

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 38

Simon Wolfer

**Die elektronische Über-
wachung des Arbeitneh-
mers im privatrechtlichen
Arbeitsverhältnis**

Schulthess § 2008

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIX

Einleitung..... 1

Teil 1: Grundlagen des datenbezogenen Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers..... 3

I. Begriffe..... 3

1. Überwachender Arbeitgeber 3
2. Überwachter Arbeitnehmer 4
3. Elektronische Überwachung 4

II. Rechtsquellen 6

1. Im Überblick..... 6
2. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 7
 - A. Inhalt der Fürsorgepflicht 7
 - B. Umfang der Fürsorgepflicht..... 9
3. Der Persönlichkeitsschutz nach Zivilgesetzbuch (Art. 28 ZGB)..... 10
4. Der Persönlichkeitsschutz nach Datenschutzgesetz
(Art. 12 f. DSG)..... 10
 - A. Allgemeines 10
 - B. Begriffe 11
 - a. Personendaten 11
 - b. Besonders schützenswerte Personendaten 12
 - c. Bearbeiten..... 13
 - C. Verletzungsfiktionen..... 13
 - D. Rechtfertigung..... 13
5. Das Datenbearbeitungsverbot im Arbeitsverhältnis (Art. 328b OR).. 14
 - A. Normzweck 14

B. Das Bearbeitungsverbot	14
a. Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers	15
b. Erforderlichkeit zur Durchführung des Arbeitsvertrages	15
c. Das Überwachungsinteresse als Kriterium im Bereich von elektronischen Überwachungen	17
C. Verweis auf das DSGVO	18
6. Das Überwachungsverbot nach Art. 26 Abs. 1 ArGV 3	19
A. Allgemeines	19
B. Gesetzmässigkeit	19
C. Geltungsbereich	21
D. Inhalt	22
a. Verbot der Verhaltensüberwachung	22
b. Überwachung aus anderen Gründen	25
E. Mitwirkungsrecht der Arbeitnehmer	25
7. Abgrenzung zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis	26
III. Methodisches Vorgehen	28
1. Verhältnis der Rechtsquellen	28
2. Prüfschema	29
Teil 2: Die betroffenen Aspekte der Persönlichkeit	31
I. Die Persönlichkeit im Allgemeinen	31
1. Begriff	31
2. Schutzbereich	31
3. Die Persönlichkeitsrechte	32
II. Die psychische Integrität	34
1. Seelisches Wohlbefinden	34
A. Psychische Belastung und Beanspruchung	35
B. Stress im Besonderen	36
C. Bewegungsfreiheit	38

D. Rechtserheblichkeit der Beeinträchtigung	38
2. Psychische Gesundheit	39
3. Zusammenfassung	40
III. Die Privatheit.....	41
1. Sphärentheorie.....	41
A. Konzeption	41
B. Privatsphäre am Arbeitsplatz	43
C. Würdigung der Sphärentheorie	43
D. Ergebnis	44
2. Schutz der lokalen, dezisionalen und informationellen Privatheit....	45
A. Vorbemerkungen.....	45
B. Die lokale Privatheit	46
C. Die dezisionale Privatheit	48
D. Die informationelle Privatheit.....	50
<i>a. Die Selbstdarstellung als Ausgangspunkt</i>	<i>50</i>
<i>b. Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung</i>	<i>51</i>
<i>c. Verlust der Kontrolle über die Selbstdarstellung.....</i>	<i>54</i>
<i>aa. Das Bedürfnis nach kontrollierter „Selbstöffnung“</i>	<i>54</i>
<i>bb. Die Enttäuschung der berechtigten Erwartung</i>	<i>55</i>
<i>d. Verlust der Verhaltensauthenzizität</i>	<i>57</i>
<i>e. Verletzung der autonomen Beziehungsgestaltung.....</i>	<i>59</i>
3. Zusammenfassung	63
IV. Die Rechte am eigenen Bild und Wort.....	65
1. Das Recht am eigenen Bild	65
2. Das Recht am eigenen Wort.....	67
V. Die Beeinträchtigung der Gefühlswelt durch Ungleichbehandlung	68

Teil 3: Die Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.....	69
I. Der Verletzungsbegriff.....	69
II. Die Intensität der Beeinträchtigung.....	71
1. Allgemeines.....	71
2. Dauer	72
3. Datenmenge.....	73
4. Sensibilität der Informationen.....	74
5. Zugänglichkeit der Informationen.....	75
6. Besonderheiten bei der Weitergabe von Informationen	76
7. Mehrheit von betroffenen Persönlichkeitsaspekten	77
III. Fiktionen von Persönlichkeitsverletzungen nach DSGVO.....	78
1. Allgemeines.....	78
2. Verletzung von Bearbeitungsgrundsätzen.....	79
A. Unrechtmässige Datenbearbeitung	79
B. Verstoss gegen Treu und Glauben mangels Erkennbarkeit der Datenbearbeitung	79
C. Unverhältnismässige Datenbearbeitung	80
D. Zweckwidrige Datenbearbeitung	81
E. Bearbeitung unrichtiger Daten.....	82
F. Ungenügende Datensicherheit	83
G. Anforderungen an die Einwilligung.....	83
3. Verletzung durch Bearbeitung gegen den ausdrücklichen Willen des Betroffenen.....	83
4. Bekanntgabe von besonders schützenswerten Daten oder Persönlichkeitsprofilen an Dritte.....	84
5. Ergebnis.....	84
IV. Die Kausalität.....	86
1. Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang.....	86
2. Ungewöhnlich starke Reaktion auf ein Ereignis.....	87

Teil 4: Die Rechtfertigungsgründe.....	89
I. Einwilligung des Arbeitnehmers	89
1. Voraussetzungen der gültigen Einwilligung	89
2. Schranken der Einwilligung	90
A. Allgemeine Schranke	90
B. Arbeitsrechtsspezifische Schranken.....	91
3. Rechtsfolgen der ungültigen Einwilligung	94
II. Überwiegende Interessen des Arbeitgebers	95
1. Die Überwachungsinteressen	95
A. Im Allgemeinen.....	95
a. <i>Schutzwürdigkeit von Interessen</i>	95
b. <i>Schutzwürdige Interessen mit Blick auf Art. 328b OR</i>	95
c. <i>Systematisierung der Arbeitgeberinteressen</i>	96
B. Interesse an betrieblicher und wirtschaftlicher Entfaltung	96
a. <i>Vorbemerkungen</i>	96
b. <i>Ungestörte betriebliche Abläufe und Qualitätssicherung</i>	97
c. <i>Optimierung der Arbeitsorganisation und der</i> <i>Produktivität des Personals</i>	98
d. <i>Schutz der betrieblichen Vermögenswerte</i>	99
e. <i>Beweissicherung bei Vertragsabschlüssen mit Dritten</i>	100
C. Interesse an der Aufdeckung von Vertragspflichtverletzungen...	100
a. <i>Vorbemerkungen</i>	100
b. <i>Kontrolle vertraglichen Hauptleistung</i>	100
c. <i>Kontrolle der vertraglichen Nebenleistungen</i>	101
aa. <i>Erfüllung der Treuepflicht</i>	101
bb. <i>Befolgung von Weisungen</i>	102
D. Interesse an der Erfüllung gesetzlicher Pflichten	102
a. <i>Bewahrung des betrieblichen Ansehens und Vermeidung</i> <i>finanzieller Einbussen</i>	102

b. Gesetzliche Pflichten im Einzelnen.....	103
aa. Schutzpflicht nach Art. 328 OR.....	104
bb. Haftung für Hilfspersonen.....	104
cc. Haftung als Geschäftsherr	106
dd. Haftung nach PrHG	108
ee. Haftung für Organe der juristischen Person	109
ff. Zeugnispflicht des Arbeitgebers	109
gg. Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz..	111
E. Interessen von Drittpersonen	111
a. Vorbemerkungen.....	111
b. Interessen der Mitarbeitenden.....	112
c. Interessen von ausserhalb des Arbeitsverhältnisses stehenden Personen	117
d. Interessen des betroffenen Arbeitnehmers?.....	117
2. Die Interessenabwägung	118
A. Vorgehen.....	118
B. Wertgehalt der Interessen	119
C. Interessenintensität und Interessennähe.....	120
D. Angemessenheit des Eingriffs.....	121
E. Interessenhäufung	124
F. Zusammenfassung.....	124
III. Gesetz	125
Teil 5: Rechtliche Bewertung ausgewählter Überwachungssysteme	127
I. Videoüberwachung	127
1. Allgemeines.....	127
A. Stand der Technik	127
B. Intensität der Persönlichkeitsverletzung	128
C. Technische und organisatorische Schutzmassnahmen	131

2. Leistungs- und Verhaltenskontrolle	133
A. Leistungskontrolle.....	133
B. Verhaltensüberwachung.....	135
3. Sicherheitsüberwachung.....	135
A. Überwachung des Arbeitnehmers	135
a. Präventive Überwachung	135
b. Repressive Überwachung	138
aa. Heimliche Überwachung.....	138
bb. Angekündigte verdeckte Überwachung.....	138
cc. Auswertung bereits bestehender Videoaufnahmen	139
B. Überwachung zum Schutz vor Delikten Dritter	140
C. Überwachung gefährlicher Situationen und Tätigkeiten am Arbeitsplatz	144
4. Produktionsüberwachung	145
5. Zusammenfassung	147
II. Elektronische Zeiterfassung und Zugangskontrolle	148
1. Arten von Überwachungssystemen.....	148
A. Traditionelle Zeiterfassungssysteme.....	148
B. Elektronische Zeiterfassungs- und Zugangskontrollsysteme	148
2. Bewertung der elektronischen Zeiterfassungssysteme	149
3. Bewertung der elektronischen Zugangskontrollsysteme	150
A. Allgemeines	150
a. Intensität der Persönlichkeitsverletzung	150
b. Technische und organisatorische Schutzmassnahmen.....	151
c. Zwingende Voraussetzungen der Überwachung	152
B. Sicherheitsinteressen des Arbeitgebers.....	152
C. Wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers.....	154
4. Bewertung der multifunktionalen Überwachungssysteme.....	154
5. Biometrische Identifizierungssysteme im Besonderen	156
6. Zusammenfassung	158

III. Elektronische Standortermittlung ausserhalb des Betriebsgeländes	159
1. Allgemeines.....	159
A. Technische Systeme.....	159
a. <i>GPS-Überwachung</i>	159
b. <i>Ortung von Mobiltelefonen</i>	159
B. Intensität der Persönlichkeitsverletzung	160
C. Technische und organisatorische Schutzmassnahmen	161
2. Leistungs- und Verhaltenskontrolle	162
A. Leistungskontrolle.....	162
B. Verhaltenskontrolle.....	163
3. Sicherheitsüberwachung.....	164
A. Diebstahlschutz	164
B. Schutz des Arbeitnehmers.....	164
4. Arbeitsorganisatorische Überwachungsinteressen.....	165
A. Koordination der Mitarbeiterereinsätze	165
B. Rechnungsstellung an Kunden.....	166
5. Interessenlage bei erlaubter privater Nutzung des Dienstfahrzeugs	166
6. Zusammenfassung	167
IV. Überwachung der elektronischen Kommunikation	169
1. Systemarten	169
A. Internet/E-Mail.....	169
B. Telefon	169
2. Nutzung der Kommunikationssysteme	170
A. Geschäftliche Nutzung.....	171
a. <i>Ohne Vereinbarung oder Weisung</i>	171
b. <i>Mit Vereinbarung oder Weisung</i>	171
B. Private Nutzung.....	172

a. Ohne Weisung oder Vereinbarung	172
aa. Geschäftstelefon	172
bb. Internet und E-Mail	173
b. Mit Vereinbarung oder Weisung	175
3. Internet- und E-Mailüberwachung	178
A. Allgemeines	178
a. Überwachungsformen	178
b. Intensität der Persönlichkeitsverletzung bei der Internet- und E-Mail-Überwachung	180
aa. Enttäuschung der berechtigten Erwartung des Arbeitnehmers	180
bb. Verletzung der autonomen Beziehungsgestaltung	181
cc. Überwachungsdruck	182
c. Technische und organisatorische Schutzmassnahmen	182
B. Leistungs- und Verhaltenskontrolle	185
a. Leistungskontrolle	185
b. Verhaltenskontrolle	187
C. Kontrolle der privaten Nutzung	188
a. Bei erlaubter privater Nutzung	188
b. Bei verbotener privater Nutzung	190
D. Sicherheitsüberwachung	191
a. Sicherung der elektronischen Kommunikationssysteme	191
aa. Bei erlaubter privater Nutzung	192
bb. Bei verbotener privater Nutzung	193
b. Unterbindung von unerlaubten Handlungen unter den Mitarbeitenden	193
c. Vermeidung einer Haftung für Hilfspersonen	195
aa. Als Geschäftsherr	195
bb. Als Vertragspartner	196
d. Strafbare Handlungen durch Mitarbeitende	197

E. Aufbewahrung der Geschäftskorrespondenz	198
F. Zusammenfassung.....	199
4. Überwachung der Telefonkommunikation	200
A. Allgemeines	200
a. Überwachungsformen.....	200
b. Intensität der Persönlichkeitsverletzung	201
aa. Abhören und Aufzeichnen des Gesprächsinhalts	201
bb. Auswerten der Verbindungsdaten und Zielnummern.....	204
c. Erfordernis der Einwilligung.....	206
d. Technische und organisatorische Schutzmassnahmen.....	207
B. Leistungs- und Verhaltenskontrolle.....	209
a. Leistungskontrolle.....	209
aa. Telefon nicht als Hauptarbeitsmittel.....	209
bb. Telefon als Hauptarbeitsmittel.....	211
b. Verhaltenskontrolle	213
aa. Abhören und Aufzeichnen des Gesprächsinhalts	213
bb. Auswerten der Verbindungsdaten und Zielnummern.....	214
C. Kontrolle der privaten Nutzung	214
a. Bei erlaubter privater Nutzung.....	215
b. Bei verbotener privater Nutzung	216
D. Aufzeichnen von Gesprächen zu Beweis Zwecken.....	217
E. Sicherheitsüberwachung	219
a. Unerlaubte Handlungen durch Mitarbeitende	219
b. Haftung für Hilfspersonen.....	221
F. Überwachung zur Kostenkontrolle	221
G. Zusammenfassung.....	222

Teil 6: Rechtsschutz des Arbeitnehmers	223
I. Vertragliche Ansprüche	223
1. Schadenersatz und Genugtuung	223
2. Verweigerung der Arbeitsleistung und Kündigung	225
II. Ausservertragliche Ansprüche	227
1. Ansprüche aus Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers.....	227
2. Auskunftsrecht des Arbeitnehmers	230
III. Rechtsschutz nach den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen.....	232
IV. Abklärungen und Empfehlungen durch den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten.....	233
Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....	235
Sachregister	247