

Mitarbeiterkontrollen

Byers

2. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-75455-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Byers
Mitarbeiterkontrollen

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, lowercase, orange sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three orange circles of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, uppercase, orange sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

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



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



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.

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-

Vorwort zur 1. Auflage

turfahren 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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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 Verlangens 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

Inhaltsverzeichnis

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