

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 Beschäftigtendatenschutzes	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. Milderes, 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. Zurückzitiieren 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