbares Datenschutzniveau gewährleistet wird, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 7.

genuine Kompetenz handelt, zeigt sich auch daran, dass er ein ausreichendes (§ 15 Abs. 4 BDSG a.F.) oder gleichwertiges (Art. 19 Abs. 2 S. 2 HmbKathKV) Schutzniveau explizit von den Kirchen fordert. Hierdurch nimmt der Staat seine verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutz der grundrechtlichen Position der Betroffenen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Kirchen wahr.

Auch die Unabhängigkeit des Art. 137 Abs. 3 WRV von Art. 137 Abs. 5 WRV belegt, dass die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz der öffentlich-rechtlichen Kirchen eine verliehene und keine auf Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV basierende Kompetenz ist. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 137 Abs. 3 WRV existiert unabhängig von der Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach Art. 137 Abs. 5 WRV. Würde aus Art. 137 Abs. 3 WRV ein Anspruch auf eine bereichsspezifische Kompetenz erwachsen, müsste dies auch für privatrechtlich organisierte Religionsgesellschaften gelten.¹⁴³ Bezogen auf den Ursprung der Gesetzgebungskompetenz folgt hieraus, dass es sich um keine allein aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht erwachsene Kompetenz handelt. Denn der weltliche Gesetzgeber äußerte seine Erwartungen eigener Datenschutzregelungen ausschließlich an die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften. Wäre ein eigenes Datenschutzrecht Teil des Selbstbestimmungsrechts nach Art. 137 Abs. 3 WRV, würde der Gesetzgeber seit jeher seine Anforderungen an das zu garantierende Datenschutzniveau nicht an privatrechtlich organisierte Religionsgesellschaften richten. Hieraus kann nur folgen, dass auch nach dem Verständnis des weltlichen Gesetzgebers die datenspezifische Regelungskompetenz nicht Teil des Selbstbestimmungsrechts ist.

§ 3 Reichweite der kirchlichen Datenschutzgesetzgebungskompetenz

Kirchliches Datenschutzrecht ist zweifelsfrei anwendbar auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die verfassten Kirchen selbst. Voraussetzung ist, dass die jeweiligen einzelnen Gliedkirchen bzw. Diözesen die Datenschutzrege-

¹⁴³ *Germann* bezogen auf die Geltung kirchlichen Datenschutzrechts in privatrechtlichen Einrichtungen, ZevKR 2003 (48), 446, 466.

lungen auch verwirklichen. Ob die Datenschutzregeln der Kirchen auf die Datenverarbeitung ihrer zugehörigen privatrechtlichen Einrichtungen Anwendung finden, ist umstritten.

I. Geltung kirchlichen Datenschutzrechts für privatrechtlich organisierte Einrichtungen

Die Subsumtion privatrechtlich organisierter Einrichtung der Kirchen, etwa caritative Einrichtungen, als nichtöffentliche Stelle i.S.d. § 2 Abs. 4 S. 1 BDSG gelingt mühelos. Damit würden diese Einrichtungen dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG nach dem BDSG unterfallen. Nach *Germann* ist dann das kirchliche Selbstbestimmungsrecht auf der Rechtsfolgenseite im Sinne der Subsumtionslösung zu berücksichtigen.¹⁴⁴ *Ziekow* sieht dagegen auch diejenigen privatrechtlich organisierten Einrichtungen der Kirchen von dem Anwendungsbereich des BDSG ausgeschlossen und damit dem kirchlichen Datenschutzrecht unterfallend, die dem Selbstverständnis der Kirche nach diesen institutionell zugeordnet und deren Ziele „eigene Angelegenheit“ der Kirche sind.¹⁴⁵ Auch *Hense* geht davon aus, dass die privatrechtlich organisierten „Satelliten“ der Kirchen kirchlichem Datenschutzrecht unterfallen, jedoch mit anderer Begründung. Diese unterfielen bis zur BDSG Novelle 2001 nicht dem BDSG. Aufgrund der auch anschließend weitergelebten Praxis könnten diese „auch weiterhin der (originären) kirchlichen Datenschutzaufsicht unterfallen.“¹⁴⁶

Die Geltung des BDSG für privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Kirchen entspricht dem Wortlaut des BDSG. Es ist jedoch zu hinterfragen, ob die Uneinheitlichkeit der anwendbaren Datenschutzregeln der verfassungsrechtlichen Wertung des Selbstbestimmungsrechts der Kirchen gerecht wird. Zwar beruht die Kompetenz eigener Datenschutzgesetzgebung nach hier vertretener Auffassung nicht auf dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen. Mit der Verleihung der Kompetenz durch beredtes Schweigen geht jedoch nicht zwingend die Möglichkeit des weltlichen Gesetzgebers einher, zwischen den verfassten Kirchen und den ihnen zugeordneten Einrichtungen zu unterscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG umfasst das Selbstbestimmungsrecht alle der „Kirche in bestimmter

¹⁴⁴ *Germann*, ZevKR 2003 (48), 446, 461.

¹⁴⁵ *Ziekow*, Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht, S. 106, Zusammenfassung.

¹⁴⁶ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 10.

Weise zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform, bei deren Ordnung und Verwaltung die Kirche grundsätzlich frei ist, wenn die Einrichtung nach kirchlichem Selbstverständnis ihrem Zweck oder ihrer Aufgabe entsprechend berufen ist, ein Stück des Auftrags der Religionsgemeinschaft wahrzunehmen und zu erfüllen.“¹⁴⁷ Danach dürfen die Kirchen sich für ihre Organisation jeder Rechtsform – auch der privatrechtlichen – bedienen. Sie bestimmen „selbst, frei und autonom darüber, welche Dienste sie in welchen Rechtsformen ausüben wollen“.¹⁴⁸ Hierin liegt eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung, dass eine Uneinheitlichkeit des auf kirchliche Einrichtungen anzuwendenden Rechts aufgrund der gewählten Rechtsform unzulässig ist. Die Kirche und die ihr zugeordneten Einrichtungen sind als Einheit zu betrachten, in deren innere Organisation nicht eingegriffen werden darf. Daraus folgt in letzter Konsequenz, dass aus der kirchlichen Organisation der Verwirklichung des Sendungsauftrags keine rechtliche Differenzierung durch den weltlichen Gesetzgeber erfolgen darf. Soweit die Kirche sich also zur Erfüllung ihres Auftrags einer privatrechtlichen Organisationsform bedient, unterliegt diese Einrichtung wie die verfasste Kirche selbst kirchlichem Datenschutzrecht. Andernfalls würde in eben diese Organisationsfreiheit als elementaren Teil des verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts der Kirchen eingegriffen werden. Es steht dem weltlichen Gesetzgeber damit zwar frei, den Kirchen eine Regelungskompetenz zu verleihen. Er darf jedoch auch in diesem Rahmen nicht zwischen den verfassten Kirchen selbst und den ihnen zugeordneten privatrechtlich organisierten Einrichtungen differenzieren.

Sowohl die Regelungen des VDD als auch die der EKD gehen davon aus, dass das kirchliche Datenschutzgesetz auch auf die Datenverarbeitung durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der jeweiligen Kirche Anwendung findet. Nach § 3 Abs. 1 lit. b) KDG findet das KDG Anwendung auf die Datenverarbeitung durch „den Deutschen Caritasverband, die Diözesan-Caritasverbände, ihre Untergliederungen und ihre Fachverbände ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform“ und nach § 3 Abs. 1 lit. c) auf die Verarbeitung durch „die kirchlichen Körperschaften, Stiftungen, Anstalten, Werke, Einrichtungen und die sonstigen kirchlichen Rechtsträger ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform.“ Nach § 2 Abs. 1 S. 1 DSG-EKD findet das Datenschutzrecht der EKD neben der Anwendung auf

¹⁴⁷ Zuletzt BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, Rn. 91 = NZA 2014, 1387 m.w.N.

¹⁴⁸ BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, Rn. 96.

diese selbst, die Gliedkirchen und die gliedkirchlichen Zusammenschlüsse auch Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch „alle weiteren kirchlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie die ihnen zugeordneten kirchlichen und diakonischen Dienste, Einrichtungen und Werke ohne Rücksicht auf deren Rechtsform“. Beide Gesetze nehmen damit Bezug auf die Feststellung des BVerfG, dass Zuordnung zur Kirche rechtsformunabhängig erfolgt.

Damit unterfallen alle privatrechtlich organisierten Einrichtungen den Datenschutzgesetzen derjenigen Kirche, der sie zugeordnet sind.

II. Voraussetzungen der Zuordnung privatrechtlicher organisierter Einrichtungen zu den verfassten Kirchen

Voraussetzung dafür, dass eine Einrichtung als Teil einer Kirche zugeordnet werden kann und damit deren Datenschutzrecht unterfällt, ist, dass diese ebenfalls den Schutz des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts genießt. Nach dem BVerfG bezieht sich das kirchliche Selbstbestimmungsrecht auf alle von der jeweiligen Kirche „getragenen Einrichtungen, also auf die Funktionseinheit, durch die der kirchliche Auftrag seine Wirkung entfalten soll“. ¹⁴⁹ *Stolleis* unterscheidet für die Zuordnung zwischen der institutionellen Verbindung¹⁵⁰ und der Bindung an die kirchliche Aufgabe¹⁵¹. Danach muss zutreffend beides zusammentreffen, damit eine Einrichtung dem kirchlichen Bereich zugeordnet werden kann.¹⁵²

Ob eine selbstständige Einrichtung einer Religionsgemeinschaft tatsächlich zuzuordnen ist, obliegt wiederum der Kontrolle der staatlichen Gerichte.¹⁵³

¹⁴⁹ BVerfG v. 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, Rn. 92.

¹⁵⁰ *Stolleis*, ZevKR 1978 (23), 230, 248 ff.

¹⁵¹ *Stolleis*, ZevKR 1978 (23), 230, 250 f.

¹⁵² *Stolleis*, ZevKR 1978 (23), 230, 251; BVerfG v. 11.10.1977 - 2 BvR 209/76, Rn. 27 m.w.N.

¹⁵³ Vgl. etwa BVerfG v. 25.3.1980 - 2 BvR 208/76.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 2

Die Definition der eigenen Angelegenheiten obliegt allein den Kirchen nach ihrem Selbstverständnis. Die eigenen Angelegenheiten der Kirchen umfassen sowohl rein innerkirchliche Angelegenheiten als auch solche, die in den weltlichen Bereich hineinwirken.

Die Kirchen tragen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Angelegenheit eine eigene ist. Das Ausmaß der Darlegungs- und Beweislast ist abhängig von der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung der Betroffenen zu ermitteln. Jede Datenverarbeitung ist grundrechtsrelevant. Der Datenschutz ist keine innerkirchliche Angelegenheit. Für die Subsumtion des Datenschutzrechts als eigene Angelegenheit, müsste der Datenschutz Teil des Kerns der Religionsausübung sein. Das ist nicht der Fall. Das Datenschutzrecht ist keine eigene Angelegenheit der Kirchen i.S.d. Art. 137 Abs. 3 WRV.

Das BDSG sowie die Landesdatenschutzgesetze sind auf die öffentlich-rechtlichen Kirchen nicht anwendbar. Der weltliche Gesetzgeber hat den öffentlich-rechtlichen Kirchen durch beredtes Schweigen die Kompetenz zur Verwirklichung eines eigenen Datenschutzrechts verliehen.

Die kirchlichen Datenschutzregeln sind auch auf die Datenverarbeitung durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Kirchen anwendbar. Privatrechtlich organisierte Einrichtungen sind den Kirchen zuzuordnen, wenn diese sowohl institutionell den Kirchen angehörig sind als auch an die kirchliche Aufgabe gebunden sind.

Teil 3 – Inhaltliche Anforderungen an den kirchlichen Datenschutz

Da die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 16 Abs. 2 AEUV bei der Union liegt und das zu schützende Rechtsgut das Unionsgrundrecht nach Art. 8 GRCh, 16 Abs. 1 AEUV ist, obliegt es der EU, materiell-rechtliche Vorgaben für die Anwendung eigener Datenschutzgesetze, insbesondere im Rahmen der Öffnungsklauseln, durch Mitgliedstaaten und Kirchen festzulegen.

Nach Art. 91 Abs. 1 DS-GVO darf daher „eine Kirche oder eine religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft [, die] in einem Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung umfassende Regeln zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung“ anwendet, diese weiter anwenden, „sofern sie mit dieser Verordnung in Einklang gebracht werden.“

Nachfolgend sollen die Voraussetzungen des Art. 91 DS-GVO und die Umsetzung durch die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften dargelegt werden.

Kapitel 1 – Anwendungsvoraussetzungen des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO

Nach Art. 91 Abs. 1 DS-GVO dürfen umfassende Regeln zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, die Kirchen, religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in einem Mitgliedstaat zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der DS-GVO anwendet, weiter angewendet werden, sofern sie mit der DS-GVO in Einklang gebracht werden.

§ 1 Kirche, religiöse Vereinigung oder Gemeinschaft

Art. 91 DS-GVO ist im normativen Kontext mit Art. 17 AEUV zu sehen,¹⁵⁴ wie auch der Erwägungsgrund 165 zur DS-GVO¹⁵⁵ zeigt. Innerhalb dieses Dreiklangs

¹⁵⁴ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8.

¹⁵⁵ „Im Einklang mit Artikel 17 AEUV achtet diese Verordnung den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren bestehenden verfassungsrechtlichen Vorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht.“

sind religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften der Oberbegriff¹⁵⁶, wobei Vereinigung und Gemeinschaft wohl synonym auszulegen sind. Erfasst werden dabei grundsätzlich alle korporativ-institutionellen Organisationen mit religiösem Proprium.¹⁵⁷ Kirchen sind christliche Ausprägungen dessen.¹⁵⁸

I. Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Weltanschauungsgemeinschaften

Da Art. 91 Abs. 1 DS-GVO, abweichend vom Wortlaut des Art. 17 AEUV, Weltanschauungsgemeinschaften nicht erwähnt, wird argumentiert, dass lediglich religiöse Organisationen von Art. 91 DS-GVO erfasst würden, jedoch nicht weltanschauliche Gemeinschaften.¹⁵⁹ Jenseits des Wortlauts spricht jedoch einiges für eine Erstreckung auch auf Weltanschauungsgemeinschaften. Zunächst deutet der Verweis auf Art. 17 AEUV, welcher nach Abs. 2 auch weltanschauliche Gemeinschaften umfasst, daraufhin, dass der Anwendungsbereich derselbe sein soll. Das muss auch für den subjektiven Anwendungsbereich gelten, zumal Erwägungsgrund 165 zur DS-GVO nicht zwischen Abs. 1 und Abs. 2 des Art. 17 AEUV unterscheidet.

Dasselbe Ergebnis zeigt sich bei systematischer Betrachtung anderen primären und sekundären Unionsrechts. So trifft die Richtlinie 2000/78/EG des Rates („Gleichbehandlungs-Richtlinie“) in Art. 4 Abs. 2 eine Sonderregelung gleichlaufend zugunsten von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften. Ebenso werden die Religions- und Weltanschauungsfreiheit des Einzelnen nach Art. 9 EMRK gleich bewertet, was das europäische Verständnis der Gleichwertigkeit von Religion und Weltanschauung aufzeigt. Dass dies sowohl für Privatpersonen als auch für nichtstaatliche Vereinigungen gilt, ergibt sich aus der Beschwerdebefugnis nach Art. 34 EMRK,¹⁶⁰ wonach auch nichtstaatlichen Organisationen und Personengruppen die Beschwerde offensteht. Dabei sind die Kirchen trotz des

¹⁵⁶ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8.

¹⁵⁷ *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 18; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8.

¹⁵⁸ *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 18; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8.

¹⁵⁹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 8.

¹⁶⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 1, Rn. 25.

Status der öffentlich-rechtlichen Körperschaft als nichtstaatliche Organisation im Sinne des Unionsrechts einzustufen.

Gestützt wird dies durch ein Urteil des EGMR. Art. 9 EMRK sei im Zusammenhang mit Art. 11 EMRK auszulegen, welcher Vereinigungen gegen staatliche Eingriffe schützt. Demnach fallen auch Religionsgemeinschaften unter den Schutz des Art. 9 EMRK.¹⁶¹ Auch wenn der EGMR sich in seinem Urteil lediglich mit Religionsgemeinschaften befassen musste, so gilt dies aufgrund des Wortlauts von Art. 9 EMRK zweifelsfrei auch für Weltanschauungsgemeinschaften. Zudem würde eine Nichteinbeziehung von Weltanschauungsgemeinschaften in Art 91 Abs. 1 DS-GVO auch gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 EMRK verstoßen. Dieses gilt für die „in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“, also insbesondere die in Art. 2 – 13 EMRK aufgestellten Garantien¹⁶², und umfasst mithin auch die Gleichbehandlung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften.

Eine Differenzierung zwischen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften bei der Anwendung eigener Datenschutzregelungen wäre eine Ungleichbehandlung aufgrund eines Merkmals von Art. 9 EMRK und somit durch sachliche und vernünftige Gründe rechtfertigungsbedürftig¹⁶³. Solche Gründe liegen nicht vor. Vielmehr ist nicht ersichtlich, weshalb nunmehr ausgerechnet Religionsgemeinschaften das Recht zum eigenständigen Datenschutz zugesprochen werden sollte, Weltanschauungsgemeinschaften jedoch nicht. Entgegen dem Wortlaut gilt Art. 91 Abs. 1 DS-GVO nach systematischer Auslegung demnach auch für Weltanschauungsgemeinschaften.

II. Keine Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften

Art. 91 DS-GVO unterscheidet nicht wie das deutsche Staatskirchenrecht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Religionsgemeinschaften. Aus dem Verweis auf Art. 17 AEUV in Erwägungsgrund 165 zur DS-GVO ergibt sich,

¹⁶¹ EGMR v. 9.7.2013 – 2330/09 (Sindicatul „Pastorul cel Bun ./ Rumänien), Rn. 136 = NJOZ 2014, 1715.

¹⁶² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 26, Rn. 4.

¹⁶³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 26, Rn. 13, verweisend auf die ständige Rechtsprechung des EGMR.

dass hierdurch jedoch nicht nunmehr alle Religionsgemeinschaften ein eigenes Datenschutzrecht anwenden dürfen. Vielmehr wird auf das nationale Verhältnis zwischen Kirche und Staat („Status“, vgl. oben) verwiesen. Welche Religionsgemeinschaften eigene datenschutzrechtliche Regelungen treffen dürfen, bemisst sich also (abgesehen von den sonstigen Voraussetzungen Art. 91 DS-GVO) nach dem Recht des Mitgliedstaates bzw. dem jeweiligen Verhältnis zwischen Kirche und Staat.¹⁶⁴ Für den Geltungsbereich des Grundgesetzes bleibt es daher auch beim Datenschutz bei der grundsätzlichen Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften und privatrechtlich organisierten.

III. Erstreckung der Anwendbarkeit kirchlicher Datenschutzregeln auf privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Religionsgemeinschaften

Im bisherigen Schrifttum herrscht Einigkeit dahingehend, dass im Ergebnis auch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Kirchen in den durch Art. 91 DS-GVO garantierten Autonomiebereich fallen sollen. Insoweit besteht auch Einigkeit darüber, dass dies maßgeblich von der Auslegung des Art. 17 AEUV abhängt.¹⁶⁵ Demnach müsse Art. 17 AEUV dahingehend ausgelegt werden, dass dieser auch die Tätigkeit der Kirchen umfasst,¹⁶⁶ andernfalls würde die „eigentlich gedachte Erweiterung des Anwendungsbereichs“¹⁶⁷ in eine erhebliche Beschränkung verkehrt werden. Dieser geschützte Tätigkeitsbereich umfasse dann auch die Einrichtungen. Gestützt werde diese Interpretation durch die Rechtsprechung des BVerfG¹⁶⁸, die auch Randbetätigungen einer Religionsgemeinschaft als von der Religionsfreiheit geschützt betrachtet.¹⁶⁹ Unklar bleibt dabei, ob die primärrechtliche Auslegung nicht Ergebnis der gewünschten Auslegung des Sekundärrechts ist.

¹⁶⁴ So auch *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 18; bei abweichendem Verständnis von Art. 17 AEUV, in Ergebnis jedoch wohl ähnlich *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 9.

¹⁶⁵ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 15; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 19.

¹⁶⁶ Ebd.; *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 17 AEUV, Rn. 12.

¹⁶⁷ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 15.

¹⁶⁸ *Mundil* verweist etwa auf BVerfG v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99 = NJW 2002, 663, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 15.

¹⁶⁹ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 15.

Nach hier vertretener Auffassung, wonach ein eigener Schutzbereich kirchlichen Handelns auf Unionsrechtsebene abgelehnt wird, hängt die Einbeziehung von privatrechtlich organisierten Einrichtungen von der Frage ab, ob die Einbeziehung dieser in den kirchlichen Autonomiebereich Teil des Kompetenzverhältnisses zwischen Kirche und Staat ist. Dies ist im Geltungsbereich des Grundgesetzes der Fall, wenn die Tätigkeit der Einrichtung Teil des Selbstverständnisses der jeweiligen Religionsgemeinschaft ist. Ob eine Tätigkeit dem Ethos der Religionsgemeinschaft zugeordnet werden kann, ist mitgliedstaatlich zu überprüfen und im Zweifel theologisch zu begründen. Insbesondere für karitative und diakonische Einrichtung wird dies regelmäßig zu bejahen sein.

§ 2 Umfassende Regeln

I. Literatur

Die Formulierung „umfassende Regeln“ lässt viel Spielraum für deren Interpretation. *Pauly*¹⁷⁰ etwa sieht die Möglichkeit, wenn auch im Ergebnis ablehnend, Regelungen erst dann als umfassend zu qualifizieren, wenn eine Gesamtheit von Regelungen grundsätzlich alle den Verantwortungsbereich der Kirchen betreffenden Regelungsmaterien abbildet. Lücken in der kirchenrechtlichen Regelung, etwa durch Nichtregelung relevanter Bereiche oder Unwirksamkeit einzelner Regelungen, würde demnach zur Unanwendbarkeit aller Regelungen führen, was zu einer Exklusivität zwischen der Anwendbarkeit der DS-GVO und der kirchenrechtlichen Regelungen führen würde.

Bejaht wird eine Interpretation, wonach jede einzelne Regelung im Vergleich zur korrespondierenden Regelung der DS-GVO umfassend sein muss, darüber hinaus oder bei Unwirksamkeit einzelner Regelungen fände die DS-GVO Anwendung.¹⁷¹ Begründet wird dies mit der terminologischen Entscheidung „Regeln“ und nicht „Ordnung“ oder „Gesetz“ sowie dem Regelungszweck von Art. 91 DS-GVO, wonach zu hohe Anforderungen an den Umfang kirchlicher Normen die

¹⁷⁰ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91 DS-GVO, Rn. 21.

¹⁷¹ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91 DS-GVO, Rn. 22.

Möglichkeit autonomer datenschutzrechtlicher Kirchenrechtsetzung diesem zuwiderlaufen würden.¹⁷²

Dagegen wird vertreten, dass einzelne Regelungen nicht ausreichen sollten. Vielmehr müssten kircheneigene Regelungen „Anspruch der Vollständigkeit“ haben, sodass staatliche Regelungen nicht ergänzend herangezogen werden müssen.¹⁷³ Bloße Teilmaterien sind demnach auszuschließen.¹⁷⁴ Gestützt werden soll diese Auslegung durch den Regelungszweck von Art. 91 DS-GVO, wonach bestehende eigene Regelungen weiterhin angewendet werden können, sofern sie mit der DS-GVO in Einklang gebracht werden.¹⁷⁵

Unter Berücksichtigung des Regelungszwecks von Art. 91 DS-GVO, bestehende Normen zu erhalten, und um mit Blick auf Art. 17 AEUV die Anforderungen nicht zu hoch anzusetzen, ist diese Anforderung wohl eher als quantitatives Merkmal im Sinne eines Gesamtwerkes zu lesen, in Abgrenzung zum dann qualitativen Merkmal des „in Einklang bringen[s]“.¹⁷⁶

II. Stellungnahme

Weitgehend unbeachtet bleibt hierbei das Zusammenspiel der grundsätzlichen unmittelbaren Anwendbarkeit der DS-GVO auch im kirchlichen Bereich nach Art. 288 Abs. 2 AEUV – der auch Art. 17 AEUV nicht entgegen steht – mit der Verordnungstechnik der Öffnungsklauseln. Eigenständige Regelungen können die Kirchen ohnehin lediglich in dem Rahmen treffen, wie es der Mitgliedstaat selbst könnte, also soweit die DS-GVO Öffnungsklauseln enthält. Selbst bei der doch beachtlichen Anzahl von Öffnungsklauseln in der DS-GVO können die Regelungen dennoch zwangsläufig nicht alle Regelungsmaterien abbilden. Das gilt umso mehr, soweit das Verbot der Normwiederholung¹⁷⁷ ernst genommen wird. Insbesondere ist es nicht möglich, die Grundlagen des Datenschutzrechts, wie das (Mindest-)Schutzniveau oder grundlegende Definitionen, wie sie in Art. 4 DS-

¹⁷² *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91 DS-GVO, Rn. 23.

¹⁷³ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 10; ebenso, wenn auch „keinen überspannten [Vollständigkeitsanspruch] stellen wollend und bei grundsätzlicher Beibehaltung des Regelungsdualismus *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 18.

¹⁷⁴ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 18.

¹⁷⁵ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91 Rn. 10.

¹⁷⁶ So ausdrücklich *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 19.

¹⁷⁷ Vgl. hierzu unten unter Teil 4, Kapitel 1, § 4, IV.

GVO festgelegt werden, eigenständig zu gestalten. In diesen Fällen gilt stets nach Art. 288 Abs. 2 AEUV die Regelung der DS-GVO. Da der Datenschutz daher seitens der Mitgliedstaaten und Kirchen lediglich punktuell eigenständig geregelt werden kann, können auch an den Umfang keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Mit Blick auf Art. 17 AEUV und dem hiesigen Verständnis der Bedeutung des Status der Kirchen ist es auch möglich, dass dieser nur einen Teilbereich des Datenschutzes, etwa den Beschäftigtendatenschutz umfasst. Entsprechend wäre auch ein bloßes eigenständiges Beschäftigtendatenschutzrecht der Kirchen und darüberhinausgehend die Anwendung weltlicher Regelungen im kirchlichen Bereich mit Art. 91 Abs. 1 DS-GVO vereinbar. Ein solches müsste dann jedoch, um das Merkmal der „umfassenden Regelung“ nicht bedeutungslos werden zu lassen, diese Regelungsmaterie vollständig abdecken.

III. Fazit

Unabhängig davon, ob noch Anpassungen an die DS-GVO notwendig sind, etwa bei den Aufsichtsbehörden oder Sanktionsmechanismen, geht die Literatur einhellig davon aus, dass sowohl die vor Inkrafttreten der DS-GVO als auch die aktuellen kirchenrechtlichen Regelungen (DSG-EKD und KDG) dem Erfordernis der „umfassenden Regelung“ entsprechen.¹⁷⁸ Dem ist mit der hier vertretenen Auslegung zuzustimmen, da sowohl DSG-EKD als auch KDG über diese Mindestanforderungen klar hinausgehen und deren Anwendbarkeit mithin jedenfalls nicht an dem Merkmal der „umfassenden Regelungen“ scheitert.

§ 3 Zeitpunkt der Anwendung eigener Regelungen

Art. 91 Abs. 1 DS-GVO setzt des Weiteren voraus, dass die Regelungen bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung angewendet werden. Der Wortlaut legt zunächst nahe, dass lediglich solche Regelungen angewendet werden dürfen, die am 25.5.2016, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der DS-GVO nach Art. 99 Abs. 1 DS-GVO, angewendet werden.¹⁷⁹ Dies wird als Bestandsschutz der

¹⁷⁸ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 19; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 24; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 11.

¹⁷⁹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.12.

zu diesem Stichtag bestehenden Regelungen interpretiert, wonach später in Kraft tretende Regelungen nicht angewendet werden dürften.¹⁸⁰

I. Veränderungsmöglichkeit bestehender Regelungen

Sowohl das DSG-EKD als auch die KDG sind in der aktuellen Fassung am 24.5.2018 in Kraft getreten, einen Tag vor dem Geltungsbeginn der DS-GVO nach Art. 99 Abs. 2 DS-GVO. Wenn Art. 91 Abs. 1 DS-GVO also lediglich als Bestandsschutz aufgefasst wird, stellt sich die Frage, ob am 25.5.2018 bestehende Regelungen nach Änderungen weiterhin anwendbar sind. Dafür spricht zunächst das weitere Merkmal des „in Einklang bringen[s]“. Art. 91 Abs. 1 DS-GVO selbst verlangt eine Anpassung an diese und toleriert damit konkludent auch im Nachhinein stattfindende Änderungen.¹⁸¹ Andernfalls wäre „in Einklang gebracht wurden“ die adäquate Formulierung gewesen.

Das überzeugt auch mit Blick auf mögliche weitere notwendige Änderungen, die bislang nicht absehbar sind. Sofern eine Bindung an weltliche Gesetze besteht, was aufgrund der vielen verschiedenen Mitgliedstaatsordnungen durchaus möglich scheint, müsste sich beispielsweise eine Religionsgemeinschaft, wenn eine neue staatliche Norm höhere Mindeststandards für den Datenschutz setzt, entscheiden, ob sie diesen Vorgaben folgt und damit gegen die Voraussetzungen des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO verstößt oder ob sie gegen nationales Recht verstößt und die eigenen Regelungen damit potentiell ebenfalls nicht mehr anwendbar sind. Eine solche Gefahr ist mit der objektiven Wertentscheidung in Art. 17 AEUV nicht vereinbar, da es den kirchlichen Datenschutzstand zementieren und anpassungsunfähig machen würde, was zwangsläufig auf kurz oder lang zur Unanwendbarkeit der eigenen Regelungen führen würde.

II. Vollständige Neu- und Erstregelungen

Dem aus dem Wortlaut abgeleiteten Bestandsschutzzweck von Art. 91 Abs. 1 DS-GVO wird teils entnommen, dass Erstregelungen, etwa durch neu gebildete

¹⁸⁰ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.13.

¹⁸¹ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 17; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 27.

Religionsgemeinschaften oder solchen, die schlicht noch keine eigenen Regelungen haben zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der DS-GVO, nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 91 Abs. 1 DS-GVO fallen.¹⁸² Ob hierunter auch vollkommene Neuregelungen, etwa mit grundlegend veränderter Systematik, fallen sollen, bleibt unklar.

Dagegen wird eingewendet, der Wortlaut sei nicht zwingend. Art. 91 Abs. 1 DS-GVO verbiete keine Neuregelungen, sondern lege lediglich fest, dass bereits bestehende Regelungen nicht wie bisher angewendet werden dürfen, sondern mit der DS-GVO in Einklang gebracht werden müssen.¹⁸³

Die Argumentation, Art. 91 Abs. 1 DS-GVO verbiete keine Neuregelungen, sondern regle lediglich das Verhältnis zwischen DS-GVO und den Kirchen¹⁸⁴, überzeugt und entspricht dem oben aufgezeigten Verständnis von Art. 17 AEUV. Würde Art. 91 Abs. 1 DS-GVO Erstregelungen durch Kirchen und Religionsgemeinschaften nach dem Stichtag verbieten, obwohl dies nach nationalem Recht eine Kompetenz der Kirche oder Religionsgemeinschaft darstellt, würde das Unionsrecht die Religionsgemeinschaft dazu zwingen, staatliches Recht anzuwenden, obwohl eine eigene Kompetenz besteht und somit in das Kompetenzverhältnis innerhalb des Mitgliedstaates eingreifen und letztendlich den unverletzlichen Status nach Art. 17 AEUV, den die DS-GVO nach Erwägungsgrund 165 zur DS-GVO ausdrücklich schützt, beeinträchtigen.¹⁸⁵

Nach dem aufgezeigten Verständnis der „umfassenden Regelungen“ wäre es damit zulässig, wenn eine Religionsgemeinschaft bislang lediglich eine Regelungsmaterie kodiert hat (etwa Beschäftigtendatenschutz), auch weitere Materien selbstständig zu regeln und weitere bereichsspezifische Regelungen zu erlassen.

¹⁸² *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.13.

¹⁸³ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 28.

¹⁸⁴ *Pauly* in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 28.

¹⁸⁵ So im Ergebnis wohl auch *Preuß*, ZD 2015, 217, 224; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 27.

§ 4 In Einklang mit der Verordnung bringen

Die Formulierung „in Einklang bringen“ lässt sowohl für die Wortlautauslegung als auch für die Zweckinterpretation keine klare Tendenz erkennen. Entsprechend gehen die Interpretationen dieser Anwendungsvoraussetzung, insbesondere wohl aufgrund unterschiedlicher Auslegungen von Art. 17 AEUV, auseinander.

Vielfach wird der Verordnungscharakter betont, mit der Konsequenz, dass der Gestaltungsspielraum der Kirchen für das eigene Datenschutzrecht sich in der Konkretisierung der DS-GVO erschöpft.¹⁸⁶

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt *Herbst*¹⁸⁷, nach dessen Auffassung die Regelungen an die Vorgaben der Verordnung angepasst werden müssen, wobei zwar keine wörtliche Übereinstimmung vorausgesetzt werde, jedoch ein identisches Schutzniveau zwingend sei. Ein Abweichen nach oben oder unten sei aufgrund des Harmonisierungszwecks¹⁸⁸ unzulässig. In der Folge wird die Frage gestellt, weshalb sodann überhaupt eine Sonderregelung zugunsten der Kirchen notwendig war.¹⁸⁹ Das Ergebnis wäre eine „rein formale Sonderrolle ohne jegliche praktische Wirkung“.¹⁹⁰ Ebenfalls moniert wird, worin die „im 165. Erwägungsgrund genannte fehlende Beeinträchtigung der innerkirchlichen Vorschriften liegen soll.“¹⁹¹ Gegen letzteres ist einzuwenden, dass nach Erwägungsgrund 165 die DS-GVO den Status der Kirchen im Sinne des Art. 17 AEUV achtet und nicht beeinträchtigt. Die innerkirchlichen Vorschriften werden nicht erwähnt und sind auch nicht Gegenstand des geschützten Status‘. Einzelsvorschriften sind wie bereits ausgeführt und nach der den insofern eindeutigen Rechtsprechung des EuGH¹⁹² nicht durch Art. 17 AEUV geschützt.

¹⁸⁶ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 25; *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 20; *Gola*, EuZW 2012, 332, 336.

¹⁸⁷ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.15, bei der damit verbundenen Forderung, Schutzlücken seien zu schließen, bleibt unklar, durch wen und nach welchen Vorgaben dies geschehen soll.

¹⁸⁸ *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.15; ein einheitliches Schutzniveau von kirchlichem und öffentlichem Datenschutzrecht als Zweck der Anpassung sehend: *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 20.

¹⁸⁹ *Dammann*, ZD 2016, 307, 311; *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 20.

¹⁹⁰ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 20.

¹⁹¹ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 20.

¹⁹² EuGH v. 17.04.2018, C-414/16 Rn. 59.

Dem gegenüber kann sich nach der Auffassung von *Hense*¹⁹³ der Gestaltungsspielraum nicht in der Konkretisierung der Verordnung erschöpfen. In Einklang bringen müsse eine andere Bedeutung als „völliges Übereinstimmen/Deckungsgleichheit, Entsprechen, Vereinbarkeit, die bloße Konkretisierung o.ä.“ bedeuten.¹⁹⁴ Vielmehr müsse der Rechtsetzer einen Gestaltungsspielraum haben. Darauf ließen auch die strikteren Vorgaben des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO schließen.¹⁹⁵ Die Anpassungspflicht sei demnach dahingehend zu verstehen, dass die Kirchengesetze den „Leitideen und Grundsätze[n] der DSGVO“ folgen und den wertungsmäßigen Schutzstandard der Verordnung einhalten müssen.“¹⁹⁶ Eine normative und strukturelle Koppelung kirchlichen und weltlichen Datenschutzrechts werde durch die Begriffsbestimmungen (wohl auf die unveränderlichen Definitionen des Art. 4 DS-GVO anspielend) erreicht,¹⁹⁷ wobei ein abweichendes Schutzniveau nach oben möglich sei.¹⁹⁸

Voraussetzung für einen weitergehenden Gestaltungsspielraum der Kirchen als den durch die DS-GVO mittels Öffnungsklauseln eröffneten wäre, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Verordnung durch Art. 17 AEUV modifiziert würde. Konsequenz dessen wäre jedoch, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften auf Unionsrechtsebene eine Sonderstellung einnehmen, was jedoch den Zweck des Art. 17 AEUV, das Recht der EU religionsneutral zu gestalten, durch eine Privilegierung und Sonderbehandlung unterlaufen würde. Es ist daher – wie sich auch aus Erwägungsgrund 165 zur DS-GVO ergibt – das „in Einklang bringen“ im Licht des Art. 17 AEUV auszulegen. Die mitgliedstaatliche Kompetenzverteilung wird bewahrt, indem die Kirchen innerhalb der Öffnungsklauseln eigenes Recht setzen dürfen, hierbei jedoch den Vorgaben der DS-GVO folgen und insbesondere das Schutzniveau anpassen müssen. Dabei gilt aufgrund des Verordnungscharakters grundsätzlich eine Pflicht zur Vollharmonisierung. Im Rahmen der Öffnungsklauseln ist das zwangsläufig nicht zu erreichen, so dass sich

¹⁹³ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 20 ff.

¹⁹⁴ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 20.

¹⁹⁵ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 20; *Ziegenhorn/Drossel*, KuR 2016, 230, 231 f., 240 f.

¹⁹⁶ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 21.

¹⁹⁷ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 22.

¹⁹⁸ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 23.

das Schutzniveau und die Möglichkeit eines Abweichens von diesem aus der jeweiligen Öffnungsklausel selbst ergeben muss.¹⁹⁹

Dass Art. 91 Abs. 2 DS-GVO für kircheneigene Datenschutzregelungen eine Aufsicht vorschreibt, die die Bedingungen der staatlichen Aufsichtsbehörden erfüllt, stellt die Kirchen nicht unter eine strengere Aufsicht. Vielmehr kann dies als Ausdruck des weitgehenden Gleichlaufs kirchlichen und weltlichen Datenschutzes verstanden werden mit dem Zugeständnis zugunsten der Kirchen, dass die Aufsichtsbehörde spezieller Art²⁰⁰ sein kann.

§ 5 Zwischenfazit

Art. 91 DS-GVO erlaubt Kirchen, religiösen Vereinigungen und über den Wortlaut hinaus auch Weltanschauungsgemeinschaften die Anwendung eigener datenschutzrechtlicher Regelungen.

Dabei muss es sich um „umfassende“ Regelungen handeln, wobei an dieses Merkmal keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Jedenfalls kann kein Regelungswerk verlangt werden, welches jeden Aspekt des zu regelnden Bereichs abdeckt.

Auch nach Inkrafttreten der DS-GVO verabschiedete Regelungen können grundsätzlich unter Art. 91 DS-GVO fallen. Bestehende Regelungen sind jedoch an die DS-GVO anzupassen. Der missverständliche Wortlaut verbietet ebenfalls weder mögliche Neukodifizierungen noch sonstige Änderungen.

„In Einklang bringen“ meint hierbei, dass die kirchlichen Regelungen an die Vorgaben der DS-GVO, insbesondere der Öffnungsklauseln, anzupassen sind. Eine Sonderstellung in dem Sinne, dass die Regelungen der DS-GVO im Licht des Ethos‘ der jeweiligen Kirche auszulegen sind und die kirchlichen Regelungen aufgrund dessen von den Vorgaben der DS-GVO abweichen dürfen, geht hiermit nicht einher.

¹⁹⁹ *Kühling/Martini* kritisieren insofern, dass die DS-GVO den einer Verordnung innewohnenden Anspruch auf Vollharmonisierung nicht einlöst und eher richtlinienähnliche Vorgaben macht, EuZW 2016, 448, 454.

²⁰⁰ Worin die spezielle Art liegt, wird an späterer Stelle zu klären sein.

Kapitel 2 - Datenschutzaufsicht spezifischer Art

Nachdem die Kirchen vor Inkrafttreten der DS-GVO nicht dem BDSG und somit auch keiner datenschutzrechtlichen Aufsicht unterfielen,²⁰¹ stellt Art. 91 Abs. 2 DS-GVO eine Neuerung dar, wonach nunmehr auch Kirchen und Religionsgemeinschaften, welche nach Art. 91 Abs. 1 DS-GVO eigene Regeln anwenden, sich der Überprüfung einer unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörde unterwerfen müssen. Dabei gilt die Aufsichtspflicht auch, soweit Regelungen der DS-GVO angewendet werden,²⁰² was im Ergebnis zur Einrichtung neuer „Behörden“ führt, die „spezifischer Art“ sein können.

§ 1 Spezifische Art der „Behörde“

Bereits die Rechtsnatur der Aufsichtsbehörden nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO ist ungeklärt. Der Wortlaut der „Behörde“ deutet auf eine öffentlich-rechtliche Einrichtung.²⁰³ Aus dem Normzusammenhang ergebe sich jedoch, dass auch durch die Kirchen selbstverwaltete Aufsichtsbehörden zulässig seien.²⁰⁴

Dass der Begriff Behörde auf eine öffentlich-rechtliche Einrichtung deutet, ist zutreffend. Dies ist jedoch Konsequenz des deutschen mitgliedstaatlichen Verständnisses, welches eine Norm des Unionsrechtsgebers nicht zu determinieren vermag. Allein hieraus können entsprechend keine zwingenden Rückschlüsse über die Natur der Einrichtung gezogen werden.

Als Bezugspunkt für die „spezifische Art“ der Aufsichtsbehörde kann sowohl auf deren rechtliche Konstruktion, die Besetzung sowie Pflichten und Kompetenzen abgestellt werden.²⁰⁵ Entscheidend dürfte sein, dass die Aufsichtsbehörde nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO „die in Kapitel VI niedergelegten Bedingungen erfüll[en muss]“. Besetzung, Pflichten und Kompetenzen der Behörde sind in den

²⁰¹ *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 21; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 91, Rn. 29.

²⁰² *Plath*, in: Plath, DS-GVO, Art. 91, Fußnote zu Rn. 5.

²⁰³ Vgl. *Plath*, in: Plath, DS-GVO, Art. 91, Rn. 6.

²⁰⁴ *Plath*, in: Plath, DS-GVO, Art. 91, Rn. 6.

²⁰⁵ Unterscheidung zwischen einem möglichen organisatorischen oder aufgabenbezogenen Verständnis: *Mundil*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 91 DS-GVO, Rn. 21.

Art. 51-59 DS-GVO vorgegeben, welchen eben auch die Aufsichtsbehörden spezifischer Art genügen müssen. Um ihre Aufgaben und Zweck zu erfüllen, ist deren Einhaltung unerlässlich (hierzu gleich). Solange Zweck und Aufgabe zwingend sind, ist also allein die rechtliche Konstruktion nicht vorgegeben, so dass sich die spezifische Art im Ergebnis hierauf beziehen muss.

Der Begriff der Behörde ist daher in Art. 91 Abs. 2 DS-GVO abweichend von dem deutschen Verständnis zu verstehen. Es genügen damit nicht lediglich öffentlich-rechtliche, also staatliche Einrichtungen den Anforderungen des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO. Die Kirchen können eigenverwaltete Datenschutzaufsichtsbehörden errichten und verwalten,²⁰⁶ solange diese die Bedingungen des Kapitels VI der DS-GVO erfüllen. Das entspricht auch dem Verständnis des deutschen, weltlichen Gesetzgebers, wenn er in § 18 Abs. 1 S. 4 BDSG anordnet, dass die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder die nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO errichteten Aufsichtsbehörden bei den diese betreffenden Angelegenheiten zu beteiligen haben.

§ 2 Anforderungen an die kirchliche Datenschutzaufsichtsbehörde und deren Umsetzung

Entscheidend bei der Errichtung der Aufsichtsbehörden ist die Durchsetzbarkeit der DS-GVO und der hierauf basierenden Regelungen.²⁰⁷ Um einen mit dem staatlichen Schutz gleichwertigen kirchlichen Schutz zu gewährleisten, besteht wohl Einigkeit darüber, dass die in den Art. 51-59 DS-GVO festgelegten Anforderungen an die Datenschutzaufsichtsbehörde unabänderlich auch für die kircheneigene Aufsicht festgeschrieben sind und insoweit kein Spielraum für Kirchen

²⁰⁶ So auch *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91 Rn. 26; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.18; Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 9, Rn. 10; aA *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Teil G Rn. 1372, wonach die Aufsichtsbehörde keinen kirchlichen Weisungen unterliegen dürfe und daher eine Behörde des Staates sein müsse.

²⁰⁷ Vgl. *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 9, Rn. 10.

und Religionsgemeinschaften besteht.²⁰⁸ Nur wenn die kircheneigene Datenschutzaufsichtsbehörde diese Bedingungen erfüllt, vermag sie die öffentliche (staatliche) Aufsichtsbehörde zu verdrängen.²⁰⁹

Die in den Art. 51-59 DS-GVO normierten Anforderungen an die Aufsichtsbehörden gehen davon aus, dass es sich bei diesen um staatliche Einrichtungen handelt. Bei den Anforderungen sind gedanklich daher auch staatliche Strukturen vorausgesetzt, was sich allein durch die vorgesehene Ernennung der Mitglieder primär durch das Parlament, die Regierung oder vom Staatsoberhaupt (Art. 53 Abs. 1 Spiegelstrich 1-3 DS-GVO) oder Nennung von Behörden und öffentlichen Stellen (Art. 83 Abs. 7 DS-GVO) zeigt. Solche Voraussetzungen widersprechen zwar nicht prinzipiell kircheninternen Strukturen. Dennoch ist eine „eins zu eins“-Übertragung nicht durchgehend möglich. Insoweit kann auch von einer Aufsichtsbehörde „spezifischer Art“ gesprochen werden. „Spezifisch“ meint demnach auch eine kirchenspezifische Lesart der Anforderungen an die Aufsichtsbehörde. Andernfalls wäre eine kircheneigene Aufsicht i.S.d. Art. 91 Abs. 2 DS-GVO nicht möglich.

Um die jeweiligen Adressaten der Anforderungen zu identifizieren, sind die Kirchen und Religionsgemeinschaften im Rahmen des Art. 91 DS-GVO bei konsequenter Umsetzung wie ein eigener Mitgliedstaat zu betrachten. Nur so ist es möglich, innerhalb der nicht auf den Grundprinzipien des Art. 2 EUV basierenden jeweiligen kirchlichen Strukturen die analogen Einrichtungen und Organe zu identifizieren.

Im Nachfolgenden sollen die wohl wesentlichen und potentiell mit Art. 17 AEUV und dem Selbstverständnis der EKD und des VDD kollidierenden Bedingungen an die Datenschutzaufsichtsbehörden identifiziert werden und auf die Vereinbarkeit der entsprechenden Regelungen des DSGVO-EKD und des KDG mit diesen eingegangen werden. Eine darüberhinausgehende Analyse würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

²⁰⁸ Vgl nur *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 25; *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn.20; *Wolff*, in: Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, Teil G Rn. 1372.

²⁰⁹ *Plath*, in: Plath, DS-GVO, Art. 91, Rn. 6.

I. Unionsrechtsautonome Auslegung der Anforderungen

Für die Bestimmung der einzelnen Voraussetzungen der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde sowie deren Mitglieder ist der unionsrechtliche Unabhängigkeitsbegriff unionsrechtlich autonom auszulegen. Nationaler Rahmen und Vermutungen von Unabhängigkeit sind demnach nur bedingt und nicht unmittelbar auf die Anforderungen an die Aufsichtsbehörde übertragbar. Die mitgliedstaatliche autonome Auslegung des Begriffs müsste sich aus der Verordnung selbst ergeben. Den Rahmen der nationalen Gestaltungsfreiheit bzgl. der Errichtung, Ausstattung und Mitglieder der Aufsichtsbehörde gibt Art. 54 Abs. 1 i.V.m. Art. 51-53 DSGVO vor.

II. Völlige Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

Die wesentlichste Bedingung an die Aufsichtsbehörde ist die völlige Unabhängigkeit der Behörde. Dieses Erfordernis an eine Aufsichtsbehörde ist ohne Zusatz der „völligen“ Unabhängigkeit seit dem Inkrafttreten der Lissaboner Verträge in Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV primärrechtlich verankert. In dem Hinzufügen oder Weglassen des Zusatzes soll jedoch wohl kein qualitativer Unterschied normiert werden.²¹⁰

1. Grundsätzliche Möglichkeit der kircheninternen Unabhängigkeit

Zunächst fällt die potentielle Problematik der Unabhängigkeit einer Behörde von der Kirche auf, durch welche sie errichtet, verwaltet und besetzt wird. *Hense* bezeichnet dies als potentielle „Anomalie“ innerhalb „[eher monokratischen] Religions- bzw. Kirchenstrukturen.“²¹¹ Dennoch sei eine völlige Unabhängigkeit unter diesen Voraussetzungen rechtlich möglich, ohne dass in „lehrmäßige Kompetenzen oder andere ausschließlich den religiös-professionellen Funktions- oder Amtsträgern vorgehaltene Zuständigkeiten und Befugnisse“ eingegriffen

²¹⁰ So die wohl h.L., vgl. nur *Ehmann/Selmayr*, DSGVO, Art. 52, Rn. 13; *Schneider*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 52, Rn. 6.

²¹¹ *Hense*, in: Sydow, DSGVO, Art. 91, Rn. 26.

werde.²¹² Kircheneigenes Recht kollidiere immer wieder mit staatlichem Recht und müsse in Ausgleich gebracht werden.²¹³

Da die Kirchen sich stets mit weltlichen Vorgaben auseinandersetzen und bei Wahrung der eigenen Identität diesen Anforderungen genügen müssen, bedarf dies der ständigen Überprüfung der eigenen Identität.²¹⁴ Ob aus dieser Anpassungsfähigkeit auch zwangsläufig die Möglichkeit einer eigens eingerichteten, verwalteten und besetzten „Behörde“ resultiert, welche völlig unabhängig von der Kirche agiert, erscheint nicht zwingend. Dass eine Unabhängigkeit unter diesen Voraussetzungen grundsätzlich bestehen kann, zeigt jedoch die durch die hier betrachteten Kirchen eingerichtete jeweilige kircheneigene Gerichtsbarkeit. So sind die Mitglieder der Kirchengerichte im evangelischen Bereich unabhängig und nur an das Gesetz und ihr Gewissen gebunden, § 59 Abs. 1 S. 1 MVG-EKD. Gleiches gilt für die Richter im katholischen Bereich nach § 17 Abs. 1 S. 1 KAGO sowie die Mitglieder der vorgeschalteten Einigungsstelle nach § 42 Abs. 1 S. 1 MAVO, deren Rechtstellung weitgehend derjenigen der Richter entspricht²¹⁵.

Zweifel an der tatsächlichen Durchsetzung der rechtlichen Unabhängigkeit bestehen insoweit nicht. Sie wird insbesondere durch die Anlehnung von § 17 KAGO an § 25 DRiG und damit der mittelbaren Referenz zu Art. 97 Abs. 1 GG und der weltlichen Unabhängigkeit der Richter²¹⁶ betont. Zudem schaffen die Einrichtung und Verwaltung der Gerichte durch die jeweilige Diözese²¹⁷ eine Vergleichbarkeit der Voraussetzungen, unter denen die Gerichte und Aufsichtsbehörden unabhängig ihr Amt ausüben.

Ebenso sind die Mitglieder der paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommissionen nach § 7 Abs. 1 ARRG-EKD bzw. § 14 Abs. 1 S. 2 Rahmen-KODA

²¹² *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 26.

²¹³ *Hense*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 91, Rn. 26.

²¹⁴ Vgl. hierzu und zur beispielhaften aktuellen Diskussion zwischen organisatorischer und personeller Identität diakonischer Einrichtungen, *Hofmann*, Theologische Perspektiven zur Mitarbeit von Menschen ohne Kircheng Zugehörigkeit in Diakonie und Caritas, in: Reichold: Loyalität in Diakonie und Caritas, Berlin 2018.

²¹⁵ *Menges*, in: Eichstätter Kommentar MAVO/KAGO, § 42 MAVO, Rn. 1.

²¹⁶ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar MAVO/KAGO, § 17 KAGO, Rn. 1, Art. 17 KAGO sichert insoweit die sachliche und persönliche Unabhängigkeit als Voraussetzung für das richtige Wirken der Unabhängigkeit, ebd., Rn. 3.

²¹⁷ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar MAVO/KAGO, § 14 KAGO, Rn. 5, 10.

unabhängig und nicht an Weisungen gebunden. Dass die jeweiligen Kirchen, Diözesen und deren Einrichtungen zu jeweils unterschiedlichen Arbeitsvertraglichen Regelungen („AVR“) kommen, ist auch für den evangelischen Bereich ein Indiz für eine funktionierende Unabhängigkeit innerhalb kirchlicher Strukturen. Auch hier bestehen trotz persönlicher Abhängigkeit vom Dienstgeber, wenn auch unter höherem Kündigungsschutz, keine Zweifel an der sachlich unabhängigen Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch die Mitglieder.²¹⁸

2. Funktionale und institutionelle Unabhängigkeit der Behörde

Nach Art. 52 Abs. 2 DS-GVO stehen die Mitglieder der Behörde weder unter direkter noch indirekter Beeinflussung und nehmen ihre Aufgabe weisungsfrei wahr. Hiermit gemeint ist nicht allein die funktionale, sondern auch institutionelle Unabhängigkeit, wodurch sich jede Rechts- und Fachaufsicht verbietet.²¹⁹ Eine parlamentarische Kontrolle ist hierdurch jedoch nicht ausgeschlossen.²²⁰ Mangels innerkirchlicher Parallele zum weltlichen Parlament erscheint eine parlamentarische Kontrolle zunächst ebenfalls ausgeschlossen. Eine Ausnahme zur unbeeinflussten Wahrnehmung der Aufgaben bilden verbindliche Beschlüsse des europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) nach Art. 65 Abs. 1 DS-GVO.²²¹

Institutionelle Unabhängigkeit setzt eine strukturelle Eigenständigkeit sowie eine grundlegende Bestandssicherung der Aufsichtsbehörde voraus.²²² Durch Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV und Art. 8 Abs. 3 GRCh, wonach die Einhaltung der aus Art. 8 Abs. 1, 2 GRCh abgeleiteten Rechte betreffend dem Schutz personenbezo-

²¹⁸ Vgl. *Richardi*, RdA 2017, 1, 7.

²¹⁹ *Körffer*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 52, Rn. 3, verweisend auf EuGH v. 9.3.2010 – C-518/07, Rn. 31 - 37 = NJW 2010, 1265.

²²⁰ *Körffer*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 52, Rn. 3; EuGH v. 9.3.2010 – C-518/07, Rn. 43 - 45 = NJW 2010, 1265.

²²¹ *Körffer*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 52 Rn. 4; auf eine dogmatische Einordnung als „interne Weisung“ oder „Vorgabe eines Koordinationszwangs“, so *Koós*, ZD 2014, 9, 14 und *Kranig*, RDV 2013, 217, 218, wird hier verzichtet.

²²² *Kröger*, in: Kröger/Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der EU, 2016, 4; *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 52 DS-GVO, Rn. 10.

gener Daten von einer unabhängigen Stelle überwacht werden, wird die Bestandsgarantie primärrechtlich abgesichert.²²³ Die strukturelle Eigenständigkeit, insbesondere die behördliche Personalhoheit²²⁴, wird durch die in Art. 52 Abs. 5 DS-GVO geregelte Auswahl des eigenen Personals und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Bereitstellung hinreichender Ressourcen nach Abs. 4 erreicht.

3. Sachliche und persönliche Unabhängigkeit

Eine unabhängige Aufgabenerfüllung wird dadurch gewährleistet, dass die ausführenden Personen sachlich und persönlich unabhängig sind.²²⁵

Persönliche Unabhängigkeit bezieht sich auf den Schutz vor mittelbarer Beeinflussung der Amtsführung durch Beeinträchtigungen des Beschäftigtenstatus'.²²⁶ Besonderen Schutz findet die persönliche Unabhängigkeit in Art. 53 Abs. 4 DS-GVO, indem die Amtsenthebungsgründe auf schwere Verfehlungen oder Wegfall der Voraussetzungen der Wahrnehmung der Aufgaben beschränkt werden.²²⁷ Die entscheidende Frage wird hierbei sein, ob sich die Verfehlungen auf die Amtsausübung beziehen müssen oder auch persönliche Verfehlungen hierunter fallen.

4. Unabhängigkeit trotz zwingender Kirchenmitgliedschaft

Konkret werden diese Bedenken bzgl. der Unabhängigkeit der Beauftragten für den Datenschutz in der dem Wortlaut nach zwingenden Voraussetzung der jeweiligen Kirchenangehörigkeit nach § 39 Abs. 5 S. 2 DSG-EKD bzw. § 42 Abs. 2 S. 2 KDGr. Das könnte zu einer mittelbaren und damit gegen Art. 52 Abs. 2 DS-GVO verstoßenden Beeinflussbarkeit führen.

Im kirchlichen Arbeitsrecht können Verstöße gegen sogenannte Loyalitätsobliegenheiten, etwa durch den Kirchenaustritt, jeweils in Art. 5 der Grundordnung

²²³ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 51 DS-GVO, Rn. 5.

²²⁴ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 52 DS-GVO, Rn. 10.

²²⁵ *Kröger*, in: Kröger/Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der EU, 2016, 5; vgl. auch *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 52 DS-GVO, Rn. 11, 12.

²²⁶ *Kröger*, in: Kröger/Pilniok, Unabhängiges Verwalten in der EU, 2016, 5; *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 52 DS-GVO, Rn. 12.

²²⁷ Vgl. *Schneider*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 53 DS-GVO, Rn. 7.

des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse der katholischen Kirche („GrOkathK“) für den katholischen Bereich und § 5 i.V.m. § 3 EKD-Loyalitätsrichtlinie für den evangelischen Bereich normiert, zur außerordentlichen Kündigung führen. Nach § 39 Abs. 5 S. 2 DSG-EKD bzw. § 42 Abs. 2 S. 2 KDG ist die Kirchenmitgliedschaft jeweils zwingende Voraussetzung für das Amt des Beauftragten für Datenschutz. Demnach würde ein Austritt aus der jeweiligen Kirche zu einer außerordentlichen Amtsenthebung führen. Art. 53 Abs. 4 DS-GVO lässt eine Amtsenthebung bei schweren Verfehlungen zu. Eine solche wird bei Kirchenaustritt nach Art. 4 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) GrOkathK angenommen und ist daher wohl auch im Rahmen des KDG als schwerwiegende Verfehlung einzustufen. Die Kirchenmitgliedschaft stellt damit nicht nur ein Einstellungskriterium dar, sondern der Verlust dieser auch einen potentiellen Kündigungsgrund.

Für die persönliche Unabhängigkeit der Mitglieder der Aufsichtsbehörde ist also der Bezugspunkt für die schweren Verfehlungen in Art. 53 Abs. 4 DS-GVO entscheidend, ob allein die Amtsführung gemeint ist oder ob den Mitgliedstaaten die Gestaltungsfreiheit zusteht, hierunter auch persönliche Verfehlungen zu subsumieren. Der Wortlaut und die Erwägungsgründe²²⁸ bringen hierfür keine Klarheit.

Da die außerordentliche Amtsenthebung einen besonders schweren Eingriff in die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde darstellt, ist diese Voraussetzung nur restriktiv anzuwenden.²²⁹ Grundsätzlich obliegt es nach Art. 54 Abs. 1 lit. f) DS-GVO den Mitgliedstaaten, die Voraussetzungen für die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses festzulegen, was dahingehend auszulegen ist, dass hiervon

²²⁸ Einschlägig ist hier Erwägungsgrund 121 zur DS-GVO: „¹Die allgemeinen Anforderungen an das Mitglied oder die Mitglieder der Aufsichtsbehörde sollten durch Rechtsvorschriften von jedem Mitgliedstaat geregelt werden und insbesondere vorsehen, dass diese Mitglieder im Wege eines transparenten Verfahrens entweder – auf Vorschlag der Regierung, eines Mitglieds der Regierung, des Parlaments oder einer Parlamentskammer – vom Parlament, der Regierung oder dem Staatsoberhaupt des Mitgliedstaats oder von einer unabhängigen Stelle ernannt werden, die nach dem Recht des Mitgliedstaats mit der Ernennung betraut wird. ²Um die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde zu gewährleisten, sollten ihre Mitglieder ihr Amt integer ausüben, von allen mit den Aufgaben ihres Amtes nicht zu vereinbarenden Handlungen absehen und während ihrer Amtszeit keine andere mit ihrem Amt nicht zu vereinbarende entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit ausüben. ³Die Aufsichtsbehörde sollte über eigenes Personal verfügen, das sie selbst oder eine nach dem Recht des Mitgliedstaats eingerichtete unabhängige Stelle auswählt und das ausschließlich der Leitung des Mitglieds oder der Mitglieder der Aufsichtsbehörde unterstehen sollte.“

²²⁹ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 9.

auch die Beendigung der Mitgliedschaft und somit auch die Amtsenthebung umfasst ist. Hierbei besteht ein entsprechend begrenzter Gestaltungsspielraum.²³⁰ In der Literatur geht das Verständnis der Verordnung wohl dahin, dass sowohl im Rahmen der Festlegung der Anforderungen an Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde nach Art. 53 Abs. 2 DS-GVO²³¹, der Amtsenthebung nach Abs. 4²³² und damit wohl konsequent auch in der Gestaltung entsprechender nationaler Vorschriften nach Art. 54 Abs. 1 lit. f) DS-GVO allein fachliches Verhalten und Qualifikationen gemeint sind. Entsprechend könnten nur schwere Verfehlungen im Amt eine Amtsenthebung begründen.²³³ Damit wäre eine außerordentliche Amtsenthebung aufgrund persönlicher Verfehlungen ausgeschlossen.

Weiter könnte der Zweck der Aufsichtsbehörden gegen eine Ausweitung der Loyalitätsobliegenheiten auf deren Mitglieder sprechen. Danach soll eine mit den staatlichen Aufsichtsbehörden gleichwertige Kontrolle gewährleistet werden. Das müsste folglich auch dann der Fall sein, wenn eine der vier Säulen der hierfür entscheidenden Unabhängigkeit (institutionelle, funktionale, sachliche und persönliche Unabhängigkeit) – vorliegend die persönliche –, durch die Geltung von Loyalitätsobliegenheiten der Aufsichtsbehördenmitglieder potentiell beeinträchtigt ist. Die bereits vertraut (und philosophisch an-)klingende Kernfrage für die Einforderungsmöglichkeit von Loyalitätsobliegenheiten von Aufsichtsbehördenmitgliedern ist mit der Frage identifiziert, ob eine unabhängige Kontrolle des kirchlichen Datenschutzes gewährleistet werden kann, wenn eine Verpflichtung zur Loyalität gegenüber der Kirche besteht.

Davon ausgehend, dass Kirchen im Bereich des Datenschutzrechts wie ein Mitgliedstaat zu behandeln sind, stellt die Anforderung, sich loyal zu verhalten, die analoge Forderung der Verfassungstreue dar. Die Kirchenmitgliedschaft wäre die analoge Voraussetzung zur Staatsangehörigkeit. Wie auch bei dem Bekenntnis zur Verfassungstreue kann den Mitgliedstaaten wohl nicht verwehrt werden, die eigene Staatsangehörigkeit zur Ernennungsvoraussetzung zu machen.²³⁴ Konsequenz dessen kann nur sein, dass auch der Verlust der Staatsangehörigkeit grundsätzlich zum Verlust des Amtes führen kann. Damit wird der Gestaltungsspielraum

²³⁰ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 9.

²³¹ *Körffer*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 53, Rn. 3.

²³² *Schneider* sieht als mögliche Verfehlungen i.S.d. Art. 53 Abs. 4 DS-GVO nur solche „im Amt“, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 53 DS-GVO, Rn. 9,

²³³ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 9.

²³⁴ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 6.

der Mitgliedstaaten bzw. Kirchen trotz restriktiv²³⁵ auszulegender Amtsenthebungsvoraussetzungen nicht überdehnt. Entsprechend kann auch die Einhaltung der Grundprinzipien der jeweiligen Kirche, die sich in der Einhaltung der Loyalitätsobliegenheiten widerspiegeln, sowie die Kirchenmitgliedschaft von den Mitgliedern der Aufsichtsbehörden verlangt werden. Sodann kann die potentielle Amtsenthebung aufgrund eines Kirchenaustritts auch keinen Verstoß gegen Art. 52 Abs. 2 S. 2 DS-GVO darstellen.

5. Sonstige Voraussetzungen der Unabhängigkeit

Das auf zwei Urteilen des EuGH²³⁶ zurückgehende Verständnis der DS-GVO von Unabhängigkeit²³⁷ wird durch die Abs. 3-6 des Art. 52 DS-GVO weiter definiert.

Demnach dürfen die Mitglieder keinen mit ihrer Funktion unvereinbaren weiteren entgeltlichen oder unentgeltlichen Tätigkeiten nachgehen (Abs. 3). Damit ausgeschlossen ist wohl jede Tätigkeit in Abhängigkeit der jeweiligen Kirche oder ihrer Einrichtungen.

Die Behörde muss eine ausreichende personelle, technische, finanzielle und räumliche Ausstattung und Infrastruktur erhalten (Abs. 4), wobei diese nunmehr eben nicht durch den Staat, sondern durch die jeweilige Kirche oder Religionsgemeinschaft zu garantieren ist.

Des Weiteren muss sichergestellt sein, dass die Aufsichtsbehörde die Personalhoheit für ihr eigenes Personal innehat und dieses allein der Leitung der betreffenden Behörde untersteht (Abs. 5).

Zuletzt muss die Aufsichtsbehörde einer Finanzkontrolle unterliegen, durch welche die Unabhängigkeit jedoch nicht beeinträchtigt werden darf (Abs. 6).

²³⁵ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 9.

²³⁶ EuGH v. 16.10.2012 – C-614/10 = ZD 2012, 563 und EuGH v. 9.3.2010 – C-518/07 = NJW 2010, 1265.

²³⁷ *Körffler*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 52, Rn. 1.

6. Umsetzung der Art. 52 Abs. 3-6 DS-GVO durch die Kirchen

Um den Unabhängigkeitsanforderungen zu genügen, müssen die Kirchen den Aufsichtsbehörden eine dem Vorbild der Art. 51, 52 DS-GVO entsprechende institutionelle Unabhängigkeit garantieren, sowie die sachliche und persönliche Unabhängigkeit der (leitenden) Mitglieder sicherstellen.

a. Umsetzung durch die EKD

Leiter der nach § 39 DSGVO-EKD zu errichtenden Aufsichtsbehörde für Datenschutz (Aufsichtsbehörden, § 39 Abs. 1 S. 1 DSGVO-EKD) sind die Beauftragten für den Datenschutz. Für die Evangelische Kirche in Deutschland (EKD) ernennt nach § 39 Abs. 2 DSGVO-EKD der Rat²³⁸ der Evangelischen Kirche in Deutschland den Datenschutzbeauftragten.

Die EKD normiert die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde in § 40 Abs. 1 DSGVO-EKD und nimmt die weiteren Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 3-6 DS-GVO in den §§ 39 ff. DSGVO-EKD mit einem von der Struktur der DS-GVO abweichendem Aufbau im Wesentlichen auf:

Das Verbot sonstiger, nicht mit der Funktion vereinbarer Tätigkeiten wird in § 39 Abs. 4 S. 5 DSGVO-EKD aufgenommen, wonach sonstige Tätigkeiten²³⁹ nur zulässig sind, „soweit dadurch das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht gefährdet wird und sie genehmigt sind.“ Da die Unabhängigkeit entscheidend für die Vereinbarkeit einer Tätigkeit mit dem Amt ist und eine Genehmigung²⁴⁰ über die Anforderung der unionsrechtlichen Norm sogar hinaus geht, genügt die Umsetzung der Anforderung des Art. 52 Abs. 3 DS-GVO.

²³⁸ Aufgrund der unterschiedlichen Systeme der einzelnen Gliedkirchen soll hier nur von dem System der EKD mit dem Rat als kirchenrechtsausübendes Organ ausgegangen werden.

²³⁹ In § 39 Abs. 4 S. 5 DSGVO-EKD als „Nebentätigkeiten“ bezeichnet, nachdem in S. 4 normiert ist, dass das Amt hauptamtlich auszuüben ist.

²⁴⁰ Nicht weiter bestimmt ist, wer die Genehmigung erteilt und nach welchem Maßstab sich die Erteilung der Genehmigung bemisst. Da die Datenschutzaufsicht jedoch völlig unabhängig agiert, kann die Genehmigung allein von der Leitung der Datenschutzaufsicht erteilt werden. Die Genehmigung ist dann zu erteilen, wenn die Nebentätigkeit die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mitglieds nicht gefährdet.

Darüber hinaus werden den Aufsichtsbehörden in § 42 Abs. 1 S. 2 DSGVO die finanziellen Mittel garantiert, die sie zur effektiven Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse benötigen. Nicht weiter normiert ist die in Art. 52 Abs. 4 DSGVO festgeschriebene personelle, technische und räumliche Ausstattung. Da der Maßstab für die in § 42 Abs. 1 DSGVO gemachten Zusagen die „effektive“ Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse ist, könnte dies den Anforderungen des Art. 52 Abs. 4 DSGVO genügen. Freilich wird hierdurch die Verantwortung der konkreten Ausgestaltung der Behörde, wie etwa Anzahl der zu besetzenden Stellen, Festlegung der benötigten technischen Ausstattung sowie Organisation der Räumlichkeiten den Aufsichtsbehörden übertragen, wobei der Wortlaut des Art. 52 Abs. 4 DSGVO hier doch eine Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates nahelegt. Dass der Aufsichtsbehörde völlige Freiheit bei der Festlegung der personellen, technischen und räumlichen Ausstattung unter gleichzeitiger Zusage der hierfür notwendigen finanziellen Mittel übertragen wird, ist mit Blick auf das Ziel einer effektiven und unabhängigen Datenschutzaufsicht zu begrüßen und sollte keine unionsrechtlichen Bedenken auslösen.

Die in Art. 52 Abs. 5 DSGVO für die Aufsichtsbehörden geforderte Personalhoheit ist in § 42 Abs. 2 DSGVO festgeschrieben.

Nicht ausdrücklich kirchengesetzlich normiert ist die in Art. 52 Abs. 6 DSGVO vorgesehene Finanzkontrolle. § 42 Abs. 1 S. 2 DSGVO schreibt lediglich vor, dass die Finanzmittel „in einem eigenen Haushaltsplan oder als Teil eines Gesamthaushaltes gesondert auszuweisen und zu verwalten“ sind. Da Art. 52 Abs. 6 DSGVO jedoch zwischen einem eigenen Haushaltsplan²⁴¹ und der Finanzkontrolle dem Wortlaut nach („und“) unterscheidet, genügt der Haushaltsplan alleine zunächst nicht den unionsrechtlichen Anforderungen. Eine teleologische Betrachtung kann zu einem anderen Ergebnis kommen. Erwägungsgrund 118 zur DSGVO²⁴² legt jedoch nahe, dass Finanzkontrolle im Wesentlichen die gerichtliche Kontrolle der Ausgaben meint, was einem Schutz der Mitgliedstaaten

²⁴¹ Nach Erwägungsgrund 120 S. 2 zur DSGVO („Jede Aufsichtsbehörde sollte über einen eigenen, öffentlichen, jährlichen Haushaltsplan verfügen, der Teil des gesamten Staatshaushalts oder nationalen Haushalts sein kann.“) genügt es, wenn der Haushaltsplan Teil des Gesamthaushaltsplans des Staates bzw. analog im kirchlichen Bereich der Kirche ist.

²⁴² „Die Tatsache, dass die Aufsichtsbehörden unabhängig sind, sollte nicht bedeuten, dass sie hinsichtlich ihrer Ausgaben keinem Kontroll- oder Überwachungsmechanismus unterworfen werden bzw. sie keiner gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden können.“

gegenüber den Aufsichtsbehörden gleichkommt. Mangels gegenteiliger Normierung unterliegen die Ausgaben der Aufsichtsbehörden der gerichtlichen Kontrolle mit dem Maßstab der effektiven Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse. Mithin wird wohl die Nichtnormierung eines Ausschlusses einer gerichtlichen Kontrolle der Finanzen den Anforderungen einer Finanzkontrolle genügen.

b. Umsetzung durch den VDD

Im Bereich des VDD dagegen bestellt nach § 42 Abs. 1 S. 1 KDG der Diözesanbischof einen Diözesandatenschutzbeauftragten als Leiter der Datenschutzaufsicht. Konsequenz ist die Bezeichnung der Einrichtung nicht als „Behörde“.

Der VDD setzt in § 43 KDG die Unabhängigkeitsanforderungen der DS-GVO umfassend um:

So normiert Abs. 1 S. 1, 2 die sachliche und Satz 3 die funktionale Unabhängigkeit des Diözesandatenschutzbeauftragten. Nach Satz 3 darf die Dienstaufsicht die Unabhängigkeit nicht beeinträchtigen. Dabei kann allein das Bestehen einer Dienstaufsicht bereits die Unabhängigkeit gefährden. Um das zu vermeiden, darf der Dienstaufsicht allein die Möglichkeit der Art. 53 Abs. 4 DS-GVO entsprechenden außerordentlichen Amtsenthebung aufgrund einer schweren Verfehlung zustehen.

Auch das Verbot von Tätigkeiten, die mit der Ausübung des Amtes als Diözesandatenschutzbeauftragter nicht vereinbar sind, wurde in Abs. 2 S. 2 des § 43 KDG nahezu wortgleich mit Art. 52 Abs. 3 DS-GVO normiert. Dies gilt nach § 43 Abs. 5 S. 3 KDG auch für die Mitglieder der Datenschutzaufsicht.

Die angemessene Personal- und Sachausstattung wird in § 43 Abs. 3 KDG garantiert, ohne den Inhalt der Sachausstattung näher zu definieren. Da § 43 KDG weitestgehend die Struktur des Art. 52 DS-GVO übernimmt und davon auszugehen ist, dass die unionsrechtlichen Anforderungen umgesetzt werden sollen, kann die angemessene Sachausstattung nur als Sammelbegriff für die in Art. 52 Abs. 4

DS-GVO geforderte technische, finanzielle, räumliche und infrastrukturelle Ausstattung verstanden werden. Die Personalhoheit wird mit weiteren Konkretisierungen der Ausgestaltung²⁴³ in Abs. 5 festgeschrieben.

Der von Art. 52 Abs. 6 DS-GVO geforderte Haushaltsplan sowie die zusätzliche Finanzkontrolle werden von § 43 Abs. 4 S. 2 durch einen gesondert auszuweisenden und zu veröffentlichenden Haushaltsplan und in § 43 Abs. 4 S. 3 durch eine die Unabhängigkeit nicht beeinträchtigende Rechnungsprüfung normiert.

III. Mitglieder der Datenschutzaufsichtsbehörde

1. Ernennung der Mitglieder

Die Mitglieder der Behörde werden nach Art. 53 Abs. 1 DS-GVO vom Parlament, der Regierung, vom Staatsoberhaupt oder einer unabhängigen Stelle benannt. Hierdurch soll die personelle Legitimation und im Zusammenspiel mit Art. 54 Abs. 1 lit. c) DS-GVO die Transparenz des Ernennungsverfahrens gesichert werden.²⁴⁴ Da die Liste der Ernennungsorgane abschließend ist²⁴⁵, die Kirchen jedoch nicht über solch betitelte Organe verfügen, stellt sich die Frage, ob es den Anforderungen von Art. 53 Abs. 1 DS-GVO genügt, wenn die Ernennung durch vergleichbare Organe der Kirchen durchgeführt wird oder ob die Einrichtung einer unabhängigen Stelle i.S.d Art. 53 Abs. 1 4. Spiegelstrich DS-GVO notwendig ist, welche die Mitglieder dann benennt.

Nicht nur durch die Öffnung der eigenen Datenschutzaufsicht für die Kirchen können sich hieraus Probleme ergeben. Innerhalb der Union haben verschiedene Mitgliedstaaten unterschiedliche Staatssysteme, deren Organe jeweils über eine abweichende Legitimationsgrundlage verfügen. Insbesondere in den monarchi-

²⁴³ So unterstehen die Mitglieder der Datenschutzaufsicht der Dienst- und Fachaufsicht des Leiters der Einrichtung, wobei von einer ausschließlichen Aufsicht ausgegangen werden kann. Zudem können die Mitglieder der Datenschutzaufsicht nur mit dem Einverständnis des Diözesandatenschutzbeauftragten von der kirchlichen Stelle gekündigt, versetzt oder abgeordnet werden. Dabei muss das Einverständnis eine aktive Zustimmung darstellen und kein bloßes Veto-Recht, um den umfassenden Anforderungen an die Personalhoheit zu genügen.

²⁴⁴ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 4.

²⁴⁵ *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 4.

schen Mitgliedstaaten verfügt das Staatsoberhaupt über keine demokratische Legitimationsgrundlage. Da sich die Ausgestaltung der Vorschriften und des Verfahrens der Ernennung nach Art. 54 Abs. 1 lit. c) DS-GVO nach dem Recht der Mitgliedstaaten richtet, scheidet die demokratische Legitimation als Gemeinsamkeit der genannten Organe aus. Aus unionsrechtlicher Sicht kann somit auch kein Mindestmaß an demokratischer Legitimation des Ernennenden Organs gefordert werden. In Deutschland ist eine solche aufgrund des Grundgesetzes und der Begrenzung auf die genannten Organe zwangsläufig vorgegeben.²⁴⁶

Dementsprechend ist für die Unionsrechtskonformität der Ernennung durch den Diözesanbischof bzw. den Rat der EKD deren demokratische Legitimation nicht entscheidend, solange sie die analoge Stellung zu den in Art. 53 Abs. 1 DS-GVO genannten Organen innehaben.

Da die Synode der EKD und der Diözesanbischof für die kirchenrechtliche Gesetzgebung zuständig sind, kommt diesen zumindest eine dem Parlament als Gesetzgebungsorgan gleichbedeutende Rolle zu, so dass sie unabhängig von weiteren Funktionen den in Art. 53 Abs. 1 DS-GVO genannten Organen entsprechen.

2. Qualifikation der Mitglieder der Aufsichtsbehörde

Mit den Anforderungen an die Mitglieder der Aufsichtsbehörde, die über die „erforderliche Qualifikation, Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen“ müssen, Art. 53 Abs. 2 DS-GVO, bleibt die Verordnung sehr allgemein und überlässt die nähere Bestimmung der Anforderungen an die Mitglieder der Aufsichtsbehörde nach Art. 54 Abs. 1 lit. b) DS-GVO den Mitgliedstaaten. Den Mitgliedstaaten steht also ein entsprechender Gestaltungsspielraum zu, wobei jedoch sicherzustellen ist, dass die Unabhängigkeitsanforderungen des Art. 52 DS-GVO nicht unterlaufen werden.²⁴⁷

²⁴⁶ *Körffer*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 53, Rn. 2, der hierin eine Begrenzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums durch das Grundgesetz sieht.

²⁴⁷ *Selmayr*, in: Ehmman/Selmayr, DS-GVO, Art. 53, Rn. 9 f.; *Schneider*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 53 DS-GVO, Rn. 6.

3. Umsetzung durch die Kirchen

a. Umsetzung durch die EKD

Für den evangelischen Bereich wird nach § 39 Abs. 2 DSG-EKD die Aufsichtsbehörde durch den Rat der Evangelischen Kirche Deutschland für ihren Bereich errichtet und ein Beauftragter, der die Aufsichtsbehörde nach Abs. 1 leitet, bestellt. Für die Gliedkirchen oder die Zusammenschlüsse sind nach Abs. 3 jeweils Aufsichtsbehörden zu errichten, soweit sie nicht die Aufgaben an die Aufsichtsbehörde der EKD übertragen.

§ 39 Abs. 5 DSG-EKD schreibt nach Satz 2 zwingend die Befähigung zum Richteramt oder höheren Dienst²⁴⁸ sowie nach Satz 1 die erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit als Voraussetzung für die Ernennung zum Beauftragten für den Datenschutz vor.

b. Umsetzung durch den VDD

Die Bestellung durch den Diözesanbischof entspricht der Bestellung durch das Parlament im Sinne der rechtsetzenden Institution und genügt somit der Anforderung des Art. 53 Abs. 1 DS-GVO. Der jeweilige Diözesanbischof ist als Ordinarius der jeweiligen Diözese deren Gesetzgeber.²⁴⁹ Auf die demokratische Legitimation des Diözesanbischofs, dessen Ernennung - anders das Parlament, die Regierung oder das Staatsoberhaupt unter dem Grundgesetz - nicht auf eine demokratische Wahl des Volkes zurückzuführen ist, kommt es insoweit nicht an.

Im katholischen Bereich soll der Diözesandatenschutzbeauftragte die Befähigung zum Richteramt haben. Alternative Qualifikationen werden nicht genannt, so dass

²⁴⁸ Für den höheren Dienst im evangelischen Bereich qualifiziert nach § 8 Laufbahnverordnung (LBVO.EKD) die Voraussetzungen von § 21 der Bundeslaufbahnverordnung (BLV) oder das Zweite Theologische Examen nach gliedkirchlichen Vorschriften. § 21 BLV schreibt für den höheren Dienst nach der Befähigung zum Richteramt für den nichttechnischen Verwaltungsdienst (Abs. 2) eine „inhaltlich den Anforderungen eines fachspezifischen Vorbereitungsdienstes entsprechende Ausbildung“ oder „einen an einer Hochschule erworbenen Master oder einen gleichwertigen Abschluss, der zusammen mit einer hauptberuflichen Tätigkeit von mindestens zwei Jahren und sechs Monaten geeignet ist, die Befähigung für die entsprechende Laufbahn zu vermitteln“ vor.

²⁴⁹ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar MAVO/KAGO, § 14 KAGO, Rn. 13.

dem Wortlaut nach keine zwingende Mindestqualifikation notwendig ist. Da auch die DS-GVO selbst keine Mindestanforderungen vorgibt, genügt zur Erfüllung der Vorgaben die in § 42 Abs. 2 S. 1 KDG vorausgesetzte erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit. Zudem unterscheidet das KDG zwischen dem Leiter der Datenschutzaufsicht und den Mitgliedern dieser.

In der Selbstdarstellung der (Erz-)Bistümer Hamburg, Hildesheim, Osnabrück und des Bischöflich Münsterschen Offizialats in Vechta i.O. dagegen werden die Befähigung zum Richteramt, die erforderliche Sachkunde und persönliche Zuverlässigkeit als Voraussetzung für den Diözesandatenschutzbeauftragten genannt.²⁵⁰ Gewiss kann hieraus keine verbindliche Auslegung der Qualifikationsanforderungen abgeleitet werden. Dennoch ergibt sich aus der öffentlichen Selbstdarstellung ein Indiz für die Auslegung und Umsetzung der Anforderungen in der kirchlichen Praxis.

IV. Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsicht

Die DS-GVO enthält in Kapitel 6 eine Aufreihung von Aufgaben und Befugnissen, welche den Datenschutzaufsichtsbehörden zukommen und die diese innehaben. Die Kirchengesetze beinhalten dagegen eigene Aufzählung der Aufgaben und Befugnisse, welche nachfolgend im Wesentlichen dargestellt und an den Regelungen der DS-GVO gemessen werden sollen.

²⁵⁰ Vgl. hierzu <https://www.datenschutz-kirche.de/aufsichtsbehörde>, zuletzt aufgerufen am 26.1.2020. Demnach haben alle deutschen Bischöfe von der Möglichkeit des Diözesandatenschutzbeauftragten für mehrere Diözesen gleichzeitig Gebrauch gemacht. Aktuell gibt es „insgesamt fünf Aufsichtsstellen, die für den norddeutschen Bereich (Erzbistum Hamburg, Bistümer Hildesheim und Osnabrück und das Offizialat Vechta), den ostdeutschen Bereich, den mittel- und südwestdeutschen Bereich sowie für kirchliche Einrichtungen in Nordrhein-Westfalen und Bayern zuständig sind“, ebd.

1. Aufgaben

Die Aufgabe der Aufsichtsbehörden sind in Art. 57 Abs. 1 lit. a) – v) DS-GVO detailliert, jedoch nicht abschließend,²⁵¹ dargelegt.²⁵² Wesentlichste Aufgabe ist dabei die Überwachung der Anwendung der Verordnung sowie deren Durchsetzung nach Art. 57 Abs. 1 lit. a) DS-GVO.

a. Aufgaben nach dem KDG

Für den katholischen Bereich werden die Aufgaben der Aufsichtsbehörde in § 44 Abs. 1, 3 und 6 KDG festgelegt. Danach „wacht [die Datenschutzaufsicht] über die Einhaltung der Vorschriften dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz“, § 44 Abs. 1 KDG. Damit ist dem Wortlaut nach auch die DS-GVO umfasst, die wie oben dargelegt auch im kirchlichen Bereich grundsätzlich unmittelbar Anwendung findet. Nicht ausdrücklich genannt als Aufgabe der Datenschutzaufsicht ist die Durchsetzung der DS-GVO sowie der kirchlichen Datenschutzregelungen. Dennoch entspricht dies wohl dem Verständnis des KDG. So ist ebenfalls Aufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörde nach § 44 Abs. 3 lit. f) KDG durch Zusammenarbeit, Informationsaustausch und Amtshilfe „die einheitliche Anwendung Durchsetzung dieses Gesetzes zu gewährleisten“. Andernfalls würden die Sanktionsmöglichkeiten nach §§ 47, 51 KDG (hierzu sogleich) leerlaufen. § 44 Abs. 3 lit. f) KDG spricht wiederum von der Durchsetzung „dieses Gesetzes“, also des KDG. Dem Wortlaut nach umfasst dies nicht die Bestimmungen der DS-GVO. Systematisch ist bei der Auslegung dessen § 47 KDG heranzuziehen, wonach die Beanstandungspflicht auch bei Verstößen gegen „andere Datenschutzbestimmungen“ (Abs. 1), und damit auch gegen die DS-GVO, greift.

Weitere Aufgaben werden insbesondere in § 44 Abs. 3 lit. a) – h) festgelegt, die abgesehen von redaktionellen Abweichungen²⁵³ die in Art. 57 Abs. 1 lit. b) –

²⁵¹ Hinzu kommen weitere in der DS-GVO genannte Aufgaben, etwa der Tätigkeitsbericht nach Art. 59 DS-GVO. Deutlich wird dies durch die Auffangnorm des Abs. 1 lit. v). Auch können Mitgliedstaatliche Vorschriften weitere Aufgaben für die Aufsichtsbehörde vorsehen, *Eichler*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 57 DS-GVO, Rn. 1.

²⁵² *Eichler*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 57 DS-GVO, Rn. 1.

²⁵³ Etwa „Minderjähriger“ statt „Kinder“ in lit. a).

i) DS-GVO normierten, jedoch nicht abschließenden²⁵⁴ Aufgaben abbilden. Sonstige Aufgaben, die in Art. 57 Abs. 1 DS-GVO, jedoch nicht in § 44 Abs. 3 KDG genannt werden, können wohl unter die mit dem bloßen „Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten“ sehr weit formulierte Auffangnorm des § 44 Abs. 3 lit. 1) KDG subsumiert werden,

b. Aufgaben nach dem DSG-EKD

Für den evangelischen Bereich werden die Aufgaben der Aufsichtsbehörde primär in § 43 DSG-EKD festgelegt. Demnach haben die Aufsichtsbehörden nach Abs. 1 „insbesondere die einheitliche Anwendung und Durchsetzung des kirchlichen Datenschutzrechtes in ihrem Zuständigkeitsbereich zu überwachen und sicherzustellen.“ Im Gegensatz zum KDG nennt das DSG-EKD auch die Durchsetzung ausdrücklich als Aufgabe der Aufsichtsbehörden. Offen lässt der Wortlaut jedoch, ob auch die Überwachung und Durchsetzung der Bestimmungen der DS-GVO vom „kirchlichen Datenschutzrecht“ umfasst sind. Nach hier vertretener Auffassung umfasst der kirchliche Datenschutz nicht allein die Kirchengesetze, sondern auch die DS-GVO mit den sodann ergänzenden kirchenrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der Öffnungsklauseln. Hinsichtlich der Befugnisse spricht das DSG-EKD in § 44 Abs. 2 von „Verstößen gegen die Datenschutzbestimmungen oder sonstige[n] Mängel[n] bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“, was nahelegt, dass auch die Vorschriften der DS-GVO umfasst sind. Insofern könnte der „kirchliche Datenschutz“ mehr als Zuständigkeitsbeschreibung ausgelegt werden und eben nicht als Beschränkung auf die Regeln des DSG-EKD. Andernfalls hätte auch die Formulierung „zur Anwendung und Durchsetzung *dieses* Kirchengesetzes“, wie es etwa in § 44 Abs. 1 KDG der Fall ist, gewählt werden können. Es ist daher davon auszugehen, dass § 43 Abs. 1 DSG-EKD sowohl das Kirchengesetz als auch alle weiteren einschlägigen Rechtsvorschriften, insbesondere die DS-GVO, umfasst.

²⁵⁴ Eichler, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 57 DS-GVO, Rn. 4, verweisend auf die Auffangklausel in lit. v).

Die Abs. 2- 9 von § 43 DSGVO-EKD umfassen nur einen Teil der in Art. 57 Abs. 1 DSGVO normierten Aufgaben. Insbesondere fehlt es an einer Auffangklausel²⁵⁵, wie sie in Art. 57 Abs. 1 lit. v) DSGVO steht. Insoweit genügt das DSGVO-EKD nicht den Anforderungen der DSGVO.

2. Befugnisse

Ein Hauptanliegen der Datenschutzreform lag in der einheitlichen Überwachung und Durchsetzung der DSGVO.²⁵⁶ Die einheitliche Ausgestaltung der Befugnisse sowie deren Wahrnehmung sind daher essentiell. Insgesamt bestehen 26 einzelne Untersuchungs-, Abhilfe-, und Genehmigungsbefugnisse,²⁵⁷ die entsprechend in den Absätzen 1-3 des Art. 58 DSGVO kategorisiert sind.

Mit der Wahrnehmung dieser Befugnisse, etwa dem Zugang zu personenbezogenen Daten (Art. 58 Abs. 1 lit. e) DSGVO) oder dem Zutritt zu Geschäftsräumen (Art. 58 Abs. 1 lit. f) DSGVO), könnten Beeinträchtigungen des selbst verwalteten Bereichs einhergehen.²⁵⁸ Dem wird zunächst durch die spezifische Art

²⁵⁵ Eichler, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 57 DSGVO, Rn. 40.

²⁵⁶ Eichler, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 58 DSGVO, Rn. 1; Dietrich, ZD 2016, 260, 263; vgl. auch Erwägungsgrund 13, insbesondere Satz 1: „Damit in der Union ein gleichmäßiges Datenschutzniveau für natürliche Personen gewährleistet ist und Unterschiede, die den freien Verkehr personenbezogener Daten im Binnenmarkt behindern könnten, beseitigt werden, ist eine Verordnung erforderlich, die für die Wirtschaftsteilnehmer einschließlich Kleinunternehmen sowie kleiner und mittlerer Unternehmen Rechtssicherheit und Transparenz schafft, natürliche Personen in allen Mitgliedstaaten mit demselben Niveau an durchsetzbaren Rechten ausstattet, dieselben Pflichten und Zuständigkeiten für die Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter vorsieht und eine gleichmäßige Kontrolle der Verarbeitung personenbezogener Daten und gleichwertige Sanktionen in allen Mitgliedstaaten sowie eine wirksame Zusammenarbeit zwischen den Aufsichtsbehörden der einzelnen Mitgliedstaaten gewährleistet. Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erfordert, dass der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union nicht aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eingeschränkt oder verboten wird. Um der besonderen Situation der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen Rechnung zu tragen, enthält diese Verordnung eine abweichende Regelung hinsichtlich des Führens eines Verzeichnisses für Einrichtungen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen. Außerdem werden die Organe und Einrichtungen der Union sowie die Mitgliedstaaten und deren Aufsichtsbehörden dazu angehalten, bei der Anwendung dieser Verordnung die besonderen Bedürfnisse von Kleinunternehmen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen zu berücksichtigen. Für die Definition des Begriffs „Kleinunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen“ sollte Artikel 2 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG der Kommission¹ maßgebend sein.“

²⁵⁷ Dietrich, ZD 2016, 260, 263.

²⁵⁸ Diese grundsätzliche Gefahr sieht Herbst, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 91, Rn. 17.

der Aufsichtsbehörde als kircheneigene Behörde Rechnung getragen.²⁵⁹ Hierdurch stellt die Ausübung der Befugnisse keine staatliche Maßnahme dar, da die Behörde formal der jeweiligen Kirche zuzuordnen ist. Entsprechend scheidet bereits hier ein staatlicher Eingriff aufgrund der Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden aus.²⁶⁰

a. Befugnisse nach dem DSG-EKD

Für die evangelische Aufsichtsbehörde nimmt § 44 DSG-EKD in den Absätzen 1-3 eine in Teilen ähnliche Aufteilung wie Art. 58 DS-GVO vor. In Absatz 1 werden der Aufsichtsbehörde die Untersuchungsbefugnisse eingeräumt. Hierbei wird auf eine Aufzählung nach dem Vorbild des Art. 58 Abs. 1 DS-GVO verzichtet. Dennoch werden alle dort aufgezählten Befugnisse durch die abstrakt gehaltenen Aufzählungen umfasst. Gewährt werden insbesondere der Zugang zu den Daten (Art. 58 Abs. 1 lit. e) DS-GVO) in Satz 2 sowie der Zutritt zu Geschäftsräumen (Art. 58 Abs. 1 lit. f) DS-GVO) und die Überprüfungsmöglichkeiten in Satz 3. Insgesamt wird damit der Zweck der Untersuchungsbefugnisse, die Ausstattung der Aufsichtsbehörden mit den notwendigen Befugnissen, sich die für ihre Aufgabenwahrnehmung notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Informationen über die Datenverarbeitung durch Verantwortliche und Auftragsverarbeiter zu beschaffen,²⁶¹ erreicht.

Indem das DSG-EKD in § 44 Abs. 1 S. 4 die zu den Abhilfebefugnissen gehörende²⁶² Befugnis bzw. Pflicht der Aufsichtsbehörde, auf voraussichtliche Verstöße hinzuweisen, normiert, durchbricht es die in unterschiedlichen Absätzen normierten Befugnis-Kategorien. Inhaltliche Änderungen ergeben sich hieraus jedoch nicht.

Inhaltliche Abweichungen können sich jedoch aus dem Vergleich der einzelnen Befugnisse ergeben. Art. 58 Abs. 2 DS-GVO zählt zehn einzelne Befugnisse auf, während § 44 Abs. 2 DSG-EKD hiervon abweichend die Beanstandung festge-

²⁵⁹ So wohl auch *Herbst*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 91, Rn. 17.

²⁶⁰ Abzugrenzen hiervon sind die Vorschriften, die zur Errichtung der Aufsichtsbehörde mit den jeweiligen Befugnissen verpflichtet, insbesondere die Offenlegung des Tätigkeitsberichts.

²⁶¹ *Körffler*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 58, Rn. 5.

²⁶² Die Warnung ist in Art. 58 Abs. 2 lit. a) DS-GVO normiert.

stellter Mängel (Satz 1), Aufforderung zur Stellungnahme innerhalb einer gesetzten Frist (Satz 1), Vorschläge zur Beseitigung (Satz 3) oder zur sonstigen Verbesserung des Datenschutzes (Satz 3) sowie inhaltlich Anforderungen an die Stellungnahme normiert. Zusätzliche Befugnisse werden in § 44 Abs. 3 Nr. 1-6 DSGVO normiert. Zusammengenommen müssen diese Befugnisse die in Art. 58 Abs. 2 DSGVO normierten Befugnisse abdecken. Darüberhinausgehende Befugnisse sind nach Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO zulässig, solange deren Ausübung nach S. 2 die effektive Durchführung des Kohärenzverfahrens nach Kapitel VII der DSGVO (Art. 60-62 DSGVO) nicht beeinträchtigt. Den Aufsichtsbehörden dürfen demnach keine Befugnisse eingeräumt werden, sich diesen Vorgaben zu entziehen.²⁶³

§ 44 Abs. 2 S. 2 DSGVO-EKD sieht die Möglichkeit vor, von einer Beanstandung unter bestimmten Voraussetzungen abzusehen, wenn es sich um unerhebliche oder inzwischen beseitigte Mängel handelt. Ein solches Entschließungsermessen der Aufsichtsbehörde ist in Art. 58 Abs. 2 DSGVO nicht vorgesehen. Die Klausel wäre dann zulässig, wenn das damit einhergehende Entschließungsermessen eine Befugnis im Sinne des Art. 58 Abs. 6 S. 1 DSGVO darstellt. Dabei ist formal betrachtet die Einräumung der Möglichkeit, nicht zu handeln, eine zusätzliche Befugnis. Mit der Beschränkung auf unerhebliche und bereits behobene Mängel sind hiervon auch nur solche Verstöße umfasst, bei denen eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung ausgeschlossen ist. Im Ergebnis kann durch die Ermöglichung einer Beschränkung auf erhebliche Verstöße eine effizientere Überwachung stattfinden.

Neben den Abhilfebefugnissen in § 44 Abs. 2 DSGVO-EKD enthält § 44 Abs. 3 DSGVO-EKD weitergehende Abhilfebefugnisse, etwa die Art. 58 Abs. 2 lit. f) DSGVO entsprechende Befugnis nach § 44 Abs. 2 Nr. 2, die Verarbeitung vorübergehend oder dauerhaft zu begrenzen oder zu untersagen.

Nicht ausdrücklich normiert ist die in Art. 58 Abs. 3 lit. a) DSGVO festgeschriebene Befugnis, den Verantwortlichen zu beraten. Dennoch ist die allgemeine Beratung verantwortlicher Stellen unter der Überschrift „Aufgaben“ nach § 43 Abs. 2 S. 1 DSGVO-EKD eine solche der Aufsichtsbehörde. Dabei geht der Wortlaut von § 43 Abs. 2 S. 1 DSGVO-EKD, „Sie sensibilisieren, informieren und beraten die kirchliche Öffentlichkeit sowie die verantwortlichen Stellen und

²⁶³ Ziebarth, in: Sydow, DSGVO, Art. 58, Rn. 120.

kirchlichen Auftragsverarbeiter [...]“ über eine bloße Aufgabenzuteilung hinaus und beschreibt bereits eine durch die Formulierung als aktive Tätigkeit eine Befugnis. Insoweit beinhalten die §§ 43, 44 DSGVO keine strikte Trennung zwischen der Beschreibung von Aufgaben und Befugnissen.

Genehmigungsbefugnisse, wie sie in Art. 58 Abs. 3 DSGVO normiert sind, finden sich nicht im DSGVO. Auch hier weicht das Kirchengesetz von den Anforderungen von Art. 91 Abs. 2 DSGVO i.V.m. Art. 58 Abs. 3 DSGVO ab.

b. Befugnisse nach dem KDG

Unter der amtlichen (und missglückten) Überschrift „Beanstandungen durch die Datenschutzaufsicht“ formuliert das KDG in § 47 die einzelnen Befugnisse der Datenschutzaufsicht.

Nach § 47 Abs. 1 KDG hat die Datenschutzaufsicht die Befugnis, Verstöße gegenüber dem Verantwortlichen zu beanstanden. Darüber hinaus hat sie nach Abs. 5 S. 1 die Befugnis, Anordnungen zu erteilen, „um einen rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen oder Gefahren für personenbezogene Daten abzuwehren“. Satz 2 zählt einzelne Anordnungsmöglichkeiten auf, die dem Wortlaut „insbesondere“ nach jedoch nicht abschließend sind. Mangels gegenteiliger Beschränkung hat die Datenschutzaufsicht demnach alle zur Erreichung der in § 47 Abs. 5 S. 1 KDG beschriebenen Ziele erforderlichen Anordnungsbefugnisse. Die Grenze wird dabei allein in der Verhältnismäßigkeit zu sehen sein.

Nicht ausdrücklich normiert ist etwa die Befugnis, Untersuchungen durchzuführen. Ähnlich der strukturell nicht durchgehend kohärenten Spiegelung der Aufgaben innerhalb der Befugnisse im DSGVO enthält das KDG in § 44 Abs. 3 lit. g) die Aufgabe der Datenschutzaufsicht, Untersuchungen über die Anwendung der Vorschriften des KDG²⁶⁴, ohne eine Befugnis hierzu zu normieren.

Nicht im KDG normiert ist die Befugnis der Datenschutzaufsicht, Warnungen und Verwarnungen auszusprechen, wie sie in Art. 58 Abs. 2 lit. a), b) DSGVO festgeschrieben sind. Eine solche Befugnis könnte allenfalls auf § 44 Abs. 3 lit. l) KDG gestützt werden, wonach die Datenschutzaufsicht die Aufgabe hat, „jede sonstige Aufgabe im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten

²⁶⁴ Aus bereits benannten Gründen wohl auch der Vorschriften der DSGVO.

[zu] erfüllen.“ Es erscheint allerdings durchaus zweifelhaft, aus jeder formulierten Aufgabe hierfür notwendigen Befugnisse abzuleiten. Die Ausübung von Befugnissen stellt stets einen Eingriff in die Grundrechte des Verantwortlichen dar. Entsprechend bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Das gilt auch für Eingriffe durch kirchliche Organe und Einrichtungen, da diese jedenfalls im Rahmen des Datenschutzes nicht nur bzgl. des Grundrechts auf Schutz der personenbezogenen Daten des jeweils betroffenen zukommt. Das Datenschutzrecht hat eine Ausgleichfunktion, um die berechtigten Interessen des Verarbeiters und die des Betroffenen in Ausgleich zu bringen.²⁶⁵ Hieraus folgt die Pflicht, auch die berechtigten und grundrechtsrelevanten Interessen des Verarbeiters zu berücksichtigen. Würden nun allein aus der Aufgabe alle hierzu erforderlichen Befugnisse abgeleitet, wäre für den Verarbeiter nicht nachvollziehbar, welchen potentiellen Eingriffen er ausgesetzt ist. Allein aus der Aufgabenbeschreibung kann also keine Befugnis abgeleitet werden. Hierzu bedarf es zumindest einer Formulierung, die auf eine konkrete und damit vorhersehbare Tätigkeit bzw. Eingriff schließen lässt.²⁶⁶

Das KDG entspricht daher nicht den Anforderungen der DS-GVO in Bezug auf die Befugnisse der Datenschutzaufsicht.

3. Sanktionen

Neben den Befugnissen zur Überprüfung der Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben ist die Möglichkeit zur Verhängung von Geldbußen nach Art. 58 Abs. 2 lit. i) DS-GVO eine wesentliche Befugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden.

a. Höhe der Geldbußen

Die Aufsichtsbehörden verfügen mit Art. 83 Abs. 4, 5 DS-GVO mit Strafen bis zu 10 Millionen bzw. 20 Millionen, bei Unternehmen gar bis zu 2% bzw. 4%

²⁶⁵ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung zu § 26 BDSG (Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses), BT-Drs. 18/11325, 97.

²⁶⁶ So etwa in § 43 Abs. 2 S. 1 DSG-EKD.

seines weltweiten Jahresumsatzes, über vergleichsweise hohe Sanktionsmöglichkeiten.²⁶⁷ Dabei stellt Art. 83 DS-GVO hinsichtlich sanktionierter datenschutzrechtlicher Verstöße eine abschließende Regelung dar.²⁶⁸

Sowohl § 45 Abs. 5 DSG-EKD als auch § 51 Abs. 5 KDG sehen als maximale Geldbuße 500.000 € vor und weichen damit von den Vorgaben der Art. 83 Abs. 4 und 5 DS-GVO ab. Zwar verweist Art. 91 Abs. 2 DS-GVO lediglich auf Kapitel VI der DS-GVO und nicht unmittelbar auf Art. 83 DS-GVO, jedoch sieht Art. 58 Abs. 2 lit. i) DS-GVO Sanktionsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörden nach Art. 83 DS-GVO vor. Da die kirchenspezifischen Aufsichtsbehörden sämtliche Bedingungen des Kapitel VI ohne Gestaltungsspielraum und damit auch des Art. 58 DS-GVO erfüllen müssen, müssen auch die kirchenspezifischen Aufsichtsbehörden dieselben Sanktionsmöglichkeiten haben. Das Abweichen und damit Verkürzen der Befugnisse der Aufsichtsbehörden stellt daher einen Verstoß gegen die Anforderungen des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO dar.

b. Adressaten der Geldbußen

Adressaten der Geldbußen sind nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter.²⁶⁹ Hiervon ausnehmen können die Mitgliedstaaten nach Art. 83 Abs. 7 DS-GVO Behörden und öffentliche Stellen.²⁷⁰ Art. 83 Abs. 7 DS-GVO enthält insoweit eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten.²⁷¹

Nach § 51 Abs. 1 KDG und § 45 Abs. 1 DSG-EKD sind auch in beiden kirchlichen Bereichen der Verantwortliche (bzw. die verantwortliche Stelle) oder der (kirchliche) Auftragsverarbeiter Adressaten der Sanktionen.

§ 51 Abs. 6 KDG nimmt dazu kirchliche Stellen im Sinne des § 3 Abs. 1 KDG aus, soweit sie öffentlich-rechtlich verfasst sind und nicht als Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen. Voraussetzung für die Wirksamkeit dieser Ausnahme

²⁶⁷ Zum Vergleich mit den bisherigen Sanktionsmöglichkeiten vgl. *Dieterich*, ZD 2016, 260, 263 f.

²⁶⁸ *Greve*, NVwZ 2017, 737, 741.

²⁶⁹ Vgl. *Greve*, NVwZ 2017, 737, 741.

²⁷⁰ Vgl. auch *Dieterich*, ZD 2016, 260, 264, verweisend auf Erwägungsgrund 150 zur DS-GVO, genauer wohl Satz 6: „Die Mitgliedstaaten sollten bestimmen können, ob und inwieweit gegen Behörden Geldbußen verhängt werden können.“

²⁷¹ *Becker*, in: Plath, DS-GVO/BDSG, Art. 83, Rn. 24.

ist, dass öffentlich-rechtlich verfasste kirchliche Stellen öffentliche Stellen i.S.d. Art. 83 Abs. 7 DS-GVO sind. Soweit dies der Fall ist, ist es unerheblich, welche einzelnen kirchlichen Stellen § 3 Abs. 1 KDG erfasst.

Die Verordnung selbst definiert öffentliche Stellen nicht. Auch in Erwägungsgrund 150 zur DS-GVO wird in Satz 6 nur festgehalten, dass die „Mitgliedstaaten [...] bestimmen können [sollten], ob und inwieweit gegen Behörden Geldbußen verhängt werden können.“ In der Literatur besteht bislang ebenfalls kein Bedürfnis, Behörden und öffentliche Stellen im Rahmen von Art. 83 Abs. 3 DS-GVO zu definieren. Es wird jedoch zum Hintergrund der Öffnungsklausel ausgeführt²⁷², dass es befremdlich erscheine, wenn eine Behörde gegen eine andere, möglicherweise gar desselben Rechtsträgers, eine Geldbuße verhängte, insbesondere vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Daraus und aus dem Wortlaut „öffentliche Stellen“ kann gefolgert werden, dass Art. 83 Abs. 7 DS-GVO solche Einrichtungen erfassen soll, die dem Mitgliedstaat zugeordnet sind und Hoheitsgewalt ausüben. Übertragen auf die Kirchen können „kirchliche Stellen“ alle Einrichtungen umfassen, die der jeweiligen Kirche zugeordnet sind und Kirchengewalt ausüben. Eine darüberhinausgehende Auslegung der „kirchlichen Stelle“ würde wohl die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO überdehnen.

Das DSG-EKD beschränkt die Verhängung von den Geldbußen gegen verantwortliche Stellen in § 45 Abs. 1 S. 2 DSG-EKD auf als Unternehmen am Wettbewerb teilnehmende Stellen i.S.v. § 4 Nr. 9 DSG-EKD. § 4 Nr. 9 DSG-EKD definiert die verantwortliche Stelle als „natürliche oder juristische Person, kirchliche oder sonstige Stelle im Sinne von § 2 Absatz 1 Satz 1 oder sonstige Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Eine Beschränkung der Sanktionsmöglichkeit mittels Geldbußen auf am Wettbewerb teilnehmende Unternehmen ist in Art. 83 DS-GVO nicht vorgesehen. Hierdurch ausgenommen wären auch sonstige nicht-kirchliche Stellen, die nicht als Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen, etwa Kindergärten oder gar Krankenhäuser unter kirchlichem Träger. Da insbesondere Krankenhäuser Gesundheitsdaten als personenbezogene Daten be-

²⁷² Vgl. etwa *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 83 DS-GVO, Rn. 26; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, Art. 83 DS-GVO, Rn. 27.

sonderer Kategorie, Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, verarbeiten, widerspricht die Beschränkung grundlegenden Zielen der DS-GVO, so dass eine auf Art. 17 AEUV gestützte Erweiterung der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO auszuschließen ist. Entsprechend liegt hierin ein Verstoß gegen die Vorgaben der DS-GVO, soweit nicht-kirchliche Stellen von der Sanktionsmöglichkeit ausgenommen sind.

Das KDG enthält in seiner Vorschrift zu Geldbußen keine Beschränkung auf Unternehmen, sondern erfasst in § 51 Abs. 1 KDG grundsätzlich alle Verantwortliche und Auftragsverarbeiter. Neben der zulässigen Ausnahme von kirchlichen Stellen „im Sinne des § 3 Absatz 1, soweit sie im weltlichen Rechtskreis öffentlich-rechtlich verfasst sind“ in Abs. 6 und der unzulässigen Beschränkungshöhe auf 500.000 € in Abs. 5 enthält § 51 KDG keine relevanten Abweichungen von Art. 83 DS-GVO.

V. Tätigkeitsbericht der Aufsichtsbehörde

Art. 59 DS-GVO sieht einen Jahresbericht der Aufsichtsbehörde vor, welcher nach Satz 3 der Öffentlichkeit, der Kommission und dem Ausschuss zugänglich gemacht werden.

§ 44 Abs. 6 KDG sieht einen solchen jährlichen Tätigkeitsbericht vor, der dem Bischof vorgelegt und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Dass der Bericht auch der Kommission zugänglich gemacht wird, ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ist jedoch zwangsläufige Konsequenz des Öffentlichkeitszugangs.²⁷³ Es genügt insoweit, dass der Bericht bei der Aufsichtsbehörde erhältlich ist.

Die evangelische Regelung des § 41 DSG-EKD sieht einen Tätigkeitsbericht „mindestens alle zwei Jahre“ vor, welcher nach Satz 2 den jeweiligen kirchen- bzw. diakonieleitenden Organen übermittelt und veröffentlicht wird. Bzgl. der Veröffentlichung und Zugang der Kommission gilt das zum katholischen Bereich Gesagte entsprechend. Problematischer ist die vorgesehene Frequenz, die ein Abweichen von der in Art. 59 S. 1 DS-GVO vorgesehenen jährlichen Berichterstattung ermöglicht und somit abermals gegen die Vorgaben der DS-GVO verstößt.

²⁷³ Selmayr, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 59, Rn. 8; Eichler, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 59 DS-GVO, Rn. 6.

VI. Fazit

Sowohl das KDG als auch das DSG-EKD weichen von den Vorgaben der DS-GVO an die Befugnisse der Aufsichtsbehörde ab und erfüllen damit nicht durchgehend die Anforderungen des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO.

Zulässig und wohl am Wesentlichsten ist die Beschränkung der Bußgeldsanktion auf nicht-kirchliche Stellen. Ohne die Verabschiedung eigener Regelungen und die Normierung und Einrichtung einer eignen Datenschutzaufsicht wären die kirchlichen Stellen, welche durch die Regelungen der § 51 Abs. 6 KDG und § 41 Abs. 1 DSG-EKD nicht mit Geldbußen sanktioniert werden können, eben solchen Sanktionen bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben ausgesetzt. In diesem Fall würde von der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO zugunsten der Kirchen kein Gebrauch gemacht werden und eine Belegung kirchlicher Stellen mit Geldbußen wäre möglich. Vorausgesetzt, das BDSG würde sodann auf den kirchlichen Bereich Anwendung finden – was aus bereits genannten Gründen durchaus angezweifelt werden darf –, könnten die kirchlichen Stellen mangels staatlicher Zuordnung nicht unter den Begriff der „Behörden oder sonstigen öffentlichen Stellen“ subsumiert werden und somit nicht an der weltlichen Umsetzung der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO in § 43 Abs. 3 BDSG partizipieren. Es bliebe also ohne kircheneigene Gestaltung des Datenschutzes und der Datenschutzaufsicht bei der grundlegenden Sanktionsmöglichkeit gegen staatliche bzw. kirchliche Stellen.

§ 3 Rechtsfolgen unionsrechtswidriger Umsetzungen

Für die Rechtsfolgen der unzureichenden kirchlichen Regelungen ist zunächst nochmals auf den Wortlaut des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO einzugehen. Demnach ist zwischen zwei Satzteilen zu unterscheiden: 1. „Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften, die gemäß Absatz 1 umfassende Datenschutzregeln anwenden, unterliegen der Aufsicht durch eine unabhängige Aufsichtsbehörde“. Diese Vorgabe ist bereits aufgrund der primärrechtlichen Vorgabe in Art. 16 Abs. 2 S. 2 AEUV unumstößlich. Dabei gilt für die Aufsichtsbehörde, dass diese 2. „spezifischer Art sein kann, sofern sie die in Kapitel VI niedergelegten Bedingungen erfüllt.“ Ein Verstoß gegen die in Kapitel VI der DS-GVO festgelegten In-

halte führt also gegebenenfalls dazu, dass die Aufsichtsbehörde nicht „spezifischer Art“ sein kann, die Kirchen damit also der sonst geltenden weltlichen Datenschutzaufsicht unterstehen würden.

Dem steht auch § 18 Abs. 1 S. 4 BDSG nicht entgegen. Dieser schreibt lediglich in den dort genannten Fällen die Beteiligung vor. Sofern jedoch keine den Vorgaben der DS-GVO nach errichteten Aufsichtsbehörden existieren, besteht für die Norm lediglich kein Anwendungsbereich.

Auch mit der mangelnden Anwendbarkeit des BDSG auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften entstünde hieraus kein Konflikt. Zwar können öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften keine Verantwortlichen im Sinne des BDSG sein und unterliegen damit keinen mitgliedstaatlichen Vorgaben. Dennoch behalten die nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar anwendbaren Regelungen der DS-GVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten ihre Geltung. Zudem muss „jede Aufsichtsbehörde in ihrem Hoheitsgebiet [...] die Anwendung dieser Verordnung überwachen und durchsetzen“, Art. 57 Abs. 1 lit. a) DS-GVO. Soweit keine rechtmäßige eigene Datenschutzaufsicht besteht, unterliegen die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften demnach der weltlichen Aufsicht, unabhängig von der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung dieser. Im Ergebnis würde dann schlicht die in Art. 91 Abs. 2 HS 2 DS-GVO normierte Ausnahme nicht greifen. Es besteht also keine zwingende Verknüpfung zwischen der Anwendung eigener Regelungen nach Abs. 1 und der kirchenspezifischen Aufsicht. Die DS-GVO würde damit auch die oben beschriebene weltliche Aufsicht über die Überwachung und Durchsetzung kirchlichen Rechts hinnehmen. Hinsichtlich des hier dargelegten Verständnisses von Art. 17 AEUV ist das konsequent. Die Überwachung von Regelungen eines anderen Rechtskreises ist eine Kompetenzfrage, hier eben zwischen Staat und Kirche, welche auf Unionsebene nach Art. 17 AEUV unbeachtet bleibt. Wenn nach weltlichem Recht die mitgliedstaatliche Datenschutzaufsicht für den kirchlichen Bereich nicht zuständig ist und gleichzeitig keine wirksame kircheneigene Datenschutzaufsicht bestünde, würde unzureichendes Kirchenrecht zu einem Unionsrechtsverstoß des Mitgliedstaates führen.

Es kann jedoch vorab bereits gefragt werden, inwieweit mitgliedstaatlichen Regelungen überhaupt eine Relevanz zukommt, soweit eine ausdrückliche Regelung durch die DS-GVO bereits existiert und keine Öffnungsklausel besteht. Wieder

ist auf die unmittelbare Geltung der DS-GVO nach Art. 288 Abs. 2 AEUV abzustellen. Eigenständige Regelungen der Mitgliedstaaten oder eben auch der unter Art. 91 Abs. 1 DS-GVO fallenden öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften sind nur insoweit zulässig und anwendbar, wenn keine den Sachverhalt abdeckende Regelung der DS-GVO besteht oder diese eine entsprechende Öffnungsklausel enthält.

Hierdurch verliert die Voraussetzung des Art. 91 Abs. 2 DS-GVO, dass die in Kapitel VI der DS-GVO niedergelegten Bedingungen erfüllt sein müssen, damit die Behörde spezifischer Art sein kann, freilich erheblich an Bedeutung. Im Wesentlichen genügt es daher wohl, dass die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht gesichert und diese entsprechend der Vorgaben des Art. 54 DS-GVO errichtet ist, damit Aufsichtsbehörde nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO spezifischer Art, also kircheneigen sein kann. Darüber hinaus gelten die in Kapitel VI der DS-GVO festgelegten Aufgaben und Befugnisse zugunsten der Aufsichtsbehörden. Wenn also die Kirchengesetze hiervon abweichende Befugnisse vorsehen, gelten dennoch die unionsrechtlich normierten Befugnisse. So haben die evangelische und katholische Datenschutzaufsicht also trotz der kirchenrechtlichen Beschränkung der Geldbußen auf jeweils 500.000 € die Befugnis Geldbußen in den in Art. 83 DS-GVO vorgesehenen Höhen zu verhängen.

Ausnahmen hiervon sind die Öffnungsklauseln, mittels derer die über die in der DS-GVO hinausgehenden Befugnisse nach Art. 58 Abs. 6 DS-GVO unter den dort genannten Voraussetzungen ihre Gültigkeit behalten. Selbiges gilt für die Ausnahme der Geldbußen gegen kirchliche Stellen aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO.

Da die Unabhängigkeit und die Errichtung der Aufsichtsbehörden bzw. Datenschutzaufsicht den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen und lediglich die insofern jedoch unerheblichen Normierungen der Aufgaben und Befugnisse von den unionsrechtlichen Vorgaben abweichen, unterstehen die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften ihrer eigenen Datenschutzaufsicht.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse Teil 3

Es obliegt der EU materiell-rechtliche Vorgaben für die Anwendung eigener Datenschutzregeln festzulegen. Art. 91 DS-GVO erlaubt Kirchen, religiösen Vereinigungen und über den Wortlaut hinaus auch Weltanschauungsgemeinschaften die Anwendung eigener datenschutzrechtlicher Regelungen. Art. 91 Abs. 1 DS-GVO unterscheidet nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlich organisierten Religionsgesellschaften. Für den Geltungsbereich des Grundgesetzes ergibt sich hieraus keine andere Bewertung, welche Religionsgesellschaften eigene Datenschutzregeln anwenden dürfen. Auch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Kirchen unterfallen den Datenschutzregeln der jeweiligen Kirche, soweit diese nach mitgliedstaatlichem Recht diesen zuzuordnen sind.

Dabei muss es sich um „umfassende“ Regelungen handeln, wobei an dieses Merkmal keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Es kann kein Regelwerk verlangt werden, welches jeden Aspekt des zu regelnden Bereichs abdeckt. Sowohl die Datenschutzregeln der EKD als auch die des VDD genügen den Mindestanforderungen an „umfassende Regeln“.

Auch nach Inkrafttreten der DS-GVO verabschiedete Regelungen können grundsätzlich unter Art. 91 DS-GVO fallen. Bestehende Regelungen sind an die DS-GVO anzupassen. Die Norm verbietet weder mögliche Neukodierungen noch spätere Änderungen.

„In Einklang bringen“ meint, dass die kirchlichen Regelungen an die Vorgaben der DS-GVO, insbesondere der Öffnungsklauseln, anzupassen sind. Eine Sonderstellung in dem Sinne, dass die Regelungen der DS-GVO im Licht des Ethos der jeweiligen Kirche auszulegen sind und die kirchlichen Regelungen aufgrund dessen von den Vorgaben der DS-GVO abweichen dürfen, geht hiermit nicht einher.

Die Kirchen können nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO eigenverwaltete Aufsichtsbehörden errichten, welche die Anforderungen des Kapitels VI der DS-GVO erfüllen müssen. Wichtigstes Kriterium ist die umfassende Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde, wobei die konkrete Ausgestaltung dessen den Kirchen obliegt.

Vorgegeben sind die ausführlichen Aufgaben und Befugnisse, welche die Aufsichtsbehörden nach der DS-GVO haben. Der Spielraum der Ausgestaltung dieser

beschränkt sich auf die einzelnen Öffnungsklauseln. Die vorhandenen Abweichungen in DSG-EKD und KDG sind unionsrechtswidrig und insoweit nicht anwendbar. Die Kodifizierung anderer oder weiterer Aufgaben und Pflichten hindert nicht die Geltung derjenigen, die sich aus der DS-GVO ergeben.

Jenseits der einzelnen unionsrechtswidrigen Ausgestaltungen unterstehen die öffentlich-rechtlichen Kirchen aufgrund der unabhängig und rechtmäßig errichteten Aufsichtsbehörden ihrer eigenen Datenschutzaufsicht spezifischer Art. Dies gilt nur insoweit, als dass die einzelnen Gliedkirchen und Diözesen die Vorgaben der EKD und des VDD umsetzen.

Teil 4 – Die Eigenart des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes

Art. 88 DS-GVO enthält eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten, eigene spezifische Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz zu treffen.²⁷⁴ Deutschland hat mit § 26 BDSG von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.²⁷⁵ Auch die Kirchen haben im Rahmen der Anpassung ihrer Gesetze an die DS-GVO eigene Regelungen zum Datenschutz im Beschäftigtenverhältnis erlassen, namentlich für den katholischen Bereich § 53 KDG und § 49 DSG-EKD für den evangelischen Bereich.

Dabei gelten für die Kirchen dieselben Vorgaben wie für Mitgliedstaaten. Sie sind im Rahmen der eigenen Rechtsetzung wie ein eigener Mitgliedstaat zu behandeln, dem derselbe Spielraum zusteht wie anderen Mitgliedstaaten. Ein Unterschied besteht jedoch in der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wobei das Ethos der Religionsgemeinschaft nach Art. 17 AEUV zu berücksichtigen ist.

Im Folgenden soll zunächst der Rahmen der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung in Beschäftigungsverhältnissen durch Auslegung des Art. 88 DS-GVO dargelegt werden. Anschließend werden die kirchlichen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz unter Heranziehung von § 26 BDSG analysiert, um anschließend auf deren Unionsrechtskonformität einzugehen.

Kapitel 1 – Wirkung und Rahmen der eigenständigen Regelung

§ 1 Unmittelbare Anwendbarkeit der DS-GVO im kirchlichen Bereich

Bevor die Wirkung der Öffnungsklausel untersucht wird, ist zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit der DS-GVO auf die Kirchen und ihre Einrichtungen einzugehen.

²⁷⁴ Siehe nur *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschurzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 1; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 1; *Benecke/Wagner*, DVBl 2016, 600; *Wybitul*, NZA 2017, 413, 413; *Kort*, DB 2016, 711.

²⁷⁵ Vgl. zum Entwurf vgl. *Wybitul*, NZA 2017, 413, 414.

Ausgangspunkt ist die Rechtsform der DS-GVO. Als Verordnung hat die DS-GVO nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung. Sie ist in allen Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Die DS-GVO ist daher grundsätzlich auch im kirchlichen Bereich unmittelbar anzuwenden. Dies gilt im Bereich des Datenschutzes, da die datenschutzrechtliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 16 Abs. 2 AEUV bei der EU liegt und die Kirchen ihre bereichsspezifische Gesetzgebungskompetenz von den Mitgliedstaaten ableiten.

Eine andere Bewertung könnte sich aus der DS-GVO selbst ergeben.

Anders als das BDSG unterscheidet die DS-GVO im Anwendungsbereich nach Art. 2 DS-GVO nicht zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen.²⁷⁶

Stattdessen wird der „Verantwortliche“ in Art. 4 Nr. 7 definiert. Diese Definition erfasst durch die pauschale Erfassung aller juristischer Personen auch Körperschaften des öffentlichen Rechts. Dabei ist der europäische Begriff der juristischen Person nicht notwendigerweise identisch mit dem nationalen Begriff.²⁷⁷ Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der unionsrechtliche Begriff weiter ist als der nationale und jedenfalls „alle Körperschaften, Verbände und Kapitalgesellschaften des öffentlichen und privaten Rechts [erfasst], denen nach nationalem Recht Rechtspersönlichkeit verliehen wurde“.²⁷⁸ Eine Unterscheidung nach der Rechtsform der Religionsgemeinschaft findet nicht statt. Aufgrund der verschiedenen Rechtsformen der einzelnen Mitgliedstaaten ist das konsequent. Jedenfalls öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften, wie die hier in Rede stehenden evangelischen und katholischen Kirchen, genießen als Körperschaften öffentlichen Rechts Rechtspersönlichkeit. Die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften sind nach nationalem Recht als öffentlich-rechtliche Körperschaften juristische Personen und damit potentiell verantwortliche Stelle im Sinne der DS-GVO. Die Rechtspersönlichkeit privatrechtlich organisierter Religionsgemeinschaften ist anhand gesellschaftsrechtlicher Vorschriften jeweils für den Einzelfall zu ermitteln. Durch die Auffangtatbestände der „Einrichtung“ und „ande-

²⁷⁶ Eine Nichtanwendbarkeit wird lediglich für die Verarbeitung durch Behörden zu Zwecken im Bereich des Strafrechts, Art. 2 Abs. 2 lit. d) DS-GVO, und für die Verarbeitung durch öffentliche Stellen der Union normiert, Art. 2 Abs. 3 DS-GVO.

²⁷⁷ EuGH, Rs. C-135/81, Slg. 1982, 3799 (Agences de voyages/Kommission), Rn. 10.

²⁷⁸ *Cremer*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 263 AEUV, Rn. 27.

ren Stelle“ wird im Ergebnis rechtsformunabhängig jeder erfasst, der personenbezogene Daten verarbeitet.²⁷⁹ Die DS-GVO geht somit selbst von einer grundsätzlichen universellen Anwendbarkeit aus, auch auf Religionsgemeinschaften.

Damit ergibt sich auch aus der DS-GVO selbst die Anwendbarkeit auf den Bereich, der mitgliedstaatlich den Kirchen zugewiesen ist.

§ 2 Keine vollständige Geltungsbereichsausnahme im Beschäftigtenkontext

Art. 88 DS-GVO entbindet die Mitgliedstaaten im Bereich des Beschäftigten-datenschutzes nicht von der Geltung der DS-GVO. Im Ergebnis kann ein sachspezifisches Spezialitätsverhältnis zwischen der DS-GVO und der mitgliedstaatlichen Regelung angenommen werden.²⁸⁰ Wesentliche von *Franzen* genannte Argumente sind zunächst der in Art. 2 DS-GVO definierte Geltungsbereich der DS-GVO²⁸¹, der keine Geltungsausnahme im Beschäftigungskontext vorsieht. Ebenso spreche hiergegen der innere Kontext der DS-GVO, da neben Art. 88 DS-GVO auch andere Normen, etwa Art. 9 Abs. 2 lit. b) und lit. h) DS-GVO²⁸² Regelungen für die Datenverarbeitung im Beschäftigtenbereich enthalten. Diese würden durch eine Geltungsreduktion der DS-GVO unterwandert. Auch in dem zu Art. 88 DS-

²⁷⁹ *Ernst*, in: Paal/Pauly, Art. 4 DS-GVO, Rn. 55.

²⁸⁰ Insbesondere *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 5 f.; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutz, Art. 88 DS-GVO, Rn. 16; vgl. auch *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666 und *Maschmann*, DB 2016, 2480.

²⁸¹ Art. 2 DS-GVO beschreibt den sachlichen Anwendungsbereich der DS-GVO und enthält in Abs. 2 Ausnahmen des Geltungsbereichs. Diese sind Tätigkeiten, die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen (lit. a, wohl deklaratorisch), Tätigkeiten, die unter Teil V Kapitel 2 des EUV fallen, sprich solche der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (lit. b), Tätigkeiten natürlicher Personen, die ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten dienen (lit. c) sowie solche zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung durch Behörden (lit. d).

²⁸² Art. 9 DS-GVO enthält besondere Kategorien von personenbezogenen Daten gegenüber solchen gem. Art. 6 DS-GVO, deren Verarbeitung erhöhte Rechtfertigungsanforderungen voraussetzen, *Albers/Veit* in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 1. Art. 9 Abs. 2 DS-GVO enthält Ausnahmetatbestände zu diesen besonderen Kategorien, *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 45. Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO enthält einen Ausnahmetatbestand für die Verarbeitung, die zur Wahrnehmung der Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich sind, vgl. *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 52. Dies gilt nach lit. h) auch für die Arbeitsmedizin und die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten, *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 15.

GVO gehörige²⁸³ Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO²⁸⁴ ergibt sich keine Geltungsreduktion der DS-GVO.²⁸⁵

Entsprechend bleibt es bei dem in Art. 288 Abs. 2 AEUV aufgestellten Grundsatz: Die DS-GVO gilt als Verordnung „in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“.²⁸⁶ Hiervon macht der Beschäftigtendatenschutz keine Ausnahme.

Für das Spezialitätsverhältnis sprächen neben dem deutschen Wortlaut „spezifischere Vorschriften“ auch die englische und französische Version zu den „spezielleren Vorschriften“ (engl. „more specific rules“; franz. „des règles plus spécifiques“).²⁸⁷ Der jeweilig verwendete Komparativ setze eine grundsätzliche Geltung beider Vorschriften voraus. Dagegen verwende Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO „spezifisch“ ohne den Komparativ, was jedoch die Wortlautauslegung der Norm nicht beeinflusse, insbesondere, da sich hieraus inhaltlich keine Abweichung ergäbe.²⁸⁸

²⁸³ Vgl. *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 5.

²⁸⁴ „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.“

²⁸⁵ Vgl. *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 5.

²⁸⁶ *Riesenhuber*, in: *BeckOK Datenschutz*, Art. 88 DS-GVO, Rn. 15.

²⁸⁷ *Maschmann*, DB 2016, 2480; *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 6.

²⁸⁸ Zur logisch nicht zulässigen Verwendung des Komparativs des Wortes „spezifisch“ siehe *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666.

§ 3 Vollharmonisierung und Schutzniveau

In der Literatur umstritten ist die Frage, ob die DS-GVO im Gesamten eine vollharmonisierende Regelung darstellt oder lediglich einen Mindestschutz anstrebt.²⁸⁹ Da die ausführliche Darstellung des Streits den Schwerpunkt dieser Arbeit verzerren würde, werden lediglich die maßgeblichen Aspekte beleuchtet. Entscheidend ist zunächst der Charakter der DS-GVO als Verordnung.²⁹⁰ Neben der unmittelbaren Anwendbarkeit genießt die EU-Verordnung auch Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht. Im Kollisionsfall findet demnach die unionsrechtliche Vorschrift Anwendung, die mitgliedstaatliche Regelung muss unangewendet bleiben.²⁹¹ Ein Abweichen von der Verordnung durch nationales Recht ist nur dann möglich, wenn die Verordnung selbst ein solches gestattet.²⁹² Darüber hinaus können mitgliedstaatliche Vorschriften Unionsrecht lediglich konkretisieren.²⁹³

Sofern von der Öffnungsklausel durch einen Mitgliedstaat Gebrauch gemacht wird, sind die Mitgliedstaaten nur insoweit frei in der autonomen Rechtsetzung, wie das von der DS-GVO vorgeschriebene Mindestschutzniveau eingehalten wird.²⁹⁴ Den Mitgliedstaaten ist es auch im Rahmen von Öffnungsklauseln nicht erlaubt, von Grundregeln der DS-GVO abzuweichen.²⁹⁵

²⁸⁹ Nachweise zum Meinungsstand bei *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 10.

²⁹⁰ *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 7.

²⁹¹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 1, Rn. 79.

²⁹² *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 10.

²⁹³ Allgemein *Piltz*, K&R 2016, 557, 560; zur DS-GVO *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 10.

²⁹⁴ Vgl. *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666 f.

²⁹⁵ *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666.

§ 4 Verhältnis kirchlichen Datenschutzes zum Unionsrecht

Im Ersten Teil wurde die Stellung des kirchlichen Datenschutzrechts im innerstaatlichen Verhältnis und der Einfluss des unionsrechtlichen Primärrechts hierauf analysiert.

Durch die datenschutzrechtliche Kompetenzregelung des Art. 16 Abs. 2 AEUV zugunsten der EU, wovon die EU mittels einer Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV Gebrauch gemacht hat, und die kircheneigene Gesetzgebung in diesem Bereich gerät das Kirchenrecht nunmehr in ein direktes Konkurrenzverhältnis zum Unionsrecht. Um den Spielraum der Kirchen sowie die Wirkung der kirchlichen Datenschutzregelungen bestimmen zu können, soll das grundsätzliche Verhältnis kirchlicher Datenschutzregelungen zur DS-GVO nachfolgend analysiert werden.

I. Unmittelbare Geltung der DS-GVO

Die DS-GVO hat nach Art. 288 Abs. 2 S. 1 AEUV allgemeine Geltung und ist nach S. 2 „in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.“ Unmittelbare Geltung bedeutet, dass Verordnungen „ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen“.²⁹⁶ Mitgliedstaatliche Regelungen mit Ausnahme derer, welche nach den Vorgaben der Verordnung weiterhin Geltung beanspruchen dürfen, werden von den Anwendungsvorrang²⁹⁷ genießenden Regelungen des Unionsrechts verdrängt.²⁹⁸ Weiterhin Geltung haben solche mitgliedstaatliche Regelungen, die in eine der Öffnungsklauseln der DS-GVO fallen. Öffnungsklauseln sind Regelungen innerhalb der DS-GVO, die es den Mitgliedstaaten gestatten oder gar vorschreiben²⁹⁹, Ergänzungen zu den geltenden Regelungen der DS-GVO vorzunehmen. Darüber-

²⁹⁶ EuGH v. 9.3.1978, C-106/77.

²⁹⁷ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 20.

²⁹⁸ *Wolff/Brink*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Einleitung zur DS-GVO, Rn. 19.

²⁹⁹ Zur Unterscheidung zwischen fakultativen und obligatorischen Öffnungsklauseln siehe *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986.

hinausgehende, dem unmittelbar geltenden Unionsrecht entgegenstehende Bestimmungen sind nicht anwendbar.³⁰⁰ Dem trägt § 1 Abs. 5 BDSG Rechnung und normiert einen entsprechenden Anwendungsvorrang der DS-GVO.

II. Gesetzgebung im Rahmen der Öffnungsklauseln

Die Öffnungsklauseln ermöglichen den Mitgliedstaaten, in dem jeweiligen Rahmen eigene Regelungen zu treffen. Soweit die Regelungen innerhalb der Öffnungsklausel sind, gehen diese den Regelungen des DS-GVO vor. Das gilt freilich nur solange, wie kein Verstoß der mitgliedstaatlichen Regelung gegen die DS-GVO vorliegt. So kann etwa eine allgemein gültige Definition nicht im Rahmen einer Öffnungsklausel neu gefasst werden. Für außerhalb einer Öffnungsklausel getroffene Regelungen greift der Anwendungsvorrang des Unionsrecht und die unmittelbare Geltung der Verordnung.

III. Konkretisierungen

Mitgliedstaatliche Regelungen außerhalb der Öffnungsklauseln, aber innerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO sind lediglich als Konkretisierungen möglich. Aufgrund der starken begrifflichen Offenheit der DS-GVO bedarf es für die praktische Anwendung der Verordnung verschiedener mitgliedstaatlicher Konkretisierungen.³⁰¹ Dabei muss die DS-GVO selbst dem Mitgliedstaat die Möglichkeit der Konkretisierung eröffnen.³⁰²

IV. Wiederholung des Verordnungstextes

Aus der unmittelbaren Geltung der Verordnung folgt auch, dass es anders als bei Richtlinien nach Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich keiner weiteren Umsetzung des Unionsrechts in nationales Recht bedarf, um Wirkung im Mitgliedstaat zu entfalten.³⁰³ Dennoch wiederholt das nationale wie auch das kirchliche Recht Teile der DS-GVO. Bereits in den 1970er Jahren entschied der EuGH, dass

³⁰⁰ EuGH v. 9.3.1978, C-106/77.

³⁰¹ Vgl. *Lettl*, WM 2018, 1149, 1150.

³⁰² *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986.

³⁰³ *Kibler/Sandhu*, NVwZ 2018, 528, 531.

die Wiederholung unmittelbar geltenden Unionsrechts eben dieser unmittelbaren Geltung Hindernisse bereiten würde und die einheitliche Anwendung gefährde.³⁰⁴ Eine Normwiederholung sei mit den supranationalen Verträgen unvereinbar. Die Mitgliedstaaten dürften keine Maßnahmen ergreifen, welche zu Unklarheiten bzgl. der Rechtsnatur des Unionsrechts und der Zuständigkeit des EuGH schaffen.³⁰⁵ Daraus folgt, dass es den Mitgliedstaaten untersagt ist, derartiges Unionsrecht in das nationale Recht zu übernehmen. Normen, die unmittelbar geltendes Unionsrecht ganz oder in Teilen wiedergeben, dürften von Behörden und Gerichten nicht angewendet werden.³⁰⁶

Dennoch ist eine Normwiederholung nicht grundsätzlich unzulässig.³⁰⁷ So können nach Erwägungsgrund 8 zur DS-GVO „die Mitgliedstaaten Teile dieser Verordnung in ihr nationales Recht aufnehmen, soweit dies erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen.“ Es ist dem unionsrechtlichen Gesetzgeber nach also zulässig, wenn die Mitgliedstaaten Teile der Verordnung innerhalb ihrer eigenen Gesetze wiederholen, um diese verständlicher zu machen. Das erscheint sinnvoll. Andernfalls wären die Mitgliedstaaten dazu gezwungen, einzelne Normen zu erlassen, die jeweils eine der Öffnungsklauseln widerspiegeln, ohne dass ein Zusammenhang oder in sich stimmiger Kontext der einzelnen nationalen Regelungen möglich wäre. Die Wiederholung des Verordnungstextes darf allein dem Verständnis dienen. Rechtliche Folgen dürfen hieraus nicht abgeleitet werden. Konsequenz dessen kann keine Transformation des Unionsrechts in nationales Recht sein. Die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des DSGVO und deren Auslegung obliegt nach Art. 267 AEUV dem EuGH.³⁰⁸ Zudem gilt weiterhin der Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Wenn die Mitgliedstaaten zulässigerweise den Verordnungstext wiederholen, um innerhalb der eigenen Gesetze Kohärenz zu schaffen und das eigene Recht verständlich zu machen, findet dogmatisch dennoch das Unionsrecht Anwendung.

³⁰⁴ EuGH. v. 7.2.1973, C-39/72; EuGH v. 10.10.1973, C-34/73.

³⁰⁵ EuGH v. 10.10.1973, C-34/73.

³⁰⁶ *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Einführung*, Rn. 80.

³⁰⁷ *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986; a.A. wohl *Selmayr/Ehmann*, in: *Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Einführung*, Rn. 90.

³⁰⁸ Noch zu Art. 177 EGV: EuGH v. 10.10.1973, C-34/73.

V. Gesetzgebung außerhalb des Anwendungsbereichs

Die DS-GVO gilt nach Art. 2 Abs. 1 DS-GVO „für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“ Nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt demnach etwa die Verarbeitung personenbezogener Daten außerhalb eines Dateisystems, soweit die Verarbeitung in einem Dateisystem auch nicht vorgesehen ist. Umstritten ist nun, inwieweit es den Mitgliedstaaten freisteht, diese Regelungslücke zu füllen.

Nach dem gemäß Art. 5 Abs. 1 EUV geltenden Grundsatz der begrenzten Einzelmächtigung darf die Union nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 EUV nur im Rahmen der ihr übertragenen Kompetenzen tätig werden. Nach Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV verbleiben alle „der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten“ bei den Mitgliedstaaten. Art. 16 Abs. 2 AEUV normiert die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzes generell zugunsten der Union, welche somit auch die nicht in den in Art. 2 DS-GVO normierten sachlichen Anwendungsbereich fallende Verarbeitung personenbezogener Daten regeln könnte.

Soweit die Union von ihrer Kompetenz keinen Gebrauch macht, können die Mitgliedstaaten grundsätzlich Regelungen treffen. Sie verlieren ihre Kompetenz nur soweit, wie die Union ihre Gesetzgebungskompetenz auch tatsächlich ausübt. Das ergibt sich auch aus dem Grundsatz der Subsidiarität, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 EUV. Andernfalls wären die Mitgliedstaaten gezwungen, einen aus ihrer Sicht regelungsbedürftigen Bereich aufgrund einer nicht genutzten Kompetenz der Union sehenden Auges ungeregt zu lassen.

Einen Grenzfall bildet das Datenschutzrecht. Die DS-GVO beansprucht als Verordnung unmittelbare Geltung und strebt schon aufgrund ihrer Rechtsnatur Vollharmonisierung an. Mit Blick auf das Ziel einer Vollharmonisierung wird deshalb vertreten, dass die Erweiterung des Anwendungsbereichs und damit die Erhöhung des Schutzniveaus nicht unbegrenzt zulässig ist.³⁰⁹

Gleichzeitig verlangt die DS-GVO im Rahmen der Öffnungsklauseln weitreichende Ergänzungen durch die Mitgliedstaaten. Die daraus abzuleitende Folge ist

³⁰⁹ Pfrang, DuD 2018, 380, 381.

offen: Es kann hieraus zum einen abgeleitet werden, dass die DS-GVO grundsätzlich offen gegenüber Ergänzungen und Erweiterungen ist. Ebenso ist eine Auslegung dahingehend möglich, dass die DS-GVO genau vorgibt, in welchen Bereichen sie ergänzungs- und erweiterungsoffen ist. Darüberhinausgehendes wäre unzulässig. Aus dem durch die Gestaltung der DS-GVO resultierenden Zusammenspiel mit nationalem Recht lässt sich daher keine klare Aussage über die Möglichkeit der Erweiterung des Anwendungsbereichs treffen.

Aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 DS-GVO kann ebenfalls nicht abgeleitet werden, ob ein Maßstab für Regelungen außerhalb des Anwendungsbereichs gilt und wenn ja, welcher. Während die deutsche Fassung mit ihrer exklusiven Formulierung „nur“ eher für eine Zulässigkeit solcher Regelungen spricht, findet sich in der englischen Fassung lediglich die neutrale Formulierung „applies to“ ohne ausschließendes Moment. Systematisch könnte sich aus Art. 2 Abs. 2 DS-GVO ergeben, dass die DS-GVO außerhalb der dort ausgeschlossenen Bereiche umfassend für jede Form der Verarbeitung personenbezogener Daten gilt. Nicht in den Anwendungsbereich fallende Verarbeitungen wären damit schlicht nicht rechtfertigungsbedürftig. Aufgrund der unterschiedlichen Sprachfassungen und der sich hieraus ergebenden Auslegungen bleibt auch der Wortlaut für eine klare Auslegung unergiebig.

Klarheit verschafft eine teleologische Betrachtung. Das Datenschutzrecht dient dem Ausgleich des Rechts auf Schutz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Rechte der Personen, die ein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung der personenbezogenen Daten haben. Erwägungsgrund 4 zur DS-GVO³¹⁰ verweist darauf, dass das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten kein uneingeschränktes Recht ist. Wenn nun die nicht-dateimäßige Verarbeitung nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt, liegt hierin eine Wertung zugunsten der gegenläufigen Rechte. Diese Wertung darf nicht völlig ausgehöhlt werden.

³¹⁰ „¹Die Verarbeitung personenbezogener Daten sollte im Dienste der Menschheit stehen. ²Das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten ist kein uneingeschränktes Recht; es muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden. ³Diese Verordnung steht im Einklang mit allen Grundrechten und achtet alle Freiheiten und Grundsätze, die mit der Charta anerkannt wurden und in den Europäischen Verträgen verankert sind, insbesondere Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Kommunikation, Schutz personenbezogener Daten, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, unternehmerische Freiheit, Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren und Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen.“

Zutreffend verlangt *Pfrang*³¹¹ daher, dass nationale Vorschriften, die den Anwendungsbereich erweitern, zumindest im Wesentlichen die Regelungen der DS-GVO abbilden und sich in den bereichsspezifischen Kontext einfügen müssen.

VI. Gestaltungsspielraum kirchlicher Regelungen

Zusammenfassend beschränkt sich der Gestaltungsspielraum der Kirchen bei der Normierung datenschutzrechtlicher Regelungen auf die Ausgestaltung der Öffnungsklauseln, Konkretisierungen und Regelung datenschutzrechtlicher Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs der DS-GVO. Konkretisierungen sind dabei nur soweit zulässig, wie sie durch die DS-GVO eröffnet werden. Die Regelung datenschutzrechtlicher Sachverhalte, die nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallen, sind mit der Maßgabe zulässig, dass diese im Wesentlichen die Regelungen der DS-GVO abbilden und sich in den bereichsspezifischen Kontext einfügen.

Zudem dürfen Normen wiederholt werden, soweit es der Verständlichkeit kirchlicher Datenschutzregelungen dient. Hierdurch kommt es jedoch nicht zu einer Überlagerung der DS-GVO. Dogmatisch anwendbar sind weiterhin die unionsrechtlichen Regelungen. Es handelt sich hierbei vielmehr um die Erlaubnis zur „Gesetzeskosmetik“.

Unzulässig sind Änderungen bestehender Definitionen oder sonstiger in der DS-GVO normierter Regelungen, soweit nicht ein Abweichen durch diese selbst zugelassen ist. Dabei kommt den Kirchen kein gesonderter Status zu, der es ihnen gestatten würde, aufgrund ethos-bezogener Besonderheiten von diesem Rahmen abzuweichen.³¹² Im Ergebnis stehen die Kirchen im Bereich des Datenschutzes der DS-GVO wie ein eigener Mitgliedstaat gegenüber.

³¹¹ *Pfrang*, DuD 2018, 380, 381.

³¹² Hiervon zu unterscheiden ist die Bedeutung des Ethos bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie zu Beginn dieses Teils ausgeführt.

§ 5 Rahmen der beschäftigtendatenschutzrechtlichen Regelungen

Auch wenn die DS-GVO in Art. 88 Abs. 1 den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur eigenen Rechtsetzung bereichsspezifisch in Beschäftigungsverhältnissen eröffnet, hat diese den Vorgaben der Verordnung zu entsprechen. So gibt Art. 88 Abs. 1 DS-GVO den Rahmen der mitgliedstaatlichen Gesetzgebungskompetenz vor und enthält eine nicht abschließende („insbesondere“) Aufzählung von Regelungsthemen³¹³, die Gegenstand der „speziellen“ Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz sein können.³¹⁴ Grundsätzlich fällt ein Regelungsthema dann in den Kompetenzbereich eines Mitgliedstaates, wenn es dem Beschäftigungskontext zuzuordnen ist.³¹⁵

I. Sachliche Eingrenzung des Beschäftigtendatenschutzes

Regelungen unterfallen nach Art. 88 Abs. 1 DS-GVO nur dann der Öffnungsklausel, wenn diese die Daten von Beschäftigten im Beschäftigungskontext betreffen und „spezieller“ sind.

1. Personenbezogene Beschäftigungsdaten (Beschäftigtenbegriff)

Die Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz betreffen nur personenbezogene Beschäftigungsdaten.

„Personenbezogene Daten“ werden in Art. 4 Nr. 1 DS-GVO definiert als „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (nachfolgend „betroffene Person“ oder „Betroffener“ genannt) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer

³¹³ Aufgezählt werden Vorschriften für folgende Zwecke: Einstellung, Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, Management, Planung und Organisation der Arbeit, Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Schutz des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden, Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen, Beendigung des Beschäftigtenverhältnisses; so auch *Gola/Pötters/Thüsing*, RDV 2016, 57, 58.

³¹⁴ *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 667; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 8.

³¹⁵ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 8.

Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann“.

Der Begriff des Beschäftigten wird in der DS-GVO nicht definiert. Auch ein Verweis auf nationales Recht findet sich weder im Gesetz noch in den Erwägungsgründen. Entsprechend ist der Begriff des Beschäftigten unionsautonom auszulegen.³¹⁶ Umstritten ist jedoch, ob hierbei auf den Beschäftigten- bzw. Arbeitnehmerbegriff des EuGH zurückgegriffen werden kann oder ob der Begriff verordnungsautonom auszulegen ist.

a. Verordnungsautonome Auslegung

Aufgrund der zentralen Bedeutung des Begriffs für die DS-GVO soll nach *Riesenhuber* dessen autonome Auslegung für die Verordnung geboten sein.³¹⁷ Die europäische Methodenlehre verlange die autonome Auslegung eines Rechtsbegriffs für jeden einzelnen Rechtsakt,³¹⁸ welcher sich an dem jeweiligen Sinn und Zweck des Gesetzes orientieren müsse.³¹⁹ Der Wortlaut deute demnach darauf hin, dass der Gesetzgeber „auf eine tatsächliche Gegebenheit Bezug nehmen“ und keine „rechtliche Einordnung“ gewollt habe.³²⁰ Hierfür sprächen zum einen die Verwendung des Begriffs des „Arbeitsvertrages“ in der DS-GVO und die damit einhergehende Unterscheidung zwischen Arbeitnehmer und Beschäftigter. Zum anderen tendierten die englische („employees‘ personal data in the employment context“) und die französische („des données à caractère personnel des employés dans le cadre des relation de travail“) Sprachfassung in diese Richtung.³²¹ Ein weiteres Argument für eine funktionale, weite Auslegung des Beschäftigtenbegriffs lieferten systematische Gleichbehandlungsgedanken. Nur so sei eine stimmige Gesamtregelung möglich, ansonsten müsste zwischen Arbeitnehmern im

³¹⁶ Vgl. *Wank*, EuZW 2018, 21, 22; *Maschmann*, DB 2016, 2480, 2482.

³¹⁷ *Riesenhuber*, in: BeckOk Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 29.

³¹⁸ *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10, Rn.22; vgl. auch *Wank*, EuZW 2018, 21, 22.

³¹⁹ *Wank*, EuZW 2018, 21, 22.

³²⁰ *Riesenhuber*, in: BeckOk Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 30.

³²¹ *Riesenhuber*, in: BeckOk Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 30.

engeren Sinne und sonstigen Beschäftigten unterschieden werden, was integrationspolitischen Gedanken zuwiderlaufen würde, da die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und Beamten nicht in allen Mitgliedstaaten gleich vollzogen würde, wodurch eine Beschränkung auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse eine uneinheitlichen Anwendung der Öffnungsklausel zur Folge hätte.³²²

Im Ergebnis umfasse Art. 88 Abs. 1 DS-GVO damit alle Personen in „abhängiger Beschäftigung nach Weisung des Dienstherrn“.³²³ Dies umfasse sowohl in einem privatrechtlichen als auch in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis tätige Personen, inklusive Beamter, Soldaten und Richter sowie rein „faktisch“ Beschäftigte, Bewerber, Auszubildende und Beschäftigte nach der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.³²⁴

b. Beschäftigtenbegriff des EuGH

Weiter ist wohl die Auffassung verbreitet, dass auf den Beschäftigtenbegriff bzw. Arbeitnehmerbegriff des EuGH zurückgegriffen werden könne.³²⁵ *Franzen* verweist hierbei auf die grundsätzliche autonome Begriffsbestimmung des Unionsrechts³²⁶, insbesondere des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs, welcher vom EuGH zu auf Art. 45 AEUV basierenden Richtlinien entwickelt wurde.³²⁷ Dieser Rechtsprechung des EuGH nach gilt jeder als „Arbeitnehmer“, „der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit

³²² *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 30.

³²³ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 32.

³²⁴ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 30 f.; so auch im Ergebnis *Tiedemann*, ArbRB 2016, 334, 334 f.

³²⁵ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 20; *Pötters*, in: *Gola*, DS-GVO, Art. 88, Rn. 10; für den Arbeitnehmerbegriff des EuGH v. 11.11.2015 – C-422/14, Rn. 29; *Pauly*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO, Art. 88, Rn. 7.

³²⁶ Vgl. hierzu *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rn. 10.

³²⁷ Vgl. hierzu *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 45 AEUV, Rn. 10 ff.; allgemein zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH siehe *Wank*, EuZW 2018, 21 ff.

für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“.³²⁸

Kritisiert wird die Heranziehung eines allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs insbesondere damit, dass es einen solchen nicht gebe.³²⁹ Es sei vielmehr jeweils nach Sinn und Zweck der speziellen Regelung zu fragen.³³⁰ Zutreffend sei jedoch die Herausarbeitung der Merkmale Weisungsgebundenheit, Eingliederung und eigenes unternehmerisches Risiko, welche bei der teleologischen Begriffsbildung heranzuziehen seien.³³¹

c. Stellungnahme

Methodisch ist eine autonome Auslegung des Beschäftigtenbegriffs geboten, insbesondere da sich aus der Verordnung oder den dazugehörigen Materialien kein Verweis auf den Beschäftigten- oder Arbeitnehmerbegriff des EuGH ableiten lässt.

Zwar steht der Begriff des „Beschäftigten“ der Lesart „Arbeitnehmer“ grundsätzlich nicht entgegen.³³² Das ergibt sich etwa aus der englischen Sprachfassung³³³, die eine solche Unterscheidung zum „Arbeitsvertrag“, wenn jeweils der Begriff des „employee“ in „employment context“ und „contract of employment“ verwendet wird, nicht vornimmt. Dennoch scheint eine Reduzierung auf Arbeitnehmer im Sinne einer privatrechtlichen, vertraglichen und weisungsgebundenen Beschäftigung zu eng gegriffen. Zwar ist das Argument, dass eine weite Ausdeh-

³²⁸ EuGH v. 07.04.2011 - C-519/09 Rn. 21, verweisend auf seine ständige Rechtsprechung mit entsprechenden Nachweisen.

³²⁹ Insbesondere *Wank*, EuZW 2018, 21, 29.

³³⁰ *Wank*, EuZW 2018, 21, 30.

³³¹ *Wank*, EuZW 2018, 21, 29

³³² *Maschmann*, DB 2016, 2480, 2481; *Wank*, EuZW 2018, 21, 24.

³³³ Englische Sprachfassung von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO: „Member States may, by law or by collective agreements, provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees' personal data in the employment context, in particular for the purposes of the recruitment, the performance of the contract of employment, including discharge of obligations laid down by law or by collective agreements, management, planning and organisation of work, equality and diversity in the workplace, health and safety at work, protection of employer's or customer's property and for the purposes of the exercise and enjoyment, on an individual or collective basis, of rights and benefits related to employment, and for the purpose of the termination of the employment relationship.“

nung des Begriffs die Zahl der unter den Beschäftigtendatenschutz fallenden Personen erhöht und damit mehr Personen unter unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften fallen, nicht von der Hand zu weisen. Eine zu restriktive Auslegung würde jedoch zu einer unterschiedlichen datenschutzrechtlichen Behandlung innerhalb eines Unternehmens oder einer Einrichtung führen.

Zudem ist eine Ausweitung auf Beamte und im öffentlichen Dienst Angestellte mit Blick auf eine den Integrationszweck des Unionsrechts fördernde Auslegung³³⁴ der Verordnung geboten.

Im Ergebnis entspricht der Beschäftigtenbegriff auch bei verordnungsautonomer Auslegung damit dem weiten Beschäftigtenbegriff des EuGH. Insbesondere gelten auch Beamte und im öffentlichen Dienst angestellte Personen als Beschäftigte.

d. Übertragung auf die Kirchen

Die umfassende Auslegung des Beschäftigtenbegriffs wirkt sich auch auf die Reichweite des kirchlichen Beschäftigtenschutzes aus. Auch im kirchlichen Bereich unterfallen neben Bediensteten auch Kirchenamtsträger als Pendant zum Beamtentum dem Beschäftigtenbegriff. Kirchenamtsträger sind wie Beamte dem Hoheits- bzw. Kirchengewaltsträger unmittelbar zuzuordnen und werden in dessen Namen tätig. Es liegt insoweit ein Art. 33 Abs. 4 GG entsprechendes Dienst- und Treueverhältnis vor. Ebenso erfasst sind Leiharbeiter und solche in Gestellungsverhältnissen, wie etwa die Rote-Kreuz-Schwester.

2. Beschäftigungskontext

Neben dem Begriff des Beschäftigten ist weiterhin der Begriff des Beschäftigungskontextes und damit der notwendige Sachzusammenhang für eine Subsumtion unter Art. 88 DS-GVO auslegungsbedürftig.

³³⁴ *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10, Rn. 44.

a. Extensive Auslegung

Dabei spricht die beispielhafte Zweckaufzählung in Art. 88 Abs. 1 DS-GVO zunächst für eine weite Auslegung.³³⁵ Hierfür spricht insbesondere, dass nach dem Normtext sowohl die Anbahnung („Einstellung“), inklusive der Bewerbungsphase³³⁶, als auch die nachvertragliche Phase („Beendigung“) zum Beschäftigungskontext zählen.³³⁷ Nach *Franzen* zeige sich der weite Rahmen der Arbeitsbeziehung am deutlichsten in der französischen Sprachfassung.³³⁸

b. Restriktive Auslegung

Für eine eher restriktive Auslegung spricht dagegen der Verordnungscharakter. Die DS-GVO ziele als Verordnung durch ihre unmittelbare Anwendbarkeit nach Art. 288 Abs. 2 AEUV auf eine Vollharmonisierung ab, im Gegensatz zur Richtlinie, die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV lediglich in ihren Zielen verbindlich ist.³³⁹ Eine extensive Auslegung von Öffnungsklauseln würde den Verordnungscharakter aufweichen³⁴⁰ und die Harmonisierungswirkung gefährden³⁴¹.

c. Nähe zum Beschäftigungsverhältnis

Neben der Frage, welche Sachverhalte unter dem Begriff des Beschäftigungskontextes fällt, gilt es zu klären, wie eng eine Datenverarbeitung mit diesem verknüpft sein muss, um in den Anwendungsbereich des Art. 88 DS-GVO bzw. eben

³³⁵ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 20; *ders.*, *EuZA* 2017, 313, 349; so wohl auch *Riesenhuber*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 88 DS-GVO, Rn. 53 f.

³³⁶ *Pauly*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO, Art. 88, Rn. 10.

³³⁷ *Tiedemann*, *ArbRB* 2016, 334, 335; *Riesenhuber*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 88 DS-GVO, Rn. 53.

³³⁸ *Franzen*, *EuZA* 2017, 313, 348.

³³⁹ *Pötters*, in: *Gola*, DS-GVO, Art. 288, Rn. 3.

³⁴⁰ *Pötters*, in: *Gola*, DS-GVO, Art. 288, Rn. 3; allgemein zur Kritik an der Handlungsform siehe *Kühling/Martini*, *EuZW* 2016, 448 ff. „eher richtlinienähnliche Vorgaben mit weitreichenden Öffnungsklauseln“, S. 454.

³⁴¹ *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, Art. 88, Rn. 15.

der auf diesem beruhenden Normen zu fallen. So fordert *Pauly*³⁴² etwa einen engen Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis. Die bloße Überwachung eines Geschäftsraumes, einer betrieblichen Grundstücksgrenze oder einer nicht von Menschen bedienten technischen Anlage würde nicht von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO umfasst. Ebenso stünden sonstige Schuldverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem, etwa die Vermietung einer Werkswohnung, sowie der Erwerb von Speisen in der Betriebskantine nicht in einem Beschäftigungskontext.³⁴³

d. Stellungnahme

Zweifelsohne wirkt eine extensive Auslegung des Beschäftigtenkontexts desintegrierend. Jedoch lässt sich auch die Vollharmonisierung des Datenschutzes als durchgehender Zweck der DS-GVO hinterfragen, was gerade durch die Anzahl der Öffnungsklauseln deutlich wird. Speziell die ausdrückliche Nennung des Schutzes des Eigentums des Arbeitgebers und insbesondere der Kunden und damit Dritter³⁴⁴ in Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, also nicht in das Beschäftigungsverhältnis involvierter Personen, zeigt, dass auch nicht unmittelbar mit dem Beschäftigungsverhältnis verknüpfte Zwecke nach dem Verständnis des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO im Beschäftigungskontext stehen.

Ob der Begriff des Beschäftigtenkontextes weit oder eng auszulegen ist, kann sich daher nicht allein aus der Handlungsform als Verordnung ergeben. Vielmehr hängt die Auslegung von Vorgaben und Zielen der jeweiligen Rechtsnorm ab. Hierfür liefern die umfangreichen Beispiele des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO ausreichend Anhaltspunkt, aus denen sich eine extensive Auslegung ergibt.

Zuzustimmen ist der Exklusion von Schuldverhältnissen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigtem, die in keinem unmittelbaren, notwendigen Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen, also solche, für die das Beschäftigungsverhältnis nicht Grundlage des zusätzlichen Schuldverhältnisses ist. Zwar würde eine Werkswohnung ohne Beschäftigungsverhältnis nicht als solche vermietet werden. Die mit dem Abschluss und der Durchführung des Mietvertrages verbun-

³⁴² *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 11.

³⁴³ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 11; *Maschmann* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 18.

³⁴⁴ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 16.

dene Datenverarbeitung kann jedoch kaum als Folge der aus dem Beschäftigungsverhältnis resultierenden Abhängigkeit angesehen werden. Gleiches gilt für den Erwerb von Speisen in der Betriebskantine.

Weitere Erkenntnisse für die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs ergeben sich aus der Herausnahme der Einwilligung des Beschäftigten für die Datenverarbeitung im Beschäftigtendatenschutz nach Art. 88 DS-GVO.³⁴⁵ Damit umfasst Art. 88 Abs. 1 DS-GVO primär solche Datenverarbeitungszwecke, für die eine Einwilligung des Beschäftigten aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses nur unter strengen Voraussetzungen als freiwillig qualifiziert werden kann.

Zweifelhaft ist, ob die Überwachung von Geschäftsräumen und Grundstücken des Betriebs- bzw. Geschäfts- oder Einrichtungsgeländes sowie sich hier befindenden Anlagen eine ausreichende Nähe zum Beschäftigungsverhältnis aufweisen. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO nennt ausdrücklich den Schutz des Eigentums des Arbeitgebers und von Kunden, was auch die Videoüberwachung³⁴⁶ umfasst. Hieraus folgt, dass auch die Videoüberwachung technischer Anlagen, als Eigentum des Arbeitgebers, unter Art. 88 Abs. 1 DS-GVO fällt. Zudem umfasst das Eigentum auch unbefugtes Betreten von Räumen und Grundstücken sowie den dortigen Aufenthalt, wodurch auch deren Videoüberwachung Art. 88 Abs. 1 DS-GVO unterfällt.

3. Spezialität mitgliedstaatlicher Regeln zum Beschäftigtendatenschutz

Mitgliedstaatliche Regelungen unterfallen nur dann der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, wenn diese spezieller als die andernfalls subsidiär geltenden Regelungen der DS-GVO sind. Die auf Art. 88 DS-GVO basierenden Regelungen müssen demnach die bereits vorhandenen Regelungen der DS-GVO konkretisieren, ohne von deren Schutzniveau abzuweichen.³⁴⁷ Hieraus ergeben sich enge Grenzen für mitgliedstaatliche Regelungen.

³⁴⁵ Pauly, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 9.

³⁴⁶ Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 62.

³⁴⁷ Wytibul, NZA 2017, 413; Maschmann, DB 2016, 2480; Kort, ZD 2016, 555; Brink/Düwell, NZA 2016, 665, 666.

Gegenteilig wird teils vertreten, dass den Mitgliedstaaten ein beträchtlicher Spielraum bei der Gestaltung des Beschäftigtendatenschutzes zukomme.³⁴⁸ Das ergebe sich zum einen daraus, dass die Formulierung „in den Grenzen“ der DS-GVO aus dem Ursprungsentwurf der Kommission aus dem Jahr 2012 gestrichen worden sei. Zum anderen daraus, dass die Richtlinie 95/46/EG, auf welche die DS-GVO folgt, nach EuGH-Rechtsprechung vollharmonisierende Wirkung und keine Öffnungsklauseln enthalten habe. Dass sich nun eine Öffnungsklausel in Art. 88 DS-GVO findet, spräche dafür, dass sich der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erweitern solle. Entsprechend sei etwa ein höheres Schutzniveau möglich.

Der Gegenauffassung ist entgegenzuhalten, dass bei der Argumentation die Natur des Ordnungscharakters nicht ausreichend berücksichtigt wird. So würde sich aus der Ergänzung, dass sich mitgliedstaatliche Regelungen „in den Grenzen der DS-GVO“ bewegen müssten, keinerlei Änderung der Auslegung der Norm ergeben. Jede Regelung außerhalb der DS-GVO ist entweder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar geltendes Unionsrecht, Art. 288 Abs. 2 AEUV, unanwendbar oder steht in keinem Konkurrenzverhältnis, weil der Sachverhalt nicht durch Unionsrecht geregelt ist. Ähnlich verhält es sich mit der im Vergleich zu der vorhergehenden Richtlinie ergänzten Öffnungsklausel: Ohne Öffnungsklausel ist jede mitgliedstaatliche Gesetzgebung aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verordnung unanwendbar. Zudem wäre es widersprüchlich, wenn durch die Änderung der Rechtsform von der nicht unmittelbar geltenden Richtlinie hin zur unmittelbar geltenden Verordnung ein höherer Spielraum der Mitgliedstaaten einhergehen soll.

Es bleibt daher lediglich der konkret vorgegebene Rahmen für mitgliedstaatliche Regelungen auf Grundlage der Öffnungsklausel. Die Möglichkeit, vom Schutzniveau der DS-GVO abzuweichen, muss sich aus der DS-GVO ableiten lassen. Andernfalls würde die der jeweiligen Regelung zugrundeliegende Wertentscheidung, dass das entgegenstehende Recht höher als das Recht auf Datenschutz zu werten sei, konterkariert.

³⁴⁸ *Traeger/Rose*, BB 2016, 819, 830.

II. Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen

Art. 88 Abs. 1 DS-GVO eröffnet den Mitgliedstaaten und damit auch den Kirchen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz in Form von Rechtsvorschriften und Kollektivvereinbarungen. Genannt wird ausdrücklich jedoch nur die Betriebsvereinbarung in Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO³⁴⁹. Nachfolgend soll daher untersucht werden, welche kirchenrechtlichen Regelungsinstrumente hiervon erfasst sind.

1. Rechtsvorschriften

Rechtsvorschriften umfassen alle hoheitlichen abstrakt-generellen Regelungen.³⁵⁰ Aus der englischen („by law“) und der französischen („par la loi“) Sprachfassung lasse sich nach verbreiteter Auffassung schließen, dass hierzu auch Gewohnheitsrecht und richterliche Rechtsfortbildung zählen.³⁵¹ Für eine weite Auslegung spreche auch der Zweck der Regelung. Durch die Öffnungsklausel werde Mitgliedstaaten die Möglichkeit zur eigenen Rechtsetzung in einem weiten Rahmen eingeräumt. Eine Reduzierung auf einen engen Kreis an Regelungstechniken erschiene sodann widersprüchlich.³⁵²

Aus Erwägungsgrund 41 zur DS-GVO³⁵³ ergibt sich, dass es sich bei einer Rechtsvorschrift nicht um ein vom Parlament erlassenes, also formelles, Gesetz handeln muss. Insoweit ist einer weiten Auslegung zuzustimmen. Ob hierunter auch Richterrecht fällt, hängt nach Heranziehung von Erwägungsgrund 41 zur

³⁴⁹ Siehe Fußnote 284.

³⁵⁰ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 50; *Pauly* nennt zusätzlich „für jedermann verbindlich“ als Teil der Definition, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 5.

³⁵¹ *Franzen*, EuZA 2017, 313, 347; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 50.

³⁵² *Franzen*, EuZA 2017, 313, 347.

³⁵³ „Wenn in dieser Verordnung auf eine Rechtsgrundlage oder eine Gesetzgebungsmaßnahme Bezug genommen wird, erfordert dies nicht notwendigerweise einen von einem Parlament angenommenen Gesetzgebungsakt; davon unberührt bleiben Anforderungen gemäß der Verfassungsordnung des betreffenden Mitgliedstaats. 2Die entsprechende Rechtsgrundlage oder Gesetzgebungsmaßnahme sollte jedoch klar und präzise sein und ihre Anwendung sollte für die Rechtsunterworfenen gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden „Gerichtshof“) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vorhersehbar sein.“

DS-GVO von der jeweiligen Verfassung ab. Dies ist dann für einen Mitgliedstaat zu bejahen, wenn richterliche Rechtsfortbildung als Rechtsgrundlage herangezogen werden kann. Nach deutschem Verfassungsrecht obliegt es den Gerichten, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu konkretisieren.³⁵⁴ Das jeweilige Recht muss sich jedoch bereits aus der Rechtsvorschrift ergeben und kann nicht allein auf Richterrecht gestützt werden. Entsprechend fällt für die Nutzung der Öffnungsklausel im Geltungsbereich des Grundgesetzes das Richterrecht nicht unter den Begriff der Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO.³⁵⁵

Anderes gilt für das Gewohnheitsrecht. Dieses kann verfassungsgemäß als Rechtsgrundlage dienen³⁵⁶ und ist damit eine von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO zulässige Handlungsform. Ebenfalls umfasst sind Rechtsverordnungen und Satzungen.³⁵⁷

Die Ausführungen gelten auch für die auf Art. 91 Abs. 1 und Art. 88 DS-GVO basierenden Rechtsvorschriften der Kirchen. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV bietet zwar die Möglichkeit, eigene Angelegenheiten zu ordnen und zu verwalten, was jedoch nicht dazu führt, dass das Grundgesetz keine Geltung im kirchlichen Bereich mehr entfaltet.

Zwar ist Kirchengewalt keine hoheitliche Gewalt im Sinne des Grundgesetzes. Sie stellt jedoch wie die Hoheitsmacht die Ausübung von rechtsetzender Gewalt über ihre Mitglieder dar. Da im Rahmen der Öffnungsklauseln Kirchen in der Gesetzgebung ebenso frei sind wie Mitgliedstaaten, sind auch Kirchengesetze wie das KDG und das DSG-EKD Rechtsvorschriften im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO zu qualifizieren.

³⁵⁴ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 23.

³⁵⁵ So auch im Ergebnis *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 23.

³⁵⁶ Zur Entstehung, Änderung und den Grenzen von Gewohnheitsrecht vgl. *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97.

³⁵⁷ *Franzen*, EuZA 2017, 313, 347; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 50; *Tiedemann*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 88, Rn. 8; allgemein auch materielle Gesetze umfassend *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 23.

2. Kollektivvereinbarungen

Unter Kollektivvereinbarungen im Sinne von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO fallen nach allgemeiner Auffassung sowohl Tarifverträge als auch Betriebsvereinbarungen.³⁵⁸ Darüber hinaus ist der Begriff der Kollektivvereinbarung in der DS-GVO nicht definiert und entsprechend verordnungsautonom auszulegen. Um dem Regelungszweck des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gerecht zu werden, muss die Kollektivvereinbarung eine Befugnisnorm im Sinne des Art. 6 DS-GVO darstellen und zumindest den Arbeitgeber als Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO binden.³⁵⁹

Aus Art. 88 Abs. 1 DS-GVO ergibt sich nicht unmittelbar, ob durch Kollektivvereinbarungen vom datenschutzrechtlichen Schutzniveau abgewichen werden darf.³⁶⁰ Da für Kollektivvereinbarungen keine besonderen Vorschriften erlassen wurden, gelten für diese dieselben Voraussetzungen wie für Rechtsvorschriften, welche den Beschäftigtendatenschutz lediglich konkretisieren³⁶¹, vom Schutzniveau jedoch nicht abweichen dürfen.

a. Arbeitsvertragsrichtlinien als Kollektivvereinbarungen

Fraglich ist, ob auch Arbeitsvertragsrichtlinien („AVR“) Kollektivvereinbarungen i.S.d. Art. 88 Abs. 1 DS-GVO sind. Anders als Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind AVR kein Ergebnis einer Verhandlung, deren Ausgangspunkt gegensätzlichen Positionen sind. Verfahren verhandelt. Vielmehr sind sie das Ergebnis eines kooperativen Verfahrens zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer. Dabei bedarf es zur Geltung der AVR einer Bezugnahmeklausel im Arbeitsvertrag, da der Arbeit- oder Dienstgeber an AVR nicht bereits wie an Tarifverträge nach § 4 Abs. 1 TVG gebunden ist.³⁶²

³⁵⁸ Siehe nur *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 24; *Franzen*, EuZA 2017, 313, 347; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 51; *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, Art. 88, Rn. 13; *Tiedemann*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 88, Rn. 9; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 5.

³⁵⁹ *Maschmann* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 26; ähnlich *Tiedemann*, in: Sydow, DS-GVO, Art. 88, Rn. 9; *Pauly* in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 5.

³⁶⁰ Gegen die Möglichkeit einer Absenkung etwa *Kort*, ZD 2016, 555, 557.

³⁶¹ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 52.

³⁶² Vgl. BAG v. 23.11.2017 – 6 AZR 739/15, Rn. 28.

Den Mitgliedstaaten wird ein weiteres Feld an Regelungstypen zur Verfügung gestellt, um die Verordnungsvorgaben umzusetzen. Sieht das mitgliedstaatliche Recht andere kollektivrechtliche Regelungstypen im Arbeitsrecht als Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung vor, kann diesem hierdurch kein Nachteil entstehen, soweit die definitorischen Anforderungen erfüllt sind. Unabhängig von den einzelnen Voraussetzungen für die Wirksamkeit stellen AVR eine Möglichkeit der verbindlichen „kollektiven Arbeitsrechtssetzung“³⁶³ dar. Soweit sich aus AVR also die Befugnis zur Verarbeitung von Beschäftigtendaten ergibt, für welche der Arbeit- oder Dienstgeber Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO ist, sind AVR als Kollektivvereinbarungen im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO zu qualifizieren.

b. Dienstvereinbarung als Kollektivvereinbarung

Die Dienstvereinbarung entspricht nach dem allgemeinen deutschen Verständnis der Betriebsvereinbarung, die eben nicht zwischen Privaten, sondern zwischen öffentlich-rechtlichem Dienstgeber und der Dienstnehmersvertretung geschlossen wurde.³⁶⁴ Dasselbe gilt für im kirchlichen Bereich zwischen sodann kirchlichem Arbeitgeber und Dienstnehmersvertretung geschlossener Dienstvereinbarung, die damit wohl unzweifelhaft als Kollektivvereinbarung im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gelten dürfte.

Kapitel 2 – Bestandsaufnahme kirchlicher Datenschutzregeln in Beschäftigungsverhältnissen

Der kirchliche Datenschutz in Beschäftigungsverhältnissen fand bislang kaum Aufmerksamkeit in der Literatur. Daher sollen vor dessen Analyse, in welcher auf die unklaren und vom weltlichen Beschäftigtendatenschutz wesentlich abweichenden Regelungen eingegangen wird, die einschlägigen Regelungen im Wege einer „Bestandsaufnahme“ überblicksweise dargestellt werden. Da für die Analyse der kirchlichen Datenschutznormen regelmäßig die weltliche Regelung des

³⁶³ BAG v. 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11.

³⁶⁴ Müller-Gllöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 611, Rn. 373.

§ 26 BDSG herangezogen wird und als Basis für erfolgreiche Vergleiche dient, soll auch diese mit ihren wesentlichen Regelungen dargestellt werden.

§ 1 Bestandsaufnahme evangelischer Beschäftigtendatenschutz

Der Beschäftigtendatenschutz der evangelischen Kirche ist in § 49 DSG-EKD geregelt. Die Norm besteht aus neun Absätzen, deren Systematik im Folgenden dargestellt werden soll.

I. Grundsatz des § 49 Abs. 1 DSG-EKD

Nach § 49 Abs. 1 DSG-EKD dürfen Daten von Beschäftigten „nur verarbeitet werden, soweit dies zur Begründung, Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch für Zwecke der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist“.

II. Regelungstypen

Erlaubnistatbestände können nach Abs. 1 a.E. darüber hinaus in weiteren Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Dienstvereinbarungen weitere Verarbeitungszwecke vorsehen. Nicht ausdrücklich genannt werden AVR als Pendant des Dritten Weges zum Tarifvertrag.

III. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung

§ 49 Abs. 3 S. 1 DSG-EKD sieht für den Fall einer Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung vor, dass für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung die bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person ebenso zu berücksichtigen ist, wie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt wurde. Damit nimmt das

DSG-EKD die Problematik der Freiwilligkeit einer Einwilligung in einem Abhängigkeitsverhältnis³⁶⁵ als spezifischere Regelung zum Beschäftigtendatenschutz auf.

Satz 2 enthält die Vermutung, dass eine Einwilligung insbesondere dann freiwillig sein kann, wenn der beschäftigten Person hieraus rechtliche oder wirtschaftliche Vorteile entstehen oder die betroffene Person und die verantwortliche Stelle „gleichgelagerte Interessen verfolgen“. Welcher Natur diese Interessen sein müssen, wird nicht weiter ausgeführt.

IV. Verarbeitung im Zusammenhang mit Straftaten und Amtspflichtverletzungen

§ 49 Abs. 2 DSG-EKD erlaubt die Verarbeitung von Beschäftigungsdaten im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Straftaten und Amtspflichtverletzungen. Dabei wirft die Regelung insbesondere mit Blick auf deren Reichweite mehrere Fragen auf. Es wird im folgenden Kapitel insbesondere zu klären sein, welche Anforderungen an den Zusammenhang zu stellen sind und welche Nähe an das Beschäftigungsverhältnis zu fordern ist. Ebenso wird zu untersuchen sein, ob „Straftaten“ auch unterschwellige Vergehen und „Amtspflichtverletzungen“ bloße Vertragsverletzungen erfassen.

V. Offenlegung von Daten

§ 49 Abs. 4 DSG-EKD erlaubt die Offenlegung der Daten von Beschäftigten an Personen und Stellen außerhalb des kirchlichen Bereichs nur dann, wenn kirchliche Interessen der Offenlegung nicht entgegenstehen und eine („oder“, Ende von Nr. 3) der genannten Varianten vorliegt. Genannt werden:

1. die empfangende Person oder Stelle legt ein überwiegendes rechtliches Interesse dar;
2. Art oder Zielsetzung der dem oder der Beschäftigten übertragenen Aufgaben erfordert die Offenlegung;

³⁶⁵ Vgl. hierzu *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 9.

3. es ist offensichtlich, dass die Offenlegung im Interesse der betroffenen Person liegt und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass sie in Kenntnis des Zwecks der Offenlegung ihre Einwilligung nicht erteilen würde oder
4. die Verarbeitung erscheint zur Aufdeckung einer Straftat oder Amtspflichtverletzung oder zum Schutz möglicher Betroffener erforderlich.

VI. Medizinische und psychologische Untersuchungen

Sowohl § 49 Abs. 6 DSGVO als auch Abs. 8 nennen medizinische und psychologische Daten. Die Absätze 6 und 8 des § 49 DSGVO sind entsprechend gemeinsam zu betrachten.

Zunächst nennt § 49 Abs. 6 DSGVO Voraussetzung für die Durchführung medizinischer und psychologischer Untersuchungen und Tests, also die Erhebung medizinischer und psychologischer Daten (Gesundheitsdaten, s.o.). Aus Satz 2 ergibt sich, dass die verantwortliche Stelle die Offenlegung tätigkeitsbezogener Risikofaktoren nur bei medizinischen oder psychologischen Bedenken verlangen darf, ansonsten darf sie lediglich das Ergebnis der Begutachtung³⁶⁶ verlangen. Darüber hinaus ist eine Weiterverarbeitung der erhobenen Gesundheitsdaten nur für den der Erhebung zugrundeliegenden Zweck zulässig, es sei denn, es liegt eine schriftliche Einwilligung des Betroffenen vor (Satz 3).

Nach § 49 Abs. 8 DSGVO ist eine automatisierte Verarbeitung der Ergebnisse medizinischer und psychologischer Daten nur zum Schutz der oder des Beschäftigten zulässig.

³⁶⁶ Nach dem aus der Norm ableitbaren Ablauf, wie die verantwortliche Stelle eine medizinische oder psychologische Untersuchung verlangen, in der sie der untersuchenden Person den tätigkeitsbezogenen Anlass und Zweck der Untersuchung mitteilt (Satz 1), woraufhin die Untersuchung von Fachpersonal und nicht der verantwortlichen Stelle selbst durchgeführt wird. Sollte das Ergebnis der Begutachtung keine medizinischen oder psychologischen Bedenken zutage tragen, darf die verantwortliche Stelle allein die Offenlegung dieses Ergebnis („Unbedenklichkeit“) verlangen (Satz 2, 1. HS). Sollten medizinische oder psychologische Bedenken bestehen, darf die Verantwortliche Stelle nicht die Offenlegung sämtlicher durch die untersuchende Person erhobenen Daten verlangen, sondern lediglich der festgestellten Risikofaktoren.

VII. Löschpflicht

§ 49 Abs. 7 DSGVO normiert eine spezifische Löschpflicht von Bewerberdaten, sobald feststeht, dass kein Arbeitsverhältnis zustande kommt.

VIII. Verarbeitungsverbot

Das in § 49 Abs. 9 DSGVO enthaltene Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten, die im Rahmen der Datensicherung gespeichert werden, zu anderen Zwecken als der Datensicherung, ist eine Präzisierung des in Art. 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO normierten Grundsatzes der Zweckbindung. Dieser verbietet eine Weiterverarbeitung personenbezogener Daten in einer mit den ursprünglichen, festgeschriebenen Zwecken nicht zu vereinbarenden Weise.

§ 2 Bestandsaufnahme katholischer Beschäftigtendatenschutz

Der VDD regelt den Datenschutz für den katholischen Bereich in § 53 KDG. Die aus vier Absätzen bestehende Regelung ist dabei wesentlich undifferenzierter als § 49 DSGVO.

I. Umfassende Verarbeitungserlaubnis nach § 53 KDG

§ 53 Abs. 1 KDG erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Beschäftigten, „wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigtenverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

II. Nicht automatisierte Verarbeitung

§ 53 Abs. 3 KDG erweitert diese umfassende Erlaubnisnorm um nicht automatisierte Verarbeitungen („ohne dass sie automatisiert verarbeitet [...] werden.“) und die Verarbeitung im Zusammenhang mit nicht automatisierten Dateien („in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet oder für die Verarbeitung in

einer solchen Datei erhoben werden“). Damit ist jede Form der Verarbeitung, sowohl automatisiert als auch nicht automatisiert, von automatisierten Daten und nicht automatisierten Daten erfasst. Mangels entsprechender Differenzierung erfasst die Regelung dabei auch die Verarbeitung von Religionsdaten und damit Daten besonderer Kategorien im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO.

III. Datenverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung

§ 53 Abs. 2 KDG erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Aufdeckung von Straftaten, die „im Beschäftigungsverhältnis“ begangen wurden. Voraussetzung ist, dass dokumentierte tatsächliche Anhaltspunkte einen entsprechenden Verdacht begründen, „die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt“. § 53 Abs. 2 a.E. KDG verweist auf die Bedeutung der Art und des Ausmaßes im Verhältnis zum Anlass der Verarbeitung oder das Bestehen einer Rechtsvorschrift für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

IV. Unberührtheit der Beteiligungsrechte der MAV

Nach § 53 Abs. 4 KDG bleiben die Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretungsordnungen unberührt. Hieraus folgt dem Wortlaut nach keine Möglichkeit für die Mitarbeitervertretung, beschäftigendatenschutzrechtliche Regelungen mittels Dienstvereinbarung zu treffen. Auch sonstige Kollektivvereinbarungen zur Regelung des Beschäftigendatenschutzes sind in § 53 KDG nicht vorgesehen. Die katholische Kirche macht somit keinen Gebrauch von der Möglichkeit des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, den Beschäftigendatenschutz mittels Kollektivvereinbarungen zu regeln.

§ 3 Regelungen zum Beschäftigendatenschutz des BDSG

Der weltliche Beschäftigendatenschutz ist im Wesentlichen in § 26 BDSG geregelt. Darüber hinaus treffen den Arbeitgeber als verantwortliche Stelle weitere Pflichten aus der DS-GVO.

I. Aufbau des § 26 BDSG

1. Generalklausel

§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG enthält eine weite³⁶⁷ Erlaubnisnorm für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten zu Beschäftigungszwecken.³⁶⁸ Dabei deckt die Norm alle Phasen der Beschäftigung – Einstellung, Durchführung und Beendigung – ab.³⁶⁹ Die Regelung ist als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet.³⁷⁰

§ 26 Abs. 8 BDSG zählt auf, welche Beschäftigten in den persönlichen Anwendungsbereich³⁷¹ des Beschäftigtendatenschutzes fallen. Aufgezählt werden neben Arbeitnehmern auch Leiharbeiter, Auszubildende, Rehabilitanden, Beschäftigte in Behindertenwerkstätten, Jugend- und Bundesfreiwilligendienst Absolvierende, Arbeitnehmerähnliche Personen, Beamte, Bewerber und Personen, deren Arbeitsverhältnis beendet ist.³⁷² Der Begriff des Beschäftigten ist demnach in § 26 BDSG ebenso wie in Art. 88 DS-GVO weit zu verstehen.

Keine Definition liefert § 26 BDSG zum Begriff der Erforderlichkeit. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass im Rahmen der Erforderlichkeit „die widerstreitenden Grundrechtspositionen zur Herstellung praktischer Konkordanz abzuwägen“ sind, wobei „die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten zu einem schonenden Ausgleich zu bringen [sind], der beide Interessen möglichst weitgehend berücksichtigt.“³⁷³ Gemeint ist mit „Erforderlich“ also nicht erforderlich für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Sinne einer zwingender „Notwendigkeit“. Vielmehr wird mit dem Kriterium der Erforderlichkeit eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen einer Interessenabwägung normiert.³⁷⁴

³⁶⁷ *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1083.

³⁶⁸ *Wybitul*, NZA 2017, 413, 414; *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1083.

³⁶⁹ *Kort*, ZD 2017, 319, 320.

³⁷⁰ *Reiserer/Christ/Heinz*, DStR 2018, 1501, 1502.

³⁷¹ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 21.

³⁷² Vgl. zur Terminologie *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 21 ff.

³⁷³ BT-Drucks. 18/11325, S. 97.

³⁷⁴ *Kort*, ZD 2017, 319, 320, dort auch zur Kritik an dem Begriff der „Erforderlichkeit“

2. Regelungstypen

Über den Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG hinaus können personenbezogene Daten nach § 26 Abs. 4 S. 1 BDSG auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen, namentlich Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen und Dienstvereinbarungen³⁷⁵ verarbeitet werden. Dadurch wird die Möglichkeit zur Schaffung weiterer Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung personenbezogener Daten gegeben.³⁷⁶ Das gilt auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien, wodurch potentiell über Art. 9 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Zwecke für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext generiert werden können.³⁷⁷ Nach § 26 Abs. 4 S. 2 BDSG haben die Verhandlungsparteien Art. 88 Abs. 2 DS-GVO zu beachten.

3. Einwilligung im Beschäftigtenverhältnis

§ 26 Abs. 2 BDSG regelt die Einwilligung in die Datenverarbeitung im Beschäftigtenverhältnis und betont damit die Abhängigkeit des Arbeitnehmers im Beschäftigungskontext.³⁷⁸ Demnach müssen bei der Beurteilung der Freiwilligkeit nach Satz 1 die bestehende Abhängigkeit des Beschäftigten „sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist“ berücksichtigt werden. Freiwillig soll eine Einwilligung nach dem Regelbeispiel des Satz 2 insbesondere dann sein, wenn der Beschäftigte aus der Verarbeitung rechtliche oder wirtschaftliche Vorteile zieht oder Arbeitgeber und Beschäftigter „gleichgelagerte Interessen verfolgen.“

Umstritten ist insbesondere das in Satz 3 normierte Formerfordernis. Während Art. 7 Abs. 2 DS-GVO keine Formerfordernisse an die Einwilligung stellt, fordert die nationale Regelung die Schriftform für eine Einwilligung im Beschäftigungskontext. Befürworter der Unionsrechtskonformität dieser Regelung sehen die Normierung dieser „besonderen Form der Einwilligung“ von Art. 88 Abs. 1 DS-

³⁷⁵ BT-Drucks. 18/11325, S. 97.

³⁷⁶ Reiserer/Christ/Heinz, DStR 2018, 1501, 1505.

³⁷⁷ Die Unionsrechtskonformität solcher Zwecke, wobei die meisten wohl unter Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO fallen dürften, darf kritisch hinterfragt werden, worauf an späterer Stelle im Zusammenhang mit kirchlichen Regelungen noch einzugehen sein wird.

³⁷⁸ Kort, ZD 2017, 319, 321.

GVO gedeckt.³⁷⁹ Dagegen wird angeführt, ein Abweichen von den Voraussetzungen der DS-GVO widerspreche dem Verordnungscharakter und der damit einhergehenden Vollharmonisierung.³⁸⁰ Ebenfalls vertreten wird, dass es sich bei dem Schriftformerfordernis um kein Formerfordernis im Sinne der §§ 125, 126 BGB handle, da die Einwilligung keine Willenserklärung sei und es sich hierbei somit lediglich um eine Konkretisierung der Nachweispflicht des Verantwortlichen nach Art. 7 Abs. 1 DS-GVO handle.³⁸¹

Im Ergebnis wird in der Voraussetzung der Schriftform bei der Einwilligung im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen eine nach Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO zulässige Normierung von „Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen“ zu sehen sein. Das Schriftformerfordernis ist demnach unionsrechtlich zulässig. Insbesondere der Verweis auf Art. 7 Abs. 1 DS-GVO, wonach der Verantwortliche die Einwilligung des Betroffenen nachweisen können muss, überzeugt. Gestützt wird das durch Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, welcher eine eindeutige, bestätigende Handlung fordert.³⁸² Auch stellt Art. 7 Abs. 2 DS-GVO Bedingungen für den Fall der schriftlichen Einwilligung auf. Hieraus ein Verbot für die Normierung eines Schriftformerfordernisses und damit für den Betroffenen stärkeren Schutz in einer für ihn grundsätzlich unterlegenen Situation abzuleiten, würde dem Sinn des Regelungszusammenspiels der einwilligungsbetreffenden Normen der DS-GVO zuwiderlaufen.

³⁷⁹ So etwa *Kort*, ZD 2017, 319, 321; *Stamer/Kuhnkes*, in: Plath, DS-GVO, Art. 88, Rn. 13; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 4.

³⁸⁰ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 40.

³⁸¹ *Thüsing/Forst/Schmidt*, RDV 2017, 116; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 45.

³⁸² Ähnlich *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 88 DS-GVO, Rn. 49.

4. Verarbeitung zum Zwecke der Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis

§ 26 Abs. 1 S. 2 BDSG entspricht § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. Der Streit um die Auslegung, ob hiervon lediglich Straftaten³⁸³ oder auch bloße Pflichtverletzungen³⁸⁴ von der Regelung umfasst sind, wurde entsprechend durch die Novellierung nicht gelöst. Der nur Straftaten ausdrücklich nennende Wortlaut gibt hierbei den wohl entscheidenden Hinweis, dass auch lediglich Straftaten erfasst sind,³⁸⁵ ohne dass auf den Streit an dieser Stelle vertieft eingegangen werden soll.

Eine Verarbeitung personenbezogener Daten zur Aufdeckung von Pflichtverletzungen kann nur auf § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG gestützt werden,³⁸⁶ soweit die Pflichtverletzung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen kann, sowie auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO, wenn die Verarbeitung zur Wahrung des berechtigten Interesses des Arbeitgebers oder seiner Kunden führt und die Interessenabwägung kein überwiegendes Interesse des Beschäftigten am Unterlassen der Verarbeitung zum Ergebnis hat.

Die Unionsrechtskonformität kann auf die in Art. 88 Abs. 2 DS-GVO genannte Überwachungsmöglichkeit und den legitimen Zweck der Datenverarbeitung zum Schutz des Eigentums des Arbeitgebers sowie dessen Kunden gestützt werden.³⁸⁷

5. Verarbeitung sensibler Daten

Der Anwendungsbereich des § 26 BDSG wird in Absatz 3 auf „sensitive Daten“ im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO erstreckt. Demnach ist nach Satz 1 eine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für „Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen

³⁸³ So *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1084; *Reiserer/Christ/Heinz*, DStR 2018, 1501, 1504; noch zu § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. LAG Baden-Württemberg v. 20.7.2016 – 4 Sa 61/15 Rn. 91 = ZD 2017, 88.

³⁸⁴ So *Wybitul*, NZA 2017, 413, 416.

³⁸⁵ noch zu § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. LAG Baden-Württemberg v. 20.7.2016 – 4 Sa 61/15 Rn. 91 = ZD 2017, 88.

³⁸⁶ Vgl. *BAG* v. 29.6.2017 – 2 AZR 597/16, Rn. 30 = NZA 2017, 1179 zu § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F.; *Thüsing*, NZA 2009, 865, 868, ebenfalls zu § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F.

³⁸⁷ *Maschmann*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, Art. 88, Rn. 67.

Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.“ Diese Regelung wird aus rechtssystematischer Sicht begrüßt.³⁸⁸ Zuvor fiel die Verarbeitung „sensibler Daten“ durch den Arbeitgeber unter § 28 Abs. 6 BDSG a.F. und somit nicht unter den in § 32 BDSG a.F. geregelten Beschäftigtendatenschutz.³⁸⁹

§ 26 Abs. 3 S. 1 BDSG übernimmt weitgehend den Wortlaut von Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO. Der nationale Gesetzgeber macht somit von der dort eröffneten Möglichkeit, von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO abzuweichen, Gebrauch.³⁹⁰ § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG fällt somit nicht unter Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, ist jedoch eine nach Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO zulässige nationale Regelung.

6. Nicht-dateimäßige Verarbeitung von Beschäftigten

§ 26 Abs. 7 BDSG erweitert den Anwendungsbereich der Abs. 1 - 6 auf die Fälle, in denen „personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Kategorien personenbezogener Daten, von Beschäftigten verarbeitet werden, ohne dass sie in einem Dateisystem³⁹¹ gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“ und kann als Nachfolgevorschrift zu Art. 32 Abs. 2 BDSG a.F.³⁹² angesehen werden. Umfasst hiervon sind etwa Spindkontrollen³⁹³ individuelle Auskünfte anderer über den Beschäftigten³⁹⁴ oder handschriftliche Notizen über Beobachtungen eines Beschäftigten³⁹⁵. Da nach § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG das BDSG lediglich auf ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung Anwendung findet, auf die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten jedoch nur dann, wenn diese in ei-

³⁸⁸ Kort, ZD 2017, 319, 322.

³⁸⁹ BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10 Rn. 28 = BAG, NZA 2012, 744.

³⁹⁰ Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 34.

³⁹¹ Art. 4 Nr. 6 DS-GVO definiert als Dateisystem „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird“.

³⁹² Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 37.

³⁹³ BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12 Rn. 24 = NZA 2014, 143 zu § 32 Abs. 2 BDSG a.F.

³⁹⁴ Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 40.

³⁹⁵ Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 40.

nem Dateisystem gespeichert sind, der in § 26 Abs. 7 BDSG geregelte Fall demnach kein erlaubnispflichtiger Vorgang wäre, wird hierdurch das Datenschutzniveau zugunsten der Beschäftigten erhöht.³⁹⁶

Die DS-GVO selbst findet nach Art. 2 Abs. 1 DS-GVO keine Anwendung auf die nicht-dateimäßige Verarbeitung.³⁹⁷ Eine solche Ausweitung des Anwendungsbereichs über Art. 2 Abs. 1 DS-GVO hinaus ist in Art. 88 DS-GVO nicht vorgesehen, durch eine mitgliedstaatliche Regelung jedoch möglich.³⁹⁸ Der Zweck der (weitgehenden) Vollharmonisierung steht dem nicht entgegen. Die Argumentation, der nationale Gesetzgeber behalte jenseits des Anwendungsbereichs der Verordnung seine Normsetzungskompetenz,³⁹⁹ kann dabei alleine jedoch nicht überzeugen, da ansonsten die mit dem Anwendungsbereich einhergehende Wertung des Unionsrechtsgebers zu den in Ausgleich zu bringenden Grundrechten unterlaufen werden könnte.

II. Weitere Pflichten des Arbeitgebers

Neben den Rechten und Pflichten des § 26 BDSG treffen den Arbeitgeber die Pflichten der Art. 12 ff. DS-GVO, insbesondere das Informations- und Mitteilungspflichten aus Art. 12 DS-GVO und die Betroffenenrechte aus Art. 15 ff. DS-GVO,⁴⁰⁰ worauf nicht weiter eingegangen werden soll.

³⁹⁶ Vgl. *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 40, 38, *Pfrang*, DuD 2018, 380, 381.

³⁹⁷ *Spelge*, DuD 2016, 775, 779; *Kort*, ZD 2017, 319, 323; *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1083; *Kühling/Raab*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 2 Rn. 18 f.; *Pfrang*, DuD 2018, 380, 381.

³⁹⁸ *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1083; so im Ergebnis für § 26 Abs. 7 BDSG auch *Pfrang*, jedoch unter Ablehnung eines unbegrenzten datenschutzrechtlichen Gestaltungsspielraums des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers für nicht von der DS-GVO erfasste Sachverhalte.

³⁹⁹ *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1083.

⁴⁰⁰ Siehe hierzu überblicksweise *Reiserer/Christ/Heinz*, DStR 2018, 1501, 1502 f.

Kapitel 3 – Analyse des kirchlichen Beschäftigtendatenschutzes

§ 1 Evangelischer Beschäftigtendatenschutz

I. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des § 49 DSG-EKD ist eröffnet, wenn ein kirchlicher⁴⁰¹ Arbeitgeber personenbezogene Daten Beschäftigter im Beschäftigungskontext verarbeitet.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Das DSG-EKD findet nach § 2 Abs. 1 S. 1 Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten „durch die Evangelische Kirche in Deutschland, die Gliedkirchen und die gliedkirchlichen Zusammenschlüsse, alle weiteren kirchlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie die ihnen zugeordneten kirchlichen und diakonischen Dienste, Einrichtungen und Werke ohne Rücksicht auf deren Rechtsform“. Damit werden gleichzeitig die „kirchliche Stelle“ legaldefiniert und sämtliche mögliche datenschutzrechtlich Verantwortliche aufgezählt. § 49 DSG-EKD findet also nur bei der Datenverarbeitung durch Arbeitgeber Anwendung, wenn es sich bei diesem um eine kirchliche Stelle nach § 2 Abs. 1 S. 1 DSG-EKD handelt.

Der sachliche Anwendungsbereich beschränkt sich des Weiteren auf die allgemein in § 2 Abs. 2 DSG-EKD beschriebene „ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“ Nicht umfasst ist damit die Verarbeitung von Daten, die in nicht automatisierten Dateien gespeichert sind.

⁴⁰¹ Umfasst sind alle Arbeitgeber im Geltungsbereich des Art. 137 Abs. 3 WRV, also solche, denen Teilhabe am kirchlichen Selbstbestimmungsrecht zukommt.

2. Personeller Anwendungsbereich (Beschäftigtenbegriff)

Der Begriff des Beschäftigten wird in § 49 DSGVO nicht definiert und ist daher durch Auslegung zu ermitteln. Einen Anhaltspunkt hierfür bietet § 49 Abs. 7 DSGVO. Dieser regelt in Satz 1 und 2 die Löschung von Bewerberdaten und in Satz 3 die Löschung personenbezogener Daten von ausgeschiedenen Personen. Aus der Geltung des § 49 DSGVO für diese Personengruppen lässt sich bereits schließen, dass sowohl Bewerber als auch Personen nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses Beschäftigte im Sinne des § 49 Abs. 1 DSGVO darstellen. Zudem wird in Abs. 2 durch den Begriff der „Amtspflichtverletzung“ deutlich, dass auch Amtsträger, mithin Personen im Sinne des Kirchengesetzes über die Kirchenbeamten und Kirchenbeamte der Evangelischen Kirche in Deutschland (KBG-EKD) und Kirchenrichter als Ehrenamtsträger nach § 12 Abs. 1 KiGG-EKD als Beschäftigte im Sinne der Vorschrift gelten. Vor dem Hintergrund, dass Personen aller Beschäftigungsphasen potentiell Beschäftigte sind sowie Kirchenbeamte und insbesondere Kirchenrichter als nach § 59 Abs. 1 S. 1 MVG-EKD unabhängige Personen vom Beschäftigtendatenschutz erfasst werden, kann davon ausgegangen werden, dass § 49 DSGVO ein weites Verständnis des Beschäftigtenbegriffs zugrunde liegt. Entsprechend sind auch etwa Auszubildende, Leiharbeiter und Personen in einem Gestellungsverhältnis Beschäftigte im Sinne des § 49 DSGVO.

II. Generalklausel

Die Ausgestaltung des § 49 Abs. 1 DSGVO weicht durch die Formulierung „nur“ auf den ersten Blick von der Regelungstechnik des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG ab, welcher positiv als reine Erlaubnisnorm⁴⁰² formuliert ist. Ein ansonsten grundsätzliches Verarbeitungsverbot, wie es die evangelische Regelung indiziert, kann allein aus dem zu § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG abweichenden Wortlaut nicht abgeleitet werden. Jedoch entspricht ein Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt auch dem Art. 6 Abs. 1 DS-GVO entnommenen Verständnis,⁴⁰³ sodass eine hiervon

⁴⁰² Kort spricht von einer allgemeinen Erlaubnisnorm, NZA 2018, 1097, 1098.

⁴⁰³ Ziegenhorn/von Heckel, NVwZ 2016, 1585, 1586; Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 6 Rn. 1; Plath in: Plath, DS-GVO, Art. 6 Rn. 2; Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 6 Rn. 1; Albers/Veit sehen die Bezeichnung als „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ dagegen als dogmatisch nicht zutreffend, da die Erlaubnistatbestände weit gefasst sind und auch

abweichende Regelungstechnik mit Unionsrecht vereinbar wäre. Der Grundsatz eines Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt ergibt sich zudem bereits aus § 6 DSGVO, wonach die Verarbeitung nur dann rechtmäßig ist, wenn eine der dort in den Nr. 1 - 8 beschriebenen Bedingungen vorliegt. Eine eigenständige Bedeutung kommt dem „nur“ in § 49 Abs. 1 DSGVO also nicht zu und hat lediglich deklaratorischen Charakter.

Es gilt der Grundsatz, dass Daten von Beschäftigten nicht verarbeitet werden dürfen, es sei denn, einer der Erlaubnistatbestände ist erfüllt oder es liegt eine sonstige Erlaubnis durch eine Rechtsvorschrift, einen Tarifvertrag oder eine Dienstvereinbarung vor. Es handelt sich bei der Verarbeitung von Beschäftigten-daten also um ein Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

III. Verarbeitung von Religionsdaten

§ 49 DSGVO enthält keine Regelung zur Verarbeitung religionsbezogener Daten. Auch enthält die DSGVO über die Nennung religionsbezogener Daten als besondere Kategorie personenbezogener Daten nach § 4 Nr. 2 lit. a) DSGVO, welcher die Zugehörigkeit zu einer Kirche, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft ausdrücklich nicht als personenbezogene Daten besonderer Kategorien klassifiziert, hinaus keine Regelung zu deren Verarbeitung. Hiernach stellen Informationen über die Zugehörigkeit zu einer Kirche oder einer Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft keine religionsbezogenen Daten dar.

Damit würden diejenigen religionsbezogenen Daten, welche für die Begründung nach § 3 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie über kirchliche Anforderungen der beruflichen Mitarbeit (EKD-Loyalitätsrichtlinie) und zur Beendigung nach § 5 Abs. 2 EKD-Loyalitätsrichtlinie von Arbeitsverhältnissen notwendig sind, nicht unter die besonderen Kategorien personenbezogener Daten fallen. Für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 EKD-Loyalitätsrichtlinie die „Zugehörigkeit zu einer Gliedkirche der Evangelischen Kirche in Deutschland oder einer Kirche [...], mit der die Evangelische Kirche in Deutschland in Kirchengemeinschaft verbunden ist“, vorausgesetzt. Zudem stellt der Kirchenaustritt

weit ausgelegt werden, was bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unüblich wäre und dem sonst üblichen „generelle[n] Verbot mit nur wenigen Ausnahmen aufgrund einer gesonderten (administrativen) Erlaubnis“ nicht gerecht werden würde, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 6 DS-GVO, Rn. 12.

grundsätzlich einen Kündigungsgrund nach § 5 Abs. 2 EKD-Loyalitätsrichtlinie dar.

Die DS-GVO nennt religiöse und weltanschauliche Überzeugungen in Art. 9 Abs. 1 als personenbezogene Daten besonderer Kategorien. Die Verarbeitung dieser Daten ist nur in den Grenzen der in Absatz 2 abschließend⁴⁰⁴ aufgezählten Legitimationsgrundlagen zulässig. Im Gegensatz zur evangelischen Regelung nimmt Art. 9 Abs. 1 DS-GVO die Zugehörigkeit zu einer Kirche, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft nicht aus. Gegen die Zugehörigkeit als Teil der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung kann zwar angeführt werden, dass diese im Zusammenhang mit Gewerkschaften genannt ist. Dagegen scheint jedoch weit schlüssiger, dass der Bereich der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung wesentlich weitreichender als der der Gewerkschaftszugehörigkeit ist. So kann zwischen der inneren Einstellung und der äußeren Betätigung unterschieden werden, welche beide von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO umfasst sind.⁴⁰⁵ Aufgrund der besonderen Grundrechtsrelevanz der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung⁴⁰⁶ und da die Religions- bzw. Kirchen- oder Weltanschauungsgemeinschaftszugehörigkeit auf eine bestehende oder nicht bestehende⁴⁰⁷ innere Überzeugung schließen lässt, muss auch diese Teil der besonderen Kategorie personenbezogener Daten sein. Die Regelung der EKD ist folglich mit der DS-GVO bezüglich der Reichweite dieser Kategorie personenbezogener Daten unvereinbar. Insbesondere fallen religionsbezogene Daten nicht unter die Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 4 DS-GVO, wonach es Mitgliedstaaten unter anderem gestattet ist, eingeschränkt abweichende Regelungen bzgl. der Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten zu treffen.

Damit sind auch Kirchen-, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaftszugehörigkeit entgegen der insoweit nicht anwendbaren Definition des § 4 Abs. 2 lit. a) DSGVO-EKD Teil der religionsbezogenen Daten und unterfallen mithin den

⁴⁰⁴ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 46.

⁴⁰⁵ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 33.

⁴⁰⁶ Vgl. Erwägungsgrund 51 S. 1 zur DS-GVO: „Personenbezogene Daten, die ihrem Wesen nach hinsichtlich der Grundrechte und Grundfreiheiten besonders sensibel sind, verdienen einen besonderen Schutz, da im Zusammenhang mit ihrer Verarbeitung erhebliche Risiken für die Grundrechte und Grundfreiheiten auftreten können.“

⁴⁰⁷ Auch die negative innere Überzeugung und äußerliche Betätigung ist von der religiösen und weltanschaulichen Überzeugung umfasst, *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 33.

Anforderungen an die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten.

Dennoch ist die Verarbeitung solcher Daten zur Begründung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nach §§ 4, 6 der EKD-Loyalitätsrichtlinie notwendig und unterfällt daher grundsätzlich der Regelung des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO. Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO erlaubt die Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien, wenn „der Verantwortliche oder die betroffene Person die ihm bzw. ihr aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Rechte ausüben und seinen bzw. ihren diesbezüglichen Pflichten nachkommen kann, soweit dies nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten oder einer Kollektivvereinbarung nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person vorsieht, zulässig ist“. Insbesondere umfasst die Regelung ausdrücklich auch das Recht der Mitgliedstaaten – mithin im Rahmen der Öffnungsklausel der Kirchen – als Grundlage für die Rechte und Pflichten im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO. Dabei ist aufgrund der Verpflichtung der Kirchen, den Kern der Grundrechte zu schützen, und des umfangreichen, an die DS-GVO und das BDSG angepassten Datenschutzrechts der EKD davon auszugehen, dass das DSGVO-EKD die von Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO geforderten geeigneten Garantien grundsätzlich vorsieht. Es ist festzuhalten, dass es sich hierbei um keinen festen Maßstab handelt, sondern vielmehr um „eine Art ergänzendes Abwägungserfordernis“,⁴⁰⁸ welches bei der grundsätzlich erforderlichen Interessenabwägung Berücksichtigung findet.

Parallel zu Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO sieht § 13 Abs. 2 lit. b) DSGVO-EKD eine zulässige Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien zur Ausübung und Erfüllung der Rechte und Pflichten der verantwortlichen Stelle vor, die ihr aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit erwachsen. Inhaltliche Abweichungen bestehen lediglich in der fehlenden Nennung des Unionsrechts als mögliche Grundlage für arbeits- und sozialrechtliche Rechte und Pflichten. Darüber hinaus wurde der Wortlaut dem kirchengesetzlichen Kontext angepasst, gibt inhaltlich jedoch im Wesentlichen Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO wieder. Damit ist auf Grundlage des § 13 Abs. 2 lit. b) DSGVO-EKD die Verarbei-

⁴⁰⁸ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 94.

tung von Religionsdaten, inklusive der Kirchen-, Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaftszugehörigkeit, im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen möglich, soweit sie der Ausübung der Rechte und Pflichten aus §§ 3 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 2 EKD-Loyalitätsrichtlinie dient. Zu demselben Ergebnis kommt konsequenter Weise eine Verarbeitung auf Grundlage des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO i.V.m. §§ 3 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 2 EKD-Loyalitätsrichtlinie. Dabei beschränkt sich der Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 lit. b) DSG-EKD auf seinen Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO konkretisierenden Gehalt.

IV. Kollektivvereinbarungen

§ 49 Abs. 1 DSG-EKD sieht wie auch § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG die Möglichkeit datenschutzrechtlicher Regelungen aufgrund von Kollektivvereinbarungen vor. Die Regelungstechnik eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt spricht hierbei für eine abschließende Aufzählung. Eine Verarbeitung auf Grundlage von AVR ist damit trotz grundsätzlicher Möglichkeit einer entsprechenden Normierung durch den Kirchengesetzgeber ausgeschlossen. Auch ein Rückgriff auf die weite Formulierung des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO zur Verarbeitung zu weiteren Zwecken, wonach jede Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext erlaubt werden kann, ist aufgrund der Spezialität des § 49 DSG-EKD gegenüber Art. 88 DS-GVO verwehrt.

Materiell-rechtlich gelten für Kollektivvereinbarungen dieselben Anforderungen wie für mitgliedstaatliche Rechtsnormen.⁴⁰⁹ Art. 88 Abs. 2 DS-GVO fordert „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 Datenübermittlung innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.“ Dabei muss auch der Zweck der Verarbeitung entsprechend Art. 6 Abs. 3 S. 2 DS-GVO eindeutig festgelegt sein.

⁴⁰⁹ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 88 DS-GVO, Rn. 28.

V. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung

§ 49 Abs. 3 DSGVO regelt die Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung und gibt den Maßstab für die Wirksamkeit der Einwilligung im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis vor.

1. Grundlage der Verarbeitung auf Grund einer Einwilligung

Allgemeine Regelung der Datenverarbeitung aufgrund einer Einwilligung ist § 6 Nr. 2 DSGVO. Hierauf Bezug nehmend nennt § 11 DSGVO Voraussetzungen, unter denen eine Einwilligung wirksam ist und normiert in § 11 Abs. 2 S. 2 DSGVO die Unwirksamkeit der Einwilligung, wenn die Erklärung unter Umständen abgegeben wurde, die gegen die DSGVO verstoßen.

Zudem legt § 12 S. 1 DSGVO fest, dass Minderjährige selbstständig in die Datenverarbeitung zum Zwecke elektronischer Angebote seitens kirchlicher Stellen einwilligen können, wenn sie religionsmündig sind, also nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs nach § 5 S. 1 RKerzG⁴¹⁰. Die von dem in Art. 8 Abs. 1 S. 1 DSGVO festgelegten Grundsatz der Einwilligungsfähigkeit ab Vollendung des sechzehnten Lebensjahrs abweichende Regelung kommt im Zusammenhang dieser Arbeit keine weitere Bedeutung bei, fällt jedoch wohl unter die Öffnungsklausel des Art. 8 Abs. 1 S. 3 DSGVO, wonach Mitgliedstaaten eine niedrigere Altersgrenze vorsehen können, „die jedoch nicht unter dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr liegen darf“.⁴¹¹

In Abs. 1 normiert § 11 DSGVO eine Beweispflicht für die verantwortliche Stelle für das Vorliegen einer Einwilligung und wiederholt hierbei den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 DSGVO. Ebenso ist § 11 Abs. 2 S. 1 DSGVO mit Art. 7 Abs. 2 S. 1 DSGVO wortgleich. § 11 Abs. 2 S. 2 DSGVO weicht dagegen in der Form von Art. 7 Abs. 2 S. 2 DSGVO ab, dass für die Unwirksamkeit der Einwilligung nicht auf einen Verstoß gegen die DSGVO, sondern auf einen Verstoß

⁴¹⁰ Gesetz über die religiöse Kindererziehung v. 15.07.1921, RGBL. S. 939; zuletzt geändert am 17.12.2008 BGBl. I S. 2586.

⁴¹¹ Dies gilt nur für die Religionsmündigkeit nach § 5 S. 1 RKerzG, die eingeschränkte Religionsmündigkeit nach § 5 S. 2 RKerzG, für welche die Vollendung des zwölften Lebensjahres als Altersgrenze gilt, würde dagegen die Einschränkung des Art. 8 Abs. 1 S. 3 DSGVO verstoßen.

gegen das DSG-EKD abgestellt wird. Auch der Wortlaut weicht mit der Ergänzung „soweit“ von den in dem der Verordnung („[Teile] der Erklärung“) ab, woraus sich inhaltlich jedoch keine Abweichungen ergeben dürften. Die Abs. 3 und 4 des § 11 DSG-EKD sind wieder wortgleich dem Abs. 3 des Art. 7 DS-GVO, der Möglichkeit die Einwilligung jederzeit zu widerrufen und dem Abs. 4 des Art. 7 DS-GVO, dem sogenannten Koppelungsverbot.

Die Normierung der allgemeinen Voraussetzungen der Einwilligung durch die EKD wirft die Frage auf, ob für die Wirksamkeit der im Geltungsbereich der DSG-EKD abgegebenen Einwilligung lediglich auf die Voraussetzungen des Kirchengesetzes abgestellt werden darf oder ob auch oder gar ausschließlich die Vorschriften der DS-GVO maßgeblich sind. Materiell-rechtliche Unterschiede ergeben sich aus der Anwendung von §§ 6 Nr. 2, 11 DSG-EKD oder Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a), 7 DS-GVO aufgrund der aufgezeigten Parallelität nicht. Auch stellen die kirchlichen Normen insoweit keine Konkretisierung dar. Daher ist im Hinblick auf die allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen dogmatisch ausschließlich auf die Regelungen der DS-GVO abzustellen. Die kirchlichen Normen können insoweit lediglich dem Verständnis dienen, ohne jedoch eine eigene Rechtskraft zu entfalten.

2. Freiwilligkeit der Einwilligung im Beschäftigungskontext

Für die Beurteilung der Freiwilligkeit muss zunächst aufgrund der vorrangigen unionsrechtlichen Regelung auf Art. 7 Abs. 4 DS-GVO abgestellt werden. Auch wenn die Übernahme des Wortlauts in § 11 Abs. 4 DSG-EKD und der Gleichlauf der Einwilligung, abgesehen von jener im Beschäftigungskontext, dafürsprechen, dass sich der Kirchengesetzgeber auch die materiell-rechtliche Auslegung zu eigen macht. Für die (Un-)Anwendbarkeit der gleichlautenden kirchlichen Regelungen gilt das zuvor Gesagte. Bei der Auslegung ist demnach grundsätzlich besonders auf Erwägungsgrund 42 zur DS-GVO⁴¹² abzustellen.

⁴¹² „Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat. ²Insbesondere bei Abgabe einer schriftlichen Erklärung in anderer Sache sollten Garantien sicherstellen, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt. ³Gemäß der Richtlinie 93/13/EWG des Rates¹ sollte eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher

a. Spezifizierung der Einwilligung im Beschäftigungskontext

Sowohl auf Bundes- als auch auf Unionsebene wurde über den generellen Ausschluss einer Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung des Beschäftigten diskutiert. Entsprechende Regelungen enthält § 32 Abs. 1 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes,⁴¹³ wonach eine Verarbeitung nur in den ausdrücklich genannten Fällen des Unterabschnitts des Beschäftigtendatenschutzes auf Grundlage einer Einwilligung zulässig sein sollte. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO-Entwurf der Kommission verbot eine Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung, „wenn zwischen der Position der betroffenen Person und des für die Verarbeitung Verantwortlichen ein erhebliches Ungleichgewicht besteht“. Das sei nach dem entsprechenden Erwägungsgrund 42 S. 2 des Kommissionsentwurfs etwa der Fall, „wenn personenbezogene Daten von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen verarbeitet werden.“ Dass sich jeweils für eine grundsätzliche Zulässigkeit einer freiwilligen Einwilligung des Beschäftigten entschieden wurde, ergibt sich aus der Existenz der § 26 Abs. 2 BDSG sowie des Erwägungsgrunds 155 zur DS-GVO⁴¹⁴. Auch dass Art. 88 Abs. 1 DS-GVO die Einwilligung nicht ausdrücklich nennt, hindert die Zulässigkeit der Einwilligung des Beschäftigten nicht.⁴¹⁵

Die allgemeinen Vorgaben zur Beurteilung der Freiwilligkeit werden durch § 49 Abs. 3 S. 1, 2 DSG-EKD speziell für den Beschäftigtenkontext weiter präzisiert. Nach Satz 1 ist „für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen“, wobei nach Satz 2 Freiwilligkeit insbesondere dann vor-

Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden, und sie sollte keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten.⁴ Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen.⁵ Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“

⁴¹³ BT-Drs. 17/4230, S. 10, 22.

⁴¹⁴ Siehe Fußnote 284.

⁴¹⁵ Seifert, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 215.

liegen kann, „wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder die verantwortliche Stelle und die beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen.“

Richtigerweise liegt hierin, insbesondere in Satz 1, eine auf den Beschäftigungskontext angewendete Ausformulierung der in § 11 Abs. 4 DSGVO bzw. Art. 7 Abs. 4 DS-GVO und Erwägungsgrund 42 S. 5 zur DS-GVO genannten Kriterien der Freiwilligkeit. Wesentlichste Kriterien sind hierbei die Abhängigkeit, insbesondere auch aufgrund eines über die konkrete Datenverarbeitung hinausgehenden (Arbeits-)Vertrages und die hierdurch potentiellen bzw. befürchteten (mittelbaren) Nachteile bei Verweigerung der Erteilung der Einwilligung. Damit wird der Gedanke des Koppelungsverbots, welches verbietet, die Erfüllung eines Vertrages von einer für diese nicht notwendige Datenverarbeitung abhängig zu machen, fortgeführt. Neben der tatsächlich durch den Vertragspartner gesetzten Bedingung der Einwilligung in die Datenverarbeitung ist demnach bereits die Befürchtung solcher Nachteile zu berücksichtigen. Es wird also nicht wie in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO allein auf das objektive Nennen einer Bedingung, sondern auf die subjektiven Auswirkungen des Beschäftigungsverhältnisses abgestellt. Ein solcher Fall läge vor, wenn ein Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer die Einwilligung in die Veröffentlichung von Fotos auf der Webseite des Arbeitgebers verlangt. Die Einwilligung wäre dann für die Erfüllung des Arbeitsvertrages nicht notwendig, dennoch ist aufgrund der hierdurch bestehenden persönlichen Abhängigkeit der Arbeitnehmer potentiell eher geneigt, die Einwilligung zu erteilen, auch wenn dies eigentlich nicht seinem wahren Interesse entspricht.

Ob durch § 49 Abs. 3 S. 1 DSGVO tatsächlich die Rechtsanwendung erleichtert wird, kann durchaus kritisch gesehen werden. Eben jene befürchteten Nachteile sind nach Erwägungsgrund 42 S. 5 zur DS-GVO bei der Beurteilung der Freiwilligkeit mit zu berücksichtigen. Bereits hiernach ist also die subjektive Wahrnehmung des Betroffenen zu beachten. Nachteile können hierbei sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein. Der durch § 49 Abs. 3 S. 1 DSGVO entstehende Mehrgewinn an Rechtssicherheit durch die Umformulierung dessen für den Beschäftigungskontext ist dabei überschaubar. Zu einem anderen Ergebnis dürfte die Beurteilung der Freiwilligkeit der im Beschäftigtenkontext abgegebenen Einwilligung durch die Normierung des § 49 Abs. 3 S. 1 DSGVO jedenfalls nicht kommen.

b. Gesetzliche Vermutung

Etwas anderes gilt für den mit § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG wortgleichen § 49 Abs. 3 S. 2 DSG-EKD. Dieser nennt nicht nur zu berücksichtigende Umstände, sondern enthält eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen der Freiwilligkeit und wirkt somit tendenziell zugunsten des datenverarbeitenden Arbeitgebers.

Bei den „gleichgelagerten Interessen“ kann dabei sowohl auf wirtschaftliche als auch auf ideelle Interessen abgestellt werden. Andernfalls würde diesem Kriterium keine eigenständige Bedeutung zukommen, da gleichgelagerte wirtschaftliche Interessen regelmäßig bereits unter den wirtschaftlichen Vorteil des ersten Satzteils fallen.

Dabei genügt es nicht allein, wenn der Betroffene durch die Einwilligung in die Datenverarbeitung einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil erlangt. Ebenfalls zu berücksichtigen ist etwa, wenn der Vorteil nur gewährt wird, wenn gleichzeitig in eine weitere Verarbeitung personenbezogener Daten eingewilligt wird.⁴¹⁶

VI. Verarbeitung im Zusammenhang mit Straftaten und Amtspflichtverletzungen

§ 49 Abs. 2 DSG-EKD sieht die Möglichkeit der Verarbeitung „im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Straftaten und Amtspflichtverletzungen“ durch Beschäftigte vor. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 49 Abs. 1 DSG-EKD, also einen weiteren Erlaubnistatbestand.

1. Straftaten im Beschäftigungsverhältnis

Obwohl der Wortlaut eindeutig erscheint,⁴¹⁷ wird für den weltlichen Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG, der dem § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F.

⁴¹⁶ *Maschmann* nennt als Beispiel die Erlaubnis zur Privatnutzung betrieblicher IT-Systeme, die jedoch verweigert wird, wenn der Arbeitnehmer nicht in die hiermit verbundene Kontrolle und damit einhergehende Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, § 26 BDSG, Rn. 63.

⁴¹⁷ So LAG Baden-Württemberg v. 20.7.2016 – 4 Sa 61/15 Rn. 91 = ZD 2017, 88, noch zu § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F., der die Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis erlaubt.

entspricht und die Datenverarbeitung zur Aufdeckung von Straftaten im Beschäftigungsverhältnis erlaubt, vertreten, dass hiervon auch vertragliche Pflichtverletzungen⁴¹⁸ umfasst seien.

Im Fall eines durchgängig krankgeschriebenen Arbeitnehmers, der im Verdacht stand, seine Arbeitsunfähigkeit vorzutäuschen, stellte das *BAG*⁴¹⁹ mit Verweis auf die Entwicklung des Gesetzes sowie Sinn und Zweck zwar fest, dass die Regelung bei schweren Pflichtverletzungen zulasten des Arbeitgebers zwar keine Sperrwirkung gegenüber anderen Erlaubnisnormen entfaltet.⁴²⁰ Eine heimliche Überwachung, in diesem Fall durch einen Privatdetektiv, müsse jedoch die Anforderungen des S. 2 erfüllen. Damit ist auch gesagt, dass schwere Pflichtverletzungen keine Straftaten im Sinne des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. sind. Gleiches gilt wohl auch für § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG.

Für die Auslegung des § 49 Abs. 2 DSG-EKD kann freilich nicht auf die Gesetzeshistorie der § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. und § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG verwiesen werden. Dennoch wurde die Norm diesen nachgebaut, wenn auch in nicht identischer Form. Es spricht daher vieles dafür, dass § 49 Abs. 2 DSG-EKD, soweit er mit der weltlichen Regelung übereinstimmt, denselben Regelungsgehalt haben sollte. Dies wird durch die Aufnahme der Amtspflichtverletzungen gestützt, deren Aufnahme bei einer Subsumtion schwerer Pflichtverletzungen, welche Amtspflichtverletzungen grundsätzlich darstellen, unter den Tatbestand der Straftat ansonsten weitestgehend leerlaufen würde.

2. Amtspflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis

Ähnlich stellt sich die Frage bei den ebenfalls vom Erlaubnistatbestand des § 49 Abs. 2 DSG-EKD erfassten Amtspflichtverletzungen. Amtspflichten sind solche, die dem Amtsträger aus seiner öffentlich-rechtlichen Stellung i.S.d. § 1 Abs.

⁴¹⁸ So etwa *Wybitul*, NZA 2017, 413, 416.

⁴¹⁹ *BAG* v. 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 = NZA 2017, 1179.

⁴²⁰ *BAG* v. 29.6.2017 – 2 AZR 597/16, Rn. 28 ff. = NZA 2017, 1179, in dem konkreten Fall § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F., da die Pflichtverletzung einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 BGB darstellen und somit eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses begründen könnte. Heute würde wohl im Verhältnis von § 26 Abs. 1 S. 1 zu S. 2 BDSG erneut so entschieden werden.

2 Kirchenbeamten-gesetz der EKD⁴²¹ (KBG-EKD) erwachsen. Es ist dabei zwischen vertraglichen, aus dem Beschäftigungsverhältnis selbst resultierenden, und amtsspezifischen Pflichten zu unterscheiden. Als Maßstab kann hierfür § 7 Abs. 1 KBG-EKD herangezogen werden. Alle Pflichten, die mit dem nach Nr. 1, 2 begründeten Kirchenbeamtenverhältnis entstehen oder mit dem nach Nr. 3, 4 verliehenen Amt einhergehen, sind Amtspflichten. Dargelegt sind diese in Kapitel 1 des dritten Teils des Gesetzes in §§ 18 - 33a KBG-EKD. Amtspflichtverletzungen sind also Verstöße gegen die in Teil 3, Kapitel 1 des KBG-EKD normierten Pflichten.

Systematisch stimmt dies mit dem Verständnis des KBG-EKD überein, wonach Kirchenbeamtinnen und Kirchenbeamte ihre Amtspflicht verletzen, wenn sie innerhalb oder außerhalb des Dienstes schuldhaft gegen ihnen obliegende Pflichten verstoßen, § 32 Abs. 1 KBG-EKD.

Neben den im KBG-EKD genannten Ämtern fallen auch in sonstigen Kirchengesetzen genannte Ämter und die damit einhergehenden Amtspflichten unter § 49 Abs. 2 DSG-EKD. So sind etwa Mitglieder der Mitarbeiterversammlung im Sinne des MVG-EKD Amtsträger nach § 19 Abs. 1 S. 1 MVG-EKD, wenngleich diese ihr Amt als Ehrenamt ausüben. Eine Unterscheidung zwischen Amt und Ehrenamt trifft § 49 Abs. 2 DSG-EKD nicht.

Nicht erfasst von § 49 Abs. 2 DSG-EKD sind damit rein vertragliche Pflichtverletzungen. Solche können nur dann eine Datenverarbeitung rechtfertigen, wenn die potentielle Pflichtverletzung einen Kündigungsgrund darstellen würde. In diesem Fall wäre die Verarbeitung personenbezogener Daten als erforderliche Verarbeitung zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gerechtfertigt.

3. „Im Zusammenhang mit dem Verdacht“

Mit den Formulierungen „im Zusammenhang mit dem Verdacht“ und „zum Schutz möglicher Betroffener“ weitet § 49 Abs. 2 DSG-EKD den Erlaubnistatbestand sowohl auf Drittschutz als auch in sachlicher und personeller Hinsicht aus.

⁴²¹ Kirchengesetz über die Kirchenbeamtinnen und Kirchenbeamten in der Evangelischen Kirche in Deutschland.

Die Norm erlaubt nicht nur die Verarbeitung der Daten des verdächtigen Beschäftigten, sondern nach der offenen Formulierung „von Beschäftigten“ die Datenverarbeitung aller Beschäftigten, soweit diese im Zusammenhang mit dem Verdacht stehen. Ein individueller, auf den betroffenen bezogener Verdacht ist damit keine zwingende Voraussetzung für die auf § 49 Abs. 2 DSG-EKD gestützte Datenverarbeitung.

Personenbezogene Daten von Beschäftigten dürfen dem Wortlaut nach dabei auch zum Schutz Dritter verarbeitet werden. Damit geht der Anwendungsbereich über den des Art. 88 I DS-GVO hinaus, der in seiner beispielhaften Aufzählung lediglich den Schutz des Eigentums des Arbeitgebers oder der Kunden nennt.⁴²² Konsequenz ist eine weiterreichende Verarbeitungserlaubnis zugunsten des Verantwortlichen. Mit Blick auf die ebenfalls potentiell weitreichenden Voraussetzungen des bloßen Zusammenhangs und der Einbeziehung von nicht verdächtigen Beschäftigten ist der Anwendungsbereich dieser Norm tendenziell restriktiv auszulegen. Entscheidend ist stets die Abwägung der für den Einzelfall vorzunehmenden Gewichtung des Interesses der Person, zu deren Schutz Beschäftigtendaten verarbeitet werden, mit dem Interesse des Betroffenen am Unterbleiben einer Datenverarbeitung.

Um die weitreichenden Verarbeitungsbefugnisse zugunsten der Verhältnismäßigkeit zu begrenzen, ist die Anforderung des Zusammenhangs eng auszulegen. So muss ein unmittelbarer Zusammenhang gefordert werden, um eine ausufernde und unverhältnismäßige Datenverarbeitung zu verhindern. Insbesondere, da wohl ein einfacher Verdacht, also eine Vermutung, dass ein Beschäftigter eine Straftat bzw. Amtspflichtverletzung begangen hat, ausreicht.⁴²³

⁴²² Durch die bloß beispielhafte Aufzählung von Verarbeitungszwecken („insbesondere“) scheint die Ausweitung auf den Schutz sonstiger Dritter und weiterer Rechtsgüter nicht per se unionsrechtswidrig.

⁴²³ Vgl. *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 134; *Salvenmoser/Hauschka*, NJW 2010, 331, 333, jeweils zu der weltlichen Vorschrift, der die Norm nachgebildet ist.

VII. Medizinische oder psychologische Untersuchungen

Psychologische Daten sind nach dem weit auszulegenden Art. 4 Nr. 15 DS-GVO⁴²⁴ ebenfalls Gesundheitsdaten im Sinne der „geistigen Gesundheit“. Gesundheitsdaten sind personenbezogene Daten besonderer Kategorien im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO und unterfallen als solche dem besonderen Schutz und Verarbeitungsverbot. Eine Verarbeitung ist nur nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 2 oder 3 DS-GVO zulässig.⁴²⁵

1. Einschlägige Öffnungsklausel

Aufgrund der besonderen Regelungen in Art. 9 DS-GVO können personenbezogene Daten besonderer Kategorien betreffende Regelungen nicht auf Art. 88 DS-GVO gestützt werden, sondern sind an Art. 9 DS-GVO zu messen. Art. 9 Abs. 4 DS-GVO enthält eine allgemeine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedstaaten erlaubt, „zusätzliche Bedingungen, einschließlich Beschränkungen, einzuführen oder aufrechtzuerhalten, soweit die Verarbeitung von genetischen, biometrischen oder Gesundheitsdaten betroffen ist.“ Erleichterungen der Verarbeitung sind nicht zulässig.⁴²⁶

Zweifelsohne bloß einschränkende Wirkung hat § 49 Abs. 8 DSGVO, indem der Schutz des Betroffenen zur Voraussetzung der automatischen Verarbeitung der Ergebnisse medizinischer und psychologischer Untersuchungen und Tests gemacht wird. Der Schutz des Betroffenen soll auch nach dem Verständnis der DSGVO der Hauptzweck der Verarbeitung von Gesundheitsdaten sein. So sollen nach Erwägungsgrund 53 S.1 zur DSGVO⁴²⁷ personenbezogene Daten nur dann

⁴²⁴ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 40.

⁴²⁵ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 1.

⁴²⁶ *Schulz*, in: Gola, DS-GVO, Art. 9, Rn. 48.

⁴²⁷ „Besondere Kategorien personenbezogener Daten, die eines höheren Schutzes verdienen, sollten nur dann für gesundheitsbezogene Zwecke verarbeitet werden, wenn dies für das Erreichen dieser Zwecke im Interesse einzelner natürlicher Personen und der Gesellschaft insgesamt erforderlich ist, insbesondere im Zusammenhang mit der Verwaltung der Dienste und Systeme des Gesundheits- oder Sozialbereichs, einschließlich der Verarbeitung dieser Daten durch die Verwaltung und die zentralen nationalen Gesundheitsbehörden zwecks Qualitätskontrolle, Verwaltungsinformationen und der allgemeinen nationalen und lokalen Überwachung des Gesundheitssystems oder des Sozialsystems und zwecks Gewährleistung der Kontinuität der Gesund-

zu gesundheitlichen Zwecken verarbeitet werden, wenn dies im Interesse des Einzelnen, sprich des Betroffenen⁴²⁸, und der Gesellschaft insgesamt ist.

Auch § 49 Abs. 6 S. 1, 3 DSGVO enthalten keine eigene Verarbeitungserlaubnis, sondern schränken die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten weiter ein. So sind nach S. 1 „Anlass und Zweck der Begutachtung möglichst tätigkeitsbezogen zu bezeichnen“. S. 3 beschränkt die Weiterverarbeitung der durch die Untersuchungen und Tests erhobenen Daten auf den Zweck, für den diese erhoben wurde, soweit keine schriftliche Einwilligung des betroffenen Beschäftigten vorliegt.

Diskussionswürdiger ist § 49 Abs. 6 S. 2 DSGVO. Halbsatz 1 beschränkt die Offenlegung der erhobenen Daten für die Fälle, bei denen die Untersuchungen und Tests zu keinen Bedenken geführt haben, auf das Ergebnis. In diesen Fällen zeigen dann „Untersuchungs- und Testergebnisse [...] keine medizinischen oder psychologischen Bedenken“. Nach Halbsatz 2 ist bei sich ergebenden Bedenken „auch die Offenlegung der festgestellten möglichst tätigkeitsbezogenen Risikofaktoren“ zulässig. Ob es sich hierbei um eine Regelung im Sinne der Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 4 DSGVO handelt oder die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 2 DSGVO erleichtert wird, hängt davon ab, ob die Verarbeitung auf Grundlage des Art. 9 Abs. 2 lit. h) DSGVO die Offenlegung von tätigkeitsbezogenen Risikofaktoren erlaubt. Dann würde

heits- und Sozialfürsorge und der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung oder Sicherstellung und Überwachung der Gesundheit und Gesundheitswarnungen oder für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder statistischen Zwecken, die auf Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten beruhen, die einem im öffentlichen Interesse liegenden Ziel dienen müssen, sowie für Studien, die im öffentlichen Interesse im Bereich der öffentlichen Gesundheit durchgeführt werden. Diese Verordnung sollte daher harmonisierte Bedingungen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Gesundheitsdaten im Hinblick auf bestimmte Erfordernisse harmonisieren, insbesondere wenn die Verarbeitung dieser Daten für gesundheitsbezogene Zwecke von Personen durchgeführt wird, die gemäß einer rechtlichen Verpflichtung dem Berufsgeheimnis unterliegen. Im Recht der Union oder der Mitgliedstaaten sollten besondere und angemessene Maßnahmen zum Schutz der Grundrechte und der personenbezogenen Daten natürlicher Personen vorgesehen werden. Den Mitgliedstaaten sollte gestattet werden, weitere Bedingungen – einschließlich Beschränkungen – in Bezug auf die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten oder Gesundheitsdaten beizubehalten oder einzuführen. Dies sollte jedoch den freien Verkehr personenbezogener Daten innerhalb der Union nicht beeinträchtigen, falls die betreffenden Bedingungen für die grenzüberschreitende Verarbeitung solcher Daten gelten.“

⁴²⁸ *Albers/Veit*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 9 DSGVO, Rn. 77.

sich § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 2 DSG-EKD lediglich als Rückausnahme der Beschränkung des § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 1 DSG-EKD darstellen und keinen eigenen Erlaubnistatbestand bilden.

Art. 9 Abs. 2 lit. h) DS-GVO setzt voraus, dass die Verarbeitung erforderlich ist. Damit unterliegt die Offenlegung von tätigkeitsbezogenen Risikofaktoren der Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers an der Verarbeitung und den des betroffenen Beschäftigten daran, dass die Verarbeitung unterbleibt. Dies ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden. Sofern die Abwägung ergibt, dass die Offenlegung unzulässig ist, würde § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 2 DSG-EKD die Verarbeitung der Gesundheitsdaten erleichtern und damit gegen Art. 9 Abs. 4 DS-GVO verstoßen. § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 2 DSG-EKD ist entsprechend unionsrechtskonform auszulegen und auf die Fälle zu beschränken, in denen die Abwägung ergibt, dass die Offenlegung zulässig ist. Sodann ist zu prüfen, ob das Ergebnis ein Bedenken zur Folge hat. Falls dem so ist, bildet § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 2 DSG-EKD eine Rückausnahme zu § 49 Abs. 6 S. 2 HS. 1 DSG-EKD.

§ 49 Abs. 6 und 8 DSG-EKD sind damit bei der gebotenen Auslegung unionsrechtskonform, fallen aber nicht unter die Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, sondern die des Art. 9 Abs. 4 DS-GVO.

2. Arbeitsmedizin

Auch wenn die systematische Stellung der § 49 Abs. 6 und 8 DSG-EKD ein entsprechendes Verständnis des Gesetzgebers suggeriert, kann die Verarbeitung der Gesundheitsdaten im Beschäftigtenkontext nicht auf § 49 Abs. 1 DSG-EKD gestützt werden. Die Zulässigkeit der Verarbeitung richtet sich allein nach den Erlaubnistatbeständen des Art. 9 DS-GVO.

Besonderes Augenmerk liegt hierbei auf Art. 9 Abs. 2 lit. h) DS-GVO, wonach die Verarbeitung unter anderem zu Zwecken der Arbeitsmedizin und Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Betroffenen zulässig ist. Der Bereich der Arbeitsmedizin kennzeichnet sich üblicherweise durch ein Dreiecksverhältnis, welches neben dem Arbeitnehmer als dem Betroffenen und dem Arbeitgeber auch medizinisches

Personal umfasst.⁴²⁹ Hierbei kann sowohl der Arbeitgeber als auch das medizinische Personal als Verantwortlicher zu qualifizieren sein. Etwa bei der Mitteilung etwaiger Arbeits(un-)fähigkeit oder sonstiger Untersuchung des Betriebsarztes ist durch die Offenlegung bzw. Übermittlung der Daten der Arzt Verantwortlicher und kann sein Verhalten auf Art. 9 Abs. 2 lit. h) DS-GVO stützen. Sobald der Arbeitgeber die Information speichert, unterfällt dies nicht mehr Art. 9 Abs. 2 lit. h) DS-GVO. Art. 9 Abs. 3 DS-GVO begrenzt die Verarbeitung auf Grundlage des Art. 9 Abs. 2 lit. h) DS-GVO darauf, dass „diese Daten von Fachpersonal oder unter dessen Verantwortung verarbeitet werden und dieses Fachpersonal nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder den Vorschriften nationaler zuständiger Stellen dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder wenn die Verarbeitung durch eine andere Person erfolgt, die ebenfalls nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder den Vorschriften nationaler zuständiger Stellen einer Geheimhaltungspflicht unterliegt.“

Der Arbeitgeber kann die Verarbeitung jedoch regelmäßig auf Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO stützen, um die ihm „aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Rechte [auszuüben] und seinen bzw. ihren diesbezüglichen Pflichten [nachzukommen]“.⁴³⁰

VIII. Offenlegung von Daten

§ 49 Abs. 4 DSGVO beschränkt die Offenlegung personenbezogener Beschäftigtendaten abschließend auf die dort genannten Fälle, wenn kirchliche Interessen nicht entgegenstehen.

Die Offenlegung wird durch das DSGVO nicht definiert. Auch die DS-GVO definiert die Offenlegung nicht direkt, nennt diese jedoch in Art. 4 Nr. 2 DS-GVO als Verarbeitungsart „durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung“. Auch in Art. 32 Abs. 2 DS-GVO wird die unbefugte Offenlegung als risikobehafteter Umgang mit Daten genannt. Zudem werden als mögliche Konsequenzen einer unbefugten Offenlegung die Übermittlung, Speicherung oder eine andere Art der Verarbeitung, etwa die Veröffentlichung, genannt.⁴³¹ Hieraus

⁴²⁹ *Weicher*, in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 9 DS-GVO, Rn. 112.

⁴³⁰ Vgl. auch *Weicher*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, Art. 9 DS-GVO, Rn. 111.

⁴³¹ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 32, Rn. 54.

lässt sich ableiten, dass die DS-GVO unter Offenlegung allgemein die Zugänglichmachung personenbezogener Dateien versteht, wobei der Begriff der Zugänglichmachung zugunsten eines erhöhten Datenschutzes weit auszulegen ist.

Für die Offenlegung von Beschäftigtendaten an Personen und Stellen nach § 49 Abs. 4 DSGVO ist zu unterscheiden, ob es sich bei dem Datenempfänger um eine Person oder Stelle im Geltungsbereich der DS-GVO oder um eine Datenübertragung in ein Drittland oder eine internationale Organisation handelt. Für den Fall einer Datenübertragung in ein Drittland sind die Art. 44 - 50 DSGVO zu berücksichtigen. Wesentlich sind dann die zusätzlich zu den vertraglichen Vereinbarungen einzuholenden Garantien nach Art. 46 Abs. 1 DSGVO, sofern kein Beschluss der Kommission nach Art. 45 Abs. 3 DSGVO vorliegt. Dies kann aufgrund des weiten Beschäftigtenbegriffs unter anderem bei der Entsendung von Pfarrerinnen und Pfarrern und anderen Personen, die in einem „öffentlich“-rechtlichen Dienstverhältnis einer Gliedkirche stehen, relevant sein. So sieht § 7 Abs. 2 S. 1 ÖG-EKD⁴³² primär die Entsendung dieser in § 7 Abs. 1 S. 1 ÖG-EKD Personengruppen „zur Förderung des Dienstes an evangelischen Christen deutscher Sprache oder Herkunft“ ins Ausland vor.⁴³³

Für die Offenlegung an Personen und Stellen im Geltungsbereich der DSGVO, hierunter fällt auch die Offenlegung an Personen und Stellen in Deutschland, für die nicht das DSGVO gilt, gelten darüber hinaus keine Besonderheiten.

1. Kirchliche Interessen

Grundvoraussetzung für die Offenlegung ist, dass der Offenlegung keine kirchlichen Interessen entgegenstehen. Auf die einzelnen zusätzlichen Voraussetzungen der Nr. 1 - 4, von denen zumindest eine vorliegen muss, soll an dieser Stelle nicht individuell eingegangen werden. Die Entscheidung darüber, ob kirchliche Interessen der Offenlegung entgegenstehen, obliegt der jeweils verarbeitenden Stelle, also dem kirchlichen Arbeitgeber. Die kirchlichen Interessen selbst werden im DSGVO nicht definiert. Sie werden neben in § 49 Abs. 4 DSGVO jedoch

⁴³² Kirchengesetz über die Mitarbeit der Evangelischen Kirche in Deutschland in der Ökumene v. 6.11.1996, zuletzt geändert am 15.11.2017.

⁴³³ Laut <https://www.ekd.de/Auslandsgemeinden-10753.htm> sind weltweit über 120 Pfarrerinnen und Pfarrer im europäischen und weltweiten Ausland im Auftrag der EKD im Einsatz (Abrufdatum: 19.10.2019).

noch im Rahmen der Rechtmäßigkeit einer Zweckänderung (§ 7 DSGVO) und als Grund für die Verarbeitung personenbezogener Daten trotz Widerspruchs des Betroffenen (§ 25 Abs. 2 DSGVO) genannt. Zudem ist neben den weiteren möglichen Verarbeitungsgrundlagen des § 6 DSGVO nach § 6 Nr. 4 DSGVO die Verarbeitung rechtmäßig, wenn „die Verarbeitung [...] für die Wahrnehmung einer sonstigen Aufgabe erforderlich, die im kirchlichen Interesse [ist]“.

a. Einheitliche Auslegung der kirchlichen Interessen

Um den Begriff der kirchlichen Interessen einheitlich auszulegen, also einen festen Begriff der kirchlichen Interessen festzulegen, bedarf zunächst die Nennung der kirchlichen Interessen in § 25 Abs. 2 DSGVO besonderer Beachtung. In § 26 DSGVO wird kein Verarbeitungszweck genannt, die ausbleibende Wirkung des Widerspruchs soll also zweckuniversal gelten. Es kann daher nicht jedes kirchliche Interesse eine Verarbeitung trotz Widerspruch legitimieren

Dabei zeigen sich im Rahmen von § 25 DSGVO unionsrechtliche Bedenken. Das in Art. 21 DSGVO normierte Widerspruchsrecht ist ein wesentlicher Eckpfeiler der Betroffenenrechte und nach dem Verständnis der DSGVO. So kann der Betroffene nach Art. 21 DSGVO die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten selbst dann verhindern, wenn diese unter Art. 6 Abs. 1 lit. e) oder f) DSGVO fällt und rechtmäßig ist.⁴³⁴ Art. 21 Abs. 1 S. 2 HS. 2 DSGVO enthält eine Ausnahme hiervon.⁴³⁵ Der Verantwortliche darf die personenbezogenen Daten weiterverarbeiten, wenn er „zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen [kann], die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.“ Eine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedstaaten gestattet, von den Regelungen zum Widerspruchsrecht abzuweichen, findet sich in der DSGVO nicht.

Wenn die kirchlichen Interessen die Verarbeitung trotz eines Widerspruchs erlauben, müssen diese den Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 1 S. 2 HS. 2 DSGVO entsprechen und diesen konkretisieren, wobei sich die Möglichkeit zur Konkretisierung aus der DSGVO ergeben muss. Auch eine solche Möglichkeit lässt

⁴³⁴ *Munz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 1.

⁴³⁵ *Munz*, in: Taeger/Gabel, DSGVO BDSG, Art. 21 DSGVO, Rn. 22.

sich aus Art. 21 DS-GVO nur schwerlich ableiten. Einzig die Verarbeitung trotz Widerspruchs des Betroffenen rechtfertigen kann das kirchliche Interesse daher dann, wenn das konkrete kirchliche Interesse einen zwingenden Grund für die Verarbeitung darstellt und die Interessen, Rechte und Freiheiten des Betroffenen überwiegt.

Die Änderung des Verarbeitungszwecks nach § 7 DSG-EKD geschieht ohne die Zustimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen und bedarf daher einer besonderen Rechtfertigung. Die kirchlichen Interessen müssen bei systematischer Betrachtung dem Niveau des Verarbeitungsinteresses der anderen Nummer des § 7 Abs. 1 DSG-EKD entsprechen. Als Maßstab kann insbesondere die sonst drohende schwerwiegende Beeinträchtigung (Nr. 8) und die Gefährdung des kirchlichen Auftrags (Nr. 7) herangezogen werden.

Weniger restriktiv könnte dagegen die Auslegung der kirchlichen Interessen ausfallen, wenn allein Art. 49 Abs. 4 DSG-EKD betrachtet wird. Durch die zusätzlichen Voraussetzungen ist der Betroffene grundsätzlich stärker geschützt, zumal die Zusatzvoraussetzungen teilweise selbst bereits eine Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 DS-GVO rechtfertigen würden.⁴³⁶

Inwieweit ein „erhebliches“ kirchliches Interesse nach § 13 Abs. 2 Nr. 7 DSG-EKD oder ein „wichtiges“ kirchliches Interesse nach § 22 Abs. 2 DSG-EKD ein gesteigertes kirchliches Interesse fordert, soll an dieser Stelle mangels Relevanz für den Beschäftigtendatenschutz nicht weiter analysiert werden.

Die unterschiedlichen Kontexte, in denen die kirchlichen Interessen bei der Datenverarbeitung von Relevanz sind, zeigen, dass sich kein einheitlicher Maßstab im Sinne einer abschließenden Liste von Interessen für die kirchlichen Interessen festlegen lässt, wenngleich eine eher restriktive Tendenz zu erkennen ist, insbesondere, da die Zugänglichmachung personenbezogener Daten Dritten einen massiven Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position des Betroffenen darstellt. Gegen eine feste „Größe“ des kirchlichen Interesses spricht zudem die Formulierung der einzelnen Normen. Während in § 25 Abs. 2 DSG-EKD das kirchliche Interesse als positives Merkmal für die Verarbeitung genannt wird, stellt das

⁴³⁶ Wenn nach § 49 Abs. 4 Nr. 2 DSG-EKD „Art oder Zielsetzung der dem oder der Beschäftigten übertragenen Aufgaben die Offenlegung erfordert“, dürfte die Verarbeitung regelmäßig nach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO zulässig sein.

kirchliche Interesse im Rahmen von § 49 Abs. 4 DSGVO ein negatives Merkmal dar. So erlaubt § 25 Abs. 2 DSGVO die Verarbeitung, wenn ein „zwingendes kirchliches Interesse“ besteht. § 49 Abs. 4 DSGVO verbietet dagegen die Verarbeitung, wenn ein entgegenstehendes kirchliches Interesse existiert, selbst wenn ein sonstiger Verarbeitungsgrund (Nr. 1 - 4) vorliegt.

b. Kirchliche Interessen als Abwägungsfaktor

Wenn kein einheitlicher Maßstab für relevante kirchliche Interessen gefunden werden kann, müssen diese für den Einzelfall evaluiert werden und können so dann lediglich einen Abwägungsfaktor darstellen. Als solcher ist ähnlich der Abwägung zweier grundrechtsrelevanter Positionen⁴³⁷ zunächst die Gewichtung der jeweiligen Grundrechtsposition und anschließend die Intensität der jeweiligen Betroffenheit festzustellen, um sodann im Rahmen der Abwägung die Verarbeitung zu rechtfertigen oder eben nicht. Dabei kommt bei konsequenter Anwendung der Rechtsprechung des BVerfG der Gewichtung der einzelnen Grundrechtspositionen der kirchlichen Position regelmäßig eine höhere Wertigkeit zu, wobei nach aktueller Rechtsprechung des EuGH⁴³⁸ eine solche Wertung nicht zu erkennen ist. Die vorzunehmende Gewichtung der betroffenen Interessen darf nicht dazu führen, dass die pauschale Berufung auf die Kircheneigenschaft zu einem für den Verarbeiter positiven Abwägungsergebnis führt. So ist eine Konsequenz der „Egenberger“- und „Chefarzt“-Rechtsprechung des EuGH⁴³⁹ bei der Übertragung auf den Datenschutz die Pflicht der Kirchen, die theologische Relevanz der Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine kirchliche Stelle ausreichend zu begründen und darzulegen. Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung ergibt sich vorliegend aus Art. 16 AEUV, also der unionsrechtlichen Grundlage und damit schlussendlichen Überprüfbarkeit durch den EuGH.

⁴³⁷ Vgl. *Kort*, ZD 2017, 319, 320.

⁴³⁸ Vgl. EuGH v. 17.4.2018, C-414/16, Rn. 80.

⁴³⁹ EuGH v. 17.4.2018, C-414/16, Rn. 59; EuGH v. 11.9.2018, C- 68/17, Rn. 43 ff.

2. Weitere Voraussetzungen

Darüber hinaus muss eine der in § 49 Abs. 4 Nr. 1-4 DSGVO genannten Voraussetzungen vorliegen.

a. Überwiegendes Interesse (Nr. 1)

Nach § 49 Abs. 4 Nr. 1 DSGVO genügt zusätzlich zu den nicht entgegenstehenden kirchlichen Interessen die Darlegung des überwiegenden Interesses der datenerhaltenden Person oder Stelle. Das überwiegende Interesse der empfangenden Person oder Stelle am Erhalt der Daten gegenüber dem Betroffenen am Unterlassen der Offenlegung findet sich sonst an keiner Stelle des DSGVO. Im Vergleich zu § 6 DSGVO deutet der Wortlaut auf keine hohen Anforderungen an das Interesse des Daten Erhaltenden. Während das Interesse an der Verarbeitung auf rechtlichen Pflichten basieren muss, nennt die beschäftigendatenschutzrechtliche Norm keine spezifizierenden Anforderungen an das Interesse. Der Wortlaut und die systematische Auslegung der Nr. 1 lassen daher auf ein deutlich geringeres Datenschutzniveau zulasten des Beschäftigten schließen, wenn es um die Offenlegung seiner personenbezogenen Daten gegenüber Dritten geht.

b. Erforderlichkeit aufgrund Art und Zielsetzung der übertragenen Aufgabe (Nr. 2)

Nach Nr. 2 ist die Offenlegung gerechtfertigt, wenn „Art oder Zielsetzung der dem oder der Beschäftigten übertragenen Aufgaben die Offenlegung erfordert“. Hierbei dürfte keine objektive rechtliche Verpflichtung wie in Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO⁴⁴⁰ gemeint sein, sondern vielmehr eine Nebenpflicht, die zwar Voraussetzung für die Erfüllung rechtlicher Pflichten ist, die Offenlegung selbst jedoch nicht isoliert im Wege eines Primäranspruchs verlangt werden kann. Die Rechtfertigung der Verarbeitung entspricht damit vielmehr dem Gedanken des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO⁴⁴¹, wengleich dieser weiter ist und auch die Vorbereitung

⁴⁴⁰ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 6, Rn. 16.

⁴⁴¹ Vgl. *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 6 Rn, 33, wonach Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO auch die Erfüllung von Nebenpflichten umfasst.

eines Vertrages⁴⁴² umfasst. Damit spiegelt § 49 Abs. 4 Nr. 2 DSGVO-EKD auch den Gedanken des Erwägungsgrundes 44 zur DSGVO⁴⁴³ wider, unabhängig davon, dass der dort genannte Maßstab der „Erforderlichkeit“ nicht weiter definiert und somit auch für die Auslegung keinen Ansatz bietet.⁴⁴⁴ Bei der Auslegung der „Erforderlichkeit“ als Maßstab für die Verarbeitung weist *Frenzel*⁴⁴⁵ zurecht darauf hin, dass diese jedenfalls im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO und damit wohl auch des § 49 Abs. 4 Nr. 2 DSGVO-EKD nicht im staatsrechtlichen Sinn einer Verhältnismäßigkeitsprüfung verstanden werden kann. Insbesondere das gegenüber dem Staat nicht anwendbare Kriterium der Zumutbarkeit ist im Privatrechtsverkehr eine wesentliche Grenze der Leistungspflicht, die in § 275 Abs. 2 BGB Ausdruck findet. Erforderlich ist eine Offenlegung entsprechend nicht, wenn kein milderes Mittel zur Aufgabenerfüllung ersichtlich ist, sondern wenn der Vertrag ohne die Offenlegung nicht in dem zugesicherten Umfang erfüllt werden kann, wobei stets die Zumutbarkeit für den Betroffenen zu berücksichtigen ist.⁴⁴⁶

c. Offensichtliches Interesse des Betroffenen (Nr. 3)

Nach § 49 Abs. 4 Nr. 3 DSGVO-EKD ist die Offenlegung zulässig, wenn dies offensichtlich im Interesse des Betroffenen liegt und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass die betroffene Person „in Kenntnis des Zwecks der Offenlegung ihre Einwilligung nicht erteilen würde“. Hierdurch wird eine Offenlegung aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung legitimiert, und zwar ohne das sonst notwendige Kriterium, dass die Einwilligung nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Eine solche ist im Datenschutzrecht jedoch nicht vorgesehen⁴⁴⁷ und widerspricht insbesondere der in Erwägungsgrund 32 S. 1 zur DSGVO⁴⁴⁸ vorgese-

⁴⁴² *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 6, Rn. 15.

⁴⁴³ „Die Verarbeitung von Daten sollte als rechtmäßig gelten, wenn sie für die Erfüllung oder den geplanten Abschluss eines Vertrags erforderlich ist.“

⁴⁴⁴ So auch *Frenzel* zur Auslegung von Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO nach Erwägungsgrund 44 zur DSGVO, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 6, Rn. 13.

⁴⁴⁵ *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 6, Rn. 14.

⁴⁴⁶ Entspricht der Definition von *Frenzel* zu Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO, in: Paal/Pauly, DSGVO, Art. 6, Rn. 14.

⁴⁴⁷ *Ernst*, ZD 2017, 110, 114; *Stemmer*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 7 DSGVO, Rn. 84.

⁴⁴⁸ „Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten

henen informierten und ausdrücklichen Bekundung der Einwilligung. Insbesondere wenn die Offenlegung dem Interesse des Betroffenen „offensichtlich“ entspricht, ist der Verzicht auf die Einholung der Einwilligung der verarbeitenden Stelle zumutbar. Dies wird auch durch die Normierung der Ausnahme des Art. 9 Abs. 1 lit. c) DS-GVO deutlich, wonach eine Datenverarbeitung ohne Einwilligung nur dann zulässig ist, wenn der Schutz lebenswichtiger Interessen die Verarbeitung erforderlich machen und die betroffene Person außer Stande ist, die Einwilligung abzugeben. § 49 Abs. 4 Nr. 3 DSG-EKD stellt daher eine unionsrechtswidrige und daher nicht anwendbare Regelung dar.

d. Anschein der Erforderlichkeit (Nr. 4)

Auch Nr. 4 normiert ein der DS-GVO unbekanntes Kriterium der Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung, indem es genügt, wenn die Offenlegung „zur Aufdeckung einer Straftat oder Amtspflichtverletzung oder zum Schutz möglicher Betroffener erforderlich erscheint.“ Neben der Parallelität zu § 49 Abs. 2 DSG-EKD fällt besonders auf, dass der Anschein der Erforderlichkeit nunmehr für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung genügen soll, ein Kriterium, das der DS-GVO und ihren Erwägungsgründen fremd ist. Damit würde die Erforderlichkeit aus ex-ante-Sicht für die Rechtmäßigkeit genügen, ohne dass die im Nachhinein getroffene Feststellung, dass eine Verarbeitung nicht erforderlich war, diese unrechtmäßig werden ließe. Aus der fehlenden Rückwirkung allein ergeben sich noch keine unionsrechtlichen Bedenken, da auch etwa der Widerruf der Einwilligung nicht rückwirkend zur Unrechtmäßigkeit der Verarbeitung führt. Vielmehr wird nach Art. 7 Abs. 3 S. 2 DS-GVO die Rechtmäßigkeit der bis zum Zeitpunkt des Widerrufs aufgrund der Einwilligung erfolgten Verarbeitung nicht berührt.

Kritischer ist dagegen zu sehen, dass bereits der Anschein der Erforderlichkeit genügt. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die Regelung wohl im Zusammenhang mit § 49 Abs. 2 DSG-EKD zu sehen ist und einen grundsätzlich identischen Anwendungsbereich hat, jedoch nur auf die Offenlegung als Art der Verarbeitung Anwendung findet. Für die Auslegung der sonstigen Begriffe der Regelung kann auf die Ausführungen zu Abs. 2 verwiesen werden. Wesentlicher Unterschied ist,

einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung.“

dass im Rahmen von Abs. 2 die Verarbeitung zur Aufdeckung von Amtspflichtverletzungen oder Straftaten oder zum Schutz möglicher Betroffener erforderlich sein muss, während nach Abs. 4 Nr. 4 der Anschein der Erforderlichkeit genügt, solange kirchliche Interessen der Offenlegung nicht entgegenstehen.

Da die entgegenstehenden kirchlichen Interessen nicht die Interessen des Betroffenen berücksichtigen, stellt der Anschein der Erforderlichkeit als Kriterium ein geringeres Schutzniveau gegenüber dem ansonsten im Datenschutz geltenden Prinzip der Erforderlichkeit⁴⁴⁹ dar.

Der Anschein der Erforderlichkeit müsste unter die Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DS-GVO oder die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 6 Abs. 2 DS-GVO fallen. Sowohl Art. 88 Abs. 1 DS-GVO als auch Art. 6 Abs. 2 DS-GVO eröffnen den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, „spezifischere“ Vorschriften zu erlassen. Für Regelungen, die aufgrund von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO erlassen wurden, bedeutet dies, dass es dem nationalen Gesetzgeber zwar offensteht, für Lebenssachverhalte im Beschäftigungskontext „eigentümliche“⁴⁵⁰ Regelungen zu schaffen. Die Möglichkeit eines Absenkens des Schutzniveaus geht damit jedoch nicht einher.⁴⁵¹ Dies entspricht auch dem in Art. 6 Abs. 2 DS-GVO zum Ausdruck kommenden Grundsatz, dass das Schutzniveau der DS-GVO nicht unterschritten werden darf, solange dies nicht ausdrücklich durch eine Öffnungsklausel zulässig ist. So können etwa im Rahmen von Art. 23 DS-GVO die Rechte der Betroffenen aus Art. 12 - 22 DS-GVO nur unter den dort genannten Voraussetzungen ausdrücklich beschränkt werden. Eine solche Ausnahme findet sich für den Beschäftigtenkontext nicht. Entsprechend fällt § 49 Abs. 4 Nr. 4 DSG-EKD unter keine der Öffnungsklauseln und ist somit unionsrechtswidrig.

⁴⁴⁹ *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 6, Rn. 15; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 6, Rn. 9; abgeleitet aus Art. 6 Abs. 1 lit. b) - f).

⁴⁵⁰ *Düwell/Brink*, NZA 2016, 665, 666.

⁴⁵¹ Gegen ein pauschales Verbot eines niedrigeren Schutzniveaus *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 67.

3. Fazit zur Offenlegung personenbezogener Daten (§ 49 Abs. 4 DSGVO-EKD)

Mit § 49 Abs. 4 DSGVO-EKD etabliert die EKD das in § 6 Nr. 4 DSGVO-EKD grundsätzliche Bedeutung erlangende kirchliche Interesse als negative Grenze der Verarbeitung im Beschäftigtenkontext. Durch die nunmehr andersartige, quasi gegenteilige Verwendung des Kriteriums wird der Begriff jedoch noch unschärfer und kann als objektiver Maßstab, insbesondere aufgrund der zweifelhaften Deutungshoheit des Begriffs, kaum für Rechtssicherheit sorgen.

Bei den genannten zusätzlichen Voraussetzungen handelt es sich grundsätzlich nicht um solche, die zwangsläufig unter Art. 88 Abs. 1 DS-GVO fallen. Vielmehr werden allgemeine Grundsätze und Regelungen der DS-GVO teilweise beschäftigendatenschutzspezifisch normiert, ohne dass hierdurch Anwendungssicherheit in einem spezifischen Lebensbereich geschaffen wird. Vielmehr, so scheint es, soll die Öffnungsklausel genutzt werden, um möglichst viele Lebenssachverhalte in den Beschäftigtenkontext einzubeziehen, in welchem eine Offenlegung von Beschäftigtendaten vereinfacht wird.

IX. Zweckbindung der Datenverarbeitung

§ 49 Abs. 9 DSGVO-EKD ist eine Konkretisierung der grundsätzlich in Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO normierten Zweckbindung. Das Pendant des DSGVO-EKD, § 5 Abs. 1 lit. b) DSGVO-EKD, ist nicht anzuwenden. Die Formulierung „mit diesen Zwecken nicht zu vereinbarende Weise“ des Zweckbindungsgebots ist insofern unglücklich, als dass es nicht bestimmte Arten der Verarbeitung, sondern die Verarbeitung zu anderen als den bei der Erhebung festgeschriebenen Zwecken der Datenvereinbarung verhindern will.⁴⁵² Sofern personenbezogene Daten zu Zwecken der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erhoben wurden und die Speicherung auf anderen Gesetzen – etwa § 257 HGB oder § 147 AO – beruht, würde die Verarbeitung zu den Zwecken der Verhaltens- und Leistungskontrolle gegen § 49 Abs. 9 DSGVO-EKD verstoßen. Ein solches Weiterverarbeitungsverbot

⁴⁵² Vgl. zum Verständnis des Begriffs „vereinbar“ in Art. 6 Abs. 4 DS-GVO *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 5 DS-GVO, Rn. 6; *Schantz*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 5 DS-GVO, Rn. 18.

folgt dabei bereits aus Art. 5 Abs. 1 lit. b) DS-GVO. Insoweit kommt dem Kirchengesetz also nur klarstellende Bedeutung zu.

Die Nennung der Datenspeicherung im Rahmen der Maßnahmen zur Datensicherung hat materiell-rechtlich keine Folgen, insbesondere stellt sie keinen eigenen Erlaubnistatbestand dar, sondern beschränkt klarstellend Erlaubnistatbestände anderer Regelungen. Dass die Aufbewahrung von Daten aufgrund von anderen Rechtsvorschriften kein Verstoß gegen die DS-GVO darstellt, ergibt sich aus Art. 17 Abs. 3 lit. b) DS-GVO,⁴⁵³ wonach auch das Recht des Mitgliedstaates Grund für die Aufbewahrung sein kann.

X. Löschpflicht

Bzgl. der in § 49 Abs. 7 DSG-EKD normierten grundsätzlichen Löschpflicht ist auf Art. 5 Abs. 1 lit. e) DS-GVO zu verweisen. Nach dem Grundsatz der Datensparsamkeit in zeitlicher Hinsicht⁴⁵⁴, der in Art. 5 Abs. 1 lit. e) DS-GVO normiert ist, sollen personenbezogene Daten nur solange gespeichert werden, wie es für den Verarbeitungszweck notwendig ist.⁴⁵⁵ Anschließend sind die Daten unverzüglich zu löschen oder zu anonymisieren⁴⁵⁶. Die Regelung ist auch im kirchlichen Bereich anwendbar und wird nicht mittels spezieller Regelungen im Rahmen von Öffnungsklauseln verdrängt. Insbesondere handelt es sich hierbei um keinen allein für den Beschäftigtendatenschutz geltenden Grundsatz.

§ 49 Abs. 7 DSG-EKD beschränkt in den Fällen, wenn nach Satz 1 feststeht, dass mit einem Bewerber kein Beschäftigungsverhältnis zustanden kommt, oder für nach Satz 3 nicht mehr benötigte personenbezogene Daten nach Beendigung eines Beschäftigtenverhältnisses, die Optionen der verantwortlichen Stelle auf das

⁴⁵³ Vgl. *Keppeler/Berning*, ZD 2017, 314, 316.

⁴⁵⁴ *Albert/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 2, Rn. 6; *Schantz*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 5 DS-GVO, Rn. 32.

⁴⁵⁵ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 5 DS-GVO, Rn. 10.

⁴⁵⁶ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 5 DS-GVO, Rn. 10.

Löschen der Daten. Ein Anonymisieren, also den Erhalt der Daten ohne Möglichkeit der Zuordnung zu einer bestimmten oder bestimmbaren Person,⁴⁵⁷ genügt demnach nicht.

Damit geht jedoch keine Erhöhung des Schutzniveaus hervor. Ohne Personenbezug sind Rechte der ursprünglich zugeordneten Person nicht mehr betroffen. Zudem fallen anonymisierte Daten nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO. § 49 Abs. 7 DS-GVO ist mithin auch unionsrechtskonform.

§ 2 Katholischer Beschäftigtendatenschutz

I. Anwendungsbereich

Das KDG enthält wie auch das DSG-EKD keine weiter spezifizierenden Aussagen zu den im Anwendungsbereich definierenden Begriffen des Beschäftigten und des Beschäftigtenkontextes für den Beschäftigtendatenschutz, weshalb hier weitgehend dieselben Erwägungen anzustellen sind wie im evangelischen Bereich.

1. Beschäftigtenbegriff

So dürfte der Beschäftigtenbegriff des KDG ähnlich weit auszulegen sein, wie der des DSG-EKD und entsprechend insbesondere auch Kirchenbeamte sowie Bewerber und ausgeschiedene Beschäftigte umfassen.

2. Beschäftigungskontext

Für den für die Anwendbarkeit des § 53 KDG wesentlichen Begriff des Beschäftigungskontextes ist auf den unionsrechtlichen, von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO geprägten Begriff zu verweisen. Nur so weit reicht die Öffnungsklausel.

⁴⁵⁷ *Ernst*, in Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, Art. 4 DS-GVO, Rn. 49.

3. Erweiterter Anwendungsbereich

§ 53 Abs. 3 KDG erweitert den in § 2 Abs. 1 KDG normierten sachlichen Anwendungsbereich, welcher inhaltlich Art. 2 Abs. 1 DS-GVO wiedergibt und mithin dogmatisch nicht anzuwenden ist, um die automatische und nichtautomatische Verarbeitung personenbezogener Daten aus nichtautomatisierten Dateien. Damit fallen etwa auch Handakten, welche ansonsten mangels automatisierter Verarbeitung und Dateisystem wohl regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich der DS-GVO fallen würden, unter den Anwendungsbereich des § 53 KDG. Die Regelung weitet damit den Schutzbereich zugunsten des Arbeitnehmers aus.

Damit folgt das KDG dem Beispiel des § 26 Abs. 7 BDSG, welcher ebenfalls speziell den Anwendungsbereich des Beschäftigtendatenschutz über den sonst allgemeinen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts hinaus erweitert. So erfasst § 26 Abs. 7 BDSG über § 1 Abs. 1 S. 1 BDSG hinaus auch die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die nicht in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.⁴⁵⁸

II. Umfassende Verarbeitungserlaubnis des § 53 Abs. 1, 3 KDG

§ 53 Abs. 1 KDG entspricht in weiten Teilen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG. Unterschiede bestehen in Bezug auf die Verarbeitung religionsbezogener Daten und Kollektivvereinbarungen. Insbesondere entspricht der Aufbau der Norm der weltlichen Regelung eines bloßen Erlaubnistatbestandes. Auf ein beschäftigtendatenschutzspezifisches Verarbeitungsverbot, wie es im evangelischen Bereich durch die Einfügung des Wortes „nur“ der Fall ist, wurde verzichtet, woraus sich aufgrund des allgemein geltenden Verarbeitungsverbots mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO inhaltlich jedoch keine Abweichung ergibt.

⁴⁵⁸ *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 40; hiervon umfasst ist etwa die Spindkontrolle, BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12 = NZA 2014, 143 noch zu § 32 BDSG a.F.

III. Religionsbezogene Daten

Bzgl. der Verarbeitung von Religionsdaten verfolgt das KDG eine vom DSGVO-EKD abweichende Regelungstechnik, indem die Verarbeitung solcher Daten ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Erlaubnisnorm des § 53 Abs. 1 KDG fällt.

Da das Schutzniveau durch die konkretisierende mitgliedstaatliche Norm nicht geändert, insbesondere nicht herabgesetzt werden darf, sind personenbezogene Daten besonderer Kategorien betreffende Erlaubnistatbestände stets an den ansonsten einschlägigen Erlaubnistatbeständen des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO zu messen.

Von der Verarbeitungserlaubnis umfasst sind Daten über Religionszugehörigkeit, religiöser Überzeugung sowie die Einhaltung von Loyalitätsobliegenheiten. Hierbei handelt es sich um Religionsdaten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO, deren Verarbeitung das Vorliegen einer Erlaubnis nach Art. 9 Abs. 2 DS-GVO voraussetzt. Die Verarbeitung der Religionsdaten könnte unter Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO fallen. Hiernach ist die Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne des Abs. 1 zulässig, soweit dies für die Wahrnehmung von Pflichten und Rechten durch die verantwortliche Stelle erforderlich ist.⁴⁵⁹ Die Erforderlichkeit der Verarbeitung der Religionsdaten könnte sich wiederum aus der GrOkathK ergeben. Die GrOkathK ist ein für die verantwortliche Stelle verbindliches arbeitsrechtliches Gesetz, dessen Einhaltung maßgeblich von der Kenntnis der Religionszugehörigkeit des Bewerbers oder Beschäftigten abhängt. Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 GrOkathK ist der kirchliche Dienstgeber, also die verantwortliche Stelle im datenschutzrechtlichen Sinne, dazu verpflichtet, bei der Einstellung darauf zu achten, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Eigenart des kirchlichen Dienstes bejahen. Dies beinhaltet nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 GrOkathK die Anerkennung und Beachtung der Grundsätze der katholischen Glaubens- und Sittenlehre. Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im pastoralen und katechetischen Dienst ist darüber hinaus ein sogenanntes persönliches Lebenszeugnis erforderlich. Das Vorliegen dieser Anforderungen ist nach Art. 3 Abs. 1 S. 2 GrOkathK auch für Be-

⁴⁵⁹ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 8.

werberinnen und Bewerber zu prüfen. Die Kenntnis über das Einhalten der Loyalitätsobliegenheiten ist nach Art. 5 GrOkathK erforderlich, da Verstöße nach Abs. 1 S. 2 zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können. Insoweit sind die von § 53 Abs. 1 KDG erfassten personenbezogenen Religionsdaten erforderlich für die verantwortliche Stelle, um ihre Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsrecht auszuüben und zu erfüllen.

Art. 9 Abs. 2 lit b) DS-GVO verweist für die Pflichten und Rechte auf das Recht des Mitgliedstaates.⁴⁶⁰ Da die Kirchen im Rahmen der Öffnungsklauseln gegenüber der DS-GVO dieselbe Stellung wie ein Mitgliedstaat einnehmen, ist das kirchliche Arbeitsrecht der Maßstab der Pflichten und Rechte im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO, wodurch auch die Rechte und Pflichten der GrOkathK Grundlage dieser sein können.

§ 53 Abs. 1 KDG ist entsprechend unionsrechtskonform auszulegen und auf die eben genannten Fälle zu beschränken.

IV. Datenverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung

§ 53 Abs. 2 KDG unterscheidet sich im Wortlaut nur in vier Punkten von der Regelung des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG und wirft entsprechend weitgehend dieselben Fragen auf, insbesondere im Verhältnis zu Art. 88 Abs. 1 DS-GVO. Während zwei der Unterschiede⁴⁶¹ inhaltlich ohne Bedeutung sind, deutet das Fehlen des Wortes „nur“⁴⁶² in der katholischen Regelung auf eine Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses hin. Dass sich jedoch auch hieraus keine inhaltlichen Unterschiede ergeben, folgt daraus, dass auch im katholischen Datenschutzrecht aus § 6 Abs. 1 KDG, der im Aufbau Art. 6 Abs. 1 DS-GVO entspricht, ein grundsätzliches Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt gilt.⁴⁶³ Entsprechend gilt auch

⁴⁶⁰ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 9 DS-GVO, Rn. 9.

⁴⁶¹ § 53 KDG verwendet anstelle von „Beschäftigte“ „eines Beschäftigten“ und im zweiten Teil des Satzes lediglich die männliche Form des Beschäftigten, anstelle der Nennung beider Geschlechter („der oder des Beschäftigten“) in § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG.

⁴⁶² „Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines/von Beschäftigten [nur] dann verarbeitet werden, wenn [...]“.

⁴⁶³ Zu Art. 6 Abs. 1 DS-GVO uA *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, Art. 6, Rn. 1; *Plath*, in: *Plath*, DS-GVO, Art. 6, Rn. 2; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, DS-GVO, Art. 6, Rn. 1; *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586.

für die Datenverarbeitung zum Zweck der Strafverfolgung nach § 53 Abs. 2 KDG das grundsätzliche Verarbeitungsverbot mit einem Erlaubnisvorbehalt für den Fall, dass „tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Verarbeitung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt“.

Nicht genannt ist die Aufdeckung von Amtspflichtverletzungen, wie es in der entsprechenden evangelischen Regelung der Fall ist. § 53 Abs. 2 KDG hat also einen entsprechend engeren Anwendungsbereich als § 49 Abs. 2 DSGVO.⁴⁶⁴ Bei der Reichweite der Begriffe der „Straftaten“, „im Beschäftigungsverhältnis“, „tatsächliche Anhaltspunkte“ sowie „Verdacht“ gelten dagegen die Ausführungen zu § 49 Abs. 2 DSGVO und insbesondere der dortige Vergleich mit der weltlichen Regelung. Eine einheitliche Auslegung ist zwar aufgrund der unterschiedlichen Gesetzgeber nicht allein aufgrund des Wortlauts möglich. Aufgrund fehlender kirchlicher Gesetzesbegründungen und da sämtliche Gesetze mit der DSGVO dieselben unionsrechtliche Grundlage haben, führt die Auslegung durch die zur Verfügung stehenden Methoden zu denselben Ergebnissen.

Die Datenverarbeitung zum Zwecke der Aufdeckung von Straftaten im Arbeitsverhältnis ist eine Regelung im Beschäftigungsverhältnis und wahrt damit den Rahmen der Öffnungsklausel. Hierfür spricht zunächst der Wortlaut des § 53 Abs. 2 DSGVO, der die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Aufdeckung von Straftaten nur für solche erlaubt, die „im Beschäftigungsverhältnis“ begangen wurden. Entscheidend ist jedoch, dass eine Datenverarbeitung zum Schutz des Eigentums des Arbeitgebers und von Kunden in Art. 88 Abs. 1 DSGVO ausdrücklich genannt ist, ebenso die „Überwachungssysteme am Arbeitsplatz“ in Art. 88 Abs. 2 DSGVO, so dass selbst präventive Maßnahmen hierunter fallen.⁴⁶⁵ § 53 Abs. 2 KDG ist insoweit restriktiver, dass dieser lediglich repressive Überwachungsmaßnahmen⁴⁶⁶ vorsieht.

⁴⁶⁴ *Joussen* sieht hierin eine verpasste Chance hinsichtlich untergesetzlicher Regelverstöße, so im Vortrag „Arbeitnehmerschutz – Wichtige Praxisfragen aus dem kirchlichen Beschäftigtendatenschutz“ im Rahmen des 8. Arbeitsrechtlichen Symposiums VDD EKD am 29. November 2019 im KSI Siegburg.

⁴⁶⁵ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DSGVO, Art. 88, Rn. 67.

⁴⁶⁶ *Joussen* im Vortrag „Arbeitnehmerschutz – Wichtige Praxisfragen aus dem kirchlichen Beschäftigtendatenschutz“ im Rahmen des 8. Arbeitsrechtlichen Symposiums VDD EKD am 29. November 2019.

V. Unberührtheit von Beteiligungsrechten der MAV

Nach § 53 Abs. 4 KDG bleiben die Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretung („MAV“) unberührt. Bedeutung dürfte die Vorschrift insbesondere im Rahmen des für die Ausübung der Beteiligungsrechte essentiellen Informationszugangs erlangen. Für Unklarheiten sorgt hierbei der Wortlaut der Norm.

1. Reichweite des § 53 Abs. 4 KDG

Während der Wortlaut lediglich von den Beteiligungsrechten selbst spricht, unterscheidet die MAVO⁴⁶⁷ zwischen Beteiligungs- und Informationsrechten⁴⁶⁸. Formen der Beteiligung sind nach § 28 Abs. 1 MAVO die Anhörung und Mitberatung (§ 29 MAVO), das Vorschlagsrecht (§ 32 MAVO), die Zustimmung (§ 33 - 36 MAVO) sowie das Antragsrecht (§ 37 MAVO).⁴⁶⁹ Das Informationsrecht ist als „wesentliche Grundlage jeglicher Mitwirkung der MAV“ dagegen in § 26 Abs. 2 MAVO geregelt⁴⁷⁰ und steht somit außerhalb der originären Beteiligungsrechte. Den Wortlaut ernst nehmend nimmt § 53 KDG lediglich keinen Einfluss auf die Ausübung der Beteiligungsrechte selbst. Die Informationsbeschaffung des MAV bzw. die Informationsweitergabe an die MAV durch den Arbeitgeber ist jedoch unabhängig hiervon. Dies könnte somit dazu führen, dass der MAV ein Beteiligungsrecht formell zwar zusteht, sie dieses aufgrund fehlender Informationen faktisch nicht ausüben kann. Unterstützt wird die Auslegung nach dem Wortlaut durch § 26 Abs. 2 S. 2 MAVO, wonach die Einsicht in Personalakten durch die MAV von der Zustimmung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters abhängig ist.

Gegenteilig könnte teleologisch argumentiert werden, dass die Ausübung der Beteiligungsrechte selbst lediglich in wenigen Fällen ein datenschutzrechtlich erheblicher Vorgang ist, § 53 Abs. 4 KDG daher kaum einen Anwendungsbereich hätte. Um dem entgegenzuwirken und um die MAV nicht aus datenschutzrechtlichen Gründen erheblich zu schwächen, müsse die Unberührtheit der Beteiligungsrechte auch deren Grundlage - die Informationsbeschaffung - umfassen. Damit

⁴⁶⁷ In der vorliegenden Arbeit wird von der „Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung“ ausgegangen. Mögliche diözesane Abweichungen werden nicht berücksichtigt.

⁴⁶⁸ Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, § 367, Rn. 61.

⁴⁶⁹ Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, § 367, Rn. 61.

⁴⁷⁰ Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 4, § 367, Rn. 58.

würde § 53 Abs. 4 KDG einer Bereichsausnahme für die Mitbestimmung gleichkommen, die sodann wieder von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gedeckt sein müsste. Dass Art. 88 Abs. 1 DS-GVO keine Bereichsausnahme für die Geltung des Datenschutzrechts zulässt, zeigt der Wortlaut der Norm. So können aufgrund der Möglichkeit, speziellere Regelungen zu treffen, einzelne Regelungen der DS-GVO im Beschäftigungskontext im Wege des Spezialitätsvorrangs verdrängt werden, die allgemeinen Regelungen sind aber dennoch zu beachten.⁴⁷¹

2. Verhältnis von MAVO zu KDG

Hiergegen normiert § 2 Abs. 2 KDG einen Vorrang kirchlicher oder besonderer staatlicher Rechtsvorschriften, soweit diese auf personenbezogene Daten, einschließlich deren Veröffentlichung, anzuwenden sind und das Datenschutzniveau des KDG nicht unterschreiten. Dies entspricht der Regelung des § 1 Abs. 3 BDSG a.F. mit dem Zusatz, dass das Schutzniveau nicht unterschritten werden darf. Demnach würden die Vorschriften der MAVO die Verarbeitung gegenüber der MAV und die Verarbeitung durch diese – vorbehaltlich einer Schutzniveau-Prüfung – legitimieren.

Die Unionsrechtskonformität dieser Vorschrift ist zweifelhaft. Jedenfalls können andere kirchliche und staatliche Rechtsvorschriften nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unzweifelhaft nicht die Regelungen der DS-GVO verdrängen. Dies gilt insbesondere auch in den Fällen, in denen das KDG die DS-GVO wiederholt, zumal dogmatisch insoweit allein die Regelungen der DS-GVO anzuwenden sind.

Die die Verarbeitung personenbezogener Daten betreffenden Regelungen der MAVO könnten hingegen, wie das KDG, als Regelungen zur Konkretisierung der DS-GVO und dem Ausfüllen deren Öffnungsklauseln dienen. Dann wäre ein innerkirchliches Konkurrenzverhältnis gegeben, nach welchem die Regelungen der MAVO den Regelungen des KDG im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten der Kirchen vorgehen, wenn auch der ohnehin schon fragwürdigen Übersichtlichkeit des Zusammenspiels unionsrechtlicher und kirchlicher Regelungen hierdurch nicht abgeholfen wird. Dabei können die Regelungen der MAVO nur soweit den

⁴⁷¹ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 6.

Regelungen des § 53 KDG vorgehen, wie diese selbst unter Art. 88 DS-GVO fallen würden.

Die Weitergabe der Informationen an die MAV, die zur Ausübung der Beteiligungsrechte notwendig sind, können daher weder pauschal auf §§ 2 Abs. 2, 53 Abs. 4 KDG gestützt werden, noch entbinden diese MAV und Arbeitgeber von den Regelungen der DS-GVO über die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Ausübung von Beteiligungsrechten.

3. Rechtgrundlage der Informationsgewinnung der MAV

Um an die für die Ausübung der Beteiligungsrechte notwendige Informationen zu gelangen, muss die Verarbeitung auf andere Rechtsgrundlagen gestützt werden. Neben allgemeinen Erlaubnisnormen der DS-GVO, insbesondere dem Katalog des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, kommen als Kirchennormen hierfür § 26 Abs. 2 MAVO, § 53 Abs. 1 KDG und § 6 Abs. 1 KDG in Betracht, wobei letzterer aufgrund des Verhältnisses zur DS-GVO weitgehend nicht anwendbar ist.

a. § 26 Abs. 2 MAVO

§ 26 Abs. 2 MAVO nimmt unmittelbar auf die Informationsrechte der MAV Bezug. Da Art. 88 Abs. 1 DS-GVO deutlich macht, dass der Beschäftigtendatenschutz keine Bereichsausnahme unionsrechtlichen Datenschutzes ist, kann auch § 26 Abs. 2 MAVO nicht unabhängig von datenschutzrechtlichen Vorschriften betrachtet werden. Vielmehr ist § 26 Abs. 2 MAVO eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 6 Abs. 1 lit. a) KDG und unterliegt somit auch dem allgemeinen datenschutzrechtlichen Abwägungsgebot. Gleichzeitig stellt § 26 Abs. 2 MAVO eine Norm im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO dar.⁴⁷²

Parallelnorm hierzu ist der fast wortgleiche § 80 Abs. 2 S. 2 HS 1 BetrVG, der ebenfalls als Rechtsvorschrift im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. a) DS-GVO⁴⁷³ anzusehen ist.

⁴⁷² Ebenfalls unter § 6 Abs. 1 lit. a) KDG fallen etwa die Unterrichtung der MAV durch den Dienstgeber nach § 27 Abs. 2 4. Spiegelstich MAVO über Bewerbungen von Schwerbehinderten Menschen und Vermittlungsvorschlägen über nach § 81 Abs. 1 S. 4 SGB IX.

⁴⁷³ Vgl. *Althoff*, ArbRAktuell 2018, 414, 416.

Der Begriff der Unterlagen umfasst dabei sowohl Schriftliches, Digitales als auch Bildmaterial, „soweit dies für die Meinungsbildung erforderlich sein kann“.⁴⁷⁴

Wesentlicher Unterschied zu den sonst in Betracht kommenden Erlaubnistatbeständen ist die Beschränkung auf das *Vorlegen* von Unterlagen, während § 6 Abs. 1 und § 53 Abs. 1 KDG ganz allgemein von der *Verarbeitung* sprechen. § 26 Abs. 2 KDG ist somit als Ausgangspunkt die am wenigsten weitreichende Legitimationsgrundlage. Insbesondere sind die Unterlagen, anders als in § 80 Abs. 2 S. 2 BetrVG, nicht „zur Verfügung zu stellen“,⁴⁷⁵ also nicht „herauszugeben“.⁴⁷⁶ Zu eng sei nach Auffassung des KAGH⁴⁷⁷ jedoch die Beschränkung auf eine bloße Einsichtnahme. Sinn und Zweck der Regelung sei, den Mitgliedern der MAV die gründliche Vorbereitung auf Sitzungen zu ermöglichen, so dass ein Einsehen unter Aufsicht des Dienstherrn nicht genügen könne. Entsprechend umfasse § 26 Abs. 2 S. 1 MAVO, dass sich die Mitarbeiter der MAV Notizen machen können. Das ist aus unionsrechtlicher Sicht insoweit unproblematisch, dass Notizen als manuelle Verarbeitung außerhalb von Dateisystemen⁴⁷⁸ vom Anwendungsbereich der DS-GVO nicht umfasst sind.

aa)Datenschutzrechtliche Relevanz

Eine Einschränkung könnte sich jedoch aus § 53 Abs. 3 KDG ergeben. So ist das Anfertigen von Notizen eine Erhebung (aus den Unterlagen) für die Verarbeitung in einer nicht automatisierten Datei und entfaltet somit im Beschäftigtenkontext datenschutzrechtliche Relevanz. So wird etwa das Anfertigen von Notizen beim Vorlegen der Personalakten eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellen und bedarf einer Erlaubnisnorm oder Einwilligung. Wer in diesen Fällen Verantwortlicher ist, wird hierdurch jedoch noch nicht geklärt.

⁴⁷⁴ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar, § 26 MAVO, Rn. 51, verweisend auf die Rechtsprechung des BAG zu § 80 BetrVG.

⁴⁷⁵ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar, § 26 MAVO, Rn. 54.

⁴⁷⁶ *Stöcke-Muhlack*, in: Eichstätter Kommentar, § 26 MAVO, Rn. 54.

⁴⁷⁷ KAGH v. 2.3.2007 – M 06/06, II, 3. = ZMV 2007, 195, 197, ebenfalls verweisend auf die Auslegung des Begriffs des Vorlegens durch das BAG in § 106 BetrVG, AP 1972 § 106 Nr. 3.

⁴⁷⁸ *Schild*, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 4 DS-GVO, Rn. 33.

bb) MAV als verantwortliche Stelle

§ 53 Abs. 3 KDG findet nur auf die auf § 53 Abs. 1 KDG beruhende Verarbeitung Anwendung. Ob die MAV selbst verantwortliche Stelle im Rahmen des § 53 Abs. 1 KDG ist oder lediglich der Arbeitgeber, ist das kirchenrechtliche Pendant zu der Frage nach der Verantwortlichkeit des Betriebsrates. Konsequenz wäre neben den sonstigen Pflichten eines Verantwortlichen, dass die MAV potentiell einen eigenen Datenschutzbeauftragten benennen müsste und mit Sanktionen belegt werden könnte.

Das BAG ordnete den Betriebsrat unter der Geltung des BDSG a.F. nicht als selbstständige verantwortliche Stelle, sondern als Teil der verantwortlichen Stelle „Arbeitgeber“,⁴⁷⁹ ohne diese Einordnung jedoch weiter zu begründen. Auch wenn der Betriebsrat die Datenschutzbestimmungen einzuhalten hat,⁴⁸⁰ ist Konsequenz dessen, dass der Unternehmer für die Datenschutzverstöße des Betriebsrates haftet, ohne diesem Weisungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten erteilen zu können.

Gegen die Qualifikation des Betriebsrates als Verantwortlicher unter Geltung der DS-GVO wird im Wesentlichen und überzeugend der Wortlaut des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO angeführt.⁴⁸¹ Demnach ist Verantwortlicher, wer „allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Der Betriebsrat könne jedoch gerade nicht selbst über Zweck und Mittel der Verarbeitung entscheiden, sondern sei an die Verarbeitungszwecke- und -mittel des BetrVG gebunden.

Dieselbe Subsumtion gilt für die MAV. Auch diese ist an die Zwecke und Arten der Verarbeitung der MAVO gebunden und mithin nicht selbst Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die MAV ist dogmatisch eine Verarbeitung durch den Dienstgeber. Jedoch dürfte

⁴⁷⁹ BAG v. 11.11.1997 – 1 ABR 21/97 = NZA 1998, 385, 386; BAG v. 12.8.2009 – 7 ABR 15/08, Rn. 27 = NZA 2009, 1218; BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, Rn. 43 = NZA 2012, 744; BAG v. 8.7.2012 – 7 ABR 23/11, Rn. 31 = NZA 2013, 49; BAG v. 14.1.2014 – 1 ABR 54/12, Rn. 28 = NZA 2014, 738.

⁴⁸⁰ So ausdrücklich BAG v. 12.8.2009 – 7 ABR 15/08, Rn. 27 = NZA 2009, 1218; BAG v. 7.2.2012 – 1 ABR 46/10, Rn. 43 = NZA 2012, 744.

⁴⁸¹ *Jung/Hansch*, ZD 2019, 143, 147; *Brams/Möhle*, ZD 2018, 570 f.

die MAV der Kontrolle durch den Datenschutzbeauftragten des Dienstgebers unterliegen. Eine Öffnungsklausel, welche es den Mitgliedstaaten gestattet, die Mitarbeitervertretung – unabhängig von der Benennung oder Ausgestaltung – von der Kontrolle des Datenschutzbeauftragten zu entbinden, lässt sich der DS-GVO, insbesondere Art. 88 DS-GVO, nicht entnehmen.⁴⁸²

cc)Fazit

Das Anfertigen von Notizen durch Mitarbeiter der MAV stellt demnach eine Verarbeitung personenbezogener Daten nach § 53 Abs. 3, 1 KDG dar und bedarf somit einer Legitimationsgrundlage. Bei konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des KAGH und unter Berücksichtigung des unter Teil 3, Kapitel 3, § 2, V., 2. festgestellten Konkurrenzverhältnisses zwischen KDG und MAVO, stellt § 26 Abs. 2 S. 1 MAVO eine entsprechende Legitimationsgrundlage hierfür dar. Dabei ist jedoch stets nach dem Grundverständnis der DS-GVO eine Abwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und den Interessen des Verantwortlichen vorzunehmen. § 26 Abs. 2 S. 1 MAVO stellt insoweit keine absolute Erlaubnisnorm dar.

b. § 53 Abs. 1 KDG

Eine Weitergabe oder sonstige Verarbeitung personenbezogener Daten in Richtung der MAV könnte nur dann auf § 53 Abs. 1 KDG gestützt werden, wenn dies für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Dies ist bei einer verpflichtenden Beteiligung der MAV nach §§ 29 ff. MAVO der Fall. Betroffene Fälle sind etwa:

- Anhörung und Mitberatung bei der Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer an beruflichen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen (§ 29 Abs. 1 Nr. 5 MAVO);
- Abordnung von mehr als drei Monaten, Versetzung an eine andere Einrichtung, Zuweisung oder Personalgestellung an einen anderen Rechtsträger

⁴⁸² Kort, ZD 2017, 3, 6; Taeger/Rose, BB 2016, 819, 828; zu derselben Einschätzung kommt auch Joussen im Vortrag „Arbeitnehmerschutz – Wichtige Praxisfragen aus dem kirchlichen Beschäftigtendatenschutz“ im Rahmen des 8. Arbeitsrechtlichen Symposiums VDD EKD am 29. November 2019.

- von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für pastorale Dienste oder religiöse Unterweisung, die zu ihrer Tätigkeit der ausdrücklichen bischöflichen Sendung oder Beauftragung bedürfen (§ 29 Abs. 1 Nr. 10 MAVO);
- vorzeitige Versetzung in den Ruhestand, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Mitwirkung beantragt (§ 29 Abs. 1 Nr. 11 MAVO);
 - Entlassung aus einem Probe- oder Widerrufsverhältnis in Anwendung beamtenrechtlicher Bestimmungen, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die Mitwirkung beantragt (§ 29 Abs. 1 Nr. 12 MAVO);
 - Überlassung von Wohnungen, die für Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter vorgesehen sind (§ 29 Abs. 1 Nr. 13 MAVO);
 - Bestellung zur Mitarbeiterin oder zum Mitarbeiter in leitender Stellung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 3 und 4 MAVO (§ 29 Abs. 1 Nr. 18 MAVO);
 - Zurückweisung von Bewerbungen schwerbehinderter Menschen um einen freien Arbeitsplatz, soweit die Beschäftigungspflicht des § 71 Abs. 1 SGB IX noch nicht erfüllt ist (§ 29 Abs. 1 Nr. 19 MAVO);
 - Anhörung und Mitberatung bei ordentlichen Kündigungen (§ 30 MAVO);
 - Anhörung und Mitberatung bei außerordentlichen Kündigungen (§ 31 MAVO);
 - Vorschlagsrecht für die Überlassung von Wohnungen, die für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vorgesehen sind (§ 32 Abs. 1 Nr. 7 MAVO);
 - Zustimmung bei Einstellung und Anstellung (§ 34 MAVO);
 - Zustimmung bei sonstigen persönlichen Angelegenheiten (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 - 9 MAVO⁴⁸³).

Nicht erforderlich ist die Weitergabe personenbezogener Daten bei der Mitwirkung der MAV bei der Erstellung abstrakter Regelungen, etwa der Fassung von Musterdienst- und Musterarbeitsverträgen (§ 29 Abs. 1 Nr. 8 MAVO), der Schließung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Einrichtungen oder wesentlichen Teilen von ihnen (§ 29 Abs. 1 Nr. 17 MAVO) oder der Anhörung und Mitberatung bei Massenentlassungen (§ 30a MAVO).

⁴⁸³ § 35 Abs. 1 Nr. 10 MAVO betrifft keine individuelle Regelung von Beschäftigten, entsprechend ist die Weitergabe personenbezogener Daten von Beschäftigten nicht erforderlich. Dies gilt freilich nicht für die personenbezogenen Daten des Arztes.

c. § 6 Abs. 1 KDG

Jenseits von § 6 Abs. 1 lit. a) KDG kommen noch § 6 Abs. 1 lit. c) (Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO) und lit. d) KDG (Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO) als Legitimationsgrundlage für die Weitergabe personenbezogener Daten an die MAV in Betracht.

aa) § 6 Abs. 1 lit. c) KDG

Auch die Verarbeitung zum Zweck der Erfüllung aus einer Dienstvereinbarung resultierender Pflichten kann im Ergebnis nicht auf § 6 Abs. 1 lit. c) KDG gestützt werden. Zwar stellt die Dienstvereinbarung einen privatrechtlichen Vertrag zwischen MAV und Dienstgeber dar.⁴⁸⁴ Der mit Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO wortgleiche § 6 Abs. 1 lit. c) KDG legitimiert jedoch nur die Verarbeitung, wenn die betroffene Person Vertragspartei ist. Vertragsparteien der Dienstvereinbarung sind jedoch der Dienstgeber und die MAV,⁴⁸⁵ nicht die einzelnen dahinterstehenden Personen.

bb) § 6 Abs. 1 lit. d) KDG

§ 6 Abs. 1 lit. d) KDG legitimiert die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn dies zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht erforderlich ist und gibt damit den Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO wieder, dessen Reichweite unklar ist. Während *Albrecht/Jotzo*⁴⁸⁶ hierin eine überwiegend für öffentliche Stellen relevante Regelung sehen, betont insbesondere *Franzen*⁴⁸⁷ die Bedeutung für Arbeitsverhältnisse. So umfasse die rechtliche Pflicht über gesetzliche und durch Rechtsprechung und Selbstverwaltungseinrichtungen statuierte Verpflichtungen hinaus auch solche, die auf normativen Teilen von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen basieren.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ *Schmitz*, in: Eichstätter Kommentar, § 38 MAVO, Rn. 2.

⁴⁸⁵ *Schmitz*, in: Eichstätter Kommentar, § 38 MAVO, Rn. 2.

⁴⁸⁶ *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, S. 72.

⁴⁸⁷ *Franzen*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 6 DS-GVO, Rn. 6.

⁴⁸⁸ Ebenso *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 6, Rn. 16 f.

Im Ergebnis muss die weite Auslegung der gesetzlichen Verpflichtung auch für § 6 Abs. 1 lit. d) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO gelten. Zwar genügt hierfür nicht der Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH zur Vorgängerregelung des Art. 7 lit. c) RL 95/46/EG⁴⁸⁹, da von der Subsumtion einer gesetzlichen Pflicht nicht unmittelbar auf die Gleichsetzung mit Kollektivvereinbarungen geschlossen werden kann. Dennoch lässt weder der Wortlaut noch eine teleologische Betrachtung eine Beschränkung auf gesetzliche Verpflichtungen zu. Der Wortlaut selbst würde auch rein vertragliche Pflichten umfassen,⁴⁹⁰ was aus systematischen Gründen⁴⁹¹ jedoch abzulehnen ist. So umfasst § 6 Abs. 1 lit. c) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO die Datenverarbeitung zu Zwecken der Vertragserfüllung zwischen den Vertragsparteien, die Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen eines Dritten unterfällt dagegen § 6 Abs. 1 lit. g) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO. Diese würden durch eine vollumfassende Auslegung der rechtlichen Pflichten ihre eigenständige Bedeutung verlieren. Obwohl es sich auch bei der Dienstvereinbarung um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, ist dessen in § 38 Abs. 3a MAVO beschriebene unmittelbare und zwingende Wirkung weitreichender und steht der Wirkung eines Gesetzes näher als der eines Vertrages im Sinne des § 311 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus würde § 6 Abs. 1 lit. c) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO keine eigenständige Bedeutung mehr zukommen. Vielmehr würde die Reduzierung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten des Vertragspartners umgangen werden. Dasselbe gilt für die erhöhten Anforderungen an die berechtigten Interessen eines Dritten nach § 6 Abs. 1 lit. g) S. 1 KDG⁴⁹² bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO.

§ 6 Abs. 1 lit. d) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO findet entsprechend grundsätzlich auf gesetzliche Verpflichtungen Anwendung, nicht jedoch auf ver-

⁴⁸⁹ *Franzen* verweist für Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO auf das Urteil des EuGH v. 30.5.2013 – C-342/12, Rn. 34 f. = NZA 2013, 723, wonach die gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, Arbeitszeitnachweise zu führen, unter Art. 7 lit. c) RL 95/46/EG fällt, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 6 DS-GVO, Rn. 6.

⁴⁹⁰ So wohl auch *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 6 DS-GVO, Rn. 6.

⁴⁹¹ § 6 Abs. 1 lit. c) KDG erfasst die Datenverarbeitung zu Zwecken der Vertragserfüllung zwischen den Vertragsparteien, die Verarbeitung aufgrund berechtigter Interessen eines Dritten unterfällt § 6 Abs. 1 lit. f) KDG. Diese würden bei durch eine vollumfassende Auslegung der rechtlichen Pflichten ihre eigenständige Bedeutung verlieren.

⁴⁹² Dieser stimmt bis auf die Bezeichnung „Minderjährigen“ anstelle eines „Kindes“ in Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO mit diesem im Wortlaut überein.

tragliche. Eine Ausnahme bilden Kollektivvereinbarungen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten aufgrund einer aus einer Dienstvereinbarung resultierenden Verpflichtung unterfällt demnach der Legitimierung nach § 6 Abs. 1 lit. d) KDG bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. c) DS-GVO.

VI. Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung

Anders als in der Regelung der EKD und § 26 Abs. 2 BDSG findet sich in § 53 KDG keine beschäftigtendatenschutzspezifische Regelung zur Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung. Es gelten für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten aufgrund einer Einwilligung daher grundsätzlich die allgemeinen Regelungen. Grundlage der Verarbeitung wäre dann § 6 Abs. 1 lit. b) KDG, wobei für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung bzw. die Wirksamkeit der Einwilligung die Grundsätze des § 8 KDG⁴⁹³ zu berücksichtigen wären.

Die Diskussion⁴⁹⁴ um die grundsätzliche Zulässigkeit einer Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis wurde insbesondere mit Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO⁴⁹⁵ insoweit beantwortet, dass der europäische Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Zulässigkeit ausgeht. Es steht dem nationalen Gesetzgeber wohl offen, eine Verarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis auszuschließen. Vorliegend wurde jedoch weder auf Bundesebene noch im kirchlichen Bereich eine entsprechende Regelung verabschiedet, weshalb davon ausgegangen wird, dass eine entsprechende Verarbeitung grundsätzlich zulässig ist.

1. Allgemeines zur Einwilligung nach dem KDG

Anders als Art. 7 DS-GVO⁴⁹⁶ verlangt § 8 Abs. 2 S. 1 KDG (mindestens) die Schriftform für eine wirksame Einwilligung. Damit macht die Vorschrift des

⁴⁹³ Dogmatisch finden die Regelungen der DS-GVO über die Einwilligung Anwendung, soweit die Regelungen des KDG diese nicht konkretisieren oder im Rahmen einer Öffnungsklausel ergänzen.

⁴⁹⁴ Zur Diskussion siehe *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 7 DS-GVO, Rn. 10 f.

⁴⁹⁵ Siehe Fußnote 284

⁴⁹⁶ E contrario aus Art. 7 Abs. 2 S. 1 DS-GVO.

VDD die aufgrund der Beweislastregelung des Art. 7 Abs. 1 DS-GVO gängige Praxis zur Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verarbeitung der Einwilligung. Die zusätzliche Normierung eben dieser Beweislastregelung, dass der Verantwortliche die Einwilligung nach § 8 Abs. 5 KDG nachzuweisen hat, erscheint aufgrund des ohnehin nachzuweisenden Einhaltens des Schriftformerfordernisses überflüssig. Die Zulässigkeit des Schriftformerfordernisses ergibt sich aus der Argumentation unter Teil 3, Kapitel 2, § 3, I, 3.

2. Relevanz im Beschäftigungskontext

Im Beschäftigungskontext stellt der Arbeitsvertrag bzw. dessen Durchführung nach § 53 Abs. 1 KDG und § 6 Abs. 1 lit. c) KDG, bzw. Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO regelmäßig die Legitimationsgrundlage für die hierfür notwendige Verarbeitung personenbezogener Daten dar. Die Einwilligung ist im Beschäftigungskontext demnach stets dann relevant, wenn die Datenverarbeitung nicht für die Begründung, Durchführung oder Beendigung des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Beispielhaft kann hier etwa die Verwendung von Mitarbeiterfotos auf der Unternehmens-Homepage in Mitarbeiterprofilen genannt werden.⁴⁹⁷

Zur Zulässigkeit einer Einwilligung im Beschäftigungskontext kann auf Teil 3, Kapitel 3, § 1, V, 2, a) verwiesen werden.

3. Freiwilligkeit der Einwilligung

Maßgeblich für die Wirksamkeit einer Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung ist, dass diese freiwillig erteilt wurde, bzw. „auf der freien Entscheidung der betroffenen Person beruht“, § 8 Abs. 1 S. 2 KDG. § 8 Abs. 7 KDG normiert Kriterien, die bei der Beurteilung der Freiwilligkeit zu berücksichtigen sind. Dieser stimmt im Wortlaut weitgehend mit Art. 7 Abs. 4 DS-GVO überein, wobei auf den Zusatz, dass in „größtmöglichem“ Umfang dem Zusammenhang eines anderen Vertrags Rechnung zu tragen ist, verzichtet wurde. Ob sich hieraus Unterschiede bei der Bewertung der Freiwilligkeit ergeben, darf insbesondere im Beschäftigungszusammenhang bezweifelt werden. Es gilt für die Anwendbarkeit der

⁴⁹⁷ Vgl. *Fischer*, NZA 2018, 8, 11; *Riesenhuber*, in: BeckOK Datenschutzrecht, § 26 BDSG, Rn. 187; zum Verhältnis zu § 22 KUG vgl. *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 509 ff.

allgemeinen Regelungen des KDG zur Einwilligung daher das bereits zum DSGVO-EKD Gesagte: Dogmatisch anwendbar ist insoweit allein die DS-GVO.

Freiwillig ist die Einwilligung, wenn sie ohne äußeren Druck oder Zwang abgegeben wurde, also auf einer freien Entscheidung basiert. Das soll nach Erwägungsgrund 43 zur DS-GVO⁴⁹⁸ nicht der Fall sein, wenn zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen ein „klares Ungleichgewicht“ besteht. Als Beispiel wird die Aufforderung durch eine Behörde genannt. Hiervon nicht umfasst soll wohl das Arbeitsverhältnis sein, wie Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO deutlich macht.⁴⁹⁹ Dennoch kann hieraus abgeleitet werden, dass eine in einem Über-Unterordnungsverhältnis abgegebene Einwilligung jedenfalls tendenziell unfreiwillig sein soll. Entsprechend stellt das für das Arbeitsrecht typische Über-Unterordnungsverhältnis⁵⁰⁰ trotz grundsätzlicher Zulässigkeit der Einwilligung im Beschäftigungskontext eine nicht unerhebliche Hürde dar. Wengleich dieses nicht dem Verhältnis Staat-Bürger gleichzusetzen ist,⁵⁰¹ so wird sich der Arbeitnehmer regelmäßig einer Drucksituation ausgesetzt fühlen, die zu einer Einwilligung trotz eines inneren Widerstrebens führen kann. *Schulz* spricht hier von einer Zwangssituation aufgrund eines rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses.⁵⁰² Sobald der Arbeitnehmer *subjektiv* keine echte Wahlmöglichkeit sieht, die Einwilligung zu verweigern, ist diese bereits unwirksam.

⁴⁹⁸ „Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

⁴⁹⁹ *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 7 DS-GVO, Rn. 10.

⁵⁰⁰ *Kort*, ZD 2017, 3, 6; *Herfurth*, ZD 2018, 514, 518.

⁵⁰¹ Vgl. *Eickmanns*, RdA 2018, 187, 188, im Rahmen der Diskussion um die Bindungswirkung unbilliger Weisungen.

⁵⁰² *Schulz*, in *Gola*, DS-GVO, Art. 7, Rn. 23.

Ob die Einwilligung freiwillig abgegeben wurde, der Betroffene nach Erwägungsgrund 42 S. 5 zur DS-GVO⁵⁰³ in der Lage war, „die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“, ist hierbei stets im Einzelfall zu prüfen und im Zweifel vom Verantwortlichen zu beweisen.

In der Praxis wird die „Dunkelziffer“ dieser Fälle wohl deutlich höher sein als die Fälle der Einwilligungsverweigerung.

4. Koppelungsverbot

Das unionsrechtlich in Art. 7 Abs. 4 DS-GVO normierte Koppelungsverbot⁵⁰⁴ gilt bereits aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der DS-GVO im kirchlichen Bereich. Darüber hinaus ergibt sich dessen Geltung aus dem weitestgehend identischen Wortlaut (vgl. oben) des § 8 Abs. 7 KDG mit Art. 7 Abs. 4 DS-GVO. Demnach darf die Erfüllung vertraglicher Pflichten nicht von der Einwilligung in eine nicht für die Erfüllung des Vertrags notwendige Verarbeitung abhängig gemacht werden. Hängt der Genuss der Vertragserfüllung, im wohl extremsten Fall die Lohnzahlung, von der Einwilligung in eine Datenverarbeitung ab, hat der Betroffene faktisch keine Wahlmöglichkeit, diese zu verweigern.⁵⁰⁵ Die Einwilligung wäre unfreiwillig, eine darauf basierende Verarbeitung mithin ohne wirksame Legitimationsgrundlage.

VII. Zusammenfassender Überblick

Der VDD macht in seinen Regelungen zum Datenschutz neben Art. 88 Abs. 1 DS-GVO auch von weiteren Öffnungsklauseln der DS-GVO Gebrauch, wobei die Regelungsdichte stark von dem evangelischen § 49 DSG-EKD abweicht.

Bei den Regelungen des KDG zum Beschäftigtendatenschutz handelt es sich um die kürzeste Regelung zum Beschäftigtendatenschutz, an deren Unionsrechts-

⁵⁰³ Zum Wortlaut siehe Fußnote 412.

⁵⁰⁴ Siehe nur *Franzen*, in: *Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 7 DS-GVO, Rn. 11; *Stemmer*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 7 DS-GVO, Rn. 40 ff.; *Golland*, MMR 2018, 130 ff.; *Engeler*, ZD 2018, 55 ff.

⁵⁰⁵ *Stemmer*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Art. 7 DS-GVO, Rn. 40.

konformität aufgrund ihrer weiten und generalklauselartigen Formulierung gezweifelt werden kann. Auffällig ist insbesondere, dass von der Möglichkeit der beschäftigendatenschutzbezogenen Kollektivvereinbarung kein Gebrauch gemacht wurde und zudem keine beschäftigendatenschutzrechtliche Regelung zur Einwilligung getroffen wurde, unabhängig von den materiell-rechtlichen Auswirkungen.

Daneben dürfte die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Beschäftigendatenschutzes durch § 53 Abs. 3 KDG über den sonstigen sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts die weitreichendsten Folgen der katholischen Beschäftigendatenschutzregelungen haben, insbesondere da sich aus der ausdrücklichen Nennung religionsbezogener Daten im Rahmen der Generalklausel keine andere Rechtslage ergibt.

Insgesamt wird nur wenig Gebrauch gemacht von dem den Mitgliedstaaten durch Art. 88 DS-GVO eingeräumten weiten Spielraum⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ Kort, ZD 2017, 319, 321; Riesenhuber, in: BeckOK Datenschutzrecht, Art. 88 DS-GVO, Rn. 13.

Kapitel 4 – Vergleich zum weltlichen Beschäftigtendatenschutz

Aus den unterschiedlichen Formulierungen des kirchlichen und des weltlichen Beschäftigtendatenschutzes folgen auch für die Betroffenen unterschiedliche Konsequenzen. Nachfolgend sollen die wesentlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede von weltlichem und kirchlichem Beschäftigtendatenschutz aufgezeigt werden. Enthaltene Problemfelder werden soweit behandelt, wie es für den Vergleich mit dem kirchlichen Beschäftigtendatenschutz relevant ist.

§ 1 Konkurrenzverhältnis kirchlichen und staatlichen Datenschutzrechts

Kirchlicher und mitgliedstaatlicher Datenschutz, hier das BDSG, stehen in keinem direkten Konkurrenzverhältnis. Bei allen Regelungswerken handelt es sich um die Sammlung der auf Öffnungsklauseln und Konkretisierungsmöglichkeiten beruhenden Spezifizierungen für die jeweiligen Geltungsbereiche, welche in diesen allein die Regelungen der DS-GVO ergänzen. Insbesondere ein Rückgriff auf die Regelungen des BDSG – etwa im Falle einer Unionsrechtswidrigkeit des KDG oder DSG-EKD – ist unzulässig. Das ergibt sich bereits aus der fehlenden Anwendbarkeit des BDSG auf öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften. Aber auch das fehlende Rangverhältnis zwischen Kirchen- und Bundesgesetz verbietet einen solchen Rückgriff oder sonstige Arten der Kooperation. Das Zusammenspiel der Art. 16, 17 AEUV, 91 DS-GVO, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV, Art. 4 GG hat zur Folge, dass im Bereich des Datenschutzrechts die öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften neben den Mitgliedstaaten auf einer Gesetzgebungsebene stehen.

§ 2 Vergleich evangelischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz

I. Wesentliche Übereinstimmungen

1. Generalklausel

Sowohl § 49 Abs. 1 DSG-EKD als auch § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG enthalten eine, wenn auch nicht wortgleiche, Generalklausel zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext. Beide Normen decken alle drei Phasen von Beschäftigungsverhältnissen – die Begründung, bzw. Bewerbung, Durchführung und Beendigung – ab. Dabei fungieren beide Regelungen als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. In der kirchenrechtlichen Regelung wird dies durch den Wortlaut („Daten von Beschäftigten dürfen *nur* verarbeitet werden, soweit [...]“) deutlicher hervorgehoben. Inhaltlich besteht insoweit jedoch kein Unterschied.

Maßstab ist grundsätzlich jeweils die Erforderlichkeit der Verarbeitung oder das Vorsehen in einer Rechtsvorschrift oder Kollektivvereinbarung. Unterschiede finden sich in der Formulierung. Während § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG von der „Erfüllung der sich aus dem Gesetz oder [einer Kollektivvereinbarung] ergebenden Recht und Pflichten der Interessensvertretung der Beschäftigten“ spricht, formuliert § 49 Abs. 1 DSG-EKD, dass „eine Rechtsvorschrift [oder eine Kollektivvereinbarung] dies vorsieht“. Der Kreis der Regelungen, aus denen sich eine Verarbeitungsnotwendigkeit ergeben kann, umfasst nach beiden Vorschriften das Gesetz sowie Kollektivvereinbarungen. Aus dem grundsätzlich weiteren Begriff der Rechtsvorschrift in der evangelischen Regelung⁵⁰⁷ ergibt sich kein Unterschied, da datenschutzrechtliche Vorschriften in anderen Typen von Rechtsvorschriften durch die Regelungstechnik der DS-GVO und des DSG-EKD nicht in Betracht kommen. Auch aus den unterschiedlichen Formulierungen der Erforderlichkeit der Verarbeitung für die Ausübung oder Durchführung von Rechten und Pflichten und dem Vorsehen der Verarbeitung durch Gesetz oder Kollektivvereinbarung ergeben sich materiell keine Unterschiede. Anderes wäre nur dann denkbar, wenn eine Rechtsvorschrift oder eine Kollektivvereinbarung die Datenverarbeitung als

⁵⁰⁷ Der Begriff der Rechtsvorschrift umfasst unter anderem neben formalen Gesetzen etwa auch Richtlinien und Verordnungen und ist damit weiter gefasst als der Begriff des „Gesetzes“.

Selbstzweck vorsehen würde und keiner Ausübung oder Durchführung von Rechten und Pflichten dienen würde. Eine solche Verarbeitung würde jedoch den in Art. 5 Abs. 1 lit. b) (Zweckbindung) und lit. c) (Datenminimierung) festgeschriebenen Grundsätzen der Datenverarbeitung widersprechen. Erst der Zweck kann eine Datenverarbeitung legitimieren und ist entscheidend für sämtliche Aspekte der Verarbeitung.⁵⁰⁸ Damit kann eine Datenverarbeitung nie Selbstzweck sein, sondern muss der Erfüllung eines Zwecks dienen und steht somit auch stets im Zusammenhang mit Rechten und Pflichten. Regelungen anderen Inhalts wären unionsrechtswidrig und unanwendbar.

2. Anwendungsbereich und Beschäftigtenbegriff

Ohne dass § 49 DSG-EKD den Beschäftigtenbegriff wie § 26 Abs. 8 BDSG definiert oder beschreibt, ist davon auszugehen, dass beiden Normen dasselbe weite Beschäftigtenverständnis zugrunde liegt. Unterschiede ergeben sich freilich aus der unterschiedlichen Struktur der Amtsträger und Beamten, ebenso bei speziellen Anstellungsverhältnissen, etwa dem Gestellungsvertrag. Jeweils ist jedoch im Zweifel ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Beschäftigtendatenschutzes anzunehmen.

3. Regelungstypen

Wie § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG lässt auch § 49 Abs. 1 DSG-EKD Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz mittels Kollektivvereinbarungen zu. Aufgrund der unterschiedlichen zugrundeliegenden Rechtssysteme ergeben sich jedoch auch hier Unterschiede. Etwa sind nach § 49 Abs. 1 DSG-EKD im Gegensatz zu § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG keine Betriebsvereinbarungen, sondern lediglich Dienstvereinbarungen neben Tarifverträgen als kollektivrechtliche Grundlage der Datenverarbeitung zulässig. Das ist konsequent, da das Mitarbeitervertretungsrecht der EKD in § 36 MVG-EKD lediglich Dienstvereinbarungen vorsieht, jedoch keine Betriebsvereinbarungen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ *Dammann*, ZD 2016, 307, 311; *Frenzel*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 5, Rn. 23.

⁵⁰⁹ Zur ähnlichen Betriebsvereinbarungs-Autonomie des § 77 Abs. 3 BetrVG und Dienstvereinbarungs-Autonomie des § 36 MVG-EKD siehe *Reichold*, ZTR 2016, 295.

4. Einwilligung

Weitestgehend wortgleich sind die Regelungen zur Einwilligung eines Beschäftigten in die Datenverarbeitung. § 49 Abs. 3 DSG-EKD und § 26 Abs. 2 BDSG unterscheiden sich lediglich darin, dass das BDSG vom „Arbeitgeber“, das DSG-EKD von der „verantwortlichen Stelle“ spricht. Im Ergebnis wird hierin kein Unterschied zu sehen sein, insbesondere aufgrund der vergleichbaren Reichweite des Beschäftigtenbegriffs. Die Formulierung der EKD ist präziser als die des nationalen Gesetzgebers und daher zu begrüßen. Der weite Beschäftigtenbegriff lässt auch Arbeitsformen zu, die zwar von Art. 88 Abs. 1 DS-GVO, § 26 BDSG oder § 49 DSG-EKD erfasst sind, bei denen jedoch nur schwerlich von einem „Arbeitgeber“ im Sinne einer vertraglichen Regelung nach § 611a BGB – etwa bei richterlicher Tätigkeit – gesprochen werden kann.⁵¹⁰

Zudem konkretisiert § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG die Pflicht der verantwortlichen Stelle, bzw. des Arbeitgebers, die beschäftigte Person über ihr Widerspruchsrecht aufzuklären, indem es auf Art. 7 Abs. 3 DS-GVO verweist. Auch für die kirchenrechtliche Regelung gilt Art. 7 Abs. 3 DS-GVO als allgemeiner Grundsatz. Hier von kann nicht durch nationale Regelungen abgewichen werden, entsprechend ergeben sich aus der Nennung bzw. Nichtnennung von Art. 7 Abs. 3 DS-GVO keine Unterschiede.

Ein Unterschied könnte sich jedoch aus der von § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG geforderten Textform der Widerrufsbelehrung ergeben. § 49 DSG-EKD fordert keine bestimmte Form der Widerrufsbelehrung. Auch in der DS-GVO findet sich in Art. 7 oder Art. 4 keine entsprechende Wirksamkeitsvoraussetzung. Hieraus kann abgeleitet werden, dass die Widerrufsbelehrung grundsätzlich keiner Form bedarf, so dass auch eine mündliche Belehrung zulässig wäre.⁵¹¹ Die Gefahr einer solchen liegt in der Beweisbarkeit der Widerspruchsbelehrung.

⁵¹⁰ Beamte werden etwa nicht auf Grundlage vertraglicher Vereinbarung tätig, sondern aufgrund hoheitlichen Bestellsaktes und stellen somit keine Arbeitnehmer nach § 611a BGB dar, *Maties*, in: BeckOGK, § 611a BGB, Rn. 34.

⁵¹¹ In den Mitgliedstaaten werden die genauen Voraussetzungen an die Form des Widerspruchs regelmäßig durch die Behörden konkretisiert.

5. Aufdeckung von Straftaten

Sowohl § 49 Abs. 2 DSG-EKD als auch § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG enthalten Regelungen für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Straftaten. Dabei verwendet die weltliche Regelung der Terminus „zur Aufdeckung von Straftaten“, während die Regelung der EKD von der Verarbeitung „im Zusammenhang mit dem Verdacht auf Straftaten“ spricht.

II. Wesentliche Abweichungen

1. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Im Gegensatz zum Beschäftigtendatenschutz des BDSG enthält § 49 DSG-EKD keine allgemeine Regelung zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO. Während § 26 Abs. 3 S. 1, 2 BDSG die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses zulässt, ohne zwischen den einzelnen Kategorien zu unterscheiden, enthält § 49 DSG-EKD zwar Regelungen zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten, neben § 13 Abs. 2 lit. b) DSG-EKD jedoch keine allgemeine Vorschrift zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses.

2. Offenlegung von Daten

§ 49 DSG-EKD enthält in Abs. 4, 5 und 6 S. 2 spezifische Regelungen zur Offenlegung, also Zugänglichmachung von Daten und damit Vorschriften für eine spezielle Art der Verarbeitung. In § 26 BDSG finden sich keine Regelungen speziell zur Offenlegung oder Weitergabe personenbezogener Daten.

Die genannten Regelungen des DSG-EKD sehen jeweils Einschränkungen für die Offenlegung von Beschäftigtendaten vor. Hieraus kann abgeleitet werden, dass das DSG-EKD die Offenlegung als eine besonders beeinträchtigende Form

der Verarbeitung für Beschäftigte einstuft, diese Art der Verarbeitung also weiteren Voraussetzungen bedarf. Eine solche Wertung ist dem BDSG nicht zu entnehmen.

3. Verdacht auf Amtspflichtverletzungen

Während § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG lediglich die Aufdeckung von Straftaten erfasst, jedoch keine niedrigschwelligen Vergehen, nennt § 49 Abs. 2 DSG-EKD ausdrücklich auch Amtspflichtverletzungen. Damit umgeht das Kirchengesetz den wohl weitergehenden Streit um die Auslegung der „Straftat“ im Sinne des Beschäftigtendatenschutzes⁵¹² und sorgt somit für etwas mehr Klarheit, auch wenn die Auslegung des Begriffs der „Amtspflichtverletzung“ weitere bzw. andere Fragen aufwirft, die oben bereits erörtert wurden. Im evangelischen Bereich steht der verantwortlichen Stelle bereits bei einem hinreichend begründeten Verdacht einfacher Pflichtverletzungen die Möglichkeit der Videoüberwachung offen. Auch Arbeitgebern, die an den weltlichen Datenschutz gebunden sind, steht die Videoüberwachung der Beschäftigten offen. Bereits unter der Geltung des alten BDSG war umstritten, ob die Überwachung unter die spezielle Norm des § 32 BDSG a.F. fiel oder lediglich auf Grundlage der allgemeinen Norm des § 6b BDSG a.F. möglich war.⁵¹³ Der Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 DSG-EKD ist damit deutlich weiter als der des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG, auch wenn nicht sämtliche Pflichtverletzungen von Beschäftigten aus dem Beschäftigungsverhältnis hierunter fallen.

Der Anwendungsbereich des Kirchengesetzes wird im Vergleich zur weltlichen Regelung zusätzlich durch die Formulierung „im Zusammenhang mit dem Verdacht“ erweitert. Während § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG lediglich die Verarbeitung zum Zweck der Aufdeckung von Straftaten erlaubt, erlaubt § 49 Abs. 2 DSG-EKD die Verarbeitung zu jedem Zweck im Zusammenhang mit Straftaten. Hierunter würden dem Wortlaut nach etwa auch die Aufklärung und Strafverfolgung fallen. Insbesondere die Aufklärung umfasst nach dem Verständnis der Norm selbst wohl auch Dritte, mithin unverdächtige Personen. Hierauf lässt auch der Wortlaut des

⁵¹² Vgl. hierzu oben unter Teil 3, Kapitel 2, § 3, I, 4.

⁵¹³ *Lachenmann*, ZD 2017, 407, 408.

§ 49 Abs. 2 DSG-EKD a.E. („von möglichen Betroffenen“) schließen. Der Wortlaut des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG dagegen („schutzwürdige Interesse der oder des Beschäftigten“) lässt eine Ausweitung der Verarbeitung personenbezogener Daten Dritter nicht zu.

Ein wesentlicher Unterschied besteht in der Bedingung der Datenverarbeitung. § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG setzt „zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte“ voraus, die einen Verdacht begründen. § 49 Abs. 2 DSG-EKD lässt eine Verarbeitung solange zu, bis „der Verdacht nicht ausgeräumt ist und die Interessen von möglichen Betroffenen dies erfordern.“ Jenseits rechtsstaatlicher Bedenklichkeit dieser Formulierung, auf welche an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden soll,⁵¹⁴ wird hierdurch die Beweispflicht für die Rechtfertigung einer Datenverarbeitung deutlich erleichtert.

Gleichlaufend wiederum kann die Datenverarbeitung zum Zwecke präventiver Maßnahmen weder auf § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG noch auf § 49 Abs. 2 DSG-EKD gestützt werden. Die jeweilige Grundvoraussetzung eines Verdachts belegt, dass nur repressive Zwecke auf diese Grundlagen gestützt werden können.⁵¹⁵

§ 3 Vergleich katholischer und weltlicher Beschäftigtendatenschutz

I. Wesentliche Übereinstimmungen

1. Generalklausel

Wenn sich auch wesentliche Elemente unterscheiden, stimmt der Wortlaut in ebenso wesentlichen Teilen der § 53 Abs. 1 KDGD und § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG überein. So lautet der übereinstimmende Text:

⁵¹⁴ Durch die stets vorzunehmende Abwägung wird hier ein unverhältnismäßiges Ausufern der Datenverarbeitung verhindert werden können.

⁵¹⁵ So zu § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG bzw. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG a.F. *Thüsing/Schmidt*, NZA 2017, 1027, 1027; *Wytibul*, BB 2009, 1582, 1584; *Forgó/Helfrich/Schneider/Arning*, Betrieblicher Datenschutz, S. 239.

„Personenbezogene Daten [von Beschäftigten/eines Beschäftigten]⁵¹⁶ [...] ⁵¹⁷ dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung [...] ⁵¹⁸ erforderlich ist.“

Da der VDD sich hierbei an der weltlichen Regelung orientiert hat,⁵¹⁹ ist davon auszugehen, dass auch dieselben Regelungen getroffen werden sollten. Insbesondere die gewachsene Rechtsprechung zu § 32 BDSG a.F. sollte durch die weitgehende Übernahme des Wortlauts in § 26 BDSG weiter gelten,⁵²⁰ so dass zumindest die hierin festgelegten Grundsätze und Auslegungen der unbestimmten Rechtsbegriffe auch auf die Regelung des § 53 KDG übertragen werden können, wodurch insbesondere die in § 26 BDSG verankerten Grundprinzipien auch für § 53 KDG gelten.

2. Aufdeckung von Straftaten

Auch § 53 Abs. 2 KDG entspricht dem nahezu identischen Wortlaut des § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG. Abweichungen bestehen in der Nennung der männlichen und weiblichen Form des/der Beschäftigten im BDSG und der bloß männlichen Form im KDG. Die im Kirchengesetz verwendete Form ist hierbei selbstverständlich allgemeingültig zu verstehen, so dass auch dieses sowohl weibliche als auch männliche sowie, ebenso wie die weltliche Regelung weitere potentielle Geschlechter umfasst.

⁵¹⁶ Die Abweichung zwischen „von Beschäftigten“ (§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG) und „eines Beschäftigten“ (§ 53 Abs. 1 KDG) kann als stilistische Eigenheiten betrachtet werden und sind für die Auslegung unerheblich und ohne Konsequenzen.

⁵¹⁷ „einschließlich der Daten über die Religionszugehörigkeit, die religiöse Überzeugung und die Erfüllung von Loyalitätsobliegenheiten“, § 53 Abs. 1 KDG.

⁵¹⁸ „oder zur Ausübung oder Erfüllung der sich aus einem Gesetz oder einem Tarifvertrag, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (Kollektivvereinbarung) ergebenden Rechte und Pflichten der Interessenvertretung der Beschäftigten“, § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG.

⁵¹⁹ Wiszkocsill spricht von „Konkretisierungen bzw. Abänderungen nationaler Regelungen“, ZAT 2018, 116, 117.

⁵²⁰ Der Gesetzgeber geht nach den Gesetzgebungsmaterialien von der Weitergeltung der zu § 32 BDSG a.F. gewachsenen Rechtsprechung aus. So behält sich der Gesetzgeber vor, „Fragen des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis innerhalb dieser Vorschrift oder im Rahmen eines gesonderten Gesetzes konkretisierend bestimmte Grundsätze, die im Rahmen der Rechtsprechung zum geltenden Recht bereits angelegt sind, zu regeln.“, Drucks. 18/11325, S. 97.

Ein Unterschied ergibt sich jedoch aus der Nennung von „Rechtsvorschriften“ als Alternative zu einer „nicht unverhältnismäßigen“ Verarbeitung in § 53 Abs. 2 KDG a.E. Demnach könnte eine Rechtsvorschrift, die eine Verarbeitung personenbezogener Daten vorsieht, eine Verarbeitung selbst dann rechtfertigen, wenn diese ansonsten nach § 53 Abs. 2 KDG aufgrund einer Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen wäre.

3. Beteiligungsrechte

Sowohl nach § 53 Abs. 4 KDG als auch nach § 26 Abs. 6 BDSG bleiben die Beteiligungsrechte der Interessenvertretung bzw. der Mitarbeitervertretung unberührt. Während die Diskussion um das Verhältnis des BetrVG zum BDSG bereits geführt wird und wohl auch dahingehend entschieden wurde, dass das BetrVG keinen Spezialitätsvorrang genießt,⁵²¹ steht eine entsprechende Diskussion zum Verhältnis MAVO zum KDG noch aus. Dabei kommt dem in § 2 Abs. 2 KDG normierten Rangverhältnis der kirchlichen Regelungen nur insoweit Bedeutung zu, wie die MAVO die Verarbeitung personenbezogener Daten betrifft und sowohl die Regelung des KDG als auch die der MAVO unter die jeweilige Öffnungsklausel fallen.

II. Wesentliche Abweichungen

1. Anwendungsbereich

Durch § 53 Abs. 3 KDG erweitert der VDD den Anwendungsbereich des Beschäftigtendatenschutzes im katholischen Bereich noch über den in § 26 Abs. 7 BDSG bereits erweiterten Anwendungsbereich des weltlichen Beschäftigtendatenschutzes hinaus. So ist neben der von § 26 Abs. 7 BDSG erfassten Anwendung auf die Verarbeitung von Beschäftigtendaten, die nicht „in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“ auch die nicht-automatisierte Verarbeitung in einem Dateien-System erfasst.

⁵²¹ Siehe hierzu *Lücke*, NZA 2019, 658 ff.

2. Regelungstypen

Auffälligster Unterschied ist der Ausschluss von Kollektivvereinbarungen durch die Regelung des VDD. Während die nationale Regelung Kollektivvereinbarungen, durch die Gesetzgebungsmaterialien konkretisiert auf Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge und Dienstvereinbarungen (s.o.), als Grundlage für eine Datenverarbeitung zulässt, ist dies im katholischen Bereich mangels entsprechender Regelung in § 53 KDG nicht möglich. Eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben durch Kollektivvereinbarung und damit einhergehendes potentiell undurchsichtiges und interbetrieblich unterschiedliches Beschäftigtendatenschutz-niveau wird hierdurch verhindert. Der Verzicht auf diese Möglichkeit ist konsequent, da im katholischen Bereich keine „gelebte Kultur von datenschutzrechtlichen Regelungen in Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen“⁵²² besteht. Auch wenn Art. 88 Abs. 1 DS-GVO sowie Erwägungsgrund 155 zur DS-GVO Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz ausdrücklich zulassen, ist mit Blick auf den Harmonisierungszweck der Verordnung eine möglichst geringe Zahl an Kollektivvereinbarungen mit datenschutzrechtlichem Inhalt begrüßenswert. Dagegen wird Arbeitnehmern jedoch auch die Möglichkeit zur Konkretisierung der Generalklauseln und damit zu größerer Rechtssicherheit im Bereich des beschäftigungsbezogenen Datenschutzes genommen.

3. Verkürzte Regelung

Gegenüber den normierten Abweichungen des katholischen Beschäftigtendatenschutzes überwiegen die im Gegensatz zu § 26 BDSG in § 53 KDG nicht normierten Regelungen, wozu auch die Regelungstypen zu zählen sind.

So enthält § 53 KDG etwa keine Regelung zur Einwilligung im Beschäftigtenkontext oder zur Verarbeitung personenbezogener Daten besonderer Kategorien jenseits der Nennung von Religionsdaten in § 53 Abs. 1 KDG.

⁵²² *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081, 1082.

Kapitel 5 – Unionsrechtliche Bedenken aufgrund von Generalklauseln

Die sowohl in § 53 Abs. 1 KDG als auch in § 49 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel festgeschriebene Normierung des Beschäftigtendatenschutzes wirft die Frage auf, ob diese „speziellere Vorschriften“ im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DSGVO darstellen.⁵²³

§ 53 Abs. 1 KDG entspricht in weiten Teilen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG. Unterschiede bestehen in Bezug auf die Verarbeitung religionsbezogener Daten und Kollektivvereinbarungen. Die gegenüber § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG geäußerten Bedenken und Auslegungen können daher auch für die Auslegung der kirchengesetzlichen Regelung herangezogen werden, soweit die Regelungen übereinstimmen. Zu beachten ist hierbei stets, dass es sich um unterschiedliche Gesetzgeber handelt, die Auslegung ist daher isoliert wahrzunehmen. Auch wenn hierzu Bewertungen zu § 26 BDSG eine erhebliche Rolle spielen, soll dessen Unionsrechtskonformität nicht beurteilt werden.

§ 1 Kritik an Generalklauseln

Die wohl h.M.⁵²⁴ sieht in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG eine „speziellere Rechtsvorschrift“ im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DSGVO. Die bisher ergangene Rechtsprechung genüge, um einen funktionierenden und austarierten Regelungsrahmen zu bejahen und vorhersehbare Ergebnisse und Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁵²⁵

Die Gegenauffassung beruft sich auf den im Rahmen von Art. 288 Abs. 3 AEUV aufgestellten Grundsatz, wonach die Umsetzung einer Unionsrichtlinie mittels Generalklauseln nur dann in Betracht komme, „wenn sie die vollständige

⁵²³ Kritisch etwa *Körner*, NZA 2016, 1383, 1384.

⁵²⁴ *Düwell/Brink*; NZA 2016, 665, 667; *Kort*, DB 2016, 711, 714; *Gola/Pötters/Thüsing*, RDV 2016, 58, 60; *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 17; *Sörup/Marquardt*, ArbRAktuell 2016, 103, 105; *Stamer/Kuhnke*, in Plath, DS-GVO, Art. 88, Rn. 7; *von dem Bussche/Zeiter/Brombach*, DB 2016, 1359, 1363; *Wybitul*, ZD 2016, 203, 206; *Wybitul/Sörup/Pötters*, ZD 2015, 559, 561; *Wybitul/Pötters*, RDV 2016, 10, 14.

⁵²⁵ *Wybitul/Sörup/Pötters*, ZD 2015, 559, 561.

Anwendung des Unionsrechts in hinreichend klarer und bestimmter Weise gewährleisten.“⁵²⁶ Das sei bei Generalklauseln nicht der Fall.⁵²⁷ Da Regelungen auf Grundlage der Öffnungsklauseln der Verordnung vergleichbar seien mit der Umsetzung von Unionsrichtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV,⁵²⁸ wäre auch die Umsetzung der Ausfüllung der Öffnungsklausel mit einer Generalklausel verfehlt.⁵²⁹

Die Berufung auf die ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz kann freilich nicht auf die kirchlichen Regelungen übertragen werden.

§ 2 Stellungnahme

Grundsätzlich müssen „spezifischere“ Regelungen „den Beschäftigungskontext kennzeichnen, prägen oder konkretisieren“.⁵³⁰ Hierbei sind die unter Art. 88 DS-GVO erlassenen Regelungen im Gesamten zu betrachten. Da die Öffnungsklausel eine Bandbreite an Regelungen zulässt, würde die Reduzierung auf die Generalklausel zu kurz greifen.

So ist für die katholische Ausgestaltung auch die Erweiterung des Anwendungsbereichs miteinzubeziehen. Durch das Erfassen von nicht unter Art. 2 Abs. 1 DS-GVO fallende Verarbeitungsformen allein im Beschäftigungskontext wird der spezifische Bereich wesentlich geprägt. Zudem werden durch das Zusammenspiel von § 53 Abs. 4 KDG mit § 2 Abs. 2 KDG die Verarbeitungen aufgrund der Informationspflichten und Rechte der MAV zu potentiellen Legitimationsgrundlagen und somit der Beschäftigtendatenschutz durch Inbezugnahme weiterer Lebenssachverhalte stärker konkretisiert.

Im evangelischen Bereich ist § 49 DSG-EKD mit neun Absätzen wesentlich umfangreicher als Art. 88 DS-GVO. Dennoch kann dies lediglich als ein Indiz für

⁵²⁶ *Maschmann*: in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 63, verweisend auf die Rechtsprechung des EuGH zur Umsetzung von Richtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV, EuGH v. 30.5.1991 – C-361/88, Rn. 15 = EuZW 1991, 440; EuGH. v. 20.3.1996 – C-96/95, RN. 35 = NVwZ 1998, 48.

⁵²⁷ So *Schröder*, in: Streinz, AEUV, Art. 288, Rn. 94.

⁵²⁸ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 88, Rn. 63.

⁵²⁹ *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, BDSG, § 26, Rn. 2.

⁵³⁰ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 88, Rn. 3; *Wybitul/Pötters*, RDV 2016, 10, 13 f.; *Spelge*, DuD 2016, 775, 776.

die „spezielleren“ Regelungen im Kirchengesetz sein. Im evangelischen Bereich dürfte dennoch allein die Aufnahme von Kollektivvereinbarungen in § 49 Abs. 1 DSG-EKD genügen, um die Voraussetzung einer kennzeichnenden und prägenden Regelung im Beschäftigtenkontext zu erfüllen. Aber auch die Normierung der Einwilligung in § 49 Abs. 3 DSG-EKD konkretisiert den Beschäftigtendatenschutz, unabhängig von den praktischen Auswirkungen.

Wenngleich der Vergleich des mitgliedstaatlichen Spielraums aufgrund einer Öffnungsklausel mit der Umsetzung einer Richtlinie durchaus kritisch gesehen werden kann, halten sowohl die katholischen als auch die evangelischen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz aufgrund der für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext jeweils prägenden und konkretisierenden Inhalte unionsrechtlichen Bedenken bzgl. Generalklauseln Stand.

§ 3 Fazit

Art. 88 Abs. 1 DS-GVO eröffnet einen weiten bereichsspezifischen Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten und in Verbindung mit Art. 91 DS-GVO auch für die Kirchen. Dennoch können die Beschäftigtendatenschutzbestimmungen der § 53 KDG und § 49 DSG-EKD (ebenso des § 26 BDSG) nicht allein auf Art. 88 Abs. 1 DS-GVO gestützt werden, wobei die Zusammenfassung mit weiteren, für den Beschäftigtendatenschutz relevanten Regelungen und somit eine Eindämmung der Zersplitterung der zu beachtenden Normen besonders aus Rechtsanwendersicht zu begrüßen ist.⁵³¹ Darüber hinaus stützen solche beschäftigtendatenschutzspezifische Normierungen allgemeiner Grundsätze die angezweifelte Unionrechtskonformität einer Generalklausel zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext.

⁵³¹ Ähnlich *Kort* zu der gleichlaufenden Entwicklung des § 26 BDSG, welcher nunmehr unter anderem die alten Regelungen des § 32 und § 28 Abs. 6 BDSG a.F. zusammenfasst, ZD 2017, 319.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Teil 1

Die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Datenschutzrechts liegt sowohl für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch öffentliche als auch nichtöffentliche Stellen bei der EU. Mitgliedstaaten verlieren ihre Gesetzgebungskompetenz, soweit die EU von ihrer Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Dies ist im Bereich des Datenschutzes durch die DS-GVO der Fall. Eine innerstaatliche Kompetenzverteilung ist nur möglich, soweit der Mitgliedstaat eine eigene Gesetzgebungskompetenz innehat. Die DS-GVO gewährt den Mitgliedstaaten durch Öffnungsklauseln bereichsspezifische Regelungskompetenzen. Sowohl bei der Durchführung von Unionsrecht als auch bei der Umsetzung der Öffnungsklauseln ist das anzuwendende Grundrecht dasjenige der DS-GVO, namentlich das Recht der Betroffenen auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.

Die Verlagerung der datenschutzspezifischen Gesetzgebungskompetenz auf die EU beeinträchtigt nicht das innerstaatliche Verhältnis zwischen Staat und Kirche. Art. 17 AEUV und Art. 91 DS-GVO knüpfen für die Anwendbarkeit kirchlicher Datenschutzregeln an den Status der Kirchen in den jeweiligen Mitgliedstaaten an. Der Status umfasst insbesondere die mitgliedstaatliche Kompetenzverteilung zwischen Staat und Kirche. Entscheidend für die kirchliche Gesetzgebungskompetenz ist, ob die Verwirklichung eines eigenen Datenschutzrechts Teil des Status ist. Die EU achtet den Status der Kirchen unter anderem, indem sie auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung keinen Einfluss nimmt. Die EU gibt neben der mitgliedstaatlichen Kompetenzverteilung quantitative Vorgaben für kircheneigene Datenschutzregeln vor. Hierdurch nimmt sie eine eigene Abwägung zwischen den Interessen der Kirchen an der Verarbeitung personenbezogener Daten und den entgegenstehenden Interessen der Betroffenen vor, ohne den Kirchen auf Unionsebene eine subjektive Rechtsposition im Sinne eines Anspruchs auf die Anwendung eigener Datenschutzregeln einzuräumen.

Teil 2

Die Definition der eigenen Angelegenheiten obliegt allein den Kirchen nach ihrem Selbstbild. Die eigenen Angelegenheiten der Kirchen umfassen sowohl rein

innerkirchliche Angelegenheiten als auch solche, die in den weltlichen Bereich hineinwirken.

Die Kirchen tragen die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Angelegenheit eine eigene ist. Die Höhe der Darlegungs- und Beweislast ist abhängig von der Schwere der Grundrechtsbeeinträchtigung der Betroffenen zu ermitteln. Jede Datenverarbeitung ist grundrechtsrelevant. Der Datenschutz ist keine innerkirchliche Angelegenheit. Für die Subsumtion des Datenschutzrechts als eigene Angelegenheit, muss der Datenschutz Teil des Kerns der Religionsausübung sein. Das ist nicht der Fall. Das Datenschutzrecht ist keine eigene Angelegenheit der Kirchen i.S.d. Art. 137 Abs. 3 WRV.

Das BDSG sowie die Landesdatenschutzgesetze sind auf die öffentlich-rechtlichen Kirchen nicht anwendbar. Der weltliche Gesetzgeber hat den öffentlich-rechtlichen Kirchen durch beredtes Schweigen die Kompetenz zur Verwirklichung eines eigenen Datenschutzrechts verliehen.

Die kirchlichen Datenschutzregeln sind auch auf die Datenverarbeitung durch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der Kirchen anwendbar. Privatrechtlich organisierte Einrichtungen sind den Kirchen zuzuordnen, wenn diese sowohl institutionell den Kirchen zuzuordnen sind, als auch an die kirchliche Aufgabe gebunden sind.

Teil 3

Es obliegt der EU materiell-rechtliche Vorgaben für die Anwendung eigener Datenschutzregeln festzulegen. Art. 91 DS-GVO erlaubt Kirchen, religiösen Vereinigungen und über den Wortlaut hinaus auch Weltanschauungsgemeinschaften die Anwendung eigener datenschutzrechtlicher Regelungen. Art. 91 Abs. 1 DS-GVO unterscheidet nicht zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlich organisierten Religionsgesellschaften. Für den Geltungsbereich des Grundgesetzes ergibt sich hieraus keine andere Bewertung, welche Religionsgesellschaften eigene Datenschutzregeln anwenden dürfen. Auch privatrechtlich organisierte Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Kirchen unterfallen den Datenschutzregeln der jeweiligen Kirche, soweit diese nach mitgliedstaatlichem Recht diesen zuzuordnen sind.

Dabei muss es sich um „umfassende“ Regelungen handeln, wobei an dieses Merkmal keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Es kann kein Regelungs-
werk verlangt werden, welches jeden Aspekt des zu regelnden Bereichs abdeckt. Sowohl die Datenschutzregeln der EKD als auch die des VDD genügen den Mindestanforderungen an „umfassende Regeln“.

Auch nach Inkrafttreten der DS-GVO verabschiedete Regelungen können grundsätzlich unter Art. 91 DS-GVO fallen. Bestehende Regelungen sind an die DS-GVO anzupassen. Die Norm verbietet weder mögliche Neukodierungen noch spätere Änderungen.

„In Einklang bringen“ meint, dass die kirchlichen Regelungen an die Vorgaben der DS-GVO, insbesondere der Öffnungsklauseln, anzupassen sind. Eine Sonderstellung in dem Sinne, dass die Regelungen der DS-GVO im Licht des Ethos der jeweiligen Kirche auszulegen sind und die kirchlichen Regelungen aufgrund dessen von den Vorgaben der DS-GVO abweichen dürfen, geht hiermit nicht einher.

Die Kirchen können nach Art. 91 Abs. 2 DS-GVO eigenverwaltete Aufsichtsbehörden errichten, welche die Anforderungen des Kapitels VI der DS-GVO erfüllen müssen. Wichtigstes Kriterium ist die umfassende Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde, wobei die konkrete Ausgestaltung dessen den Kirchen obliegt.

Vorgegeben sind die ausführlichen Aufgaben und Befugnisse, welche die Aufsichtsbehörden nach der DS-GVO haben. Der Spielraum der Ausgestaltung dieser beschränkt sich auf die einzelnen Öffnungsklauseln. Die vorhandenen Abweichungen in DSG-EKD und KDG sind unionsrechtswidrig und insoweit nicht anwendbar. Die Kodierung anderer oder weiterer Aufgaben und Pflichten hindert nicht die Geltung derjenigen, die sich aus der DS-GVO ergeben.

Jenseits der einzelnen unionsrechtswidrigen Ausgestaltungen unterstehen die öffentlich-rechtlichen Kirchen aufgrund der unabhängig und rechtmäßig errichteten Aufsichtsbehörden ihrer eigenen Datenschutzaufsicht spezifischer Art. Dies gilt nur insoweit, als dass die einzelnen Gliedkirchen und Diözesen die Vorgaben der EKD und des VDD umsetzen.

Teil 4

Die Regeln der DS-GVO sind auch im kirchlichen Bereich unmittelbar anwendbar. Diese gelten auch im Rahmen der Öffnungsklauseln. Der Beschäftigtendatenschutz stellt durch die Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO keine Bereichsausnahme der Geltung der DS-GVO dar. Art. 88 DS-GVO eröffnet den Mitgliedstaaten gegenüber einen weiten bereichsspezifischen Gestaltungsspielraum. Die Mitgliedstaaten und die Kirchen dürfen bei der Verwirklichung der Öffnungsklauseln nicht von dem Mindestschutzniveau der DS-GVO abweichen. Mitgliedstaatliche Regeln, die der DS-GVO widersprechen, sind nicht anzuwenden. Innerhalb der Öffnungsklauseln gehen die mitgliedstaatlichen Normen denen der DS-GVO vor. Konkretisierungen sind nur soweit zulässig, wie die DS-GVO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit hierzu einräumt. Die Wiederholung des Normtextes der DS-GVO ist zulässig, soweit dies dem Verständnis der mitgliedstaatlichen Regeln dient. Dogmatisch findet die DS-GVO Anwendung. Mitgliedstaatliche Vorschriften, die den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts erweitern, müssen zumindest im Wesentlichen die Regelungen der DS-GVO abbilden und sich in den bereichsspezifischen Kontext einfügen.

Den Kirchen kommt bzgl. dieser Vorgaben kein gesonderter Status zu, der es ihnen gestatten würde, aufgrund ethos-bezogener Besonderheiten von diesem Rahmen abzuweichen. Im Bereich des Datenschutzes stehen die Kirchen der DS-GVO wie ein eigener Mitgliedstaat gegenüber.

VDD und EKD machen beide von der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO in unterschiedlichem Umfang Gebrauch und weichen an unterschiedlichen Stellen vom weltlichen Beschäftigtendatenschutz ab. Die Regelungen des VDD und der EKD zum Beschäftigtendatenschutz können nicht ausschließlich auf Art. 88 DS-GVO gestützt werden.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Jan Philipp;
Jotzo, Florian Das neue Datenschutzrecht der EU: Grundlagen, Gesetzgebungsverfahren, Synopse, Baden-Baden 2017.
- Althoff, Lars Die Rolle des Betriebsrats im Zusammenhang mit der EU-Datenschutzgrundverordnung, ArbRAktuell 2018, S. 414 – 417.
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919; ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Auflage, Berlin 1933.
- Aßmus, Ubbo;
Winzer, Florian. Mitarbeiterfotos im Internet, auf Webseiten und in sozialen Netzwerken, Anforderungen an Einwilligung und Widerruf nach dem KUG und der DS-GVO, ZD 2018, S. 508 – 513.
- Badura, Peter Staatsrecht: systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Auflage, München 2018.
- Bock, Wolfgang Das für alle geltende Gesetz und die kirchliche Selbstbestimmung, Tübingen 1996.
- Brams, Isabelle;
Möhle, Jan-Peter Die Stellung des Betriebsrats unter der DS-GVO, Erwächst aus einer neuen datenschutzrechtlichen Stellung neue Verantwortung?, ZD 2018, S. 570 – 573.
- Calliess, Christian;
Ruffert, Matthias (Hrsg.) EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 5. Auflage, München 2016.
- Classen, Klaus Dieter Die Bedeutung von Art. 17 AEUV - zwanzig Jahre nach der Erklärung von Amsterdam, ZevKR 61 (2016), S. 333 – 355.
- Dammann, Ulrich Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung, Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, S. 307 – 314.
- Dietrich, Thomas Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der DS-GVO, Einheitlicher Rechtsrahmen führt nicht zwangsläufig zu einheitlicher Rechtsanwendung, ZD 2016, 260 – 266.
- Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, Band 3, Art. 83 – 146, 3. Auflage, Tübingen 2018.
- Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz – Kommentar, Band 1, Präambel, Artikel 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013.
- Düwell, Franz Josef;
Brink, Stefan Die EU-Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz, NZA 2016, S. 665 – 668.

- Düwell, Franz Josef;
Brink, Stefan Beschäftigtendatenschutz nach der Umsetzung der Daten-
schutz-Grundverordnung: Viele Änderungen und wenig
Neues, NZA 2017,
S. 1081 – 1085.
- Ebers, Godehard Josef Staat und Kirche im neuen Deutschland, München 1930.
- Ehmann, Eugen;
Selmayr, Martin (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung Beck'sche Kurz Kommentare,
2. Auflage, München 2018.
- Eickmanns, Tim Bindungswirkung einer unbilligen Weisung, RdA 2018, S.
187 – 189.
- Engeler, Malte Das überschätzte Kopplungsverbot, Die Bedeutung des Art. 7
Abs. 4 DS-GVO in Vertragsverhältnissen, ZD 2018, S. 55 –
62.
- Epping, Volker;
Hillgruber, Christian (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 42. Edi-
tion, München, zit.: BeckOK Grundgesetz.
- Ernst, Stefan Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, An-
merkung zur Definition nach Art. 4 Nr. 11 DS-GVO, ZD
2017, S. 110 – 114.
- Fischer, Julian Datenschutzrechtliche Stolperfallen im Arbeitsverhältnis und
nach dessen Beendigung, Ein Leitfaden für Arbeitgeber nach
der EU-Datenschutzgrundverordnung, NZA 2018, S. 8 – 13.
- Forgó, Nikolaus;
Helfrich, Marcus;
Schneider, Jochen;
Arning, Marian Betrieblicher Datenschutz: Rechtshandbuch, 3. Auflage,
München 2019.
- Franzen, Martin Datenschutz-Grundverordnung und Arbeitsrecht, EuZA 2017,
S. 313 – 351.
- Franzen, Martin;
Gallner, Inken;
Oetker, Hartmut (Hrsg.) Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Auflage, Mün-
chen 2018.
- Friauf, Karl Heinrich;
Höfling, Wolfram (Hrsg.) Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin 2000.
- Gola, Peter Beschäftigtendatenschutz und EU-Datenschutz-Grundverord-
nung,
EuZW 2012, 332 – 336.
- Gola, Peter (Hrsg.) Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679 Kommen-
tar, 2. Auflage, München 2018.
- Gola, Peter;
Pötters, Stephan;
Thüsing, Gregor Art. 82 DSGVO: Öffnungsklausel für nationale Regelungen
zum Beschäftigtendatenschutz - Warum der deutsche Gesetz-
geber jetzt handeln muss, RDV 2016, S. 57 – 61.

- Golland, Alexander Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung, Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag, MMR 2018, S. 130 – 135.
- Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch, 6. Auflage, München 2016.
- Greve, Holger Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 2017, 737 – 744.
- Groeben, Hans von der; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Band 1: Art. 1 bis 55 EUV, Art. 1 bis 54 GRC, Art 1 bis 66 AEUV, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.
- Grzeszick Staatlicher Rechtsschutz und kirchliches Selbstbestimmungsrecht, AöR 129 (2004), 168 – 218.
- Gsell, Beate; Krüger, Wolfgang; Lorenz, Stephan; Reymann, Christoph (Hrsg.) beck-online.GROSSKOMMENTAR, München, Stand 2019., zit.: BeckOGK.
- Heckel, Johannes Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, Verw-Arch 37 (1932), S. 280 – 299.
- Heckel, Martin Staat, Kirche, Kunst: Rechtsfragen kirchlicher Kulturdenkmäler, Tübingen 1968.
- Herfurth, Constantin Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO, Nachvollziehbare Ergebnisse anhand von 15 Kriterien mit dem sog. „3x5-Modell“, ZD 2018, S. 514 – 520.
- Herzog, Roman; Scholz, Rupert; Herdegen, Matthias; Klein, Hans H. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, begründet von Maunz, Theodor und Dürig, Günter, zit.: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 88. Lieferung August 2019, München 2019.
- Hesse, Konrad Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Erster Band, 2. Auflage, Berlin 1994, zit.: HdbStKirchR, Bd. 1, S. 521.
- Hoeren, Thomas Die Kirchen und das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 1993, S. 650 – 653.
- Hofmann, Beate Theologische Perspektiven zur Mitarbeit von Menschen ohne Kirchengemeinschaft in Diakonie und Caritas, in: Welche

- Loyalität dürfen kirchliche Einrichtungen fordern? Auf der Suche nach Eckpfeilern der Identität von Caritas und Diakonie, Tübinger Beiträge zum kirchlichen Arbeitsrecht, Band 7, Tübingen 2018.
- Hollerbach Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HdbStKirchR Bd. 6, § 138, S. 471.
- Hufen, Friedhelm Staatsrecht II: Grundrechte, 7. Auflage, München 2018.
- Isak, Axel Das Selbstverständnis der Kirchen und Religionsgemeinschaften und seine Bedeutung für die Auslegung staatlichen Rechts, Berlin 1994.
- Jarass, Hans; Pieroth, Bodo Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 15. Auflage, München 2018.
- Jung, Alexander; Hansch, Guido Die Verantwortlichkeit in der DS-GVO und ihre praktischen Auswirkungen, Hinweis zur Umsetzung im Konzern- oder Unternehmensumfeld, ZD 2019, S. 143 – 148.
- Kahl, Wolfgang; Waldhoff, Christian; Walter, Christian; Dolzer, Rudolf (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 186. Aktualisierung, Heidelberg September 2017.
- Kästner, Karl-Hermann Die Geltung der Grundrechte in kirchlichen Angelegenheiten, JuS 1977, S. 715 – 721.
- Keppeler, Lutz Martin; Berning, Wilhelm Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO-Löschpflichten, Anforderungen an Löschkonzepte und Datenbankstrukturen, ZD 2017, S. 314 – 319.
- Kibler, Cornelia; Sandhu, Aqilah Vorwirkung von EU-Verordnungen am Beispiel der Datenschutz-Grundverordnung, NVwZ 2018, S. 528 – 533.
- Kiel, Heinrich; Lunk, Stefan; Oetker, Hartmut Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 4: Kollektives Arbeitsrecht II, 4. Auflage, München 2018.
- Kingreen, Thorsten Die Unionsgrundrechte, Jura 2014, S. 295 – 304.
- Koós, Clemens Das Vorhaben eines einheitlichen Datenschutzes in Europa, Aktueller Stand des europäischen Gesetzgebungsverfahrens, ZD 2014, S. 9 – 15.
- Körner, Marita Die Datenschutz-Grundverordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz, NZA 2016, S. 1383 – 1386.

- Kort, Michael Arbeitnehmerdatenschutz gemäß der EU-Datenschutz-Grundverordnung, DB 2016, S. 711 – 716.
- Kort, Michael Die Zukunft des deutschen Beschäftigtendatenschutz, Erfüllung der Vorgaben der DS-GVO, ZD 2016, S. 555 – 560.
- Kort, Michael Der Beschäftigtendatenschutz gem. § 26 BDSG-neu, Ist die Ausfüllung der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO ge-
glückt?, ZD 2017,
S. 319 – 323.
- Kort, Michael Die Bedeutung der neueren arbeitsrechtlichen Rechtspre-
chung für das Verständnis des neuen Beschäftigtenden-
schutzes, NZA 2018,
S. 1097 – 1105.
- Kort, Michael Was ändert sich für Datenschutzbeauftragte, Aufsichtsbehör-
den und Betriebsrat mit der DS-GVO?, Die zukünftige Rolle
der Institutionen rund um den Beschäftigtendatenschutz, ZD
2017, S. 3 – 7.
- Kranig, Thomas Anmerkung zu: Kahler, Die Europarechtswidrigkeit der Kom-
missionsbefugnisse in der Grundverordnung, RDV 2013,
S. 217 – 218.
- Krebs, Peter;
Becker, Maximilian Entstehung und Abänderbarkeit von Gewohnheitsrecht, JuS
2013,
S. 97 – 103.
- Kröger, Malte;
Pilniok, Arne (Hrsg.) Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, Tübin-
gen 2016.
- Kühling, Jürgen Neues Bundesdatenschutzgesetz - Anpassungsbedarf bei Un-
ternehmen, NJW 2017, S. 1985 – 1990.
- Kühling, Jürgen;
Buchner, Benedikt Datenschutzgrundverordnung/BDSG Kommentar, 2. Auflage,
München 2018.
- Kühling, Jürgen;
Martini, Mario Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolu-
tion im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?,
EuZW 2016,
S. 448 – 454.
- Lachenmann, Matthias Neue Anforderungen an die Videoüberwachung, Kritische
Betrachtung der Neuregelungen zur Videoüberwachung in
DS-GVO und BDSG neu, ZD 2017, S. 407 – 411.
- Lettl, Tobias Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), WM 2018, S.
1149 – 1157.
- Lorenz, Dieter Datenschutz im Kirchlichen Bereich, in: Essener Gespräche
zum Thema Staat und Kirche, Bd. 15, Krautscheid, Joseph;
Marré, Heiner (Hrsg.), Münster 1981, S. 84 – 121.

- Lorenz, Dieter Personenstandswesen, Meldewesen, Datenschutz, in: HdbSt-KirchR Bd.1, § 24, S. 717 – 742.
- Lücke, Oliver Die Betriebsverfassung in Zeiten der DS-GVO, "Bermuda-Dreieck" zwischen Arbeitgeber, Betriebsräten und Datenschutzbeauftragten!?, NZA 2019, S. 658 – 670.
- Maschmann, Frank Datenschutzgrundverordnung: Quo vadis Beschäftigtendatenschutz? - Vorgaben der EU-Datenschutzgrundverordnung für das nationale Recht -, DB 2016, S. 2480 – 2486.
- Meyer, Jürgen;
Hölscheidt, Sven (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Meyer-Ladewig, Jens;
Nettesheim, Martin;
Raumer, Stefan von (Hrsg.) EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Mikat, Paul Staat, Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin 1994, zit.: HdbVerfR, § 29, S. 1425.
- Morlock, Martin Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.
- Müller-Glöge, Rudi;
Preis, Ulrich;
Schmidt, Ingrid (Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, München 2019.
- Nettesheim, Martin (Hrsg.) Das Recht der Europäischen Union, begründet von Eberhard Grabitz, fortgeführt von Meinhard Hilf, zit.: „Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union“, 68. Ergänzungslieferung, München Oktober 2019.
- Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.) Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung – 2: Artikel 118 – 142, Berlin 1930.
- Oxenknecht-Witzsch, Renate (Hrsg.) Eichstätter Kommentar MAVO, Rahmenordnung für eine Mitarbeitervertretungsordnung, KAGO, Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung, 2. Auflage, Waldmünchen 2018.
- Paal, Boris; Pauly, Daniel (Hrsg.) Datenschutzgrundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, Beck'sche Kompakt Kommentare, 2. Auflage, München 2018.
- Pfrang, Sebastian Die "nicht-dateimäßige" Verarbeitung von Beschäftigtendaten, DuD 2018, S. 380 – 382.
- Piltz, Carlo Die Datenschutz-Grundverordnung, Teil 1: Anwendungsbereich, Definitionen und Grundlagen der Datenverarbeitung, K&R 2016, S. 557 – 567.

- Plath, Kai-Uwe (Hrsg.) DSGVO/BDSG: Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen von TMG und TKG, 3. Auflage, Köln 2018.
- Preuß, Tamina Das Datenschutzrecht der Religionsgesellschaften, ZD 2015, S. 217 – 225.
- Reichold, Hermann Selbstbestimmung der Kirche oder (nur) Tendenzschutz?: Europa und das deutsche kirchliche Arbeitsrecht, in: Religionsfreiheit als Leitbild, 2004, S. 105 – 118, Münster 2004.
- Reichold, Hermann Regelungskompetenz und Normwirkung von Betriebs- und Dienstvereinbarungen (insbesondere in kirchlichen Einrichtungen), ZTR 2016, S. 295 – 302.
- Reiserer, Kerstin;
Christ, Florian;
Heinz, Katharina Beschäftigten-Datenschutz und EU-Datenschutz-Grundverordnung, Der Countdown ist abgelaufen – Anpassungsbedarf umgesetzt?, DStR 2018, S. 1501 – 1508.
- Richardi, Reinhard Zehn Jahre Kirchliche Arbeitsgerichtsordnung - Grundsatzentscheidungen des Kirchlichen Arbeitsgerichtshofs der katholischen Kirche, RdA 2017, S. 1 – 19.
- Riesenhuber, Karl Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Auflage, München 2015.
- Sachs, Michael Körperschaftsstatus von Religionsgemeinschaften - „Zeugen Jehovas“, JuS 2001, S. 496 – 498.
- Sachs, Michael (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2018.
- Säcker, Franz Jürgen Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 611 - 704, EFZG, TzBfG, KSchG, 6. Auflage, München 2012.
- Säcker, Horst Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt, DVBl 1969, S. 5 – 10.
- Salvenmoser, Steffen;
Hauschka, Christoph E. Korruption, Datenschutz und Compliance, NJW 2010, S. 331 – 335.
- Schantz, Peter;
Wolff, Heinrich Amadeus Das neue Datenschutzrecht: Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis, München 2017.
- Schatzschneider, Wolfgang Kirchenautonomie und Datenschutzrecht: zur Sonderstellung von öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften auf dem Gebiet des Datenschutzes, Heidelberg 1984.
- Scheuner, Ulrich Begründung, Gestaltung und Grenzen kirchlicher Autonomie, in: Autonomie - Symposium für Armin Füllkrug, Darmstadt 1979, S. 1 – 33.

- Simitis, Spiros;
Hornung, Gerrit;
Spiecker Döhmann, Indra
(Hrsg.)
- Nomos Kommentar Datenschutzrecht DS-GVO mit BDSG,
Baden-Baden 2019.
- Sörup, Thorsten;
Marquart, Sabrina
- Auswirkungen der EU-Datenschutzgrundverordnung auf die
Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext, ArbRAktuell
2016,
S. 103 – 106.
- Spelge, Karin
- Der Beschäftigtendatenschutz nach Wirksamwerden der Da-
tenschutz- Grundverordnung (DS-GVO), DuD 2016, S. 775 –
781.
- Streinz, Rudolf (Hrsg.)
- EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag
über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der
Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, München
2018.
- Sydow, Gernot (Hrsg.)
- Nomos Kommentar Europäische Datenschutzgrundverord-
nung, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Taeger, Jürgen;
Rose, Edgar
- Zum Stand des deutschen und europäischen Beschäftigtenda-
tenschutzes, BB 2016, S. 819 – 831.
- Thüsing, Gregor
- Datenschutz im Arbeitsverhältnis, Kritische Gedanken zum
neuen § 32 BDSG, NZA 2009, S. 865 – 870.
- Thüsing, Gregor;
Fink-Jamann, Daniela;
von Hoff, Konrad
- Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht als Legitimation zur
Unterscheidung nach der Religion, ZfA 2009, S. 153 – 209.
- Thüsing, Gregor;
Mathy, Regina
- Kirchliche Loyalitätspflichten im Zugriff des EuGH, Zugleich
Besprechung des Urteils des EuGH IR gegen JQ (C-68/17),
BB 2018,
S. 2805 – 2810.
- Thüsing, Gregor;
Schmidt, Maximilian
- Zulässige Pauschalierung bei der Rechtfertigung präventiver
Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers, NZA 2017, S.
1027 – 1030.
- Thüsing, Gregor;
Schmidt, Maximilian;
Forst, Gerrit
- Das Schriftformerfordernis der Einwilligung nach § 4a BDSG
im Pendelblick zu Art. 7 DS-GVO, RDV 2017, S. 116 – 122.
- Thym, Daniel
- Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta - Zu viel Grund-
rechtsschutz?, NVwZ, 2013, S. 889 – 896.
- Tiedemann, Jens
- Auswirkungen von Art. 88 DSGVO auf den Beschäftigtenda-
tenschutz, ArbRB 2016, S. 334 – 337.

- Triebel, Matthias Der Kirchenartikel im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, ZevKR 49 (2004), S. 644 – 651.
- Unruh, Peter Religionsverfassungsrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2018.
- v. Campenhausen, Axel Staatskirchenrecht, 3. Auflage München 1996.
- v. Campenhausen, Axel Staatskirchenrecht, 4. Auflage München 2006.
- v. Campenhausen, Axel; de Wall, Heinrich Religionsverfassungsrecht: Staatskirchenrecht, 5. Auflage, München 2017.
- Vedder, Christoph; Heintschel von Heinegg, Wolff Europäisches Unionsrecht: EUV, AEUV, GRCh, EAGV : Handkommentar: mit den vollständigen Texten der Protokolle und Erklärungen.
- von dem Bussche, Axel; Zeiter, Anna; Brombach, Till Die Umsetzung der Vorgaben der EU-Datenschutz-Grundverordnung durch Unternehmen, DB 2016, 1359 – 1365.
- Wank, Rolf Neues zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH, EuZW 2018, S. 21 – 30.
- Weber, Hermann Anmerkung zu BVerwG v. 15.12.1967 – VI C 68/67 = NJW 1968, 1345 in: NJW 1968, S. 1347.
- Weber, Hermann Religionsrecht und Religionspolitik der EU, NVwZ 2011, S. 1485 – 1492.
- Wieland, Joachim Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, in: Der Staat 25 (1986), S. 321 - 350.
- Wiszkocsill, Christian Die Regelungskompetenz der Kirchen im Datenschutz, ZAT 2018, S. 116 – 118.
- Wolff, Heinrich Amadeus; Brink, Stefan (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum Datenschutzrecht, 30. Edition, München, zit.: BeckOK Datenschutzrecht.
- Wybitul, Tim Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, NZA 2017, S. 413 – 419.
- Wybitul, Tim Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Verschärfte Regeln für Compliance und interne Ermittlungen, Vertrauen ist gut, Kontrolle verboten?, BB 2009, S. 1582 – 1585.
- Wybitul, Tim Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte?, Anpassungsbedarf bei Beschäftigtendatenschutz und Betriebsvereinbarungen, ZD 2016, S. 203 – 208.
- Wybitul, Tim; Sörup, Thorsten; Pötters, Stephan Betriebsvereinbarungen und § 32 BDSG: Wie geht es nach der DS-GVO weiter?, Handlungsempfehlungen für Unternehmen und Betriebsräte,

- ZD 2015, S. 559 – 564.
- Wybitul, Tim;
Stephan, Pötters Der neue Datenschutz am Arbeitsplatz, RDV 2016, S. 10 – 16.
- Ziegenhorn, Gero;
Drossel, Jan-Marcel Die Anwendung kirchlicher Regeln zum Datenschutz unter der EU-Datenschutz-Grundverordnung am Beispiel des § 2 Absatz 8 KDO, KuR 2016, S. 230 – 242.
- Ziegenhorn, Gero;
von Heckel, Katharina Datenverarbeitung durch Private nach der europäischen Datenschutzreform, Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung auf die materielle Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, NVwZ 2016, S. 1585 – 1591.
- Ziekow, Arne Datenschutz und evangelisches Kirchenrecht: Eigenständigkeit und Eigengeartetheit des Datenschutzgesetzes der EKD, Tübingen 2002.