

Überwachung – ganz legal ?

- Gesetzentwurf zum Beschäftigtendatenschutz
- Sonderregelung für Callcenter
- Heimliches Mithören ohne Kenntnis im Einzelfall erlaubt
- Verwendung von ACD-Daten für Leistungs- und Verhaltenskontrolle: nachträgliche Unterrichtung reicht aus

ACD-Daten für die Leistungs- und Verhaltenskontrolle:

§ 32i Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Absatz 1

(1) Soweit dem Beschäftigten die Nutzung von Telekommunikationsdiensten ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt ist, darf der Arbeitgeber **bei dieser Nutzung anfallende Daten** nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist

1. zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs ...,
2. zu Abrechnungszwecken oder
3. zu einer **stichprobenartigen** oder **anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle**

....

Nachträgliche (!) Unterrichtung reicht aus!

...

und soweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige **Interessen des Beschäftigten** an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung **überwiegen**. Werden nach Satz 1 Nummer 3 erhobene Daten einem bestimmten Beschäftigten zugeordnet, ist dieser über eine Verarbeitung und Nutzung **zu unterrichten**, sobald der **Zweck** der Verarbeitung oder Nutzung durch die Unterrichtung **nicht mehr gefährdet** wird.

Die Regelung für „Normalbürger“

§ 32i Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Absatz 2 Satz 1:

Inhalte einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten darf der Arbeitgeber nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies **zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich** ist und der Beschäftigte und seine Kommunikationspartner **im Einzelfall vorher darüber informiert** worden sind und **darin eingewilligt** haben.

Silent Monitoring per Gesetz (1):

§ 32i Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Absatz 2 Satz 2:

Ist die ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erbrachte telefonische Dienstleistung **wesentlicher Inhalt** der geschuldeten Arbeitsleistung, darf der Arbeitgeber **Inhalte** dieser Nutzung **ohne Kenntnis des Beschäftigten im Einzelfall** zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen **Leistungs- oder Verhaltenskontrolle** erheben, verarbeiten und nutzen, wenn

1. der Beschäftigte in geeigneter Weise **vorab** darüber **informiert** worden ist, dass er in einem eingegrenzten Zeitraum **mit einer Kontrolle zu rechnen** hat, und ...

Silent Monitoring per Gesetz (2):

§ 32i Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Absatz 2 Satz 2:

2. **die Kommunikationspartner** des Beschäftigten über die Möglichkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung **informiert** worden sind und darin **eingewilligt** haben.

Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten unverzüglich über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Inhaltsdaten nach Satz 2 zu unterrichten.

Sonderregelung für Callcenter (1)

Aus der Begründung zu § 32i :

Satz 2 betrifft den **Sonderfall**, dass die Nutzung von Telefondiensten **wesentlicher Inhalt der geschuldeten Arbeitsleistung** des Beschäftigten ist (z.B. **Callcenter**). **Es erscheint sachgerecht (???)**, dass der Arbeitgeber in solchen Fällen die Möglichkeit hat, die **Arbeitsleistung** seines Beschäftigten **ohne dessen konkretes Wissen im Einzelfall stichprobenhaft** oder **anlassbezogen** authentisch zur Kenntnis nehmen zu können.

Sonderregelung für Callcenter (2)

Aus der Begründung zu § 32i :

Der Beschäftigte muss nach Satz 2 zudem **vorab** über die **Möglichkeit** z.B. des Mithörens durch den Arbeitgeber **in einem eingegrenzten Zeitraum** informiert sein. Gleiches gilt für seine Kommunikationspartner, die darüber hinaus darin eingewilligt haben müssen.

Macht der Arbeitgeber von der Befugnis nach Satz 2 Gebrauch, hat er den Beschäftigten unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, **nachträglich darüber zu unterrichten**,

Bisherige Rechtslage (1)

BDSG: Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

Grundsatz: Verboten ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist.

Erlaubnisgründe:

- 1) Freiwillige **Einwilligung** des Betroffenen
- 2) Vom BSDG oder einer anderen **Rechtsvorschrift** erlaubt
- 3) Wenn zur Wahrung **berechtigter Interessen** erforderlich und **Interesse des Betroffenen** nicht überwiegt

Bisherige Rechtslage (2) Einzelfallprüfung und „Güterabwägung“

Prüfschritte:

<ul style="list-style-type: none"> ▪ Einwilligung der Arbeitnehmer ? 	liegt nicht vor/ist u.U. nicht wirksam
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ausdrücklich vom Gesetz gestattet ? 	Nein
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Überwiegende schutzwürdige Interessen anderer Grundrechtsträger ? <ul style="list-style-type: none"> - rechtlich geschütztes Interesse ? - Eignung des Mittels ? - Erforderlichkeit ? - Verhältnismäßigkeit ? 	<p style="text-align: center;">Ja Ja Fraglich Nein</p>
<p>Ergebnis: Hinreichende Rechtfertigung ?</p>	NEIN !

Was tun ?

- Gesetzgebungsverfahren läuft noch
- Einflussnahme ist noch möglich
- Gründe gegen die Verschlechterungen sammeln
- Gemeinsame Stellungnahme ?
- Alternativen, falls die geplanten Regelungen durchkommen (Plan B)

Kritik: Bundesrat

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen,

- d) unter welchen **Voraussetzungen** eine stichprobenartige oder anlassbezogene Leistungs- und Verhaltenskontrolle erfolgen darf,
- f) wie sichergestellt wird, dass eine dauerhafte Kontrolle nach Absatz 2 Satz 2 nur in einem **eingegrenzten Zeitraum** erfolgt, ohne den Beschäftigten **dauerhaft unter den Druck** einer für ihn nicht erkennbaren Kontrolle zu stellen,

Aus der Begründung

... Offen ist auch, wie der in Absatz 2 Satz 2 genannte "**eingegrenzte Zeitraum**" zu bestimmen ist und wie sichergestellt wird, dass **keine - zumindest subjektive - dauerhafte Überwachung** der Beschäftigten erfolgen darf.

Bundesrat Drucksache 535/2/10 vom 25.10.10

Kritik: ULD

Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein

§ 32i Abs. 2 rechtfertigt Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte **Fernmeldegeheimnis**. Diese Eingriffe sind auf die Anwendungsfälle zu beschränken, bei denen eine **gesetzliche Aufzeichnungspflicht** besteht oder die Telefonleistung **wesentlicher (?) Bestandteil des Vertrages** zwischen dem Beschäftigten und dem Arbeitgeber **und** den Anrufern bzw. Angerufenen ist. **Das regelmäßige Mithören und Aufzeichnen zu Zwecken der Qualitätskontrolle oder bei der Markt- und Meinungsforschung sollte ausdrücklich untersagt werden.**

<https://www.datenschutzzentrum.de/arbeitnehmer/20101012-stellungnahme.html>

Hintergrund: Persönlichkeitsrecht nicht tangiert?

„Soweit es z. B. im geschäftlichen Verkehr üblich geworden ist, fernmündliche Durchsagen, Bestellungen oder Börsennachrichten mittels eines Tonabnehmers festzuhalten, ist in aller Regel das **Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit** des Sprechers noch **nicht betroffen**.

Bei derartigen Mitteilungen steht der **objektive Gehalt des Gesagten** so sehr **im Vordergrund**, daß die **Persönlichkeit** des Sprechenden nahezu vollends **dahinter zurücktritt** und das gesprochene Wort damit seinen privaten Charakter einbüßt.“

Bundesverfassungsgericht, Beschluß vom 31.01.1973 (BVerfGE 34. 238)

Zulässiges Mithören nach Bundesarbeitsgericht (BAG)

Mithören zu Ausbildungszwecken

Leitsätze:

1. Eine Betriebsvereinbarung, die es dem Arbeitgeber erlaubt, externe Telefongespräche der Arbeitnehmer in deren Gegenwart zu Ausbildungszwecken mitzuhören, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Aus der Begründung:

Die Arbeitgeberin hat ein berechtigtes Interesse daran, dass die Mitarbeiter ... im Telefonkontakt mit den Anrufern das Bild eines Unternehmens vermitteln, das um kompetenten Service bemüht ist. ... Demgegenüber haben die durch das Mithören betroffenen Interessen des Arbeitnehmers zurückzustehen.

BAG 1. Senat Beschluss vom 30. August 1995 –1 ABR 4/95-

Hintergrund: Persönlichkeitsrecht nicht tangiert?

Gegenargumente

- Der größte Teil der Callcenter bietet Dienstleistungen, bei denen der AG erwartet, dass die Agents ihre Persönlichkeit einbringen.
 - (Qualitäts-) Kontrollen beziehen sich fast immer auch (oder sogar vorrangig) auf das Verhalten der Agents.
 - Kunden verhalten sich nicht immer nach den Vorgaben oder Erwartungen. Auch „sachbezogene“ Gespräche können eine emotionale Wendung nehmen.
 - Auch rein „sachbezogene“ Leistungskontrollen erzeugen einen Überwachungsdruck, mit dem die Agents entsprechen ihrer Persönlichkeit umgehen.
-

Zulässigkeit des Mithörens (1)

nach Ansicht des Landesbeauftragten für den Datenschutz Bremen

Nicht zu den Abhöranlagen i. S. des 201 Abs. 1 Satz 1 StGB zählen **übliche und von der Post zugelassene Mithöreinrichtungen** (Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08. Oktober 1993 (2 StR 400/93)).

Unter der Voraussetzung, dass

- ausschließlich derartige Mithöreinrichtungen eingesetzt werden,

wäre das Mithören **unter Beachtung der nachstehenden Vorgaben** datenschutzrechtlich zulässig:

- Es darf keine permanente Überwachung der Arbeitnehmer stattfinden und
 - sie darf nicht heimlich erfolgen;
 - nur in der Einarbeitungsphase und dann
 - nur stichprobenweise bzw. in regelmäßigen Abständen
-

Zulässigkeit des Mithörens (2)

nach Ansicht des Landesbeauftragten für den Datenschutz Bremen

Der Vorgesetzte sollte

- mitzuhörende Gespräche vorher ankündigen und
- nur in Gegenwart des Mitarbeiters mithören und
- unmittelbar danach mit ihm eine Auswertung vornehmen.

Erforderlich ist auch,

- das Verfahren über das Mithören zur Qualitätssicherung festzulegen und
- innerbetrieblich zu veröffentlichen.

Zusammenfassung aus der Website

<http://www.datenschutz-bremen.de/recht/callcenter.htm>
und dem 22. Jahresbericht vom 31. März 2000

Mehr Schutz durch Betriebsvereinbarung

§ 32I Begründung zu Absatz 5:

Absatz 5 **verbietet die Abweichung** von den Regelungen des zweiten Unterabschnitts **zu Ungunsten** der Beschäftigten. Das Verbot gewährleistet, dass der mit den gesetzlichen Vorschriften geschaffene **Datenschutzstandard für Beschäftigte nicht unterschritten** wird. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen die gesetzlichen Regelungen konkretisieren oder Alternativen gestalten, um jeweiligen betrieblichen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Solche Vereinbarungen sind zulässig, soweit sie von den gesetzlichen Regelungen nicht zum Nachteil der Beschäftigten abweichen..