Mitarbeiterkontrollen

Byers

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75455-5
C.H.BECK

Mitarbeiterkontrollen

Praxis im Datenschutz und Arbeitsrecht

Von

Dr. Philipp Byers

Rechtsanwalt, Partner, Fachanwalt für Arbeitsrecht
Watson Farley & Williams LLP, München

2. Auflage 2022

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

C.H.BECK

Zitiervorschlag:
Byers, Mitarbeiterkontrolle Rn.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

www.beck.de

ISBN 978 3 406 75455 5

© 2022 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Druckerei C.H. Beck Nördlingen,
(Adresse wie Verlag)

Satz: Textservice Zink, 74869 Schwarzach

Umschlaggestaltung: Maria Seidel, atelier-seidel.de

CO_2 neutral
chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Vorwort

Seit der ersten Auflage dieses Werks im Jahr 2016 haben sich die rechtlichen Anforderungen für Mitarbeiterkontrollen radikal verändert, da ein komplett neues Datenschutzrecht in Deutschland Anwendung findet. Die DSGVO gilt mit Wirkung vom 25.5.2018 und hat das bisherige BDSG aF ersetzt. Zeitgleich mit der Geltung der DSGVO ist das neue BDSG in Kraft getreten. Das BDSG enthält mit § 26 BDSG eine spezielle Regelung zum Beschäftigtendatenschutz. Diese Spezialregelung wirkt sich gemeinsam mit der DSGVO erheblich auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Kontrollen am Arbeitsplatz aus. Zwar lassen sich - trotz des neuen Datenschutzrechts - bewährte Rechtsgrundsätze und Lösungskonzepte heranziehen, die in der ersten Auflage unter Berücksichtigung des bisherigen § 32 BDSG aF entwickelt wurden. Dennoch hat sich durch die DSGVO und das BDSG vieles verändert, sodass ein erheblicher Aktualisierungsbedarf für die zweite Auflage dieses Werks bestand.

Auch die zweite Auflage des Buchs zielt unverändert darauf ab, die komplexe Rechtslage hinsichtlich der rechtskonformen Gestaltung von Mitarbeiterkontrollen praxisgerecht und leicht nachvollziehbar darzustellen. Es ist Aufgabe dieses Werks, das rechtliche Rüstzeug für die alltäglichen Herausforderungen im Bereich der Mitarbeiterkontrollen zu vermitteln. Aufgrund der Schaffung eines neuen Datenschutzrechts ist die Rechtsunsicherheit bei einzelnen Fragen des Beschäftigtendatenschutzes im Vergleich zur ersten Auflage dieses Buchs, die sich bereits mit zahlreichen ungeklärten rechtlichen Fragen auseinandersetzen musste, noch weiter gestiegen. Mittlerweile liegen seit Anwendbarkeit der DSGVO und des BDSG zwar erste gerichtliche Entscheidungen vor und auch die Datenschutzaufsichtsbehörden haben sich zu einzelnen datenschutzrechtlichen Fragen positioniert. Dennoch gibt es weiterhin viele Bereiche des Beschäftigtendatenschutzes, bei denen derzeit weder Rechtsprechung noch Aufsichtsbehörden eine klare rechtliche Orientierung vermitteln. Ein Schwerpunkt dieses Werks soll daher auch darin liegen, Impulse und Denkanstöße für die rechtskonforme Gestaltung einzelner Formen von Mitarbeiterkontrollen zu geben.

Über Anregungen zur Weiterentwicklung dieses Werks würde sich der Autor sehr freuen.

München, im August 2021 *Dr. Philipp Byers*

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vorwort zur 1. Auflage

Dieses Werk soll Unternehmensjuristen, Mitarbeitern in Personalabteilungen, Datenschutzbeauftragten, Betriebsräten und Rechtsanwälten einen schnellen Einstieg in die Thematik „Mitarbeiterkontrollen“ vermitteln. Dabei sollen die Probleme und rechtlichen Risiken, die im Zusammenhang mit Mitarbeiterkontrollen entstehen können, sowohl aus arbeitsrechtlicher als auch aus datenschutzrechtlicher Sicht beleuchtet werden.

Noch bis vor wenigen Jahren haben der Beschäftigtendatenschutz und damit auch die Frage der Zulässigkeit von Mitarbeiterkontrollen ein Schattendasein in der betrieblichen Praxis gefristet. Dies hat sich nicht zuletzt durch einige medienwirksame sogenannte Datenschutzaffären bei einigen bekannten deutschen Unternehmen erheblich geändert. Mittlerweile ist der Beschäftigtendatenschutz im betrieblichen Alltag nicht mehr wegzudenken. Gerade in vielen Situationen des Arbeitslebens finden Mitarbeiterkontrollen statt. Dabei zeigt sich häufig bei Arbeitgebern, Mitarbeitern und Betriebsräten eine große Unsicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit von Kontrollen am Arbeitsplatz. In den meisten Fällen lässt sich weder auf klare verständliche Gesetzesnormen noch auf eine gefestigte Rechtsprechung zurückgreifen. Dies sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit bei allen Beteiligten.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Dieses Werk zielt daher darauf ab, die oftmals komplexe Rechtslage hinsichtlich der Durchführung von Mitarbeiterkontrollen praxisgerecht und leicht nachvollziehbar aufzubereiten. Es soll der rechtliche Hintergrund bei einzelnen Formen von Mitarbeiterkontrollen umfassend aufgezeigt werden. Zugleich soll durch Handlungsempfehlungen und Praxistipps vermittelt werden, wie sich datenschutzrechtliche Stolpersteine rechtssicher umgehen lassen. Aus diesen Gründen liegt ein starker Schwerpunkt dieses Werks auf der Gestaltung von Mustern für rechtskonforme Betriebsvereinbarungen und Einwilligungserklärungen der Mitarbeiter, durch die datenschutzrechtliche Vorgänge legitimiert werden sollen. Es ist Anspruch dieses Werks, das inhaltliche Rüstzeug für die alltäglichen Herausforderungen im Bereich der Mitarbeiterkontrollen zu vermitteln.

An dieser Stelle möchte ich mich bei meiner hoch geschätzten Assistentin, Frau Daniela Frisenda, recht herzlich bedanken, die mit großer Sorgfalt die Niederschrift meiner Diktate übernommen hat. Ebenfalls zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Thomas Wilting, der mit großer Umsicht und Geduld die Betreuung im Lektorat übernommen hat. Zu besonderem Dank bin ich meiner Kollegin, Frau Rechtsanwältin Manuela Kerscher, verpflichtet, die mich erheblich bei der Durchsicht der Korrek-

turfahnen und mit fachlichem Rat unterstützt hat. Zuletzt und vor allem möchte ich mich bei meiner Frau Anke für ihre Geduld, Nachsicht und den immer fortwährenden Zuspruch bedanken.

München, im August 2016 *Dr. Philipp Byers*

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Vorwort zur 1. Auflage VII
Abkürzungsverzeichnis XIII
Literaturverzeichnis XVII

I. Einleitung 1

II. Rechtsquellen und Entwicklung der Datenschutzgesetzgebung 3
1. Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts („BVerfG“) 3
2. BDSG-Novellen seit Inkrafttreten des bisherigen BDSG aF 5
3. EU-Datenschutz-Grundverordnung 6
4. Persönlichkeitsschutz des Mitarbeiters 9
a) Recht am eigenen Bild 10
b) Recht am eigenen Wort 10
c) Recht am „geschriebenen“ Wort 11

III. Kontrolle der betrieblichen Kommunikationsmittel 12
1. Kontrolle von Internet und E-Mail 12
a) Anwendbarkeit des TKG und damit verbundene Beachtung des Fernmeldegeheimnisses im Arbeitsverhältnis 13
b) Kontrolle von Internet und E-Mail bei erlaubter Privatnutzung 17
aa) Entstehung eines Anspruchs des Mitarbeiters auf Privatnutzung 17
bb) Inhaltskontrolle von Mitarbeiter-E-Mails bei erlaubter Privatnutzung 19
cc) Auswertung der Verbindungsdaten von Internet- und E-Mail-Nutzung bei erlaubter Privatnutzung 22
dd) Strafrechtliche Risiken bei unzulässiger Kontrolle von Internet und E-Mail bei erlaubter Privatnutzung 25
ee) Praxistipps 27
c) Kontrolle von Internet und E-Mail bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 28
aa) Inhaltskontrolle der Mitarbeiter-E-Mails bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 29
bb) Auswertung der Verbindungsdaten von Internet- und E-Mail-Nutzung bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 31
cc) Strafrechtliche Risiken bei unzulässiger Kontrolle von Internet und E-Mail bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 33
dd) Praxistipps 34
d) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 34
2. Telefonüberwachung 40
a) Telefonüberwachung bei erlaubter Privatnutzung 41
aa) Mithören und Aufzeichnen des Inhalts von Telefongesprächen bei erlaubter Privatnutzung 41
bb) Auswertung der Telefonverbindungsdaten bei erlaubter Privatnutzung 42
cc) Strafrechtliche Risiken bei unzulässiger Telefonüberwachung bei erlaubter Privatnutzung 44
dd) Praxistipps 44

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

b) Telefonüberwachung bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 45
aa) Mithören und Aufzeichnen des Inhalts von Telefongesprächen bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 45
bb) Auswertung der Verbindungsdaten der Telefonnutzung bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 48
cc) Strafrechtliche Risiken bei unzulässiger Telefonüberwachung bei ausschließlich dienstlicher Nutzung 49
c) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 50

IV. Einsatz von Zeiterfassungs- und Zugangskontrollsystemen am Arbeitsplatz 51
1. Einsatz von Zeiterfassungssystemen 52
2. Einsatz von Zugangskontrollsystemen 54
3. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 56

V. Videoüberwachung am Arbeitsplatz 61
1. Eingesetzte Überwachungstechnik 63
2. Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen 64
3. Einsatz offener Videoüberwachung 66
a) Abgrenzung von offener und verdeckter Videoüberwachung 66
b) Kenntlichmachung einer Videoüberwachung 67
c) Einsatz heimlicher Videoüberwachung 68
d) Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Videoüberwachung im Einzelnen 72
aa) Videoüberwachung zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses nach § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG 73
bb) Videoüberwachung zur Aufklärung von Straftaten nach § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG 74
e) Erforderlichkeit der Videoüberwachung 75
f) Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachung 76
4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 79

VI. Kontrollen ohne technische Hilfsmittel 84
1. Tor- und Taschenkontrollen 84
2. Spindkontrollen 86
3. Einsatz von Privatdetektiven 88
4. Mitarbeiterinterviews 89
5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 93

VII. Ortung der Mitarbeiter 98
1. Darstellung einzelner Ortungssysteme 98
a) GPS 98
b) Handyortung 99
c) RFID 99
d) Digitaler Tachograf 100
2. Ortung bei dienstlicher Tätigkeit 100
a) Erhöhung der Verkehrssicherheit durch Kontrolle von Fahrtzeiten 100
b) Ortung zur persönlichen Sicherheit des Arbeitnehmers 101
c) Präventive Abwehr von Straftaten durch Dritte gegen Mitarbeiter und Betriebsmittel des Arbeitgebers 102
d) Einsatz des Ortungssystems zur Einsatzkoordinierung der Arbeitnehmer 104
e) Einsatz des Ortungssystems zur Abwehr und Aufdeckung von Straftaten und Pflichtverstößen der eigenen Mitarbeiter 105

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

aa) Präventive Abwehr von Straftaten der Arbeitnehmer 106
bb) Aufklärung von bereits begangenen Straftaten der Mitarbeiter 106
cc) Aufklärung sonstiger Pflichtverstöße der Mitarbeiter 108
3. Ortung des Arbeitnehmers im Privatbereich 109
4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 109

VIII. Gesundheits- und Eignungsuntersuchungen bei Mitarbeitern 114
1. Eignungstests bei Bewerbern 114
a) Assessment-Center 115
b) Psychologische Tests 116
c) Graphologische Untersuchungen 117
2. Gesundheitsuntersuchungen im Bewerbungsverfahren 117
a) Ärztliche Untersuchungen vor der Einstellung 119
b) Genetische Untersuchungen 121
c) HIV- und AIDS-Tests 123
d) Drogen- und Alkoholtests 125
3. Eignungstests im bestehenden Arbeitsverhältnis 125
4. Gesundheitsuntersuchungen im bestehenden Arbeitsverhältnis 127
5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 128

IX. Kontrolle der Social-Media-Aktivitäten der Mitarbeiter 130
1. Abwehr von negativen Meinungsäußerungen und Beleidigungen im Web 2.0 130
a) Äußerungen des Mitarbeiters nach Dienstschluss 131
b) Äußerungen des Mitarbeiters während der Arbeitszeit 133
c) Minimierung der Risiken durch Social Media Guidelines 133
2. Risiken des Verrats von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Web 2.0 134
3. Unternehmensdarstellung im Web 2.0 aufgrund freiwilliger Initiative des Arbeitnehmers 136
a) Mögliche Risiken 136
b) Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf die Web 2.0-Nutzung 137
c) Minimierung der Risiken durch Social Media Guidelines 138
4. Unternehmensdarstellung im Web 2.0 aufgrund Verlangen des Arbeitgebers 139
a) Rechtmäßigkeit einer arbeitgeberseitigen Anordnung der dienstlichen Nutzung des Web 2.0 durch den Mitarbeiter 139
b) Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers bei der verpflichtenden Unternehmenspräsentation im Web 2.0 140
c) Minimierung der Risiken durch Social Media Guidelines 140
5. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 141

X. Backgroundchecks von Bewerbern 148
1. Abweichen von dem Grundsatz der Datendirekterhebung 148
2. Recherche über Internetsuchmaschinen 149
3. Recherche in sozialen Netzwerken 151
4. Beteiligungsrechte des Betriebsrats 154

XI. Kontrolle von Terrorlisten 156
1. Geltungsbereich und Regelungsinhalte der Verordnungen (EG) Nr. 2580/2001 und 881/2002 156
2. Rechtmäßigkeit des Datenabgleichs 157

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

3. Verhältnismäßigkeit des Datenscreening 159
4. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 160
5. Arbeitsrechtliche Folgen eines positiven Treffers auf der Terrorliste 161

XII. Mitarbeiterkontrollen und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats . . 164
1. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei technischer Überwachung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG 164
2. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG 166
3. Rechtfertigung von Mitarbeiterkontrollen durch Betriebsvereinbarung 167

XIII. Überwachung des Betriebsrats 174
1. Differenzierung zwischen Kontrollen der Betriebsratsmitglieder bei ihrer Amtsausübung und Überwachung von Betriebsratsmitgliedern bei Erbringung der Arbeitstätigkeit 174
2. Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung des Betriebsrats 176
3. Kontrolle der Telefonnutzung des Betriebsrats 178
4. Zeiterfassungskontrolle von Betriebsratsmitgliedern 180
5. Datenschutzrechtliche Kontrolle des Betriebsrats 182

XIV. Wirksamkeit der Einwilligung eines Mitarbeiters in Kontrollen am Arbeitsplatz 185
1. Form der Einwilligung 185
2. Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung 186
3. Grundsatz der informierten Einwilligung/Konkretheit der Einwilligung 188
4. Widerrufbarkeit der Einwilligung 188
5. Kein Verstoß gegen zwingende Schutznormen oder höherrangiges Recht durch eine Einwilligung 189
6. Entwürfe für Einwilligungserklärungen 191

XV. Folgen unzulässiger Mitarbeiterkontrollen 194
1. Prozessuale Beweisverwertungsverbote bei unzulässigen Mitarbeiterkontrollen 194
   a) Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers 195
   b) Beweisverwertungsverbot wegen Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats 196
2. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche des Arbeitnehmers 196
3. Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers 197
4. Bußgeldverfahren bei der Datenschutzaufsichtsbehörde sowie Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers 198
5. Rechte des Betriebsrats bei mitbestimmungswidrigen Mitarbeiterkontrollen 203
   a) Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG . . . 203
   b) Allgemeiner Unterlassungsanspruch des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 BetrVG 204

Sachverzeichnis 205

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG