

Rechtsgutachten

Erteilung von Arbeitsentgelt-Abrechnungen über d.velop post (ehemals foxdox)

Empfänger

d.velop AG
d.velop business services GmbH

Ansprechpartner: Alexander Zirl, Michael Gehling

Ansprechpartner bei KREMER RECHTSANWÄLTE

Sascha Kremer, Fachanwalt für IT-Recht, Externer Datenschutzbeauftragter, Datenschutzauditor

Dokumenteninformation

Status	Datum	Version	Autor
Überarbeitung nach DSGVO	19.2.2019	2.0	Sascha Kremer
Sprachliche Anpassungen	22.9.2020	2.1	Kristof Kamm, Sascha Kremer
Anpassung Definitionen	18.12.2020	2.2	Sascha Kremer

Inhaltsverzeichnis

1.	Executive Summary.....	3
2.	Sachverhalt	4
2.1.	Beschreibung der Plattform	4
2.2.	Zustellung von Dokumenten über die Plattform.....	4
2.2.1.	Eigener Speicherbereich des Nutzers	4
2.2.2.	Zustellung elektronischer Dokumente über die Plattform	5
2.2.3.	Zustimmung des Nutzers zur Zustellung und Zeitstempel.....	5
2.3.	Erteilung von Arbeitsentgelt-Abrechnungen über die Plattform	5
3.	Auftrag.....	6
4.	Rechtliche Bewertung.....	6
4.1.	Arbeitsrechtliche Einordnung	6
4.1.1.	Schematische Einordnung der elektronischen Gehaltsabrechnung.....	6
4.1.2.	Elektronische Gehaltsabrechnung per E-Mail.....	7
4.1.3.	Elektronische Gehaltsabrechnung über die Plattform	8
4.1.4.	Betriebsrat.....	9
4.1.4.1.	Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers	9
4.1.4.2.	Rolle und Mitbestimmungsrechte.....	9
4.1.5.	Unternehmensinterne Umsetzung	10
4.1.5.1.	Erteilung per E-Mail	10
4.1.5.2.	Zustellung über die Plattform.....	10
4.2.	Datenschutzrechtliche Einordnung.....	12
4.2.1.	Schematische Einordnung der elektronischen Gehaltsabrechnung.....	12
4.2.2.	Technische und organisatorische Maßnahmen nach Art. 32 DSGVO.....	12
4.2.3.	Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO.....	14
4.2.3.1.	Erlaubnis nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG.....	14
4.2.3.2.	Erlaubnis nach Art 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO	15
4.2.3.3.	Einwilligung	16
4.2.3.4.	Auftragsverarbeitung.....	17
4.3.	Zwischenergebnis	18
4.4.	Steuerrechtliche Behandlung der Überlassung eines Zugangs zur Plattform.....	18
4.5.	Übermittlung weiterer Dokumente mit der Gehaltsabrechnung	18
4.5.1.	Meldung zur Sozialversicherung	18
4.5.2.	Jahressteuermeldung.....	19

1. Executive Summary

Dem Arbeitgeber obliegt die ausschließliche Entscheidung über das Ob und Wie der Einführung einer elektronischen Gehaltsabrechnung. Der Betriebsrat ist lediglich hierüber zu unterrichten, hat aber kein Mitbestimmungsrecht.

Der Arbeitgeber muss im Falle der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform gewährleisten, dass die d.velop als Anbieter mindestens eine Transportverschlüsselung auf dem Weg zum Arbeitnehmer vornimmt. Dies ist bei Plattform gegeben.

Für den Fall, dass die Arbeitnehmer noch nicht über einen Zugang zur Plattform verfügen, kann dieser vom Arbeitgeber für den Arbeitnehmer (*kostenfrei*) über den d.velop als Anbieter eingerichtet werden. Es empfiehlt sich, dem Arbeitnehmer den Abruf und Ausdruck der elektronischen Gehaltsabrechnung am Arbeitsplatz zu gestatten. Soweit es sich bei dem eingerichteten Account um einen normalerweise kostenpflichtigen Zugang zur Plattform handelt, ist dies möglicherweise ein Sachbezug, der gegebenenfalls steuer- und sozialversicherungsrechtlich zu beachten ist.

Die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform ist datenschutzrechtlich gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO gerechtfertigt. Ergänzend ist die Vereinbarung einer Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO zwischen dem Arbeitgeber als Abo-Anbieter und der d.velop als Anbieter in der Rolle des Auftragsverarbeiters möglich. Einer Einwilligung des Arbeitnehmers bedarf es für die elektronische Gehaltsabrechnung über die Plattform nicht.

Neben der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung ist auch die Erteilung der Meldung zur Sozialversicherung sowie der Jahressteuermeldung über die Plattform möglich und zulässig, da diesbezüglich keine strengeren gesetzlichen Anforderungen bestehen als für die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung.

Der Vorteil der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform gegenüber der Erteilung per E-Mail begründet sich zunächst darin, dass die risikobehaftete Auseinandersetzung um eine mit dem Empfang der Gehaltsabrechnung ggf. einhergehende private Nutzung betrieblicher E-Mail-Accounts vollständig vermieden wird. Ein weiterer Vorteil liegt darin, dass bei der Erteilung über die Plattform eine durchgängige Transportverschlüsselung und auf Verlangen des Abo-Anbieters auch eine Inhaltsverschlüsselung stets gewährleistet sind. Schließlich erlaubt die Plattform einen Nachweis über den Zeitpunkt der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer.

Köln, den 18. Dezember 2020

Sascha Kremer
Fachanwalt für IT-Recht, externer Datenschutzbeauftragter, Datenschutzauditor

2. Sachverhalt

Der dem Gutachten zu Grunde liegende Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

2.1. Beschreibung der Plattform

Die d.velop AG, Schildarpstraße 6-8, 48712 Gescher, Deutschland (*nachfolgend „Anbieter“*), stellt eine webbasierte Plattform (*nachfolgend „Plattform“*) zur Verfügung, mit der Dokumente digital rechtssicher versendet und empfangen werden können. Kunden (*nachfolgend „Abo-Anbieter“, früher auch „foxdox-Provider“, „foxdox-Business-Process-Provider“ oder „BPP“*) können über die Plattform Dokumente digital und rechtssicher an private und geschäftliche Empfänger zustellen (*nachfolgend „Nutzer“*).

Die Plattform bietet Abo-Anbietern die Möglichkeit mit Nutzern sicher digital zu kommunizieren und somit auch datenschutzrechtlich sensible Dokumente rechtskonform zuzustellen und auszutauschen. Die Dokumente werden dem Nutzer in dessen postbox rechtssicher zugestellt und gehen damit in den Besitz des Nutzers über (*„Sphärenübergang“*). Nach der Zustellung der Dokumente an den Nutzer haben diese den Hoheitsbereich des Abo-Anbieters verlassen.

„d.velop post“ dabei ist die Bezeichnung für die Plattform aus Sicht des Abo-Anbieters (*bspw. eines Unternehmens*), der Dokumente versenden oder empfangen möchte. „d.velop postbox“ ist die Bezeichnung für die Plattform aus Sicht des Nutzers, an den Dokumente vom Abo-Anbieter versendet werden. Jeder Nutzer erhält ein Konto auf der Plattform u.a. zum Empfang der Dokumente (*wie ein Briefkasten*).

2.2. Zustellung von Dokumenten über die Plattform

Die Plattform ermöglicht nicht-öffentlichen Stellen und öffentlichen Stellen als Abo-Anbieter die Zustellung elektronischer Dokumente an jeden Nutzer (*siehe Beschreibung unter www.d-velop.de und postbox.foxdox.de*).¹

2.2.1. Eigener Speicherbereich des Nutzers

Auf der Plattform verfügt jeder Nutzer über einen eigenen Benutzerzugang mit einem eigenen Speicherbereich. Die in diesem Speicherbereich abgelegten Inhalte, darunter elektronische Dokumente (*zum Begriff unten*), befinden sich in der ausschließlichen Herrschaftssphäre des Nutzers; dieser entscheidet allein und selbständig, ob er Inhalte in seinem Speicherbereich ablegt und wie mit diesen Inhalten verfahren wird. Ein Abo-Anbieter hat demgegenüber keinerlei Möglichkeiten, auf die im Speicherbereich eines Nutzers abgelegten Inhalte zuzugreifen, hieran Änderungen vorzunehmen oder diese zu löschen.

¹ Die Zustellung papiergebundener Dokumente, ggf. in der gesetzlichen Schriftform des § 126 Abs. 1 BGB, ist mit der Plattform als Onlinedienst nicht möglich. Die sich im Zusammenhang mit der Zustellung papiergebundener Dokumente ergebenden Rechtsfragen sind deshalb nicht Gegenstand dieser Stellungnahme.

Damit handelt es sich bei der Plattform nicht um ein Webportal, Onlineportal oder eine Online-Geschäftsstelle des Abo-Anbieters, sondern um einen hiervon unabhängig durch den Anbieter angebotenen Dienst, der vom Nutzer selbständig und ohne Vorgaben durch den Abo-Anbieter genutzt wird.

2.2.2. Zustellung elektronischer Dokumente über die Plattform

Die Zustellung elektronischer Dokumente über die Plattform erfolgt dergestalt, dass der Abo-Anbieter das jeweilige elektronische Dokument zur Zustellung an den Anbieter übergibt.² Hiermit verlässt das elektronische Dokument den Herrschaftsbereich des Abo-Anbieters und wird im Anschluss durch den Anbieter im Auftrag des Abo-Anbieters in den Herrschaftsbereich des Nutzers übergeben, in dem das elektronische Dokument in dem Speicherbereich des Nutzers abgelegt wird. Ab diesem Zeitpunkt hat ausschließlich der Nutzer die Kontrolle über das elektronische Dokument (*siehe oben*).

2.2.3. Zustimmung des Nutzers zur Zustellung und Zeitstempel

Durch die technische Implementierung der Plattform ist gewährleistet, dass der Nutzer vor der erstmaligen Zustellung eines Dokuments durch einen Abo-Anbieter dieser Zustellung für konkrete Dokumentarten gegenüber dem Abo-Anbieter ausdrücklich und dokumentiert zustimmen muss.

Weiterhin ist durch die Implementierung der Plattform gewährleistet, dass der Zeitpunkt der Hinterlegung eines Dokuments im Speicherbereich eines Nutzers auf der Plattform automatisiert durch den Anbieter protokolliert und mit einem elektronischen Zeitstempel versehen wird (*nachfolgend „Zeitstempel“*). Dieser Zeitstempel kann auf Verlangen des Abo-Anbieters als qualifizierter (*elektronischer*) Zeitstempel i.S.d. Art. 3 Nr. 34 eIDAS-Verordnung i.V.m. Art. 42 eIDAS-Verordnung ausgestaltet werden.

2.3. Erteilung von Arbeitsentgelt-Abrechnungen über die Plattform

Eine Möglichkeit zur Nutzung der Plattform ist die Erteilung der Abrechnung des Arbeitsentgelts (*nachfolgend „Gehaltsabrechnung“*) als elektronisches Dokument (*nachfolgend: „elektronische Gehaltsabrechnung“*) durch den Arbeitgeber als Abo-Anbieter für dessen Arbeitnehmer. Übliches Vorgehen ist insoweit häufig, dass die Gehaltsabrechnungen den Arbeitnehmern durch einen Ausdruck auf Papier entweder am Arbeitsplatz oder per Post zugestellt werden.

Für die Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung soll jedem Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber als Abo-Anbieter ein für ihn kostenloser Zugang zur Plattform bereitgestellt werden, sofern der Arbeitnehmer entweder noch nicht über einen Zugang zur Plattform verfügt oder er seinen vorhandenen Zugang nicht zu diesem Zweck nutzen möchte. Der Arbeitnehmer kann dann von jedem beliebigen Endgerät über das Internet, einen lokalen Client (*derzeit Windows*) oder eine

² Mit Blick auf personenbezogene Daten, die sich in den elektronischen Dokumenten oder zugehörigen Meta-Informationen befinden können, agiert der Anbieter dabei als Auftragsverarbeiter des Abo-Anbieters i.S.d. Art. 28 DS-GVO. Der Abschluss eines den Anforderungen aus Art. 28 Abs. 3 DS-GVO und ggf. § 80 SGB X entsprechenden Vertrags zur Auftragsverarbeitung ist vor einer Zulassung als Abo-Anbieter obligatorisch.

mobile App (*derzeit iOS, Android*) die elektronischen Dokumente auf der Plattform wie beispielsweise die elektronische Gehaltsabrechnung abrufen, einsehen und drucken.

Soweit der Arbeitgeber dies gestattet, kann der Arbeitnehmer über die Plattform demnach nach Zustellung der elektronischen Gehaltsabrechnung (*im PDF-Format oder einem anderen gebräuchlichen, für den Arbeitnehmer lesbaren Format*) diese entweder kostenfrei an seinem Arbeitsplatz ausdrucken oder von einem anderen Endgerät aus abrufen und anschließend ausdrucken.

Abhängig vom Willen des Arbeitnehmers bleibt die elektronische Gehaltsabrechnung anschließend unverändert für diesen auf der Plattform dauerhaft gespeichert³ oder sie kann an einen anderen Ort verschoben werden, z.B. ein privates Endgerät des Arbeitnehmers.

3. Auftrag

Im Rahmen dieses Gutachtens ist zu prüfen, ob und unter welchen Bedingungen die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung durch den Abo-Anbieter mittels der Plattform zulässig ist.

Nicht zu prüfen ist für dieses Gutachten eine mögliche ordnungsbehördliche Sanktion bei Verstößen des Arbeitgebers gegen die Verpflichtung zur Erteilung einer Gehaltsabrechnung aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO. Dies deshalb, weil der betroffene Arbeitnehmer jedenfalls auf Erfüllung dieser Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO klagen und aus dem Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Arbeitgeber betreiben könnte.

Darüber hinaus soll sich das Gutachten nicht mit der Frage des Mindestinhalts der Gehaltsabrechnung nach § 108 Abs. 1 S. 2 und 3 GewO befassen, da dies für die generelle Zulässigkeit der Erteilung einer elektronischen Gehaltsabrechnung ohne Belang ist.

4. Rechtliche Bewertung

Die rechtliche Bewertung erfolgt dreistufig.

Zunächst ist die Zulässigkeit der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung unter arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten zu begutachten. Sodann erfolgt eine Betrachtung im Kontext des Datenschutzrechts, bevor abschließend noch einige weitere Rechtsfragen beantwortet werden.

4.1. Arbeitsrechtliche Einordnung

4.1.1. Schematische Einordnung der elektronischen Gehaltsabrechnung

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmern bei Zahlung⁴ des Arbeitsentgelts eine Gehaltsabrechnung zu erteilen, ergibt sich aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO. Eine solche

³ Unterschied zur Internetseite, die nach dem EuGH nicht die Voraussetzungen der Textform erfüllt, vgl. EuGH, Urt. v. 05.07.2012 – C-J004/11, Rn. 43f.

⁴ *Schulte* in: Beck'scher Online-Kommentar GewO, § 108 Rn. 9.

Gehaltsabrechnung muss die in § 108 Abs. 1 S. 2 und 3 GewO genannten Mindestangaben enthalten. Sie dient der Information des Arbeitnehmers und gibt dem Arbeitnehmer die Möglichkeit nachzuprüfen, wie sich der konkret ausgezahlte Betrag errechnet.

Gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 GewO ist die Gehaltsabrechnung in „Textform“ zu erteilen. In § 126b BGB ist hierzu geregelt, dass eine Erklärung, um der Textform zu genügen, in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneter Weise abgegeben werden muss.

Eine Abfassung auf Papier ist für die Textform nicht zwingend notwendig.⁵ Neben der papiergebundenen Erstellung einer Erklärung erfüllt deshalb grundsätzlich auch die Erstellung der Gehaltsabrechnung als elektronisches Dokument und dessen Übermittlung an den Arbeitnehmer als Erklärungsadressaten die Pflicht des Arbeitgebers aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO.⁶

Seit der zum 13.6.2014 erfolgten Konkretisierung des § 126b BGB ist klargestellt, dass die Erklärung in Textform ausdrücklich auf einem *dauerhaften Datenträger* abgegeben werden muss. Ein dauerhafter Datenträger ist dabei jedes Medium, das es (a) dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist,⁷ und das (b) geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.⁸ Nicht ausreichend ist deshalb nach der Rechtsprechung des BGH für die Textform die bloße Bereitstellung der Erklärung zum Abruf auf einer Webseite, da dort nachträgliche Änderungen durch den Erklärenden nicht ausgeschlossen werden können.⁹

4.1.2. Elektronische Gehaltsabrechnung per E-Mail

Die Übermittlung einer Gehaltsabrechnung als elektronisches Dokument kann im Wege der Übersendung per E-Mail erfolgen, wobei die Gehaltsabrechnung als Anhang im PDF- oder in einem anderen gebräuchlichen, für den Arbeitnehmer lesbaren Format übermittelt wird.

Der Zugang dieser Erklärung bei der Übersendung an eine private E-Mail-Adresse ist allerdings nur sichergestellt, wenn der Arbeitnehmer durch Mitteilung der E-Mail-Adresse oder in sonstiger Weise zu erkennen gegeben hat, mit der Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung per E-Mail einverstanden zu sein.¹⁰ Für den Fall, dass der Arbeitgeber zufällig Kenntnis von der privaten E-Mail-Adresse des Arbeitnehmers erlangt hat, scheidet demnach die Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung per E-Mail aus, da der Arbeitnehmer seine E-Mailadresse gerade nicht für rechtserhebliche Erklärungen des Arbeitgebers zum Empfang bereithalten wollte.¹¹

Dies ist anders zu beurteilen, wenn es sich bei der Kommunikation per E-Mail um ein übliches Kommunikationsmittel beim Abo-Anbieter handelt und jeder Mitarbeiter dort über eine

⁵ *Wendtland* in: Beck'scher Online Kommentar BGB, § 126b Rn. 8.

⁶ *Noack/Kremer* in NomosKomm/BGB, § 126b BGB Rz. 15 ff.

⁷ *Wendtland* in: Beck'scher Online Kommentar BGB, § 126b Rn. 8.

⁸ *Wendtland* in: Beck'scher Online Kommentar BGB, § 126b Rn. 9.

⁹ BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 66/08.

¹⁰ *Gotthardt* in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, § 108 Rn. 12.

¹¹ *Ellenberger* in Palandt, BGB, § 126b, Rn. 3.

betriebliche E-Mail-Adresse verfügt. Eine ausdrückliche Einwilligung seitens der Mitarbeiter ist dann entbehrlich, soweit sichergestellt ist, dass jeder Mitarbeiter die jeweilige E-Mail mit der elektronischen Gehaltsabrechnung am Arbeitsplatz kostenfrei abrufen kann. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Sinn und Zweck des § 108 Abs. 1 GewO, der dem Umstand Rechnung trägt, dem Arbeitnehmer Klarheit betreffend seiner Gehaltsberechnung zu verschaffen und die Nachvollziehbarkeit der Gehaltsabrechnung sicherzustellen.

Für diesen Zweck macht es keinen Unterschied, ob dem Arbeitnehmer die Gehaltsabrechnung am Arbeitsplatz in gedruckter Form übergeben wird oder er diese über sein betriebliches E-Mail-Postfach einsehen kann. Zur Wahrung der Textform ist es jedenfalls ausreichend, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, die Gehaltsabrechnung zu speichern und auszudrucken.¹²

4.1.3. Elektronische Gehaltsabrechnung über die Plattform

Im Rahmen des § 108 Abs. 1 S. 1 GewO, der die Erteilung der Gehaltsabrechnung an den Arbeitnehmer in Textform vorgibt, steht die Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform grundsätzlich der Übermittlung per E-Mail gleich, das heißt sie ist unter Einhaltung derselben Vorgaben zulässig, die auch für die Übermittlung per E-Mail gelten.

Die Zulässigkeit setzt demnach voraus, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, die Gehaltsabrechnung zu speichern und auszudrucken. Der Arbeitgeber als Abo-Anbieter muss deshalb vorsorglich sicherstellen, dass der Arbeitnehmer als Empfänger der elektronischen Gehaltsabrechnung berechtigt ist, diese am Arbeitsplatz über seinen Zugang zur Plattform abzurufen und auszudrucken.

Im Rahmen von § 126b BGB ist zwar lediglich die Möglichkeit zur dauerhaften Speicherung und Reproduktion vorgesehen, die grundsätzlich auch von einem beliebigen Endgerät des Arbeitnehmers außerhalb des Unternehmens möglich ist. Allerdings vermeidet der Arbeitgeber als Abo-Anbieter durch die Sicherstellung einer Möglichkeit zum Abruf und Ausdruck am Arbeitsplatz Auseinandersetzungen darüber, ob die elektronische Gehaltsabrechnung im Einzelfall tatsächlich im Sinne von § 130 Abs. 1 S.1 BGB zugegangen ist.

Ansonsten würde der Arbeitgeber als Abo-Anbieter sich gegebenenfalls in der Situation wiederfinden für jeden Einzelfall überprüfen zu müssen, ob dem Arbeitnehmer ein privater Internetzugang offensteht. Dies kann auch in der heutigen Zeit nicht pauschal unterstellt werden. Den Arbeitnehmer als Empfänger der elektronischen Gehaltsabrechnung trifft auch keine Verpflichtung, privat eine geeignete Empfangsvorrichtung bereitzuhalten. Es handelt sich bei der Verpflichtung aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO um eine einseitige Pflicht des Arbeitgebers. Kann eine Erklärung nicht zugestellt werden, geht dies stets zu Lasten des Erklärenden, das heißt des Arbeitgebers.¹³

Soweit sich die Mitwirkungen des jeweiligen Arbeitnehmers hiernach lediglich auf die Inbetriebnahme des vom Arbeitgeber mit der Plattform zur Verfügung gestellten Cloud-Zugangs, den Abruf der dort für ihn vom Arbeitgeber eingestellten Gehaltsabrechnungen und die Sicherung

¹² Noack/Kremer in: NomosKomm/BGB, § 126b Rn. 23.

¹³ Wendtland in: Beck'scher Online Kommentar, § 130, Rn. 20.

der Zugangsdaten zu für den Zugang zu dieser Plattform beschränken, kann man diese mit der Bereithaltung eines Briefkastens, dessen täglicher Leerung und der sicheren Aufbewahrung des Briefkastenschlüssels vergleichen. Dies ist dem Arbeitnehmer – in beiden beschriebenen Szenarien – mangels Erheblichkeit seiner Mitwirkung und wegen der Einordnung des Cloud-Services als für den Arbeitnehmer lediglich rechtlich vorteilhaft zumutbar.¹⁴

4.1.4. Betriebsrat¹⁵

§ 108 Abs. 1 S. 1 GewO begründet die einseitige Pflicht des Arbeitgebers, jedem Arbeitnehmer mit der Zahlung des Arbeitsentgelts eine Gehaltsabrechnung in Textform zu erteilen. Eine kollektivrechtliche Wirkung für und gegen alle Arbeitnehmer ist § 108 Abs. 1 S. 1 GewO deshalb schon seinem Wesen nach fremd.¹⁶

4.1.4.1. Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers

Der Betriebsrat hat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe „darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze ([...] durchgeführt werden“. Der Arbeitgeber ist deshalb nach § 80 Abs. 2 S. 1 1. HS BetrVG verpflichtet, den Betriebsrat „rechtzeitig und umfassend“ zu unterrichten.

Da Sinn und Zweck des § 108 Abs. 1 S. 1 GewO die Nachprüfbarkeit der Gehaltsabrechnung durch und die Nachvollziehbarkeit für den Arbeitnehmer ist, handelt es sich dabei um ein zugunsten des Arbeitnehmers geltendes Gesetz. Der Arbeitgeber hat somit den Betriebsrat über die Einführung und nähere Ausgestaltung der (*elektronischen*) Gehaltsabrechnung zu informieren.

4.1.4.2. Rolle und Mitbestimmungsrechte

Unabhängig von einer Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur, wenn der hier zu beurteilende Sachverhalt unter einen Mitbestimmungstatbestand fällt. Die in § 87 Abs. 1 BetrVG geregelten Mitbestimmungstatbestände sind hier allerdings nicht einschlägig.

Die Form der Gehaltsabrechnung betrifft nicht Zeit, Ort und Art der Auszahlung der Arbeitsentgelte, § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG.¹⁷ Da der Zugang der Gehaltsabrechnung nicht die Gestaltung des Zusammenlebens bzw. Zusammenarbeitens der Arbeitnehmer im Betrieb sondern die

¹⁴ Es wird unterstellt, dass die Nutzung des Cloud-Services für den Arbeitnehmer lediglich rechtlich vorteilhaft i.S.v. § 107 BGB ist, insbesondere die Unentgeltlichkeit des Cloud-Services für den Arbeitnehmer nicht über die Verpflichtung zur Offenbarung von zur Erbringung und Inanspruchnahme des Cloud-Services nicht erforderlichen personenbezogenen Daten kompensiert wird.

¹⁵ Die Ausführungen in diesem Abschnitt gelten für die Beteiligung von Personalräten und Mitarbeitervertretungen nach den jeweils anwendbaren Mitbestimmungsregelungen der Länder und der Kirchen entsprechend. Die Rechtslage sollte insoweit in jedem Einzelfall dahingehend geprüft werden, ob in einer Mitbestimmungsregelung eines Landes oder einer Kirche Verschärfungen gegenüber dem BetrVG enthalten sind, die eine abweichende Bewertung erforderlich machen.

¹⁶ § 108 Abs. 1 S. 1 GewO gehört systematisch zu § 614 BGB, vgl. *Preis* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 108 GewO Rn. 1.

¹⁷ *Kania* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 87 BetrVG Rn. 39 ff.

Privatsphäre des Arbeitnehmers betrifft, ist § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG („*Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer*“) ebenfalls nicht einschlägig.¹⁸ Die Erteilung einer elektronischen Gehaltsabrechnung betrifft darüber hinaus weder „Verhalten“ und „Leistung des Arbeitnehmers“ noch die Erhebung oder Auswertung seiner Daten, sondern lediglich die Informationsübermittlung im Rahmen der Pflicht des Arbeitgebers aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO, sodass auch der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht eröffnet ist.¹⁹ Der Sachverhalt einer elektronischen Gehaltsabrechnung wird darüber hinaus auch nicht von §§ 88, 91, 95 oder 99 BetrVG erfasst, sodass sich kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ergibt.²⁰

Da der Betriebsrat mangels kollektivrechtlicher Wirkung der Erteilung einer elektronischen Gehaltsabrechnung kein Mitbestimmungsrecht hat, scheidet eine Betriebsvereinbarung als rechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO als Erlaubnistatbestand aus.²¹ Das Ob und Wie der Erteilung einer elektronischen Gehaltsabrechnung obliegt ausschließlich dem Arbeitgeber.

4.1.5. Unternehmensinterne Umsetzung

Dem Arbeitgeber steht es grundsätzlich frei, zu einem von ihm gewünschten Zeitpunkt die Gehaltsabrechnung mit Wirkung gegenüber allen Arbeitnehmern auf die elektronische Gehaltsabrechnung umzustellen. Dies zum einen, weil die Einwilligung der Arbeitnehmer nicht erforderlich ist (*siehe oben*), zum anderen auch weil der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht hat (*siehe oben*).

4.1.5.1. Erteilung per E-Mail

Soweit der Arbeitgeber auf die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung mittels Übersendung per E-Mail an die ihm bekannten betrieblichen E-Mail-Adressen der Arbeitnehmer umstellen will, bedarf es keiner weiteren Maßnahmen.²²

4.1.5.2. Zustellung über die Plattform

Zwangsläufige Folge der Umstellung auf die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform über einen Abo-Anbieter ist, dass jeder davon betroffene Arbeitnehmer über einen Zugang zur Plattform verfügen muss, um die elektronischen Gehaltsabrechnungen tatsächlich empfangen zu können.

¹⁸ *Kania* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 87 BetrVG Rn. 18.

¹⁹ *Kania* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 87 BetrVG Rn 48, 50.

²⁰ Hiervon unabhängig ist die Frage zu bewerten, ob die Einführung der Plattform für alle Arbeitnehmer ggf. einen Mitbestimmungstatbestand auslöst. Das ist nicht Gegenstand dieses Rechtsgutachtens.

²¹ *Schulz* in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 6 Rn. 43; *Frenzel* in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 6 Rn. 17.

²² Nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob es wegen der Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung an eine betriebliche E-Mail-Adresse ggf. zu einer privaten Nutzung der betrieblichen E-Mail-Adresse durch die Arbeitnehmer kommt und welche rechtliche Folgen sich hieraus für den Arbeitgeber ergeben können.

Problematisch ist, dass die Einrichtung eines Zugangs zur Plattform durch den Arbeitgeber als Handeln in der Privatsphäre des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht erzwungen werden kann. Dies gilt auch für den insoweit ausreichenden, für den Arbeitnehmer kostenfreien Basis-Zugang. Die einseitige Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 108 Abs.1 S. 1 GewO hat zur Folge, dass er selbst für den Zugang beim Arbeitnehmer zu sorgen hat und dementsprechend seiner Verpflichtung gegenüber Arbeitnehmern ohne Zugang zur Plattform auf andere Art und Weise nachkommen muss.

Eine mögliche Lösung des Problems ist es, dass der Arbeitgeber als Abo-Anbieter mit dem Anbieter eine Vereinbarung trifft, wonach der Anbieter – gegebenenfalls als Auftragsverarbeiter (*siehe unten*) – für den Arbeitgeber die erforderliche Anzahl an Zugängen zur Plattform einrichtet und der Arbeitgeber im Anschluss die elektronischen Gehaltsabrechnungen in Textform im Sinne von § 108 Abs. 1 S. 1 GewO erteilt. Jeder Zugang zur Plattform ist dabei mit einer individuellen Benutzerkennung nebst sicherem Passwort²³ und einer, ggf. durch eine organisatorische Weisung bewirkten Sperre der Übertragung des Zugangs zur Plattform durch den Arbeitnehmer auf Dritte zu versehen. Verfügt der Arbeitnehmer bereits über einen Zugang zur Plattform ist dieses Verfahren entbehrlich. Dem Arbeitgeber ist es gestattet, die elektronischen Gehaltsabrechnungen an diesen bestehenden Zugang zur Plattform zu erteilen. Neben dem Zugang muss der Arbeitgeber gegebenenfalls auch sicherstellen, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, die elektronische Gehaltsabrechnung am Arbeitsplatz abzurufen und auszudrucken (*siehe oben*).

Soweit es sich bei der Plattform um ein übliches Kommunikations- und Arbeitsmittel beim Abo-Anbieter handelt und jeder Arbeitnehmer über einen betrieblichen Zugang zur Plattform verfügt, ist die Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnungen unproblematisch. Der Arbeitgeber zwingt den Arbeitnehmer dann nicht zu einer Handlung in seinem privaten Lebensbereich, was problematisch sein kann, sondern weist den Arbeitnehmer lediglich im Rahmen seines Direktionsrechts betreffend seine Arbeitsausführung an, sich einen betrieblichen Zugang zur Plattform zuzulegen, den er für seine Arbeit braucht. Die Nutzung des Accounts darüber hinaus zur Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnungen an den betrieblichen Zugang zur Plattform ist dann genauso wie die Übermittlung an eine betriebliche E-Mail-Adresse (*siehe oben*) möglich. Ebenso wie im Rahmen der Übermittlung an eine betriebliche E-Mail-Adresse muss der Arbeitgeber jedoch auch in diesem Fall sicherstellen, dass die Arbeitnehmer am Arbeitsplatz die Möglichkeit zum Abrufen, Speichern und Ausdrucken der elektronischen Gehaltsabrechnung von der Plattform haben.

Vor dem Hintergrund des im Datenschutzrecht geltenden Gebots der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO und mangels Erforderlichkeit²⁴ betreffend die Erfüllung der Pflicht aus § 108 Abs.1 S. 1 GewO, ist von einer Personalisierung des Zugangs zur Plattform durch Verwendung von Namen oder E-Mail-Adresse des jeweiligen Arbeitnehmers als Benutzerkennung oder der „Anreicherung“ mit Stammdaten abzusehen, soweit es sich lediglich um die Einrichtung eines Zugangs zur Plattform zur Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnungen handelt. Eine

²³ Passwort und Benutzerkennung sind dem jeweiligen Arbeitnehmer vor der erstmaligen Übermittlung zugänglich zu machen.

²⁴ Erforderlichkeit liegt nur vor, wenn der Zweck auf andere Art und Weise nicht erreicht werden kann, also ein milderer Mittel nicht ersichtlich ist, vgl. *Frenzel* in: Paal/Pauy, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 6, Rn. 29.

datenschutzrechtliche Rechtfertigung hierfür ergibt sich auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO, § 26 Abs. 1 BDSG (*außerhalb einer Auftragsverarbeitung, siehe unten*) da die Zuordnung für den Arbeitgeber auch ohne Personalisierung gewährleistet ist, der Arbeitgeber mithin kein berechtigtes Interesse an der Verarbeitung der personenbezogenen Daten hat und diese auch nicht erforderlich ist. Die Entscheidung zur Personalisierung obliegt allein dem Arbeitnehmer. Anders wäre dies lediglich, wenn der Arbeitnehmer wirksam nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), Art. 7 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 2 BDSG in die Personalisierung des Zugangs zur Plattform eingewilligt hat oder es sich beim Zugang zur Plattform um ein betriebliches Arbeitsmittel handelt (*siehe oben*).

4.2. Datenschutzrechtliche Einordnung

4.2.1. Schematische Einordnung der elektronischen Gehaltsabrechnung

Neben der Beachtung der arbeitsrechtlichen Vorschriften sind insbesondere die datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch den Arbeitgeber zu beachten.

Das Fernmeldegeheimnis im Sinne von § 88 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 TKG schützt die Inhalte der E-Mails auf dem Transportweg vor einer Kenntniserlangung durch den Anbieter. Im Übrigen werden die Inhalte bei unternehmerischen E-Mail-Diensten über übliche Transportverschlüsselungen geschützt.²⁵

Eine Gehaltsabrechnung enthält stets personenbezogene Daten des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Da der Arbeitnehmer kein Dritter im Sinne von Art. 4 Nr. 10 DSGVO ist,²⁶ handelt es sich bei der Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung per betriebsinterner E-Mail um eine Verarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Eine solche Verarbeitung fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der DSGVO bzw. des BDSG, sodass die Zulässigkeit nach den Vorschriften der DSGVO bzw. des BDSG zu prüfen ist.

Nichts anderes gilt, wenn die Arbeitnehmer auf verschiedene Niederlassungen des Arbeitgebers verteilt sind und der E-Mail-Dienst zentral von einem Standort aus für alle Arbeitnehmer erbracht wird. Im Rahmen der Übermittlung per E-Mail liegt eine Verarbeitung i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO allerdings nur dann vor, wenn sich der Arbeitgeber für die Erbringung der E-Mail-Dienste Dritter bedient, die Kenntnis von den Inhalten der E-Mail mit der Gehaltsabrechnung erhalten könnten.

Bei der Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform handelt es sich demgegenüber stets um eine Verarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO, da der Arbeitgeber als Abo-Anbieter nicht mit dem Anbieter identisch ist. Dies insbesondere deshalb, weil die elektronischen Dokumente über die Plattform nicht nur vom Abo-Anbieter zum Arbeitnehmer transportiert, sondern gegebenenfalls sogar dauerhaft vom Arbeitnehmer auf der Plattform gespeichert werden.

4.2.2. Technische und organisatorische Maßnahmen nach Art. 32 DSGVO

Gemäß Art. 32. Abs. 1 DSGVO hat der Arbeitgeber diejenigen technischen und organisatorischen Maßnahmen (*nachfolgend „TOM“*) zu treffen, die erforderlich sind, um bei der Verarbeitung

²⁵ Dazu *Stiemerling/Härting*, CR 2012, 60, 64.

²⁶ *Ernst* in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 4 Rn. 60.

personenbezogener Daten ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Dabei muss der Arbeitgeber nur solche Maßnahmen treffen, bei denen der Aufwand für die Implementierung in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Schutzzweck steht. Entsprechende Maßnahmen sollen also das jeweilige Einzelfallrisiko berücksichtigen.²⁷ Die Beurteilung der datenschutzrechtlichen Rechtfertigung (*dazu ausführlich unten*) bleibt daneben allerdings weiterbestehen.

Eine solche Maßnahme ist insbesondere die Verschlüsselung der personenbezogenen Daten i.S.d. Art. 32 Abs. 1 lit. a) DSGVO und die Gewährung von deren Vertraulichkeit i.S.d. Art. 32 Abs. 1 lit. b) DSGVO. Dies soll den ausschließlichen Zugriff durch Berechtigte sicherstellen, hier also durch den Arbeitnehmer. Die übrigen denkbaren TOM weisen im Hinblick auf die elektronische Gehaltsabrechnung keine besondere Relevanz auf.

Zur Ermittlung der erforderlichen TOM ist zunächst eine Einordnung der in den Gehaltsabrechnungen enthaltenen Angaben vorzunehmen. Bei den Angaben (*z.B. Anschrift, Geburtsdatum und Beruf*) handelt es sich um personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Die Angaben fallen nicht unter den Begriff der besonderen Arten bzw. Kategorien personenbezogener Daten i.S.d. Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Soweit auf der Gehaltsabrechnung die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft ausgewiesen ist, die als ein personenbezogenes Datum besonderer Art gesehen wird,²⁸ ist dieses Datum jedenfalls durch steuerrechtliche Sondervorschriften und Art. 136 Abs. 3 S. 2 WRV i.V.m. Art. 140 Abs. 1 GG wegen der zu Lasten des Arbeitgebers bestehenden Benennungspflicht in der Entgeltabrechnung privilegiert.²⁹

Ausreichend ist damit mangels Vorliegens oder Bedeutung besonderer Arten bzw. Kategorien personenbezogener Daten die Anwendung eines dem Stand der Technik entsprechenden Verschlüsselungsverfahrens (*ebenso § 13 Abs. 7 S. 3 TMG*). So kann zum einen die elektronische Gehaltsabrechnung selbst verschlüsselt werden. Oder aber es wird ein gesicherter Übermittlungsweg genutzt, das heißt der Transportweg verschlüsselt, womit die Verschlüsselung der Inhalte bzw. der Gehaltsabrechnungen nicht mehr erforderlich ist, weil so bereits der unbefugte Zugang zu den personenbezogenen Daten vermieden wird, die am Ende in einem nur dem Arbeitnehmer zugänglichen Bereich auf der Plattform abgelegt werden.³⁰ Dem Stand der Technik entsprechende Absicherungsmechanismen sind sämtliche anerkannte Verschlüsselungsverfahren (*z.B. AES, 256bit-Schlüssel*) und die Nutzung der qualifizierten elektronischen Signatur für die Verschlüsselung.³¹

Die Anbieter der Plattform gewährleistet standardmäßig eine Verschlüsselung auf dem Transportweg nach dem Stand der Technik und erfüllt somit die Anforderungen der zur Durchsetzung des Datenschutzes erforderlichen TOM. Da eine Transportverschlüsselung regelmäßig keinen unverhältnismäßigen Aufwand beim Arbeitgeber verursachen wird, sollte hier

²⁷ *Martini* in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 32, Rn. 46.

²⁸ *Schulz* in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 9 Rn. 14. .

²⁹ *Plath/Schreiber* in: Plath, BDSG, § 3 Rn. 80.

³⁰ *Roth*, ITRB 2010, 60, 62.

³¹ *Jandt* in: Kühling/ Buchner, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 32 Rn. 19, *Bock* in: Beck'scher Online Kommentar DatenschutzR, BDSG § 64 Rn. 34.

nicht nach alternativen TOM gesucht werden.³² Auch das BSI geht im IT-Grundschutzkatalog bei Übertragung von vertraulichen Informationen von einer Sicherstellung des Vertrauensschutzes durch derartige Verschlüsselungen aus.³³

Schließlich erfordert Art. 32 DSGVO, dass überprüft und festgestellt werden kann, an welche Stellen eine Übermittlung vorgesehen ist. Diese Maßnahmen sollten in der Regel bereits durch alle der Zugriffskontrolle dienenden Vorkehrungen abgedeckt sein. Die Umsetzung gelingt etwa durch eine genaue Festlegung und Dokumentation der Übermittlungswege sowie der Empfänger der Daten.³⁴ Dem kann der Arbeitgeber bei der Entgeltabrechnung per E-Mail oder Cloud-Service ohne Weiteres nachkommen.

4.2.3. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO

Da die Verarbeitung personenbezogener Daten unter das der DSGVO zugrunde liegende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fällt ist die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO davon abhängig, ob der Arbeitnehmer eine datenschutzrechtliche Einwilligung in die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung abgibt oder ein gesetzlicher Erlaubnistatbestand dem Arbeitgeber die Verarbeitung erlaubt.

4.2.3.1. Erlaubnis nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG

In Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG findet sich ein solcher Erlaubnistatbestand. Danach dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für die Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden, wenn dies – verkürzt – für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um einen Umgang mit personenbezogenen Daten bzw. deren Verarbeitung handelt, mit welcher der Arbeitgeber vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer nachkommt. Eine solche gesetzliche Pflicht ist gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 GewO die Erteilung der Gehaltsabrechnung in Textform.

Zu prüfen ist demnach, ob die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform für den Arbeitgeber zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. Eine solche Erforderlichkeit wird in der datenschutzrechtlichen Literatur jedenfalls dann bejaht, wenn die berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses nicht oder nicht angemessen auf andere Weise gewahrt werden können.³⁵

Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber sich fragen muss, ob es mildere Mittel gibt, um diesen festgelegten Zweck in gleichwertiger Weise zu erreichen. So kann die Gehaltsabrechnung auch auf Papier oder durch betriebliche E-Mail-Kommunikation des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer erteilt werden, was die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer als Betroffene mangels dauerhafter Speicherung weniger einschränken würde. Über § 88 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 TKG unterfällt der

³² *Plath* in: *Plath*, BDSG, §9 Rn. 59.

³³ BSI IT-Grundschutzkatalog M4.34 (Einsatz von Verschlüsselung).

³⁴ *Ernestus* in: *Simitis*, BDSG, § 9 Rn. 125 f.

³⁵ *Gräber/Nolden* in: *Paal/Pauly*, BDSG, §26 Rn. 14, *Gola/Klug/Körffer* in: *Gola/Schomerus*, BDSG, § 28 Rn. 15; *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2918f.

Transport der elektronischen Gehaltsabrechnung allerdings demselben Schutz durch das Fernmeldegeheimnis wie der Brieftransport. Dies ist in eine Abwägung ebenso einzustellen, wie die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers bezüglich der Wahl und der Wirtschaftlichkeit der verschiedenen Mittel.

Auch unter Berücksichtigung der in Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO normierten Datenminimierung kann damit keine allgemeingültige Aussage über die endgültige Beurteilung der Erforderlichkeit für den Arbeitgeber getroffen werden. Das Ergebnis der hiernach vorzunehmenden Abwägung ist offen.

4.2.3.2. Erlaubnis nach Art 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO

Der Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO ist neben Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG anwendbar. Dies ist darauf zurückzuführen, dass § 26 BDSG eine spezifischere Vorschrift zur Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext darstellt³⁶ und Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO dann Anwendung findet, wenn Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG im konkreten Fall nicht einschlägig ist. Wie oben bereits dargestellt, kann über die Erforderlichkeit für den Arbeitgeber nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 1 S.1 BDSG keine allgemeingültige Aussage getroffen werden, sodass auf Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO als Erlaubnistatbestand zurückgegriffen werden kann (*siehe oben*). Danach ist die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen.

Als berechtigtes Interesse des Verantwortlichen, das heißt des Arbeitgebers, kommen insbesondere alle rechtlichen, wirtschaftlichen, tatsächlichen oder ideellen Interessen in Betracht.³⁷ Das Interesse des Verantwortlichen ist bereits dann berechtigt, wenn es nicht gegen die Rechtsordnung der Union, eines Mitgliedstaates oder gegen datenschutzrechtliche Grundsätze verstößt.³⁸ Unter wirtschaftlichen Interessen fallen auch mittel- und langfristige Einsparungspotentiale. Solcherlei Einsparungen stehen mit der Rechtsordnung im Einklang und resultieren hier aus dem angestrebten Übergang von dem bisherigen personellen und zeitlichen Aufwand auf ein automatisiertes Verfahren wie aus der besseren Einbindung der elektronischen Übermittlung in Prozesse und Workflows beim Abo-Anbieter oder der bei diesem vorhandenen IT-Infrastruktur. Einsparungen sind darüber hinaus allein deshalb zu erwarten, weil davon auszugehen ist, dass nicht sämtliche Arbeitnehmer ihre Gehaltsabrechnungen bei einer Übermittlung über die Plattform am Arbeitsplatz ausdrucken werden.

In einem zweiten Schritt sieht Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO eine Interessenabwägung vor. Den berechtigten Interessen des Verantwortlichen, hier des Arbeitgebers dürfen keine überwiegenden Interessen der betroffenen Person entgegenstehen. Hierbei handelt es sich um einen Bewertungsmaßstab, anhand dessen beurteilt werden soll, ob sich die Verarbeitung für eine betroffene Person als überraschend darstellt.³⁹

³⁶ *Nolte* in: Gierschmann, Datenschutzgrund-Verordnung, Art. 88 Rn. 7.

³⁷ *Schulz* in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 6 Rn.57.

³⁸ *Schwartzmann/Klein* in: Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DSGVO BDSG, Art. 6 Rn. 116.

³⁹ *Schulz* in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 6 Rn. 63.

Auf Seiten der Arbeitnehmer ist in die Abwägung der Grad an Sensibilität, den die betroffenen personenbezogenen Daten aufweisen, einzubringen. Danach richtet sich Beurteilung, wie hoch die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle sein müssen. Eine elektronische Gehaltsabrechnung enthält keine sogenannten besonderen Arten bzw. Kategorien personenbezogener Daten; soweit das Merkmal Religionszugehörigkeit anzugeben ist, wird dies gesetzlich privilegiert (*siehe oben*). Nicht ersichtlich sind deshalb – unter Berücksichtigung mindestens einer Transportverschlüsselung durch den Anbieter mit dem Ziel der Verschlüsselung und Wahrung der Vertraulichkeit (*siehe oben*) – besonders schutzwürdige Interesse der Arbeitnehmer, die das oben beschriebene wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers überwiegen könnten.

Im Rahmen der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist ferner zu berücksichtigen, dass ein generelles Verbot der Erteilung elektronischer Gehaltsabrechnungen dem Arbeitgeber eine ihm durch § 108 Abs. 1 S. 1 GewO ausdrücklich zugestandene Entscheidung abschneiden würde. Der Arbeitgeber hat danach die Wahl der Übermittlungsart, solange die Voraussetzungen der Textform erfüllt sind. Eine andere Interpretation würde erheblich in die unternehmerische Freiheit eingreifen und über die sich daraus ergebenden unmittelbaren wirtschaftlichen Nachteile einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG zu Lasten des Arbeitgebers darstellen.

Nach dem bisher Gesagten dürfte deshalb über Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO die Übermittlung der elektronischen Gehaltsabrechnung bei Gewährleistung mindestens einer sicheren Transportverschlüsselung gerechtfertigt sein. Bisherige Rechtsprechung zu dieser Einordnung ist jedoch nicht ersichtlich. Allerdings wird in der Literatur diesen Sachverhalt betreffend die Meinung vertreten, dass Kostensenkungsinteressen genügen, um eine Rechtfertigung aus Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO herleiten zu können.⁴⁰ Dies kann nicht anders bewertet werden, wenn darüber hinaus auch unternehmensinterne Verbesserungen von Prozessen und Workflows als Arbeitgeberinteressen zu berücksichtigen sind.

4.2.3.3. Einwilligung

Soweit man davon ausgeht, dass die Übermittlung der personenbezogenen Daten durch Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO gerechtfertigt ist, bedarf es keiner Einwilligung mehr nach Art. 6 Abs. 1 lit. a), Art. 7 DSGVO in Verbindung mit § 26 Abs. 2 BDSG durch die betroffenen Arbeitnehmer.

Eine solche Einwilligung ist ohnehin im Arbeitsverhältnis auch vor dem Hintergrund von Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 26 Abs. 2 BDSG nicht unproblematisch. Wegen der ungleichen Machtverhältnisse muss stets für den jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob die Einwilligung wirksam, das heißt insbesondere freiwillig abgegeben wurde.⁴¹ § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG geht insoweit von einer Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere dann aus, wenn für den Arbeitnehmer durch die Verarbeitung ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit der Verarbeitung gleichgelagerte Interessen verfolgen. Einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil erlangt der Arbeitnehmer durch die elektronische Gehaltsabrechnung nicht. Auch verfolgt der Arbeitgeber durch die Einführung der elektronischen Gehaltsabrechnung

⁴⁰ Noch zum alten BDSG *Rath/Rothe*, K&R 2013, 623, 624 m.w.N.

⁴¹ *Schulz* in Gola: Datenschutz-Grundverordnung, Art. 7 Rn. 21 ff.

ausschließlich eigene Interessen, neben der Erfüllung der Pflicht aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO insbesondere wirtschaftliche und organisatorische Interessen (*siehe oben*).

Von einer Einführung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform auf Grundlage von Einwilligungen der Arbeitnehmer sollte deshalb bewusst abgesehen werden, dies auch aus praktischen Aspekten. Denn auch im Beschäftigungsverhältnis ist die Einwilligung jederzeit gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO widerruflich, siehe § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG. Ein solcher Widerruf der Einwilligung würde zu einem uneinheitlichen Ablauf der Übermittlung der Gehaltsabrechnungen führen, weil nach dem Widerruf diesen Beschäftigten die Gehaltsabrechnung wieder außerhalb der Plattform zugänglich gemacht werden müsste. Eine solche Uneinheitlichkeit ist aus unternehmerischer Sicht wenig sinnvoll und beschränkt so die Vorteile aus der Einführung der elektronischen Gehaltsabrechnung erheblich.

4.2.3.4. Auftragsverarbeitung

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit zur Beseitigung von Unsicherheiten ist das Vorgehen über eine Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO durch den Anbieter als Auftragsverarbeiter für den Abo-Anbieter als Verantwortlicher. Liegt eine solche Auftragsverarbeitung vor bedarf es daneben keines weiteren Erlaubnistatbestandes mehr für die Offenlegung personenbezogener Daten durch den Abo-Anbieter gegenüber dem Anbieter.⁴²

Die Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 DSGVO führt dazu, dass der Anbieter im Verhältnis zum Abo-Anbieter nicht als Dritter i.S.d. Art. 4 Nr. 10 DSGVO gilt, sondern als verlängerter Arm des Verantwortlichen eingeordnet wird. Soweit der Arbeitgeber als Abo-Anbieter also die Vorgaben des Art. 28 DSGVO, insbesondere wegen der sorgfältigen Auswahl des Anbieters als Auftragsverarbeiter, der zu treffenden TOM gemäß Art. 32 DSGVO (*siehe oben*) sowie der Mindestinhalte des Vertrages über die Auftragsverarbeitung gemäß Art. 28 Abs. 3 DSGVO einhält und damit eine zulässige Auftragsverarbeitung im Verhältnis vom Abo-Anbieter zum Anbieter vorliegt, ist die Beauftragung des Anbieters mit der Zustellung der elektronischen Gehaltsabrechnung datenschutzrechtlich unproblematisch.⁴³

Eine Übermittlung an den Anbieter ist bei einer Auftragsverarbeitung wie zuvor beschrieben eine ausschließlich „intern“ beim Abo-Anbieter erfolgende Verarbeitung der in der elektronischen Gehaltsabrechnung enthaltenen personenbezogenen Daten, die wie auch die Übermittlung per E-Mail durch Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO gerechtfertigt ist. Da es sich nicht um eine Übermittlung an einen Dritten handelt, liegt die Eingriffsintensität der Erteilung einer elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform für die betroffenen Arbeitnehmer unterhalb der Wahrnehmbarkeitsschwelle. Der Übermittlung entgegenstehende, zu berücksichtigende Interessen des Arbeitnehmers sind nicht ersichtlich.

⁴² Statt vieler *Laue/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, § 5 Rn. 12.

⁴³ Der Anbieter bietet allen Abo-Anbietern automatisch den Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrags gemäß Art. 28 Abs. 3 DSGVO an. Eine gemeinsame Verantwortlichkeit gemäß Art. 26 DSGVO scheidet im Übrigen aus, da über die Zustellung der elektronischen Gehaltsabrechnung ausschließlich der Abo-Anbieter als Arbeitgeber entscheidet und an dieser Entscheidung der Anbieter nicht mitwirkt. Dies wäre aber Voraussetzung für eine gemeinsame Verantwortlichkeit.

4.3. Zwischenergebnis

Die Zulässigkeit der Erteilung elektronischer Gehaltsabrechnungen an Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber als Abo-Anbieter über die Plattform ergibt sich aus arbeitsrechtlicher Sicht aus § 108 Abs. 1 S. 1 GewO und aus datenschutzrechtlicher Sicht aus Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO. Ergänzend ist datenschutzrechtlich der Abschluss eines Auftragsverarbeitungsvertrags gemäß Art. 28 DSGVO zwischen dem Anbieter als Auftragsverarbeiter und dem Abo-Anbieter als Verantwortlichem möglich. Einer Einwilligung der betroffenen Arbeitnehmer für die Einführung der elektronischen Gehaltsabrechnung über die Plattform bedarf es in keinem Fall.

4.4. Steuerrechtliche Behandlung der Überlassung eines Zugangs zur Plattform⁴⁴

Soweit der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit Einführung der elektronischen Gehaltsabrechnung einen nach der Preisliste des Anbieters kostenpflichtigen Zugang zur Plattform kostenlos oder kostengünstiger gewährt, handelt es sich um einen sogenannten Sachbezug des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber.⁴⁵

Ein solcher durch den Arbeitnehmer erlangter Vorteil ist gemäß § 8 Abs. 1 EStG ein Bestandteil des Einkommens. Dafür ist allein erforderlich, dass der Arbeitnehmer eine ansonsten entgeltliche Leistung vom Arbeitgeber vergünstigt oder kostenfrei erhält. Irrelevant ist, ob der Arbeitgeber seinerseits eine Vergütung an den Anbieter zahlt.

Ein solcher, sogenannter geldwerter Vorteil ist vom Arbeitgeber nach Maßgabe der im Zeitpunkt der Vorteilsgewährung diesbezüglich geltenden steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften nicht zu berücksichtigen, wenn die Summe dieser Vorteile die jeweilige Freigrenze nicht überschreitet.⁴⁶ Sollte die Grenze jedoch überschritten werden, wäre der Sachbezug in voller Höhe für den Arbeitnehmer steuer- und beitragspflichtig.

4.5. Übermittlung weiterer Dokumente mit der Gehaltsabrechnung

4.5.1. Meldung zur Sozialversicherung

Aus § 28a SGB IV ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers den Arbeitnehmer unter den in Abs. 3 S. 1 genannten – nicht abschließenden - Angaben zur Sozialversicherung zu melden. Einige spezifische Meldeinhalte finden sich etwa in § 28a Abs. 4a SGB IV. Hierauf soll jedoch im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher eingegangen werden.

Den Arbeitgeber trifft darüber hinaus gemäß § 28a Abs. 5 1. HS SGB IV die Pflicht der zu meldenden Person den Inhalt der erstatteten Meldung mitzuteilen, was seit dem 01.01.2009 in Textform nach § 126b BGB (*siehe oben*) geschehen kann. Der Arbeitgeber kann somit seinen Mitteilungspflichten

⁴⁴ Die Ausführungen in diesem Abschnitt dienen einer ersten Einordnung der Sach- und Rechtsfragen. Diese bedürfen im Einzelfall stets einer Prüfung und Bewertung durch den Arbeitgeber.

⁴⁵ *Glenk* in: Blümisch, § 8 EStG Rn. 12.

⁴⁶ Gemäß § 8 Abs. 2 S. 11 EStG beträgt die Freigrenze für alle Sachbezüge inklusive MwSt. 44,- Euro je Kalendermonat für das Jahr 2019.

auch durch die Übermittlung einer Kopie der Meldung als elektronisches Dokument an die zu meldende Person nachkommen.⁴⁷

Da die Anforderungen für die Meldung zur Sozialversicherung denen für die Erteilung der elektronischen Gehaltsabrechnung gleichen, bedarf es keiner besonderen Vorrichtung, sodass einer Übermittlung der Meldung zur Sozialversicherung mittels E-Mail oder über die Plattform nichts entgegensteht.

4.5.2. **Jahressteuermeldung**

§ 41b Abs. 1 EStG normiert die Pflicht des Arbeitgebers, der Finanzverwaltung auf elektronischem Weg die in § 41b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 15 EStG – nicht abschließend – genannten Angaben zu übermitteln und dem Arbeitnehmer nach § 41 Abs. 1 S. 3 EStG einen nach amtlich vorgeschriebenem Muster gefertigten Ausdruck der elektronischen Lohnsteuerbescheinigung mit Angabe des lohnsteuerlichen Ordnungsmerkmals nach Wahl des Arbeitgebers auszuhändigen oder elektronisch bereitzustellen.

Die elektronische Bereitstellung von Dokumenten ist von der elektronischen Form nach den §§ 126 Abs. 3, 126a BGB zu unterscheiden, da für die elektronische Bereitstellung keine besonderen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, insbesondere keine qualifizierte elektronische Signatur genutzt werden muss. Zur Erfüllung seiner Verpflichtung genügt es bereits, wenn der Arbeitgeber den Abruf der Meldungen dem Arbeitnehmer beispielsweise auf einer Internetseite ermöglicht, sprich die Meldung an einer geeigneten Stelle zum Abruf für den Arbeitnehmer bereitstellt. Damit wird eine Übermittlung über E-Mail oder über die Plattform den Anforderungen an die elektronische Bereitstellung i.S.d. § 41b Abs. 1 S. 3 EStG – vorbehaltlich der Einhaltung des Datenschutzes (*siehe oben*) – in hinreichendem Maß gerecht.

⁴⁷ BT-Drucks. 16/10488, S. 15.

Über den Autor dieser Stellungnahme:

Sascha Kremer ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht, externer Datenschutzbeauftragter und Datenschutzauditor. Er ist Lehrbeauftragter an den Hochschulen Düsseldorf und Bonn-Rhein-Sieg für IT- und Datenschutzrecht sowie Herausgeber und Autor des Standardwerks zur DS-GVO „Laue/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis“ (2. Auflage 2019).

Sascha Kremer ist als Autor für weitere etablierte Werke tätig, u.a.

- Taeger/Kremer, Recht im E-Commerce und Internet (2. Auflage 2021),
- Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, Heidelberger Kommentar zu DSGVO und BDSG-neu (2. Auflage 2020),
- Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht (3. Auflage 2021),
- Redeker, Handbuch der IT-Verträge (Stand 41. Ergänzungslieferung 2020),
- Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht (3. Auflage 2020),
- Intveen/Gennen/Karger, Handbuch des Softwarerechts (1. Auflage 2018), und
- Nomos-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (4. Auflage 2020).

Sascha Kremer berät gemeinsam mit sechs anderen Rechtsanwälten in der auf Datenschutz- und IT-Recht sowie Digitalisierungsberatung ausgerichteten Sozietät KREMER RECHTSANWÄLTE seine Mandanten und Auftraggeber, darunter DAX-Konzerne, KMU jeglicher Größenordnung, kirchliche Einrichtungen und Kreditinstitute unterschiedlicher Größenordnung, hochspezialisiert an der Schnittstelle zwischen Technik und Recht. Er hat in verschiedenen Branchen- und Dachverbänden an der Umsetzung der DS-GVO durch die Verbandsmitglieder mitgewirkt und selbst die Umsetzungsprojekte zur DS-GVO bei zwei der zehn größten Sparkassen Deutschlands geleitet.

Sascha Kremer wird genannt als Name im Datenschutzrecht (JUVE Handbuch 2015/2016) und als führender Experte im Datenschutzrecht (Nomos Handbuch Kanzleien in Deutschland 2014). KREMER RECHTSANWÄLTE wird im kanzeimonitor.de 2018/2019 und 2020/2021 als führende Kanzlei im Datenschutzrecht und IT-Recht genannt und ist 2019 als TOP-Kanzlei im Datenschutzrecht von der WirtschaftsWoche (Ausgabe 34/2019) ausgezeichnet worden. Sascha Kremer ist von der WirtschaftsWoche (Ausgabe 34/2019) außerdem als TOP-Anwalt im Datenschutzrecht ausgezeichnet worden, ebenso vom kanzeimonitor.de 2020/2021 als führender Anwalt im IT-Recht.