

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 52

Ortung von Beschäftigten

**Rechtsfragen der datenschutzrechtlichen
Zulässigkeitsprüfung am Beispiel von
arbeitgeberseitigen Ortungsmaßnahmen**

Von

Sophia Ampatziadis



Duncker & Humblot · Berlin

SOPHIA AMPATZIADIS

Ortung von Beschäftigten

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 52

Ortung von Beschäftigten

Rechtsfragen der datenschutzrechtlichen
Zulässigkeitsprüfung am Beispiel von
arbeitgeberseitigen Ortungsmaßnahmen

Von

Sophia Ampatziadis



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School in Hamburg hat diese Arbeit
im Jahr 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479

ISBN 978-3-428-18876-5 (Print)

ISBN 978-3-428-58876-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Datenschutz gewinnt im Zuge der technischen Weiterentwicklung und zunehmenden Datenverarbeitung immer mehr an Relevanz. Umso wichtiger ist es, dass es mit der Datenschutzgrundverordnung auf Unionsebene harmonisierte Regelungen gibt, die es den Anwendern ermöglichen, Erlaubtes von Verbotenem abzugrenzen. Mit Blick auf die in der Datenschutzgrundverordnung vorgesehene Zulässigkeitsprüfung sind aber viele Fragen noch ungeklärt. Diese Arbeit setzt sich am Beispiel der arbeitgeberseitigen Ortung von Beschäftigten mit Fragen der datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsprüfung auseinander und systematisiert dabei ein risikobasiertes Schutzkonzept, das zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen führen kann.

Die Arbeit wurde im Oktober 2022 von der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnten aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur bis Ende November 2022 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Matthias Jacobs, der diese Arbeit betreut und gefördert hat. Er hat mich in meiner Themenwahl bestärkt, mir die Freiheit für eigene Gedanken und Ansätze eröffnet und mich dabei mit Rat und Tat unterstützt. Ebenso möchte ich Prof. Dr. Jacob Jousen für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Besonders danken möchte ich darüber hinaus meinem Partner, Florian Beneke, der mich während der gesamten Zeit der Promotion unterstützt und ermutigt hat. Er hatte immer ein offenes Ohr, nahm sich gerne Zeit für Diskussionen und stand mir dabei mit wertvollem Input zur Seite.

Zudem bedanke ich mich herzlich bei meinen Eltern, Ira Simon-Ampatziadis und Nikolaos Ampatziadis, die mich während meiner juristischen Ausbildung und darüber hinaus stets unterstützt und liebevoll begleitet haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Januar 2023

Sophia Ampatziadis

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel

	Einführung	27
§ 1	Problemstellung und Gang der Untersuchung	27
	A. Problemstellung	27
	B. Gang der Untersuchung	29
§ 2	Grundlagen und Erscheinungsformen	31
	A. Begriffsbestimmung	31
	B. Einsatz von Ortungssystemen in der Praxis	38
	C. Zwischenergebnis	49

Zweites Kapitel

	Grundrechtlicher Rechtsrahmen	51
§ 3	Grundrechtlicher Datenschutz auf europäischer und nationaler Ebene	52
	A. Datenschutz in der Europäischen Menschenrechtskonvention	52
	B. Datenschutz in der Grundrechtecharta der Europäischen Union	54
	C. Datenschutz im Grundgesetz	58
	D. Zwischenergebnis	61
§ 4	Grundrechtsschutz bei der Ortung von Beschäftigten	62
	A. Maßgebliche Grundrechtsordnung	62
	B. Kollidierende (grundrechtlich geschützte) Interessen	71
	C. Rechtfertigung und hoheitliche Schutzpflicht	82
	D. Zwischenergebnis	83

Drittes Kapitel

	Einfachgesetzlicher Rechtsrahmen	85
§ 5	Allgemeiner Maßstab für die datenschutzrechtliche Beurteilung von Datenverarbeitungen	85
	A. Interessenausgleich als Ziel	85
	B. Anwendungsvorrang der DSGVO	86
	C. Ausgleichsmechanismen der DSGVO	86
	D. Zwischenergebnis	97
§ 6	Anwendung und Modifikation des Maßstabs bei der Ortung von Beschäftigten	98
	A. Anwendbarkeit der DSGVO auf den Arbeitgeber	99
	B. Verantwortlichkeit des Arbeitgebers in Abgrenzung zum LBS-Anbieter	109
	C. Erlaubnistatbestände	120
	D. ePrivacy-Vorgaben als <i>lex specialis</i> ?	151
	E. Zusätzliche betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtliche Vorgaben ..	165
	F. Zwischenergebnis	170

Viertes Kapitel

	Verhältnismäßigkeit als zentrales Element der Zulässigkeitsprüfung	174
§ 7	Leitfaden für die Verhältnismäßigkeitsprüfung	174
	A. Typischerweise mit Ortungsmaßnahmen einhergehende Risiken	175
	B. Kriterien der Interessenabwägung	178
	C. Struktur der Interessenabwägung	194
	D. Folgen der Interessenabwägung auf vom Arbeitgeber durchzuführende Schutzmaßnahmen	231
	E. Zwischenergebnis	234
§ 8	Fallanalyse: Verhältnismäßigkeit einzelner Ortungsmaßnahmen	236
	A. Ortung zur Einsatzkoordinierung	236
	B. Ortung zur Vereinfachung von Verwaltungsvorgängen	239
	C. Ortung zur Sicherheit der Beschäftigten	243
	D. Ortung zum Schutz von Eigentum oder Vermögen (verdachtslos)	245
	E. Ortung zur Verhaltens- und Leistungskontrolle (verdachtslos)	248
	F. Ortung zur Aufdeckung von Straftaten oder sonstigen Pflichtverletzungen im Verdachtsfall	252
	G. Zwischenergebnis	255

Inhaltsübersicht	11
------------------	----

Fünftes Kapitel

Die wichtigsten Ergebnisse	258
§ 9 Thesenartige Zusammenfassung	258
Literaturverzeichnis	262
Stichwortverzeichnis	295

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einführung	27
§ 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung	27
A. Problemstellung	27
B. Gang der Untersuchung	29
I. Grundrechtlicher Rechtsrahmen	29
II. Einfachgesetzlicher Rechtsrahmen	30
III. Verhältnismäßigkeit als zentrales Element der Zulässigkeitsprüfung	30
§ 2 Grundlagen und Erscheinungsformen	31
A. Begriffsbestimmung	31
I. Definition des Ortungsbegriffs	31
1. Positionsdaten	32
2. Gezielte Verarbeitung von Positionsdaten	34
a) Ortung als Oberbegriff für alle Phasen der Datenverarbeitung	34
b) Erhebung von Positionsdaten als Kernelement der Ortung	35
3. Abgrenzung zur reinen Positionsbestimmung	36
II. Modalitäten der Ortung	37
1. Manuelle und automatisierte Ortung	37
2. Unmittelbare und mittelbare Ortung	37
3. Personenbezogene und nicht personenbezogene Ortung	38
B. Einsatz von Ortungssystemen in der Praxis	38
I. Funktionsweise von Ortungssystemen	38
1. Positionsbestimmung	39
a) Ortungssysteme zur Ortung im Außenbereich	39
aa) Positionsbestimmung mittels Navigationsatelliten	39
bb) Positionsbestimmung mittels Mobilfunkzellenidentifikation	40
cc) Positionsbestimmung mittels WLAN	41
b) Ortungssysteme zur Ortung im Innenbereich	43
aa) Positionsbestimmung mittels WLAN	43
bb) Positionsbestimmung mittels BLE	43
cc) Positionsbestimmung mittels RFID	44

2. Abruf der Positionsdaten über eine Software	45
II. Typischerweise verfolgte Ordnungszwecke	46
1. Einsatzkoordination	46
2. Vereinfachung von Verwaltungsvorgängen	47
3. Sicherheit der Beschäftigten	48
4. Schutz von Eigentum oder Vermögen (verdachtslos)	48
5. Verhaltens- oder Leistungskontrolle (verdachtslos)	49
6. Aufdeckung von Straftaten oder sonstigen Pflichtverletzungen im Verdachtsfall	49
C. Zwischenergebnis	49

Zweites Kapitel

Grundrechtlicher Rechtsrahmen	51
§ 3 Grundrechtlicher Datenschutz auf europäischer und nationaler Ebene	52
A. Datenschutz in der Europäischen Menschenrechtskonvention	52
B. Datenschutz in der Grundrechtecharta der Europäischen Union	54
C. Datenschutz im Grundgesetz	58
D. Zwischenergebnis	61
§ 4 Grundrechtsschutz bei der Ortung von Beschäftigten	62
A. Maßgebliche Grundrechtsordnung	62
I. DSGVO grundsätzlich an Unionsgrundrechten zu messen	62
II. Unklare Gemengelage bei Gestaltungsoffenheit der DSGVO	63
1. EuGH: Maßgeblichkeit der Unionsgrundrechte	63
2. BVerfG: Maßgeblichkeit der nationalen Grundrechte	64
III. Keine Gestaltungsoffenheit im Beschäftigtendatenschutz	65
1. Wortlaut	67
2. Systematik	67
3. Historie	68
4. Telos	70
B. Kollidierende (grundrechtlich geschützte) Interessen	71
I. Grundrechtlich geschützte Interessen des Beschäftigten	71
1. Betroffenheit von Art. 8 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 GrCh	71
a) Mittelbare Drittwirkung im Beschäftigungsverhältnis	71
b) Betroffenheit	72
c) Keine Betroffenheit bei sofortiger Löschung oder Anonymisierung von Beschäftigten-Positionsdaten	75

2. Nichtbetroffenheit von Art. 1 GrCh	76
a) Keine Herabwürdigung zum „Datenobjekt“	77
b) Unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht berührt	77
c) Keine Totalüberwachung	79
II. (Grundrechtlich geschützte) Interessen des Arbeitgebers	81
C. Rechtfertigung und hoheitliche Schutzpflicht	82
D. Zwischenergebnis	83

Drittes Kapitel

Einfachgesetzlicher Rechtsrahmen 85

§ 5 Allgemeiner Maßstab für die datenschutzrechtliche Beurteilung von Datenverarbeitungen	85
A. Interessenausgleich als Ziel	85
B. Anwendungsvorrang der DSGVO	86
C. Ausgleichsmechanismen der DSGVO	86
I. „Verantwortlicher“ als Hauptadressat der DSGVO	86
II. Risiko als Anknüpfungspunkt	87
III. Erste Ebene: Zulässigkeit	89
1. Verbot mit Erlaubnistatbeständen	89
2. Erforderlichkeitsprinzip	91
a) Abhängigkeitsverhältnis zwischen Verarbeitung und Verarbeitungszweck	91
b) Erforderlichkeit als Einfallstor für Datenschutzgrundsätze	93
IV. Zweite Ebene: Schutzmaßnahmen	97
D. Zwischenergebnis	97
§ 6 Anwendung und Modifikation des Maßstabs bei der Ortung von Beschäftigten	98
A. Anwendbarkeit der DSGVO auf den Arbeitgeber	99
I. Abstrakte Voraussetzungen	99
1. Sachlicher Anwendungsbereich	99
a) Personenbezogene Daten	99
aa) Identifizierte Person	99
bb) Identifizierbare Person	100
b) Automatisierte und nicht-automatisierte Verarbeitung	103
2. Räumlicher Anwendungsbereich	104
II. Anwendung auf die Ortung von Beschäftigten	104
1. Beschäftigter in der Regel identifiziert oder identifizierbar	105

a) Beschäftigter identifiziert	105
b) Beschäftigter identifizierbar	105
2. Datenverarbeitung in der Regel automatisiert	108
3. Räumlicher Anwendungsbereich bei EU-Bezug eröffnet	108
B. Verantwortlichkeit des Arbeitgebers in Abgrenzung zum LBS-Anbieter	109
I. Ortung als arbeitsteilige Datenverarbeitung	109
II. Arbeitgeber als für die Datenverarbeitung verantwortliche Stelle	110
III. Rolle des LBS-Anbieters	112
1. LBS-Anbieter als „Dritter“ bei Datenverarbeitung ohne Personenbezug ..	112
2. LBS-Anbieter als „Auftragsverarbeiter“ bei Datenverarbeitung mit Personenbezug	112
a) Auftragsverarbeitung in Abgrenzung zu gemeinsamer Verantwortlichkeit	113
b) Privilegierungswirkung der Auftragsverarbeitung	115
C. Erlaubnistatbestände	120
I. Öffnungsklausel gestattet „spezifischere Vorschriften“ der Mitgliedstaaten für Verarbeitungen im Beschäftigungskontext	120
1. Umfang des Gestaltungsspielraums	121
2. Verhältnis der „spezifischeren Vorschriften“ zu den Erlaubnistatbeständen aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO	125
II. Über die Öffnungsklausel in Betracht kommende Erlaubnistatbestände für die Ortung von Beschäftigten	126
1. § 26 Abs. 1 S. 1, 2 BDSG als Erlaubnistatbestände	128
a) Anwendbarkeit von § 26 BDSG auf Ortungsmaßnahmen	129
b) Besondere Tatbestandsvoraussetzungen von § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG ..	131
c) Prüfungsmaßstab: Verhältnismäßigkeit	132
2. Kollektivvereinbarung als Erlaubnistatbestand	134
3. Einwilligung als Erlaubnistatbestand	135
a) Freiwillige Entscheidung trotz Beschäftigungsverhältnis möglich ...	136
b) Kriterien zur Beurteilung der Freiwilligkeit	137
c) Einwilligung in Ortungsmaßnahme nicht per se freiwillig oder unfreiwillig	139
d) Wirksamkeit der Einwilligung unabhängig von Verhältnismäßigkeit ..	141
4. Verhältnis der Erlaubnistatbestände zueinander	142
III. Bedürfnis eines neuen Erlaubnistatbestands bei zweckändernder Weiterverarbeitung von Beschäftigten-Positionsdaten	144
1. Ausgangssituation	144
2. Rechtfertigung durch Einwilligung oder gesetzliche Erlaubnis	145
3. Rechtfertigung durch Vereinbarkeit der Zwecke?	147

a) Vereinbarkeit der Zwecke nur bei zweckändernder Weiterverarbeitung zur Vereinfachung von Verwaltungsvorgängen	147
b) Weiterverarbeitung bedarf eines eigenen Erlaubnistatbestands	149
D. ePrivacy-Vorgaben als <i>lex specialis</i> ?	151
I. Anzuwendende Vorschriften?	152
1. ePrivacy-RL und deren nationale Umsetzung	152
a) § 13 TTDSG im Regelfall nicht anwendbar	154
b) § 25 Abs. 1 S. 1 TTDSG nicht anwendbar oder jedenfalls erfüllt	158
2. ePrivacy-VO-E	159
a) Art. 6 ePrivacy-VO-E nicht anwendbar	160
b) Art. 8 Abs. 1 ePrivacy-VO-E nicht anwendbar oder jedenfalls erfüllt ..	161
c) Art. 8 Abs. 2 ePrivacy-VO-E nicht anwendbar oder jedenfalls erfüllt ..	163
II. Verantwortlichkeit	164
E. Zusätzliche betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtliche Vorgaben ..	165
I. Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG	165
II. Informationsrecht aus § 80 Abs. 2 i. V. m. § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG	168
III. Unterrichts- und Beratungsrecht aus § 90 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BetrVG ..	169
F. Zwischenergebnis	170

Viertes Kapitel

Verhältnismäßigkeit als zentrales Element der Zulässigkeitsprüfung	174
§ 7 Leitfaden für die Verhältnismäßigkeitsprüfung	174
A. Typischerweise mit Ortungsmaßnahmen einhergehende Risiken	175
B. Kriterien der Interessenabwägung	178
I. Kriterien zur Bestimmung von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der drohenden Beeinträchtigung	179
1. Zweck der Datenverarbeitung	179
a) Zweck ermöglicht oder fordert eine Bewertung des Betroffenen	179
b) Eigeninteresse des Betroffenen	181
2. Art der Datenverarbeitung	181
a) Art und Kategorie der Daten	181
b) Personenbezug der Daten	182
c) Qualität der Daten	183
d) Art und Weise der Datenverarbeitung	183
3. Umfang der Datenverarbeitung	185
a) Menge der Daten	185
b) Dauer und Häufigkeit der Datenverarbeitung	185

4. Umstände der Datenverarbeitung	186
a) Verhältnis zwischen datenverarbeitender Stelle und Betroffenen	186
b) Erwartbarkeit der Datenverarbeitung	187
c) Beeinflussbarkeit der Datenverarbeitung	188
d) Anzahl der Betroffenen	189
II. Kriterien zur Gewichtung des Datenverarbeitungsinteresses	190
1. Abstrakter Rang des Schutzguts	190
2. Anlass der Datenverarbeitung	191
3. Datenverarbeitung zur Erfüllung einer Rechtspflicht	192
4. Wahrscheinlichkeit der Zweckerreichung	194
C. Struktur der Interessenabwägung	194
I. Berechtigtes Interesse	195
II. Geeignetheit	196
III. Erforderlichkeit	196
1. Erhebung von Positionsdaten	198
a) Ortungsmaßnahmen vs. sonstige Maßnahmen	198
b) Einsatz eines Ortungssystems vs. Standortmitteilung	199
c) Lückenlos vs. stichprobenartig oder anlassbezogen	200
d) Außerhalb der Arbeitszeit vs. innerhalb der Arbeitszeit	200
e) Unmittelbar identifizierbar vs. pseudonym oder anonym	201
aa) Ortungszweck fordert keine Identifizierbarkeit des Betroffenen	201
bb) Ortungszweck fordert Identifizierbarkeit des Betroffenen	202
cc) Ortungszweck fordert Identifizierung des Betroffenen	202
f) Verdeckt vs. offen	203
aa) Kollision verdeckter Ortungsmaßnahmen mit den Informationspflichten der DSGVO	203
bb) Absolutes Verbot verdeckter Datenverarbeitung umstritten	205
cc) Kein absolutes Verbot verdeckter Überwachungsmaßnahmen mangels Direkterhebung i. S. v. Art. 13 DSGVO	207
2. Speicherung von Positionsdaten	210
a) Speicherfrist zur Sichtung der Daten	212
b) Speicherfrist zur Verwendung	214
3. Verwendung von Positionsdaten	215
4. Übermittlung von Positionsdaten	215
a) Übermittlung von Positionsdaten an den Betriebsrat	216
b) Übermittlung von Positionsdaten an Dritte	218
IV. Angemessenheit	219
1. Bewirkt die Ortung im Einzelfall ein hohes Risiko?	220

a) Aufsichtsbehörden	220
b) Rechtsprechung	221
c) Literatur	222
d) Stellungnahme	223
aa) Risiko nur hoch wenn Konsequenzen bezweckt	223
bb) Rechtsprechung zur Videoüberwachung und vergleichbar eingriffsin-	
intensiven Überwachungsmaßnahmen nur eingeschränkt übertrag-	
bar	226
cc) Konkret: Hohes Risiko nur bei Ortung zur Aufdeckung einer Straftat	
oder sonstigen Pflichtverletzung im Verdachtsfall sowie zur verdachts-	
losen Verhaltens- oder Leistungskontrolle	228
2. (Hohes) Risiko durch Arbeitgeberinteresse gerechtfertigt?	228
a) Ortung ohne hohes Risiko grundsätzlich gerechtfertigt	228
b) Ortung mit hohem Risiko nur bei gewichtigem Arbeitgeberinteresse ge-	
rechtfertigt	229
aa) Konkrete und schwerwiegende Gefahr kann umfangreiche	
Ortungsmaßnahmen rechtfertigen	229
bb) Abstrakte Gefahr kann nur stichprobenartige Ortungsmaßnahmen	
rechtfertigen	230
D. Folgen der Interessenabwägung auf vom Arbeitgeber durchzuführende Schutz-	
maßnahmen	231
E. Zwischenergebnis	234
§ 8 Fallanalyse: Verhältnismäßigkeit einzelner Ortungsmaßnahmen	236
A. Ortung zur Einsatzkoordinierung	236
I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	236
II. Angemessenheit	239
B. Ortung zur Vereinfachung von Verwaltungsvorgängen	239
I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	239
1. Abrechnung gegenüber Kunden	239
2. Abrechnung von Lkw-Maut	240
3. Dokumentation der Dienstleistung	241
4. Fuhrparkverwaltung	242
5. Nachweis gegenüber Finanzbehörden	242
II. Angemessenheit	243
C. Ortung zur Sicherheit der Beschäftigten	243
I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	243
II. Angemessenheit	245
D. Ortung zum Schutz von Eigentum oder Vermögen (verdachtslos)	245

I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	245
II. Angemessenheit	247
E. Ordnung zur Verhaltens- und Leistungskontrolle (verdachtslos)	248
I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	248
1. Ordnung zur Arbeitszeiterfassung (verdachtslos)	248
2. Verdachtslose Compliance-Kontrolle	248
3. Verhaltens- und Leistungsbeurteilung	249
II. Angemessenheit	250
F. Ordnung zur Aufdeckung von Straftaten oder sonstigen Pflichtverletzungen im Verdachtsfall	252
I. Berechtigtes Interesse, Geeignetheit und Erforderlichkeit	252
II. Angemessenheit	254
G. Zwischenergebnis	255

Fünftes Kapitel

Die wichtigsten Ergebnisse	258
§ 9 Thesenartige Zusammenfassung	258
Literaturverzeichnis	262
Stichwortverzeichnis	295

Abkürzungsverzeichnis

A-GPS	Assisted Global Positioning System
a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz/Absätze
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
ähnl.	ähnlich
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
App	Application
ArbG	Arbeitsgericht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Art.-29-DSG	Artikel-29-Datenschutzgruppe
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ausführl.	ausführlich
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
Begr.	Begründer(in)
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BfDI	Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BFStrMG	Bundesfernstraßenmautgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BLE	Bluetooth Low Energy
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg

BY	Bayern
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Cell-ID	Cell Identification
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe(n)
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DR	Decisions and Reports
DSG	Datenschutzgesetz
DSGVO	Europäische Datenschutzgrundverordnung
DSK	Datenschutzkonferenz
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband Herbstakademie
DSRL	Datenschutzrichtlinie
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis (Zeitschrift)
E	Entwurf
Ebd.	Ebenda (die gleiche Quellenangabe wie direkt zuvor)
ECHR	European Convention on Human Rights
EG	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einfl.	Einführung
Einl.	Einleitung
einschränk.	einschränkend
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäischen Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
ePrivacy	Datenschutz in der elektronischen Kommunikation
et al.	et alii (und andere)
etc.	et cetera (und die übrigen Dinge)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Fn.	Fußnote
fortgef.	fortgeführt
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt/Generalanwältin

gem.	gemäß
GeoZG	Geodatenzugangsgesetz
GewArch	Zeitschrift Gewebearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GLONASS	Globales Satellitennavigationssystem (russisch)
GPS	Global Positioning System
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
HB	Hansestadt Bremen
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber(in)
HS.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. e.	im Sinne einer/eines
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
IMSI	International Subscriber Identity
insb.	insbesondere
InTer	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
IP	Internet Protokoll
IT	Informationstechnologie/informationstechnologisch(e)
ITRB	IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
jM	Juris-Die Monatszeitschrift
jurisPR-ArbR	Juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
L	Reihe L
LAG	Landesarbeitsgericht
LBS	Location Based Services
LDSG	Landesdatenschutzgesetz
LfD	Landesbeauftragte(r) für den Datenschutz
LfDI	Landesbeauftragte(r) für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
lit.	littera (Buchstabe)
Lkw	Lastkraftwagen
Lkw-MautV	Lkw-Maut-Verordnung
LMuR	Lebensmittel & Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

m. V. a.	mit Verweis auf
MAC	Media Access Code
missverständl.	missverständlich
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
n. F.	neue Fassung
NI	Niedersachsen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NLMR	Newsletter Menschenrechte (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PinG	Privacy in Germany (Zeitschrift)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RefE	Referentenentwurf
rev.	revised
RFID	Radio Frequency Identification
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RuP	Recht und Politik (Zeitschrift)
S.	Satz/Sätze, Seite(n)
s.	siehe
Sci. Rep.	Scientific Reports
sic	Sic erat scriptum (so stand es geschrieben)
SIM	Subscriber Identity Module
SL	Saarland
sog.	sogenannte(n, r)
SPA	Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ST	Sachsen-Anhalt
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
stRspr.	ständige Rechtsprechung
SVR	Straßenverkehrsrecht (Zeitschrift)
Syst.	System
TB	Tätigkeitsbericht
Teilurt.	Teilurteil
TH	Thüringen
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TM	Telemedien
TMG	Telemediengesetz
TTDSG	Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz
u.	und

u. a.	und andere
Urt.	Urteil
v.	von/vom
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
Wi-Fi	Wireless Fidelity
WLAN	Wireless Local Area Network
WP	Working Paper
WPS	Wi-Fi Positioning System
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zugl.	zugleich
zurückhalt.	zurückhaltender
zusammenfass.	zusammenfassend
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

Erstes Kapitel

Einführung

§ 1 Problemstellung und Gang der Untersuchung

A. Problemstellung

Der technische Fortschritt eröffnet immer unkompliziertere und alltagstauglichere Möglichkeiten, die Position einer Sache und damit auch den Aufenthaltsort einer Person zu erfassen. Solche sog. Location Based Services (LBS)¹ nutzen zunehmend auch Arbeitgeber² und orten z. B. das Dienstfahrzeug oder ein vom Beschäftigten³ mitzuführendes technisches Endgerät (z. B. Mobiltelefon). Die Motive sind vielfältig.⁴ Zum einen kann die Ortung der Einsatzkoordination einer Fahrzeugflotte dienen. Beispiele sind das Taxigewerbe oder der Einsatz von Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben. Darüber hinaus kommt eine Ortung zur Vereinfachung von Verwaltungsvorgängen in Betracht, wie z. B. zur Abrechnung gegenüber Kunden oder zur Dokumentation einer Dienstleistung wie dem Einsatz eines Spezialfahrzeugs. Mithilfe von Ortungsmaßnahmen kann zudem die Sicherheit von Beschäftigten gewährleistet, präventiv oder repressiv das Verhalten von Beschäftigten kontrolliert und beurteilt oder Eigentum des Arbeitgebers geschützt werden. Über die Software von Location Based Service-Anbietern (LBS-Anbieter) wird die Position bestimmt und in einem Online-Portal aufbereitet zur Verfügung gestellt. Zugriffsberechtigte können die Positionsdaten einsehen, verwenden und gegebenenfalls speichern oder übermitteln. Auf diese Weise können umfassende Bewegungsprofile erstellt werden.

Unter welchen Voraussetzungen eine Ortung von Beschäftigten zulässig ist, ist umstritten. Schwierigkeiten bereitet der zugrundeliegende Interessenkonflikt. Die Beschäftigten sind daran interessiert, dass der Arbeitgeber nicht jede ihrer Bewegungen nachvollziehen kann. Arbeitgeber haben ein Interesse daran, mit der Ortung ihre Unternehmensführung zu optimieren. Anknüpfungspunkt für die

¹ Ausführl. dazu unten § 2 B. I. 2.

² Aus Gründen der Lesbarkeit wird in dieser Untersuchung auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Es wird das generische Maskulinum verwendet, wobei beide Geschlechter gleichermaßen gemeint sind.

³ Sowohl der Unionsgesetzgeber als auch der deutsche Gesetzgeber verwenden im Datenschutzrecht den Begriff des „Beschäftigten“, der über den deutschen Arbeitnehmerbegriff hinausgeht, ausführl. dazu SHS/*Seifert*, Datenschutzrecht, Art. 88 DSGVO Rn. 16 ff.

⁴ Siehe dazu unten § 2 B. II.

Auflösung dieses datenschutzrechtlichen Konflikts sind die seit dem 25. 8. 2018 in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). Eine spezifische Regelung zum Einsatz von Ortungssystemen im Beschäftigungsverhältnis wie sie in einem nicht umgesetzten Gesetzesentwurf von 2010⁵ vorgesehen war, existiert nicht. § 26 BDSG enthält aber eine Grundsatzregelung zu Datenverarbeitungen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, die im Wesentlichen auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung abstellt. Vor diesem Hintergrund stellen sich im Hinblick auf den Zulässigkeitsmaßstab eine Reihe von Fragen. Unklar ist, welchen allgemeinen Zulässigkeitsmaßstab die DSGVO überhaupt vorgibt. Inwiefern müssen die Datenschutzgrundsätze erfüllt sein, damit eine Datenverarbeitung zulässig ist? Welche grundrechtlichen Wertungen beeinflussen die Interessenabwägung? Wo verläuft die Grenze zwischen einem auf Zulässigkeitsstufe „akzeptierten“ und nicht „akzeptierten“ Risiko? Im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes ist zudem unklar, in welchem Verhältnis die DSGVO zu nationalen Datenschutzvorschriften steht. Wie wird der allgemeine Zulässigkeitsmaßstab der DSGVO durch § 26 BDSG modifiziert? An welche Vorgaben müssen sich Kollektivparteien halten, wenn sie eine Ortung von Beschäftigten in einer Kollektivvereinbarung rechtmäßig regeln wollen? Können Beschäftigte in die Ortung einwilligen? Darüber hinaus ist zu beachten, dass die im Rahmen von Ortungsmaßnahmen erfolgende Positionsbestimmung grundsätzlich in den Anwendungsbereich der gegenüber der DSGVO speziellen Vorgaben zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation fällt. Wie spielen an dieser Stelle europäische und nationale Vorgaben zusammen und welche zusätzlichen Voraussetzungen folgen daraus für die Zulässigkeit einer Ortung von Beschäftigten? Zudem stellt sich die Frage, wie sich neben dem Arbeitgeber an der Ortung beteiligte Akteure wie der LBS-Anbieter und der Betriebsrat in das datenschutzrechtliche Konzept der Rollenverteilung einfügen und wie sich ihr Handeln auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeitsprüfung auswirkt.

Die Gerichte haben sich bislang kaum mit der Zulässigkeit von arbeitgeberseitigen Ortungsmaßnahmen befasst.⁶ Entscheidungen von obersten Gerichten gibt es lediglich zur Ortung von Verdächtigen im Strafverfahren⁷, die gesetzlich durch §§ 100i Abs. 1 Nr. 2, 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder 100k Abs. 1 S. 2 i. V. m. 100g Abs. 2 StPO ermöglicht wird⁸. Die Aufsichtsbehörden und die Literatur widmen sich auf-

⁵ Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes v. 15. 12. 2010, BT-Drs. 17/4230, 8 f. (im Folgenden BDSG-E).

⁶ So aber LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 25. 10. 2002 – 5 Sa 59/00, BeckRS 2009, 68144; ArbG Hamburg, Urt. v. 13. 4. 2011 – 24 Ca 229/10, BeckRS 2013, 73007; ArbG Heilbronn, Urt. v. 30. 1. 2019 – 2 Ca 360/18, BeckRS 2019, 30627; VG Lüneburg, Teilurt. v. 19. 3. 2019 – 4 A 12/19, BeckRS 2019, 3816.

⁷ EGMR, Urt. v. 2. 9. 2010 – 35623/05, EuGRZ 2011, 115 = NJW 2011, 1333 – *Uzun*; BVerfG, Urt. v. 12. 4. 2005 – 2 BvR 581/01, NJW 2005, 1338 – *GPS-Observation*; BGH, Urt. v. 24. 1. 2001 – 3 StR 324/00, NJW 2001, 1658.

⁸ BeckOK StPO/Hegmann, § 100h Rn. 5, § 100i Rn. 5 f.; BeckOK StPO/Bär, § 100k Rn. 23 ff.; zum Abruf von (Echtzeit-)Positionsdaten bei einem Fahrzeughersteller nach § 100k StPO siehe

grund der in der Praxis steigenden Bedeutung zunehmend der Frage nach der Zulässigkeit von arbeitgeberseitigen Ortungsmaßnahmen.⁹ Dabei werden einzelne Fallkonstellationen unter einzelnen Aspekten beleuchtet. Ziel dieser Arbeit ist es, ein umfassendes Bild zu schaffen. Technische, grundrechtliche und datenschutzrechtliche Grundlagen sollen so aufbereitet werden, dass sich aus ihnen ein für Arbeitgeber und Beschäftigte handhabbarer Zulässigkeitsmaßstab für eine Ortung von Beschäftigten ergibt.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung steigt vom Abstrakten ins Konkrete auf. Dabei liegt der Fokus auf dem Verhältnis zwischen Arbeitgeber und betroffenem Beschäftigten. Auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und LBS-Anbieter wird nur punktuell eingegangen. Die Ausführungen gelten sowohl für private als auch für öffentliche Arbeitgeber, wobei erstere im Mittelpunkt stehen. Als Grundstein für diese Untersuchung soll zunächst geklärt werden, was unter einer Ortung zu verstehen ist – ohne Sachverhalt keine Rechtsanwendung. Welche Technik und welche Prozesse stehen dahinter? Welche Modalitäten kommen in Betracht? Was sind die von Arbeitgebern typischerweise verfolgten Ortungszwecke?

I. Grundrechtlicher Rechtsrahmen

Datenschutz ist Grundrechtsschutz, sofern personenbezogene Daten verarbeitet werden.¹⁰ Daher kann ein datenschutzrechtlicher Maßstab nur gebildet werden, wenn die grundrechtlichen Voraussetzungen klar sind. Dazu wird zunächst abstrakt auf den grundrechtlichen Datenschutz auf Europäischer Ebene – also in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMKR)¹¹ und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh)¹² – sowie auf nationaler Ebene – im Grund-

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 20. 7. 2021 – 3 Ws 369/21, MMR 2022, 141 Rn. 34 ff.; s. dazu *Paal/Götz*, RDV 2022, 247 (249).

⁹ *Arnold*, Mobile Arbeitnehmer, S. 137–160; *Kramer/Bongers*, IT-Arbeitsrecht, B. Rn. 808–839; *WHWS/Byers*, Datenschutz im ArbV, B. VII. Rn. 1–41; *Gola*, ZD 2012, 308–311; *Kerscher*, SPA 2017, 101–104; *Kühling/Buchner/Maschmann*, DSGVO/BDSG, § 26 BDSG Rn. 52; *Plath/Stamer/Kuhnke*, DSGVO/BDSG, § 26 BDSG Rn. 129 ff.; *Besgen/Prinz/Stümper*, Arbeiten 4.0, § 5 Rn. 33–42; *Thüsing/Thüsing/Forst*, Beschäftigendatenschutz, § 12 Rn. 1–43.

¹⁰ EuGH, Urt. v. 9. 11. 2010 – C-92/09, C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 Rn. 44–47 – *Schecke u. Eifert*; BVerfG, Urt. v. 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 u. a., NJW 1984, 419 (421 f.) – *Volkszählung*; *Kühling/Buchner/Kühling/Raab*, DSGVO/BDSG, Einf. A. Rn. 1.

¹¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950 (Konvention Nr. 005 des Europarats); in der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert am 5. 12. 1952 (BGBl. 1952 II, 685), in Kraft getreten am 3. 9. 1953.

¹² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU 2000 Nr. C-364/1 v. 18. 12. 2000, in Kraft getreten am 1. 12. 2009 (BGBl. 2009 II, 1223).