Kontrollbedürfnis, Kontrollplicht und Kontrollverbot – Datenschutz im Beschäftigtenverhältnis

Sommerakademie
am 11. September 2023
in Kiel

Dr. Sven Polenz/Lena Struck
0431 988-1200
mail@datenschutzzentrum.de
https://www.datenschutzzentrum.de/

ULD
Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein

Übersicht

1. Grundlegende Vorgaben

Art. 88 DSGVO
§ 26 BDSG

2. Datenverarbeitung in der Praxis

2.1 Videoüberwachung
2.2 Einsatz von GPS
2.3 Arbeitszeiterfassung mittels Fingerprint
2.4 Auswertung von E-Mail-Korrespondenz
2.5 Tätigkeit im Homeoffice

1. Grundlegende Vorgaben

1. Grundlegende Vorgaben

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder (DSK) fordert seit vielen Jahren ein Beschäftigtendatenschutzgesetz (siehe Entschließungen v. 29.04.2022 und v. 11.05.2023).

www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/Entschliessung_Forderungen_zum_Beschaeftigtendatenschutz.pdf

DSK
DATENSCHUTZKONFERENZ

Entschließung
der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 29. April 2022

Die Zeit für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ist „Jetzt"!

Die voranschreitende technische Entwicklung ermöglicht eine immer weitergehende Überwachung

Der **interdisziplinarische Rat Beschäftigtendatenschutz**, den das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einsetzte, kam in seinem Abschlussbericht (Januar 2022) zum Ergebnis, dass ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz notwendig ist.

Abschlussbericht:

https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/ergebnisse-beirat-beschaeftigtendatenschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6

1. Grundlegende Vorgaben

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 30. März 2023 in der Rechtssache C-34/21 über die Anforderungen an eine europarechtskonforme Umsetzung des Beschäftigtendatenschutzrechts in Hessen entschieden.

In seinem Urteil formuliert der EuGH hohe Anforderungen an nationale Vorschriften, die auf der **Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 88 der Verordnung (EU) 2016/679 Datenschutz- Grundverordnung** – DSGVO) erlassen werden.

Die Entscheidungsgründe legen nahe, dass die Vorschrift des § 23 Absatz 1 Satz 1 des Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetzes und § 86 Absatz 4 des Hessischen Beamtengesetzes diese Anforderungen nicht erfüllen.

Näheres:

www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/2023-05-11_DSK-Entschliessung_Beschaeftigtendatenschutz.pdf

DSK

Entschließung

der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 11. Mai 2023

Notwendigkeit spezifischer Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz!

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat Auswirkungen auf zahlreiche deutsche Vorschriften im Beschäftigungskontext

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat am 30. März 2023 in der Rechtssache C-34/21

- Öffnungsklausel: Art. 88 DSGVO
- Nationale Vorgaben: § 26 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG): insbesondere für Unternehmen
- Nationale Vorgaben: § 15 des Landesdatenschutzgesetzes (LDSG) i.V.m. §§ 85 ff. LBG SH für öffentliche Stellen

2. Datenverarbeitung in der Praxis

2.1 Videoüberwachung am Arbeitsplatz

- Eine Videoüberwachung stellt einen besonders intensiven Eingriff in die Rechte der Beschäftigten dar, weil das Gesamtverhalten beobachtet und/oder aufgezeichnet wird.

- Sie kann daher einen erheblichen Anpassungsdruck erzeugen, der wiederum zu Verhaltensänderungen führen kann.

- Eine Videoüberwachung im Beschäftigtenverhältnis ist deshalb an hohe Anforderungen genknüpft.

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- In einer Fabrik überwacht der Arbeitgeber die gesamte Produktionsfläche dauerhaft mittels Videokameras. Mit den Aufnahmen will der Arbeitgeber kontrollieren, wie viele Produkte die Beschäftigten innerhalb der Arbeitszeit fertigen, wer wie oft und mit wem durch Gespräche abgelenkt ist. Die Aufnahmen werden dann dazu genutzt, die Leistungen der Beschäftigten zu bewerten und diese als Grundlage für die Entscheidungen über Gehaltserhöhungen oder Beförderungen zu nehmen.

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- Rechtsgrundlage: **§ 26 Abs. 1 S. 1 BDSG**

„Personenbezogene Daten von Beschäftigten 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…erforderlich ist."

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- 1. Voraussetzung: „Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses“

  „zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses gehört auch die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt" (vgl. BAG Urt. v. 31. 1. 2019 - 2 AZR 426/18)

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- 2. Voraussetzung: Geeignetheit und Erforderlichkeit
  - Die Videoüberwachung ist geeignet, wenn sie den verfolgten Zweck zumindest fördert.
  - Die Videoüberwachung ist erforderlich, wenn sie das mildeste aller gleich geeigneten Mittel darstellt.
  - Der Arbeitgeber hat also vor der Installation alternative Maßnahmen zu prüfen und ggf. anzuwenden, die weniger in die Rechte der Beschäftigten eingreifen.
  - Bsp.: stichprobenartige oder persönliche Vor-Ort-Kontrollen

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- 3. Voraussetzung: Interessenabwägung
  - Die Interessen des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung und das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten müssen gegeneinander abgewogen werden.
  - Mögliche Abwägungskriterien: Dauer und räumliches Ausmaß der Überwachung, Intensität des Eingriffs (Sozialsphäre, Privatsphäre oder Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen), genügend Rückzugsmöglichkeiten, auf Arbeitgeberseite die Bedeutung der jeweils verfolgten Zwecke

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 1

- Festzuhalten bleibt, dass in Beispielsfall 1 eine Videoüberwachung zur Verhaltens- und Leistungskontrolle beschäftigter Personen grundsätzlich unzulässig ist.

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- In einer Bäckerei stellt der Arbeitgeber wiederholt Fehlbeträge in der Kasse von bis zu 100 Euro fest. Daraufhin installiert er eine verdeckte Videoüberwachung in der gesamten Bäckerei (Verkaufstresen und Backstube).

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- Rechtsgrundlage: § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG
  - *„Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten nur dann verarbeitet werden, wenn zu dokumentierende 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 der oder des Beschäftigten an dem Ausschluss der Verarbeitung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind."*

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- 1. Voraussetzung: Verdacht einer Straftat
  - Ein Verdacht aufgrund von vagen Hinweisen oder bloßen Mutmaßungen reicht nicht aus.
  - Der Verdacht muss im Sinne eines ”Anfangsverdachtes” durch konkrete Tatsachen belegt sein (vgl. BAG Urt. v. 20.10.2016 - 2 AZR 395/15).
  - Der Verdacht muss im Vorfeld der Überwachungsmaßnahme vorliegen, d.h. der Arbeitgeber darf gerade nicht vorbeugend Daten sammeln (keine ”Speicherung auf Vorrat”).

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- Der Verdacht muss sich gegen einen bestimmten Mitarbeiter oder zumindest auf einen ”räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern” richten (BAG, Urt. v. 21.06.2012 - 2 AZR 153/11).

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- 2. Voraussetzung: Dokumentationspflicht
  - Der konkrete Tatverdacht ist zu dokumentieren.
  - Unter anderem sollten der Schaden, der Kreis der Verdächtigen und die Indizien, warum die überwachte Person verdächtigt wird schriftlich oder elektronisch festgehalten werden.
  - Die Dokumentation verfolgt den Zweck, dem betroffenen Personenkreis eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle zu erleichtern (vgl. BAG Urt. v. 20.10.2016 - 2 AZR 395/15).

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- 3. Voraussetzung: Geeignetheit und Erforderlichkeit
  - Die Videoüberwachung ist geeignet, wenn sie den verfolgten Zweck zumindest fördert.
  - Die Videoüberwachung ist erforderlich, wenn sie das mildeste aller gleich geeigneten Mittel darstellt.
  - Beispiele für mildere Mittel: Einsichtnahme in Personaleinsatzpläne, Abgleich von Abwesenheits- und Anwesenheitslisten mit Warenverlusten, Kontrolle von Kassenjournalen, stichprobenartige Tor- und Taschenkontrollen, Gelegenheit zur Stellungnahme geben

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- 4. Voraussetzung: kein überwiegendes entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse der betroffenen Person
  - Art und Ausmaß der Überwachung dürfen nicht unverhältnismäßig sein.
  - Mögliche Abwägungskriterien: Art und Schwere der Straftat, Ausmaß des bereits entstandenen oder drohenden Schadens, betroffene Sphären des Beschäftigten (s.o.); Anzahl von „unverdächtigen" Beschäftigten, die von der Maßnahme ebenfalls betroffen wären

2.1 Videoüberwachung: Beispielfall 2

- Eine verdeckte oder heimliche Videoüberwachung ist nur in absoluten Ausnahmefällen möglich, wenn Ausnahmen von der Informationspflicht nach Art. 13 DSGVO bestehen.

- Eine verdeckte Videoüberwachung stellt einen besonders schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten dar und sollte daher nur als praktisch letztes verbleibendes Mittel eingesetzt werden, nachdem alle milderen Mittel nicht zur Aufklärung der Straftat geführt haben.

2.1 Videoüberwachung: Betriebsrat

- Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVfG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen."

- Missverständlicher Wortlaut: Es reicht aus, wenn die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen (vgl. BAG, Beschluss vom 14.11.2006 - 1 ABR 4/06).

- Die Betriebsvereinbarung sollte festlegen, dass die Aufzeichnungen nicht zur Verhaltens- und Leistungskontrolle verwendet werden dürfen.

2.1 Videoüberwachung: Verwertung vor Gericht

- Eine Betriebsvereinbarung kann kein eigenes Beweisverwertungsverbot begründen (BAG, Urt. vom 29.06.2023 - 2 AZR 296/22).

- Beweisverwertungsverbote können aber bei gravierenden Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben möglich sein, wenn die Grundrechte des Arbeitnehmers dadurch schwerwiegend verletzt werden.

2.2 Einsatz von GPS

- Rechtsgrundlage ist ggf. Art. 88 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG (**lex specialis** zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. f DSGVO).
- Maßgeblich ist u.a. die **Verfolgung legitimer Verarbeitungszwecke**, etwa im Zusammenhang mit dem Flottenmanagement.
- Der Einsatz von GPS muss vom Arbeitgeber gegenüber den Beschäftigten **offengelegt** werden.
- Die Offenlegung hat der Arbeitgeber **nachzuweisen** (Art. 5 Abs. 2 DSGVO und Art. 24 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Die offene Anbringung von GPS-Ortungsgeräten in einem Fahrzeug ersetzt nicht die **Dokumentation über eine transparente Aufklärung** der Beschäftigten.

VG Ansbach, Urt. v. 16.03.2020, AN 14 K 19.00464

- Die Verarbeitung von GPS-Daten wäre unzulässig, wenn diese dem Zweck dient, ein arbeitsvertragliches Wochenendfahrverbot bzw. ein **Verbot von privaten Fahrten** zu prüfen (im Fall des VG Lüneburg darüber hinaus: Duldung der Privatfahrten und Versteuerung des geldwerten Vorteils durch 1%-Regelung).
- Hat der Arbeitgeber Privatfahrten nicht geduldet, reicht die Anweisung, z.B. Fahrzeugschlüssel beim Firmensitz abzugeben und/oder die Auflage, **Fahrtenbücher** zu führen. Die Verarbeitung ist unzulässig.
- Zudem: Die **ständige Erfassung** der Fahrzeugstandorte wäre unverhältnismäßig. Gleiches gilt für eine **Speicherung dieser Daten** für 150 Tage.

VG Lüneburg, Urt. v. 19.03.2019, 4 A 12/19

2.2 Einsatz von GPS

- Zum **Zweck der Diebstahlsprävention**:
- Ortungssysteme sind für **präventiven** Diebstahlsschutz völlig **ungeeignet**.

- Für das Wiederauffinden womöglich entwendeter Fahrzeuge reicht die **anlassbezogene Erhebung** im Falle des festgestellten Fahrzeugverlusts. Die ständige Erfassung der Positionsdaten und deren langfristige Speicherung sind unzulässig.

- Zum **Zweck der Tourenplanung**:
- Die Tourenplanung (hier: Gebäudereinigungsunternehmen) ist zukunftsorientiert. Informationen über aktuelle und vergangene Standorte der Firmenfahrzeuge sind planungsunerheblich. Es liegt kein legitimer Verarbeitungszweck vor.

VG Lüneburg, Urt. v. 19.03.2019, 4 A 12/19

- Zur **Frage der Einwilligung** beschäftigter Personen:
- Zu prüfende Rechtsgrundlage ist § 26 Abs. 2 Satz 1 BDSG.
- Die transparente Aufklärung der Beschäftigten, insbesondere über Verarbeitungszweck und Speicherdauer, ist erforderlich.
- Eine Freiwilligkeit der Erklärung (Besonderheiten im Arbeitsverhältnis; Stichwörter: rechtlicher/wirtschaftlicher Vorteil für Beschäftigte, gleichgelagerte Interessen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten) muss bestehen.
- Stichwörter: Dokumentation der Einwilligung, kein Widerruf, eindeutige Erklärung

VG Lüneburg, Urt. v. 19.03.2019, 4 A 12/19

Freiwilligkeit der Erklärung hier vorliegend nicht gegeben. Einwilligung als Rechtsgrundlage der Verarbeitung (-)

2.2 Einsatz von GPS

- Nochmals zum **Zweck der Diebstahlsprävention**:
- Die Installation von Ortungssystemen **verhindert den Diebstahl als solchen nicht** und kein Dieb ließe sich dadurch beeindrucken, dass Standortdaten gespeichert werden (angenommen zur Prävention für den Diebstahl des Fahrzeugs und bzgl. Kraftstoffdiebstahl).
- Die verdeckte Überwachung der Beschäftigten (ohne Aufklärung) unzulässig.
- Eine Speicherung für 400 Tage unverhältnismäßig.
- Zur **Einwilligung Beschäftigter**:
- Eine wirksame und insbesondere freiwillig erteilte Einwilligung wird für denkbar gehalten, wenn die beschäftigte Person die GPS-Ortung jederzeit ausschalten kann. Dies wird im Kontext der GPS-Nutzung im Rahmen der Kontrolle einer verbotenen Privatnutzung erwogen.

VG Wiesbaden, Urt. v. 17.01.2022, 6 K 1164/21

- Zum **Zweck der Erfüllung des Frachtvertrags und der Beweissicherung im Zivilprozess**:

- Es sind weniger eingreifende Mittel ersichtlich, um die Erfüllung des Frachtvertrags, hier: die Ablieferung des Frachtgutes, nachzuweisen, z.B. eine Empfangsbestätigung durch den Empfänger, ein als Erinnerungsstütze dienender Ablieferungsvermerk des Fahrers oder eine punktuelle Aufzeichnung und Speicherung des Standorts – jedoch insbesondere keine permanente Aufzeichnung.

VG Wiesbaden, Urt. v. 17.01.2022, 6 K 1164/21

2.3 Arbeitszeiterfassung mittels Fingerprint

- **Sachverhalt:** Der Arbeitgeber führt eine Zeiterfassung mittels Fingerprint ein. Aus den Fingerabdrücken der Beschäftigten werden hierfür Minutien (Fingerlinienverzweigungen) mithilfe eines Algorithmus extrahiert. Der Datensatz wird im Zeiterfassungsterminal gespeichert und zur An- und Abmeldung der Beschäftigten verwendet. Der Fingerabdruck wird nicht gespeichert und kann aus dem Datensatz auch nicht hergestellt werden.

ArbG Berlin, Urt. v. 16.10.2019, 29 Ca 5451/19

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.06.2020, 10 Sa 2130/19

- Es handelt sich bei den Minutien-Datensätzen um **biometrische Daten** zur eindeutigen Identifizierung einer Person (Art. 9 Abs. 1 DSGVO).
- Das **Interesse des Arbeitgebers** an einer biometrischen Zugangskontrolle zu Bereichen mit sensiblen Geschäfts-, Produktions- und Entwicklungsgeheimnissen wird nach den Erwägungen des ArbG Berlin eher überwiegen als bei der Zugangssicherung zu normalen Bürobereichen.
- Auch bei vereinzelten (handschriftlichen) Falscheintragungen verhält sich die überwiegende Mehrheit der Beschäftigten rechtstreu, wodurch **kein Anlass zu automatisierten Kontrollmaßnahmen** besteht.
- Anhaltspunkte für einen erheblichen Missbrauch der bisherigen Zeiterfassung fehlen. -> **keine Erforderlichkeit**

ArbG Berlin, Urt. v. 16.10.2019, 29 Ca 5451/19

2.3 Arbeitszeiterfassung mittels Fingerprint

- **Eine Betriebsvereinbarung** (vgl. Art. 88 DSGVO) könnte nicht pauschal als Rechtsgrundlage für eine biometrische Zeiterfassung herangezogen werden. Die Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO ist keine Bereichsausnahme in dem Sinn, dass der Anwendungsbereich der DSGVO per se eingeschränkt wäre. Der Maßstab bei der Verarbeitung biometrischer Daten ist im Beschäftigtenkontext kein anderer als außerhalb des Beschäftigtenkontextes. Art. 88 DSGVO erlaubt nur eine Konkretisierung oder Präzisierung, nicht jedoch ein Abweichen oder Verändern.

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.06.2020, 10 Sa 2130/19

- Anhaltspunkte für einen Arbeitszeitbetrug müssten **konkret dokumentiert** werden. Es reicht nicht aus, wenn bei einem bisher verwendeten Chipkarten- oder Transpondersystem nicht ausgeschlossen ist, dass Beschäftigte ihre Anwesenheit vortäuschen, vgl. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG.
- Die Behauptung, in einem verbundenen Unternehmen sei es zu Missbräuchen mit anderen technischen Zeiterfassungssystemen gekommen, reicht nicht aus. Maßgeblich sind konkrete Anhaltspunkte für missbräuchliche Handlungen **im Betrieb des Arbeitgebers**.

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 04.06.2020, 10 Sa 2130/19

2.4 Auswertung von E-Mail-Korrespondenz

- Die Zulässigkeit der **Kontrolle von dienstlichen E-Mails** ist an § 26 BDSG zu messen.
- Voraussetzung ist ein **konkreter Anfangsverdacht** wegen einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung (etwa: Kontaktaufnahme zu Wettbewerber, um für diesen tätig zu sein).
- Die **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit** der Kontrollmaßnahme sind zu prüfen.

LArbG Rheinland-Pfalz Urt. v. 24.01.2019, 5 Sa 226/18

- Gerichtliche Erwägung: Eine Auswertung nach Stichworten soll in Betracht kommen können, wenn **keine private oder höchstpersönliche E-Mail-Kommunikation** betroffen ist und sich der Arbeitgeber darauf beschränkt, technische Aufzeichnungen auszuwerten, **die Kunden betreffen**, welche zu einem Wettbewerber wechselten.

LArbG Rheinland-Pfalz. Urt. v. 24.01.2019, 5 Sa 226/18

2.5 Tätigkeit im Homeoffice

- **Sachverhalt**: Der Arbeitgeber hat aufgrund gesunkener Umsätze den Verdacht, dass ein Beschäftigter im Homeoffice keine ordnungsgemäße Leistung erbringt und engagiert zur Kontrolle einen Detektiv. Infolge der Überwachung durch den Detektiv (Observation zu den An- und Abwesenheiten in privaten Räumen) wurde deutlich, dass die Angaben des Beschäftigten in dessen Reisekostenabrechnungen unzutreffende Angaben zu An- und Abwesenheitszeiten enthielten. Anstelle der Wahrnehmung von Dienstfahrten hatte sich der Beschäftigte an seinem Heimatort aufgehalten.

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.09.2020, 9 Sa 584/20

- Gerichtliche Erwägung: Die Beobachtung des Beschäftigten durch einen Detektiv an mehreren Tagen inkl. der Anfertigung von Fotoaufnahmen ist rechtwidrig, da der Arbeitgeber die Überwachung ohne einen auf konkrete Tatsachen gegründeten Verdacht beauftragte. Vor der Beauftragung einer Überwachung hätte der Arbeitgeber andere Erkenntnisquellen nutzen müssen. Aufgrund der Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Beschäftigten ergebe sich hinsichtlich der Überwachungsergebnisse ein **Sachvortrags- und Beweiserhebungsverbot**.

LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11.09.2020, 9 Sa 584/20

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!