
Juridicum – Schriften zu Recht und Digitalisierung

Reihe herausgegeben von

Benedikt Buchner, Augsburg, Deutschland

Die Augsburger Schriftenreihe „Juridicum – Schriften zu Recht und Digitalisierung“ ist der Veröffentlichung von innovativen Forschungsbeiträgen gewidmet, die sich mit der Bewältigung rechtlicher Herausforderungen im Zeitalter der Digitalisierung auseinandersetzen. Die Reihe konzentriert sich auf zentrale Aspekte wie Datenschutz- und Datenrecht, IT-Recht, Cybersecurity und Künstliche Intelligenz, nimmt aber auch alle anderen sachverwandten Gebiete mit in den Blick. Die Beiträge bieten Einblicke in vielfältige rechtliche Dynamiken, die von Vertrags- und Haftungsfragen bis hin zur juristischen Auseinandersetzung mit neuen Technologien und deren Regulierung reichen.

Janine Schleper

Beschäftigtendatenschutz und Homeoffice

Die präventive Kontrolle von Leistung
und Verhalten von Beschäftigten

Janine Schleper
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Bremen, Deutschland

ISSN 3005-1606 ISSN 3005-1614 (electronic)
Juridicum – Schriften zu Recht und Digitalisierung
ISBN 978-3-658-45938-3 ISBN 978-3-658-45939-0 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-45939-0>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de> abrufbar.

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert an Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2024

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jede Person benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des/der jeweiligen Zeicheninhaber*in sind zu beachten. Der Verlag, die Autor*innen und die Herausgeber*innen gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag noch die Autor*innen oder die Herausgeber*innen übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Springer ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Wenn Sie dieses Produkt entsorgen, geben Sie das Papier bitte zum Recycling.

*Für meine Eltern
und meine Schwester*

Geleitwort

Janine Schleper hat mit der vorliegenden Dissertationsschrift „Beschäftigtendatenschutz und Homeoffice“ ein ebenso aktuelles wie rechtlich brisantes Thema gewählt. Die Arbeit widmet sich der präventiven Leistungs- und Verhaltenskontrolle von Beschäftigten im Homeoffice und untersucht damit eine wichtige Schnittstelle von Datenschutzrecht und Arbeitsrecht. Eine besondere Dynamik hat das Thema nochmals durch die Entscheidung des EuGH vom 30.3.2023 (C-34/21) erfahren, wonach für eine Fortgeltung des bisherigen § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG – und damit für die zentrale Norm des nationalen Beschäftigtendatenschutzes – kein Raum mehr bleibt. Der deutsche Gesetzgeber ist nun im Zugzwang und muss den Beschäftigtendatenschutz insgesamt auf eine neue gesetzliche Grundlage stellen. Die Arbeit von Janine Schleper leistet hier einen wertvollen Beitrag, für den zunehmend an Bedeutung gewinnenden Beschäftigtendatenschutz im Homeoffice sachgerechte Lösungsansätze zu entwickeln.

Unabhängig von der konkreten Fragestellung ist der Ausgangskonflikt im Beschäftigtendatenschutz stets der gleiche: Einerseits erfordert der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten, insbesondere des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, eine Beschränkung der Verarbeitung von Beschäftigtendaten. Andererseits halten Arbeitgeber eine umfassende Erhebung von Beschäftigtendaten oft aus arbeitsrechtlichen und wirtschaftlichen Gründen für zwingend notwendig. Für die Frage, wie sich dieses Spannungsfeld bei der Kontrolle von Arbeitsleistung und -verhalten auflösen lässt, konzentriert sich Janine Schleper in ihrer Arbeit auf die Arbeitsform des Homeoffice – was den Interessenskonflikt zwischen beiden Parteien hinsichtlich einer Arbeits- und Leistungskontrolle nochmals weiter verschärft. Nicht zuletzt hat auch der rasante Anstieg der Homeoffice-Tätigkeit seit der COVID-19-Pandemie dieser Debatte neuen Schwung verliehen und gezeigt, dass eine rechtliche Auseinandersetzung mit diesen Themenkomplexen überfällig ist.

Die Bedeutung der Arbeit von Janine Schleper beschränkt sich dabei keineswegs darauf, die aktuelle und zukünftige Rechtslage der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung zu präventiven Kontrollzwecken darzulegen. Vielmehr geht der Anspruch der Verfasserin weiter dahin, innovative Lösungsansätze zu entwickeln, wie in der Praxis datenschutzkonforme Maßnahmen für das Homeoffice umgesetzt werden können. Entwickelt wird in der Arbeit das System einer Stufenkontrolle, die für jedes Stadium der Kontrolle (präventiv bis repressiv) einen sachgerechten Ausgleich

zwischen dem Informationsinteresse des Arbeitgebers einerseits und dem Interesse an einer möglichst datensparsamen Verarbeitung von Beschäftigtendaten andererseits ermöglicht. Dabei bedient sich die Verfasserin auch informationstechnischer Mittel wie der Metrikenentwicklung, um eine Datenschutzkonformität zu gewährleisten. Schließlich werden darüber hinaus praxisrelevante Vorschläge für Homeoffice-Vereinbarungen entwickelt.

Janine Schleper leistet mit all diesen Punkten einen überaus wertvollen Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Datenverarbeitung im Homeoffice. Die Autorin nimmt theoretische Grundlagen und praktische Implikationen gleichermaßen in den Blick und stellt auf diese Weise sicher, dass die in der vorliegenden Arbeit entwickelten Lösungsansätze nicht nur in der akademischen Diskussion, sondern auch in der Praxis der betrieblichen Datenverarbeitung von großem Nutzen sein werden. Als Erstbetreuer der Dissertationsschrift und Herausgeber der vorliegenden Schriftenreihe freue ich mich daher ganz besonders über die Veröffentlichung der Arbeit und darauf, dass die Autorin nicht nur mit dieser Dissertationsschrift, sondern sicherlich auch mit künftigen Beiträgen die Diskussion um die Weiterentwicklung des nationalen Beschäftigtendatenschutzrechts bereichern wird.

Augsburg, Juli 2024

Prof. Dr. Benedikt Buchner

Danksagung

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht an der Universität Bremen. Sie wurde vom Promotionsausschuss des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Bremen als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater *Prof. Dr. Benedikt Buchner, LL.M. (UCLA)*, dessen fachliche Expertise, wertvolle Anregungen und konstruktives Feedback maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Seine stetige Unterstützung und sein Vertrauen in meine Arbeit waren von unschätzbarem Wert.

Weiterhin danke ich *Prof. Dr. Angie Schneider* für die Übernahme und schnelle Anfertigung des Zweitgutachtens und ihre hilfreichen Hinweise zu der Arbeit. Den weiteren Prüfern *Prof. Dr. Sebastian Kolbe* und *Prof. Dr. Friedhelm Hase* danke ich ebenfalls für die wertvollen Anmerkungen und die anregende Diskussion im Rahmen des Promotionskolloquiums. Danken möchte ich auch meinen Kolleg*innen an der Universität Bremen für den regelmäßigen Austausch, die hilfreichen Ratschläge und die erholsamen Kaffeepausen.

Überaus dankbar bin ich zudem *Alina Erzmann*, *Ruth Brovtchenko* und meinem Vater *Bernd Schleper* für das Korrekturlesen meiner Arbeit. Noch mehr danke ich ihnen und meinen weiteren Freund*innen für ihren Rückhalt und die seelische Unterstützung in allen Lebenslagen.

Besonders danken möchte ich außerdem meinem Partner *Joschka Schlake*, der mir während der gesamten Promotionszeit zur Seite gestanden und die notwendige Kraft und Stärke gegeben hat, um das Promotionsvorhaben durchzuhalten und erfolgreich abzuschließen.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern *Mara Peres da Silva Schleper* und *Bernd Schleper* sowie meiner Schwester *Kiara Schleper*, die mich nicht nur in diesem Vorhaben, sondern auf meinem gesamten Lebensweg tatkräftig und bedingungslos unterstützt haben und denen ich diese Arbeit in Liebe widme.

Inhaltsverzeichnis

Prolog.....	1
A. Die Bedeutung des Homeoffice	4
I. Die Digitalisierung	4
II. Gesellschaftliche Vorteile	6
III. Entwicklung durch die SARS-CoV-2-Pandemie.....	7
B. Begriffsbestimmung des Homeoffice.....	9
C. Die präventive Kontrolle als Datenverarbeitung.....	11
Teil 1: Kontrolle und Interessenabwägung.....	14
§ 1 Die Interessenabwägung im Beschäftigtendatenschutzrecht	14
A. Rechtsquellen des Beschäftigtendatenschutzrechts	14
I. Unanwendbarkeit der nationalen Norm.....	17
1. Auslegung des Art. 88 DSGVO im Lichte der Entscheidung des EuGH	18
a. Verweis auf Art. 5 DSGVO nicht ausreichend	19
b. Wiederholung des Art. 6 DSGVO verboten.....	20
c. Keine erweiternde Auslegung	22
2. Konsequenzen für das nationale Beschäftigtendatenschutzrecht	22
II. Unionsrechtliche Legitimationsgrundlage für präventive Kontrollen... 24	
1. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	25
2. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO	29
a. Die präventive Kontrolle als berechtigtes Interesse	30
b. Erforderlichkeit der Kontrolle	34
c. Interessenabwägung.....	37
III. Fazit zur Rechtslage.....	38
B. Vorschlag zur Ausgestaltung einer zukünftigen gesetzlichen Legitimation.	39
I. Forderung an die nationale Regelung.....	40
1. Bildung von Fallgruppen.....	41
2. Notwendigkeit der Interessenabwägung	42
3. Insbesondere: Überwachung im Homeoffice.....	43

II. Ausgestaltung der Interessenabwägung der nationalen Norm	45
1. Die Erforderlichkeit im Sinne der Verhältnismäßigkeit	46
2. Geeignetheit	47
3. Erforderlichkeit	48
4. Angemessenheit: die Interessenabwägung.....	50
C. Ausgangspunkt: Interessenabwägung der nationalen Norm	52
§ 2 Die Interessenabwägung bei Kontrollen im Homeoffice.....	53
A. Prüfungsmaßstab im nationalen Kontext	53
B. Die maßgeblichen Interessen bei der präventiven Kontrolle im Homeoffice	57
I. Das Kontrollinteresse des Arbeitgebers	58
1. Kontrolle der Arbeitsleistung.....	59
a. Die geschuldete Arbeitsleistung im Homeoffice.....	60
b. Pflichtverletzung im Homeoffice	61
c. Keine Pflichtverletzung	63
2. Kontrolle des Arbeitsverhaltens	64
3. Präventiver Charakter der Kontrolle	65
4. Besonderheit des Homeoffice	66
II. Das Geheimhaltungs- und Schutzinteresse des Beschäftigten.....	66
C. Absolute Grenzen und Besonderheiten der Rechtsprechung	68
I. Die absolute Grenze der Totalüberwachung	69
II. Homeoffice als abstrakte Gefahr?	72
1. Vorliegen einer abstrakten Gefahr	73
a. BAG, Urteil vom 27.07.2017 – 2 AZR 681/16.....	74
b. BAG, Urteil vom 23.8.2018 – 2 AZR 133/18	75
c. Im Homeoffice	77
2. Bewertung der Rechtsprechung	78
a. Die Eignung des Kriteriums der „abstrakten Gefahr“.....	79
b. Datenspeicherung bis zur Bedarfsklärung.....	80
c. Zweckänderung der Kontrolle	81
d. Kein Anfangsverdacht trotz repressiver Kontrolle.....	85

3. Keine abstrakte Gefahr im Homeoffice	87
D. Abwägungsrelevante Aspekte in der besonderen Situation des Homeoffice	88
I. Die Unverletzlichkeit der Wohnung im Homeoffice	88
1. Homeoffice als „Wohnung“?	89
a. Gemischt-genutzter Raum	90
b. Ausschließlich beruflich genutztes Arbeitszimmer im Homeoffice ..	93
aa. Die Geltung von Art. 13 GG im Betrieb	93
bb. Bewertung dieser Auslegung	95
cc. Grundrechtlicher Schutz	97
c. Ab wann liegt ein gemischt-genutzter Raum vor?	98
2. Darstellung des Ergebnisses	100
3. Anwendung in der Praxis	100
4. Auswirkung auf die Interessenabwägung	101
II. Die Persönlichkeitssphäre im Homeoffice	102
1. Die Sphärentheorie des BVerfG	102
2. Die Sphäre im Homeoffice	105
a. Abgrenzung zu Art. 13 GG im Homeoffice	105
b. Sozialsphäre	106
c. Privatsphäre im Homeoffice	109
aa. Privatsphäre	109
bb. Intimsphäre	110
cc. Einordnung: Privatsphäre	111
3. Im Vergleich: Die Sphäre im Betrieb	113
4. Auswirkung auf die Interessenabwägung	114
5. Empfehlung in der Praxis	116
III. Die genutzte Informationstechnik im Homeoffice	117
1. Das IT-Grundrecht	117
2. Nutzung betrieblicher IT-Geräte im Homeoffice	121
a. Das Fernmeldegeheimnis nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG	122
aa. Art. 88 DSGVO	124

bb. Art. 95 DSGVO	126
cc. Auswirkungen auf die Interessenabwägung	128
b. Regelung der Privatnutzung	128
aa. Verbotene Privatnutzung in der Interessenabwägung	132
bb. Erlaubte Privatnutzung in der Interessenabwägung	134
3. UYOD (Use Your Own Device) im Homeoffice	137
a. Gleichlauf zur erlaubten Privatnutzung in der Interessenabwägung	139
b. Technische Durchführung	140
4. Datenschutzrechtliche Empfehlung zur Ausgestaltung der IT	141
IV. Miterhebung sensibler Daten im Homeoffice	141
1. Keine faktische Möglichkeit einer Kontrolle im Homeoffice?	142
2. Anforderungen an das Vorliegen besonderer Kategorien von Daten	144
a. Dreistufiger Ansatz	145
aa. Erste Stufe: objektive Eignung	145
bb. Zweite Stufe: innere oder äußere Sphäre	145
cc. Dritte Stufe: Auswertungsabsicht und Vorsorgemaßnahmen	146
b. Anwendung auf die Kontrolle im Homeoffice	148
3. Auswirkungen auf die Interessenabwägung	149
E. Konkrete Kontrollmaßnahmen in der Interessenabwägung	150
I. Technisierte Kontrollmaßnahmen im Homeoffice	151
1. E-Mail-Postfach	151
a. Kontrollarten	152
b. Erlaubte oder verbotene Privatnutzung	153
c. Übertragung des Einsichtsrechts betrieblicher Schriftstücke auf E- Mails?	156
d. Daten Dritter	157
2. Internetverlaufsdaten	158
a. Im Betrieb	158
b. Im Homeoffice	159
c. Kontrollarten	159

3. Softwareprogramme	161
a. Log-in-Zeiten	161
b. Aktivitätszeiten	162
c. Konkrete Aktivität	163
aa. Am Beispiel von Bildschirmaufnahmen	165
bb. Am Beispiel des Keylogger-Einsatzes	166
cc. Empfehlung bei Kontrollen der konkreten Aktivität	168
4. PC-Kamera	169
a. Videoüberwachung	169
aa. Schwerwiegender Eingriff	169
bb. Keine Milderung des Eingriffs	171
b. Video-Testanrufe	173
5. Dienstliches Mobiltelefon	174
a. Mithören	174
b. Verbindungsdaten	175
c. Ortung	176
d. Testanrufe	177
II. Nicht-technische Kontrollmaßnahmen im Homeoffice	177
1. Das Zutrittsrecht des Arbeitgebers	178
2. Detektiveinsatz	182
Teil 2: Die Kontrolle in weiteren Lösungsmodellen	185
§ 3 Die Stufenkontrolle	185
A. Risikobasierter Ansatz bei der Beschäftigtenkontrolle	186
I. Die Konsequenz im Datenschutzrecht	187
II. Restrisiko, Risiko und Gefahr im Datenschutzrecht	189
III. Übertragung auf die Stufenkontrolle	191
B. Die Stufen der Kontrolle	191
I. Erste Stufe: Präventive Kontrolle anonymer Daten	194
1. Anonyme Daten	195
a. Relativer Ansatz mit objektiven Elementen	196
b. Anonymisierungstechniken im Homeoffice	198

aa. Fehlen von identifizierenden Merkmalen.....	198
bb. Aggregation von Daten	199
cc. Bildung von Mittelwerten.....	200
c. Rechtsgrundlage der nachträglichen Anonymisierung.....	201
d. Milderer, nicht gleich effektives Mittel.....	202
2. Restrisiko und keine Schutzmaßnahmen	205
3. Anlass für die nächste Stufe.....	206
4. Kontrollmittel	206
a. Metrik zur anonymen Kontrolle am Beispiel von Inaktivitätszeiten	206
b. Entwicklung weiterer Metriken	210
c. Möglichkeit und Ausschluss anderer Kontrollmittel.....	211
II. Zweite Stufe: Präventive Kontrolle personenbezogener Daten	213
1. Präventive Kontrolle trotz Anlass?	213
2. Risiko	217
3. Vorsorgemaßnahmen	218
4. Anlass für die nächste Stufe.....	220
III. Dritte Stufe: Repressive Kontrolle personenbezogener Daten	221
1. Gefahr.....	222
2. Abwehrmaßnahmen	222
3. Besonderheit: Beweis im Rechtsverkehr	224
§ 4 Die Einwilligung in die Kontrolle in der Homeoffice-Vereinbarung	227
A. Zulässigkeit der Einwilligung neben anderen Erlaubnistatbeständen.....	228
B. Vereinbarung zur Einführung des Homeoffice	231
I. Arbeitsvertrag und arbeitgeberseitiges Direktionsrecht	232
II. Kein Anspruch auf Homeoffice	233
III. Ausnahme	233
C. Die Freiwilligkeit der Einwilligung	234
I. Genereller Ausschluss der Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis?	235
II. Nationale Regelung zur Freiwilligkeit, § 26 Abs. 2 BDSG.....	238
1. Gewährung eines Vorteils oder Verfolgen gleichgelagerter Interessen	239

a. Wirtschaftlicher Vorteil	240
b. Rechtlicher Vorteil	241
c. Verfolgen gleichgelagerter Interessen	243
2. Individuelle Umstände	246
a. Art des Datums	246
b. Zeitpunkt	247
c. Eingriffstiefe	247
III. Das Koppelungsverbot aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO	249
D. Inhaltsschranken	252
I. Einschränkung durch berechtigtes Interesse	252
II. Informationelle Selbstbestimmung oder informationelle Selbstgefährdung?	254
III. Konkretheit der Maßnahme	258
1. Technisierte Kontrollmaßnahmen	258
2. Zutrittsrecht des Arbeitgebers	260
E. Einwilligungserklärung	261
F. Der Widerruf der Einwilligung	263
I. Einschränkung der Widerrufbarkeit?	263
II. Zurückzitiern über das Direktionsrecht?	265
1. Art der Koppelung	266
2. Maßregelungsverbot	269
G. Vereinbarkeit mit dem AGB-Recht	271
I. Anwendbarkeit des AGB-Rechts	272
II. Die AGB-Kontrolle: insbesondere Inhaltskontrolle	272
H. Die Homeoffice-Vereinbarung	275
§ 5 Die Betriebsvereinbarung als Legitimation zur Kontrolle	277
A. Die Mitwirkung bei Kontrollen im Homeoffice nach dem BetrVG	278
B. Die Betriebsvereinbarung als Instrument der Mitbestimmung	280
I. Vorteile im Beschäftigtenkontext	281
II. Rechtsnormwirkung	282
C. Betriebsvereinbarung nach § 87 BetrVG	284

I. Ausschluss der Mitbestimmung zum Datenschutz	284
II. Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Aspekte	287
1. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	287
2. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	291
3. § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG	291
D. Betriebsvereinbarung nach Art. 88 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 4 BDSG	293
I. Rolle des § 26 Abs. 4 BetrVG	293
II. Inhaltliche Grenzen des datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestandes....	295
1. Einhaltung des BetrVG – insbesondere § 75 Abs. 1 BetrVG	295
2. Die Vorgaben des Art. 88 Abs. 2 DSGVO	297
a. Prinzip der Verhältnismäßigkeit	297
b. Transparenz, Datenübermittlung und Überwachungssysteme	299
3. Die Regelungen der DSGVO	301
a. Bindung an die Vorgaben der DSGVO	302
b. Grundsätzlich vollständige Harmonisierung	304
c. Einzuhaltender Rahmen im Beschäftigtendatenschutzrecht	307
III. Legitimation zur Kontrolle im Homeoffice in der Betriebsvereinbarung	309
§ 6 Schlussthesen	311
Epilog	318
Literaturverzeichnis	319
Onlineverzeichnis	344

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Soweit nicht gesondert gekennzeichnet, sind hiervon sämtliche Geschlechteridentitäten mitumfasst. Die verkürzte Sprachform beinhaltet keine Wertung.