

Callcenter: Mitarbeiterkontrollen auf dem datenschutzrechtlichen Prüfstand

Dipl.-Betriebsw. (FH) Dennis Hoss*, LL.M., Kassel

Callcenter spielen in der heutigen Zeit eine bedeutende Rolle in der Kundenkommunikation. Für die Betreiber der Callcenter ist dabei der Umgang mit Kundendaten selbstverständlich; dasselbe gilt oftmals in Bezug auf die Daten ihrer Mitarbeiter, die bei der Telekommunikation anfallen. Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer schränkt den zulässigen Umgang mit solchen Daten jedoch stark ein. Der vorliegende Beitrag behandelt – insbesondere unter Berücksichtigung des seit 1. September 2009 geltenden § 32 BDSG zum Beschäftigtendatenschutz – die datenschutzrechtliche Einordnung verschiedener Maßnahmen, die Callcenter-Mitarbeiter kontrollieren und ihre Leistung sowie ihr Verhalten feststellen sollen.

1 Einführung

Callcenter, die telefongebundene Dienste in vielfältigster Form erbringen, werden immer stärker nachgefragt.¹ Sie bieten ihre Telefondienste insbesondere in den Bereichen Marktforschung, Adressgewinnung, Kundenrückgewinnung, Beratung, Kundendienst und Verkauf an. Grundsätzlich voneinander zu unterscheiden sind Callcenter, die aktiv (potenzielle) Kunden anrufen (Outbound-Telefonie), und Callcenter, die Anrufe entgegennehmen (Inbound-Telefonie), sowie Mischformen der genannten Ausprägungen.²

Einer aktuellen Nachrichtenmeldung zufolge trotz die Callcenter-Branche der Wirtschaftskrise und es werden händeringend qualifizierte Arbeitskräfte für die Tätigkeit als Callcenter-Berater gesucht.³ Daraus lässt sich der Trend erkennen, dass Callcenter zukünftig ein noch bedeutsameres Instrument zur Kommunikation mit Kunden, Interessenten und anderen Personengruppen verkörpern werden.

Langfristiger Erfolg lässt sich nur durch ein hohes Qualitätsniveau erzielen. Deshalb besteht seitens der Callcenter-Betreiber ein großes Interesse daran, die Qualität der Telefonate ihrer Mitarbeiter zu kontrollieren, schließlich besteht die Hauptaufgabe eines Callcenter-Beraters im Telefonieren.⁴ Der Betreiber ist daran interessiert, wie etwa ein Arbeitgeber in einem Industriebetrieb, die Erfüllung der Arbeitsaufgaben seiner Arbeitnehmer zu überprüfen. Die Kontrollfunktion im Callcenter lässt sich jedoch nicht so einfach wie die durch Begutachtung eines industriellen Endprodukts ausüben. Hierzu sind vielmehr Maßnahmen erforderlich, die im Idealfall das Gesprächsverhalten, die Serviceorientierung und die fachlichen Kenntnisse der Berater erkennen und bewerten lassen.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) der Universität Kassel.

¹ Die Callcenter-Branche prognostiziert für das Jahr 2009 ein Auftragswachstum von bis zu 20 Prozent, siehe <http://www.fair-news.de/news/Ausblick+2009:+Call+Center-Markt/10505.html>.

² Gola, Datenschutz im Call Center, 2. Aufl. 2006, 4.

³ Siehe heise-News-Meldung vom 4.5.2009, <http://www.heise.de/jobs/Callcenter-suchen-Arbeitskraefte--/news/meldung/137228>.

⁴ Wedde, DuD 2004, 21.

2 Rechtlicher Rahmen

Fraglich ist, anhand welcher Vorschriften sich die Kontrollen im Callcenter beurteilen lassen. In Betracht kommen zunächst betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsregelungen, falls im Callcenter ein Betriebsrat existiert. Von besonderer Relevanz sind in einem solchen Fall § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG, die Ordnungsfragen des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb sowie die Verwendung technischer Einrichtungen, die sich zur Verhaltens- und Leistungskontrolle eignen, betreffen. In § 94 Abs. 2 BetrVG ist ferner geregelt, dass die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze durch den Arbeitgeber (beispielsweise Kriterien für die fachliche Beurteilung der Beschäftigten) der Zustimmung des Betriebsrats bedürfen.⁵ Darüber hinaus ist gem. § 75 Abs. 2 BetrVG stets das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten zu schützen und zu fördern.

Eine Betriebsvereinbarung ist als „andere Rechtsvorschrift“ i. S. d. § 4 Abs. 1 BDSG zu betrachten.⁶ Sie vermag somit die Stellung eines innerbetrieblichen Datenschutzrechts einzunehmen, das im Verhältnis zu allgemeinen und sogar bereichsspezifischen datenschutzrechtlichen Vorschriften vorrangig anzuwenden ist.⁷

Sämtliche im vorliegenden Beitrag behandelten Maßnahmen zur Kontrolle der Arbeitnehmer unterliegen der Mitbestimmungspflicht, denn schon allein das Zurverfügungstellen der Telekommunikationsarchitektur – eine Absicht zur Überwachung muss nicht einmal gegeben sein⁸ – ist mitbestimmungspflichtig. Da die Inhalte von Betriebsvereinbarungen betriebsspezifisch sind und meist das Ergebnis langwieriger Verhandlungsprozesse der Betriebsparteien darstellen, können sie in den nachfolgenden Ausführungen nicht explizit behandelt werden. Sie müssen sich aber im Rahmen der Grundwertungen des Datenschutzrechts halten.⁹ Wenn diese im Folgenden dargestellt werden, so sind damit auch die zentralen notwendigen Inhalte der möglichen Betriebsvereinbarungen beschrieben.

In Betrieben, in denen kein Betriebsrat besteht oder keine (abschließende) Regelung mit der Beschäftigtenvertretung getroffen wurde, findet das Datenschutzrecht unmittelbar Anwendung. Bestimmungen, die im Kontext von Kontrollen im Callcenter relevant werden können, enthält das Bundesdatenschutzgesetz: In ihm sind auf einfachgesetzlicher Ebene allgemeine datenschutzrechtliche Verpflichtungen manifestiert. Es hat zum Ziel, den Einzelnen vor Beeinträchtigungen in seinem Persönlichkeitsrecht zu schützen.¹⁰ Im Verhältnis zu spezielleren Gesetzen gelangt es gem. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG nur subsidiär zur Anwendung. Der Beschäftigtendatenschutz ist explizit im neu geschaffenen § 32 BDSG geregelt.

Die datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes kommen unter der Prämisse, dass im Callcenter keine Privatgespräche über die bereitgestellte Kommunikationsarchitektur geführt werden, gem. § 91 Abs. 1 Satz 1 TKG nicht zur Anwendung, da der Tatbestand des geschäftsmäßigen Erbringens von Telekommunikationsdiensten nicht erfüllt ist. Dazu wäre gem. § 3 Nr. 10 TKG ein nachhaltiges Telekommunikationsangebot des Arbeitgebers für Dritte erforderlich. Der Arbeitnehmer, der im Rahmen der Erfüllung seiner Arbeitsaufgaben auf die Inanspruchnahme der bereitgestellten Kommunikationsanlage angewie-

⁵ Gola, Fn. 2, 73 f.

⁶ Erler, Die private Nutzung neuer Medien am Arbeitsplatz, 2003, 93; siehe dazu ausführlich *Sassenberg/Bamberg*, DuD 2006, 226 ff.

⁷ *Menzler-Trott*, RDV 1999, 257; *Lelley*, in: *Worzalla*, Internet am Arbeitsplatz, 2006, 25 Rn. 63.

⁸ BAG 9.9.1975, NJW 1976, 261 st. Rspr.

⁹ *Steidle*, Multimedia-Assistenten im Betrieb, 2005, 190 f.; *Fitting*, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 87 Rn. 216.

¹⁰ *Gola/Schomerus*, BDSG, 9. Aufl. 2007, § 1 Rn 6.

sen ist, nimmt die Stellung eines Besitzdieners gem. § 855 BGB ein; er ist insoweit Teil des Unternehmens und nicht „Dritter“.¹¹ Im Übrigen kann auch von einem „Angebot“ nicht die Rede sein, da dem Mitarbeiter eines Callcenters die arbeitsvertraglich geschuldete Pflicht obliegt, die Kommunikationstechnik zu nutzen.¹² Dass ein Callcenter-Betreiber seinen Mitarbeitern das Führen von Privatgesprächen über die betriebliche Kommunikationseinrichtung gestattet, dürfte ohnehin ausgeschlossen sein.

Auch Grundrechte finden Eingang in das Arbeitsverhältnis. Dies geschieht nicht unmittelbar, sondern mittelbar durch zivilrechtliche Generalklauseln. Diese sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte stützt sich auf die Theorie der objektiven Werteordnung.¹³ Im Arbeitsverhältnis besteht ein Kräfteungleichgewicht zu Lasten der Arbeitnehmer, die deshalb besonders schutzwürdig sind. Jedoch verfügt auch der Arbeitgeber über grundrechtlich geschützte Interessen. Dies hat zur Folge, dass ein Ausgleich zwischen den Grundrechten der Arbeitnehmer einerseits und den Grundrechten des Arbeitgebers andererseits hergestellt werden muss.¹⁴ Das *BVerfG*¹⁵ konkretisierte das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG zu verschiedenen Schutzrechten, wie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung liegt vor, wenn personenbezogene Daten gegen den Willen der betroffenen Person verarbeitet werden.¹⁶ Darüber hinaus zählt zu den Schutzgütern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht am gesprochenen Wort, das die jedermann zustehende Befugnis umfasst, selbst darüber zu bestimmen, ob das gesprochene Wort nur dem Gesprächspartner oder auch mithörenden Dritten zugänglich sein soll.¹⁷ Es existiert ferner ein speziell auf die Kommunikationssituation zugeschnittenes Recht, namentlich das Recht auf kommunikative Selbstbestimmung:¹⁸ Dieses beinhaltet die Befugnis eines jeden einzelnen, selbstbestimmt zu entscheiden, mit wem er wann, wo, über welche Inhalte und mittels welchen Mediums kommunizieren will.¹⁹

Einfachrechtlich ist vor allem § 75 Abs. 2 BetrVG zu beachten, über den Grundrechte des Arbeitnehmers im Betrieb relevant werden. Dies betrifft nicht nur das Datenschutzrecht. Der Umfang des Arbeitnehmerpersönlichkeitsschutzes reicht aber weiter als das informationelle Selbstbestimmungsrecht und konkrete datenschutzrechtliche Regelungen. Insbesondere § 75 Abs. 2 BetrVG dient dazu, auch Tatbestände zu erfassen, die nicht unter das Bundesdatenschutzgesetz fallen, weil keine Verarbeitung personenbezogener Daten vorliegt.²⁰

3 Kontrollmaßnahmen im Callcenter

Im Callcenter wird die Arbeitsleistung maßgeblich, wenn nicht gar vollständig, mit der Nutzung der Telefonanlage erbracht. Damit der Arbeitgeber die Leistungserbringung seiner Mitarbeiter beurteilen kann, muss er sie auch in einem gewissen Rahmen kontrollieren dürfen.

¹¹ Steidle, Fn. 9, 159; Schönfeld/Strese/Flemming, MMR 2001, 8 (11).

¹² Höld, Die Überwachung von Arbeitnehmern, 2006, 130.

¹³ *BVerfGE* 15.1.1958, GRUR 1958, 254 („Lüth-Entscheidung“).

¹⁴ Panzer, Mitarbeiterkontrolle und neue Medien, 2004, 117.

¹⁵ *BVerfG* 15.12.1983, NJW 1984, 419.

¹⁶ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, 46.

¹⁷ *BAG* 30.8.1995, NZA 1996, 218 m. w. N.

¹⁸ Zum Recht auf kommunikative Selbstbestimmung siehe ausführlich *Roßnagel*, KJ 1990, 267 ff.

¹⁹ *Roßnagel*, Fn. 18, 283; *Hammer/Pordesch/Roßnagel*, Betriebliche Telefon- und ISDN-Anlagen rechtsgemäß gestaltet, 1993, 59 f.

²⁰ *Gola*, Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 4. Aufl. 2006, Rn. 8 f.

Kontrollen sind folglich grundsätzlich zulässig, dürfen jedoch nicht zu tief in das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer eingreifen; die konkreten Kontrollvorhaben sind einzelfallbezogen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.

Der Betreiber eines Callcenters verfügt – zumindest theoretisch – über ein breites Spektrum an Möglichkeiten, seine Mitarbeiter im Arbeitskontext zu überprüfen. Die voranschreitende Verschmelzung moderner Netzwerk- mit Kommunikationstechnik schafft hierzu ideale Voraussetzungen.

Die im vorliegenden Beitrag vorgenommene datenschutzrechtliche Beurteilung der Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers beschränkt sich auf die am weitesten verbreiteten Möglichkeiten. Diese sind:

1. offenes und verdecktes Mithören der Gespräche (Monitoring) mit oder ohne Aufzeichnung,
2. Durchführung von Testanrufen (Mystery Calls) mit oder ohne Aufzeichnung²¹ und
3. Auswertung der äußeren Umstände der Telefonate.²²

3.1 Mithören der Gespräche

Praktisch lässt sich das Mithören der Telefonate auf zwei Arten realisieren: Eine besteht im offenen Mithören, bei welchem der Callcenter-Mitarbeiter über den Überwachungsvorgang im Bilde ist. Dazu kann sich der „Kontrolleur“ neben den Berater setzen, eventuell zusätzlich von einem Headset Gebrauch machen und somit unmittelbar Kenntnis vom Gesprächsverlauf erlangen.²³ Auch durch Aufschalten des Arbeitgebers in ein laufendes Telefonat bei gleichzeitiger, für beide Gesprächsteilnehmer wahrnehmbarer akustischer Anzeige dieses Vorgangs lässt sich das offene Monitoring praktizieren.²⁴ Es gilt an dieser Stelle anzumerken, dass der Gesprächspartner des Callcenter-Beraters allerdings im Vorfeld die Möglichkeit haben muss, entweder in den Mithörvorgang²⁵ einzuwilligen oder ihn abzulehnen, um eine Strafbarkeit des Mithörenden nach § 201 StGB auszuschließen. Ohne diese Option resultierte eine Persönlichkeitsrechtsverletzung des Gesprächspartners. Dem Einwilligungserfordernis kann insbesondere bei Outbound-Callcentern, die beispielsweise Werbeanrufe tätigen, nur schwer Rechnung getragen werden, da kaum Akzeptanz der Angerufenen zu erwarten ist.²⁶ Die Problematik ließe sich aber zumindest entschärfen, wenn lediglich das Gesprochene des Callcenter-Mitarbeiters mitgehört würde.²⁷

Über die Zulässigkeit des offenen Mithörens von Telefongesprächen im Callcenter hatte das BAG²⁸ zu entscheiden. Dabei ging es um die Frage, ob die Telefongespräche eines neu eingestellten, sich in Probezeit befindlichen Mitarbeiters in einem Callcenter vom Arbeitgeber mit-

²¹ *Dannhorn/Mohnke*, AuA 2006, 210; *Wedde*, Fn. 4, 21 f.

²² *Grobys*, Die Überwachung von Arbeitnehmern in Call Centern, 2007, 34 f.

²³ *Dannhorn/Mohnke*, Fn. 21, 210.

²⁴ Ähnlich der Funktion „Aufschalten“, wie sie bei ISDN-Anlagen realisiert wurde (siehe dazu *Hammer/Pordesch/Roßnagel*, Fn. 19, 155 ff.).

²⁵ Dies trifft analog auf das verdeckte Mithören und insbesondere das Aufzeichnen der Gespräche zu. In Bezug auf beabsichtigtes Mithören kann die Einwilligung des Gesprächspartners unproblematisch direkt am Telefon erteilt werden, da das grundsätzliche Schriftformerfordernis in diesem Zusammenhang unangemessen wäre.

²⁶ *Voigt*, DuD 2008, 780.

²⁷ *Gola*, Fn. 2, 47.

²⁸ BAG 30.8.1995, Fn. 17, 218.

gehört werden dürfen, um die Arbeitsqualität zu verbessern. Eine Betriebsvereinbarung sah die Mithörmöglichkeit vor. Das BAG gelangte zum Ergebnis, dass die kollektivrechtliche Regelung nicht zu beanstanden sei, da die Eingriffe in schonendster Art erfolgten. Die vorgesehenen Mithörmaßnahmen erstreckten sich lediglich auf die Probezeit und erfolgten ferner mit voller Kenntnis des Mitarbeiters, da das Mithören nur direkt am Arbeitsplatz des Callcenter-Mitarbeiters vollzogen werden durfte.²⁹ Stimmen in der Literatur vertreten zutreffend die Auffassung, dass Arbeitnehmer das Mithören auch nach der Probezeit hinnehmen müssen, sofern es verhältnismäßig ausgestaltet ist; davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn die Kontrolle nicht pausenlos, sondern lediglich über kurze Zeiträume hinweg durchgeführt wird.³⁰

Das Wissen des Arbeitnehmers um die Überwachung kann sich stark auf die Validität der gewonnenen Ergebnisse auswirken. Der Berater wird besonders bemüht sein, eine gute Beurteilung zu erhalten, wenn er weiß, dass sein Telefonat der Kontrolle unterliegt. Deshalb könnte das verdeckte Mithören (Silent Monitoring) ein geeignetes Mittel darstellen, aussagekräftige Erkenntnisse im Hinblick auf das tatsächliche Telefonierverhalten des Beraters zu erlangen.

Vor dem 1. September 2009 bestanden sowohl beim offenen als auch beim verdeckten Mithören bundesdatenschutzgesetzlich keine Bedenken. Die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes griffen generell in nicht-öffentlichen Unternehmen gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG erst, wenn sich ein Datenumgang mit Datenverarbeitungsanlagen vollzog oder der Umgang in oder aus nicht automatisierten Dateien erfolgte. Die aktuelle Gesetzeslage sieht durch den neu ins Bundesdatenschutzgesetz aufgenommenen § 32 BDSG vor, dass auch für nicht automatisierte Vorgänge und bei fehlendem Dateibezug das Bundesdatenschutzgesetz für Arbeitsverhältnisse der Privatwirtschaft gelten soll. Damit werden nun Sachverhalte, die einst ausschließlich über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beurteilen waren, von den Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes erfasst.³¹ § 32 BDSG ist als *lex specialis* im Verhältnis zur früheren gesetzlichen Verarbeitungsbefugnis von beschäftigtenbezogenen Daten aus – der auch geänderten – § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG vorrangig anzuwenden.³² Die Vorschrift enthält die zum Beschäftigtendatenschutz durch Rechtsprechung entwickelten Grundsätze.³³ Auch schon vor der jüngsten Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes hatte der Arbeitgeber das Persönlichkeitsrecht seiner Mitarbeiter zu achten. Diese Verpflichtung wurde mit der Gesetzesnovellierung für jeglichen Umgang mit beschäftigtenbezogenen Daten einfachgesetzlich manifestiert. Im Grunde genommen ersetzt lediglich eine Generalklausel die andere – inhaltlich dürfte sich nichts ändern.³⁴

Das offene Mithören der Telefonate – sofern es nicht dauerhaft angelegt ist und somit die Berater nicht ständig unter Druck setzt – wird im Hinblick auf das Datenschutzrecht auch nach neuer Gesetzeslage mit § 32 Abs. 2 BDSG nicht zu beanstanden sein. Die Rechtmäßigkeit der Kontrolle ist anhand ihrer Erforderlichkeit festzustellen. Die Gesetzesbegründung³⁵ zum § 32 BDSG weist ausdrücklich darauf hin, dass Arbeitgebern zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses bestimmte Rechte – insbesondere auf Leistungs- und Verhaltenskontrollen – zustehen. Maßgeblich dafür, wie weit die Kontrollen reichen dürfen, ist das Ergebnis der

²⁹ Wedde, Fn. 4, 21 (25); BAG 30.8.1995, Fn. 17, 218.

³⁰ Dannhorn/Mohnke, Fn. 21, 210 (211).

³¹ Roßnagel, NJW 2009, 2716 (2717); Erfurth, NJOZ 2009, 2914 (2924).

³² Roßnagel, Fn. 31, 2716 (2721); Deutsch/Diller, DB 2009, 1462.

³³ BT-Drs. 16/13657, 37; entwickelt wurden die Grundsätze in den Urteilen BAG 15.7.1987, DB 1987, 2571 und BAG 12.9.2006, NZA 2007, 269.

³⁴ Thüsing, NZA 2009, 865 (869).

³⁵ BT-Drs. 16/13657.

Auslegung des Merkmals „Erforderlichkeit“. Nach hier vertretener Auffassung ist unter diese Generalklausel dasselbe zu fassen, wie ehemals unter die „Zweckbestimmung“, die nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG vor der Gesetzesnovelle problembezogen geprüft werden musste. Auch in der Rechtsprechung und im Schrifttum hat sich diese Meinung gefestigt.³⁶

Verdeckte Mithörmaßnahmen sind dagegen an strengeren Maßstäben zu messen: Nach der Rechtsprechung des *BVerfG*³⁷ verletzt das heimliche Abhören eines Dienstgesprächs durch den Arbeitgeber das Recht am eigenen Wort. Selbst das Bewusstsein des Arbeitnehmers über die grundsätzliche Mithörmöglichkeit durch den Arbeitgeber beseitigt diesen grundrechtlichen Schutz nicht.³⁸

Eine direkte Übertragung der Entscheidungsgrundsätze auf Kontrollen bei Callcenter-Mitarbeitern ist jedoch nicht möglich: Bei der Entscheidung lag ein Sachverhalt zu Grunde, bei dem der Arbeitnehmer mit dem Mithören des Arbeitgebers nicht rechnete, es sich somit um *heimliches* Mithören handelte. Beim Silent-Monitoring hingegen findet das Mithören nur verdeckt statt, d. h. die Mitarbeiter wurden darauf hingewiesen.³⁹ Verdecktes Mithören muss zu Ausbildungszwecken sowie zur Überprüfung der dienstlichen Aufgabenerfüllung ausnahmsweise zulässig sein, wenn die Mitarbeiter Kenntnis davon haben und die Kontrollen verhältnismäßig ausgestaltet sind.⁴⁰ Die Information der Arbeitnehmer muss aber nicht unmittelbar vor jeder einzelnen Kontrollmaßnahme erfolgen, da dies das Vorhaben „verdeckte“ Kontrolle ad absurdum führte.

Das Aufzeichnen der Telefongespräche, beispielsweise zum Zweck der anschließenden Analyse und der Ableitung von potenziellem Schulungsbedarf der Berater, kann gleichermaßen beim offenen wie auch verdeckten Monitoring erfolgen. Besonderes Charakteristikum des Mitschneidens von Gesprächen ist, dass die jeweiligen Inhalte, also das gesprochene Wort, ihre Flüchtigkeit einbüßen und praktisch jederzeit vom Arbeitgeber zur Kenntnis genommen werden können.⁴¹ Nicht nur die Gesprächsinhalte selbst, sondern auch die für die Tätigkeit als Callcenter-Mitarbeiter essentiellen „Nebenprodukte“ des Gesprochenen, wie Stimmlage, Sprechgeschwindigkeit und Ausdrucksweise, welche Rückschlüsse auf die Stimmung und Verfassung des jeweiligen Mitarbeiters zulassen, sind von der Aufzeichnung erfasst.

Gem. der Gesetzeslage vor dem 1. September 2009 war bei Aufzeichnungen der Telefonkommunikation danach zu differenzieren, ob die Gespräche analog, d. h. auf Tonband, oder digital festgehalten wurden. Bei analogen Mitschnitten fand das Bundesdatenschutzgesetz keine Anwendung, da keine Datenverarbeitungsanlagen und ferner keine Dateien tangiert sind. Durch die Gesetzesnovelle wurde diese Unterscheidung obsolet, da jetzt – wie bereits aufgezeigt – sämtliche Datenverarbeitungsprozesse im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses durch § 32 BDSG erfasst werden. Von der Nutzung veralteter analoger Tonträgersysteme ist heutzutage ohnehin nicht mehr auszugehen. Vielmehr finden digitale, computerunterstützte Aufnahmetechniken Verwendung.⁴²

Das Bundesdatenschutzgesetz erlaubt die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten gem. § 4 Abs. 1 BDSG nur, soweit es selbst oder eine andere Rechtsvorschrift

³⁶ *Deutsch/Diller*, Fn. 32, 1462 (1463) m. w. N.; *Erfurth*, Fn. 31, 2914 (2918) m. w. N.

³⁷ *BVerfG* 19.12.1991, NJW 1992, 815.

³⁸ *Raffler/Hellich*, NZA 1997, 862 (863).

³⁹ *Jordan/Bissels/Löw*, BB 2008, 2626 (2628).

⁴⁰ *Mengel*, BB 2004, 1445 (1449); *Dannhorn/Mohnke*, Fn. 21, 210 (211).

⁴¹ *Grobys*, Fn. 22, 35.

⁴² *Jordan/Bissels/Löw*, Fn. 39, 2626 (2629); *Grobys*, Fn. 22, 93 f.

diese Vorgänge zulässt. Im Übrigen benötigt man für eine zulässige Durchführung der genannten Zwecke stets die Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers. § 4 Abs. 1 BDSG stellt eine gesetzliche Legitimation für einen Grundrechtseingriff dar.

Bei Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person handelt es sich gem. § 3 Abs. 1 BDSG um personenbezogene Daten. Die Eckdaten eines Telefonats, zum Beispiel gewählte Rufnummer, Gesprächszeitpunkt und -dauer, fallen genauso unter § 3 Abs. 1 BDSG wie die Gesprächsinhalte.⁴³ Eine zielgerichtete Datenbeschaffung über den Betroffenen erfüllt gem. § 3 Abs. 3 BDSG den Tatbestand des „Erhebens“ von Daten.⁴⁴

§ 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG erlaubt dem Arbeitgeber den Umgang mit personenbezogenen Daten seiner Mitarbeiter, wenn der Umgang für Zwecke des Arbeitsverhältnisses erforderlich ist. Da sich die Erforderlichkeit i. d. R. nicht aus dem Vertragswortlaut ermitteln lässt, ist eine Abwägung der gegenseitigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zu vollziehen, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen hat.⁴⁵ Es steht außer Frage, dass Leistungskontrollen durch den Callcenter-Betreiber die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten erfassen und legitim sind. Sie müssen somit von den Beschäftigten hingenommen werden. Ob es für diese Kontrolle allerdings notwendig ist, dass das gesprochene Wort der Arbeitnehmer unbedingt festgehalten werden muss, ist zunächst fraglich. Das Arbeitsverhalten und die Arbeitsleistung der Berater lassen sich auch mit weit geringeren Einschnitten in ihr Persönlichkeitsrecht überprüfen: Offenes und/oder verdecktes Mithören ohne Aufzeichnung der Gespräche sind als völlig ausreichende Möglichkeiten zur Mitarbeiterbeurteilung zu betrachten.⁴⁶ Die dauerhafte Verfügbarkeit des Arbeitgebers über das gesprochene Wort seiner Mitarbeiter führte zu einer massiven Verletzung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Arbeitnehmer. Im Ergebnis kann der neue § 32 BDSG nicht, genauso wenig wie der nach früherer Gesetzeslage heranzuziehende § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG, dazu dienen, Verhaltens- und Leistungskontrollen anhand aufgezeichneter Telefonate zu rechtfertigen. Selbst wenn die mitgeschnittenen Gespräche gar nicht dauerhaft, sondern lediglich kurzfristig gespeichert werden sollen, wäre die Aufnahme unzulässig; der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter ist bereits hier zu tiefgehend. Höchstens ein hinreichend begründeter Verdacht auf eine Straftat könnte als Eingriffsrechtfertigung dienen.

Neben dem gesetzlichen Erlaubnistatbestand aus § 32 BDSG kommt für die zulässige Durchführung von Kontrollmaßnahmen jeglicher Art die Einwilligung⁴⁷ der Arbeitnehmer in Betracht. Die Einwilligung ermöglicht es dem Arbeitgeber sogar, seine Kontrollbefugnisse auf ein Höchstmaß zu erweitern.⁴⁸ Sie entspricht einer vorherigen Zustimmung gem. § 183 BGB; die Zulässigkeit des Umgangs mit den Daten lässt sich nicht durch ein nachträgliches Einverständnis erreichen.⁴⁹ Die Einwilligung nach § 4a BDSG ist in der Praxis problematisch, da bestimmte Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sein müssen.⁵⁰

⁴³ Mengel, Fn. 40, 1445 (1448).

⁴⁴ Gola/Schomerus, Fn. 10, § 3 Rn 24.

⁴⁵ Panzer, Fn. 14, 157 (in Bezug auf die „Zweckbestimmung“).

⁴⁶ Grobys, Fn. 22, 100 f; wohl auch Dannhorn/Mohnke, Fn. 21, 210 (212).

⁴⁷ Siehe zur zulässigen Ausgestaltung der Einwilligung des Gesprächspartners (opt-in-/opt-out-Modell) ausführlich Voigt, Fn. 26, 780 ff.; Olbert, Recht im Call Center, 2001, 128, betrachtet die Einwilligung als unabdingbare Zulässigkeitsvoraussetzung für die Umsetzung von Mithörmaßnahmen durch den Arbeitgeber.

⁴⁸ Siehe Gola, Fn. 2, 76 f., zur Frage, ob auch eine Betriebsvereinbarung die Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers auszudehnen vermag.

⁴⁹ Panzer, Fn. 14, 161; Zscherpe, MMR 2004, 723 (724).

⁵⁰ Gliss/Kramer, Arbeitnehmerdatenschutz, 2006, 35.

Gem. § 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG erlangt die Einwilligung nur dann Wirksamkeit, wenn sie auf dem freien Willen des Betroffenen beruht. Die Feststellung, inwieweit überhaupt Freiwilligkeit bei der Erteilung der Einwilligung vorgelegen hat, muss unter strengen Voraussetzungen vollzogen werden.⁵¹ Von tatsächlicher Freiwilligkeit kann nur dann die Rede sein, wenn der Mitarbeiter bei Versagen der Einwilligung keine negativen Konsequenzen zu befürchten hat.⁵² Der Arbeitnehmer ist deshalb gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG über die Folgen einer verweigerter Einwilligung aufzuklären. Er befindet sich im Arbeitsverhältnis in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Diese Tatsache kann dazu führen, dass sich der Arbeitnehmer in einer Zwangslage befindet oder zumindest unter Druck gesetzt fühlt.⁵³ Unterschreibt der Arbeitnehmer etwa beim Abschluss des Arbeitsvertrags nicht eine diesbezügliche Einwilligungserklärung, wird das Beschäftigungsverhältnis wohl erst gar nicht zustande kommen.⁵⁴ In einem solchen Fall kann von Freiwilligkeit keine Rede sein.⁵⁵ Ein weiteres notwendiges Merkmal einer freiwilligen Erklärung ist die Möglichkeit, die Einwilligung für die Zukunft, ohne negative Konsequenzen befürchten zu müssen, widerrufen zu können.⁵⁶

Neben der individuellen Einwilligung der Mitarbeiter im Callcenter in jedwede Kontrolle durch den Arbeitgeber kommt – falls ein Betriebsrat vorhanden ist – der Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung⁵⁷ in Betracht; gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht ein diesbezügliches Mitbestimmungsrecht.⁵⁸

3.2 Durchführung von Testanrufen

Eine Alternative zum Abhören der Callcenter-Gespräche besteht in der Durchführung verdeckter Testanrufe (Mystery Calls) durch den Arbeitgeber. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich diese Methode nur bei Inbound-Callcentern⁵⁹ einsetzen lässt. Mystery Calls eignen sich zur Feststellung, ob der betreffende Callcenter-Berater über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt und einen professionellen Umgang mit Kunden pflegt.⁶⁰ Jeder Berater muss sich ohnehin stets darüber im Klaren sein, dass seine Gesprächspartner ohne Weiteres die Möglichkeit besitzen, sich an den Betreiber des Callcenters zu wenden, um diesen auf etwaiges Fehlverhalten der Berater hinzuweisen und über die Servicequalität in Kenntnis zu setzen.⁶¹

Mystery Calls waren vor Inkrafttreten der Bundesdatenschutzgesetzesnovelle II datenschutzrechtlich als unproblematisch einzustufen. Wenn keine Aufzeichnung der Gespräche stattfand, fiel diese Methode zur Kontrolle – analog dem Mithören der Gespräche ohne Mitschneiden – nicht in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts, da bei Testanrufen weder Datenver-

⁵¹ Koeppen, *Rechtliche Grenzen der Kontrolle der E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz*, 2007, 182.

⁵² Panzer, Fn. 14, 161; Busse, in: *Besgen/Prinz*, *Neue Medien und Arbeitsrecht*, 2006, § 10 Rn. 59.

⁵³ Gola, *Datenschutz und Multimedia am Arbeitsplatz*, 2006, Rn. 291; Koeppen, Fn. 51, 182; Gliss/Kramer, Fn. 50, 35.

⁵⁴ Erler, *Die private Nutzung neuer Medien am Arbeitsplatz*, 2003, 97.

⁵⁵ Zscherpe, Fn. 49, 723 (726); Busse, in: *Besgen/Prinz*, Fn. 52, § 10 Rn. 59.

⁵⁶ Gliss/Kramer, Fn. 50, 36; Panzer, Fn. 14, 162.

⁵⁷ Siehe dazu ausführlich Reska, *Call Center*, 2006.

⁵⁸ Menzler-Trott, Fn. 7, 257.

⁵⁹ Analog zu den Testanrufen bei Inbound-Callcentern wäre für Outbound-Callcenter ein Vorgehen denkbar, bei dem die automatische Wählvorrichtung (Predictive Dialer) so konfiguriert wird, dass eine automatische Verbindung zu einem fiktiven Kunden hergestellt wird, ohne dass der Berater davon Kenntnis hat.

⁶⁰ A. A. Jordan/Bissels/Löw, Fn. 39, 2626 (2627), die Mystery Calls als ungeeignete Methode betrachten, Fachkenntnisse und Soft Skills der Callcenter-Berater „abzufragen“.

⁶¹ Gola, Fn. 2, 70; Dannhorn/Mohnke, Fn. 21, 210 (212).

arbeitsanlagen zum Einsatz gelangen, noch der Umgang mit personenbezogenen Daten in irgendeiner Form in oder für Dateien erfolgt.

Seit die Vorschrift des § 32 BDSG gilt, hat sich dies geändert: Da nun jegliche Datenerhebung durch den Arbeitgeber über seine Mitarbeiter dem Datenschutzrecht unterliegt, sind auch Mystery Calls am Kriterium der Erforderlichkeit zu überprüfen. Die mitarbeiterbezogene Leistungsüberprüfung anhand der Testanrufe ist für die Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses von Callcenter-Beratern als durchaus notwendig anzusehen, da sich der Arbeitgeber mit der Maßnahme ein aussagekräftiges Bild über die Leistungsfähigkeit und –bereitschaft seiner Belegschaft machen kann, welches sich mit keiner anderen „milderer“ Maßnahme dergestalt valide gewinnen lässt. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestehen keine Bedenken, wenn die Mitarbeiter nicht mit täglich stattfindenden Testanrufen durch den Arbeitgeber konfrontiert werden. Eine weitere Legitimation – neben der gesetzlichen – zur Durchführung von Anrufen zur Leistungsüberprüfung ergibt sich aus der Einwilligung der Mitarbeiter oder aus einer diesbezüglichen Betriebsvereinbarung.

Eine Aufzeichnung der Testanrufe darf aufgrund der bereits beim Mitschneiden der Telefonate angeführten Argumente grundsätzlich nicht stattfinden. Insofern ist auf die Ausführungen unter 3.1 zu verweisen.

3.3 Auswertung der äußeren Umstände der Telefonate

Die „Rahmendaten“ der Kommunikation (beispielsweise Gesprächszeitpunkt, Gesprächsdauer und angewählte Rufnummer) sowie die Daten zum Status des jeweiligen Beraters (zum Beispiel Abwesenheitszeiten, Anzahl angenommener Gespräche, Nachbearbeitungszeiten) lassen sich problemlos anhand der eingesetzten ACD-Anlage (Automatic Call Distribution, deutsch: automatische Anrufverteilung) ermitteln. Das ACD-System verteilt die ankommenden Anrufe auf die einzelnen Bedienplätze nach voreingestellten Kriterien, wie dem First-in-First-out-Prinzip. Dabei erhobene Daten können entweder in Echtzeit oder zu jedem beliebigen späteren Zeitpunkt eingesehen werden.⁶² Zusätzlich lassen sich die gewonnenen Daten grafisch oder tabellarisch darstellen, was ihre genaue Analyse erleichtert. Somit erhält der Arbeitgeber zumindest in quantitativer Hinsicht umfassende Informationen über die Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter.

Bei den Telefondaten handelt es sich um personenbezogene Daten gem. § 3 Abs. 1 BDSG, da beide Gesprächspartner regelmäßig anhand der jeweiligen Telefonnummer identifizierbar sind. Es liegt darüber hinaus eine automatisierte Verarbeitung gem. § 3 Abs. 2 BDSG vor, wenn die personenbezogenen Daten im ACD-System gespeichert und zur Auswertung aufbereitet werden.⁶³ Folglich bedarf es einer datenschutzrechtlichen Befugnis zur Durchführung dieser Datenverarbeitungsvorgänge. Neben der ausdrücklichen Einwilligung des Mitarbeiters in die Auswertung der Telefondaten oder einer entsprechenden Betriebsvereinbarung kommt die Erforderlichkeit des Datenumgangs zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG als Ermächtigungsgrundlage in Betracht; vor der Gesetzesänderung war die Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG heranzuziehen.

⁶² *Grobys*, Fn. 22, 34 f.

⁶³ *Kilian*, in: *Kilian/Heussen*, Computerrechts-Handbuch, 26. Ergänzungslieferung 2008, Rn. 62.

Wenn es sich um die Erstellung sog. Bedienplatzreports handelt, ist dem Callcenter-Betreiber die Überwachungsbefugnis bis zu einem gewissen Grad zuzugestehen.⁶⁴ Die Kontrolle im Hinblick auf die Erfassung und Auswertung der angefallenen Telefondaten ist insoweit zulässig, als sie im Rahmen einer Abwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen verhältnismäßig ausfällt.⁶⁵ In diesem Zusammenhang wäre etwa ein Vorgehen als verhältnismäßig anzusehen, bei dem die durch die ACD-Anlage erfassten Daten an lediglich zehn Tagen pro Monat mitarbeiterspezifisch ausgewertet werden würden.⁶⁶ Unzulässig dagegen sind sämtliche Maßnahmen, die eine lückenlose Telefondatenüberwachung zuließen; anhand dieser Daten könnte ein Persönlichkeitsprofil der Mitarbeiter in Bezug auf einen bestimmten Lebensbereich gebildet werden. Dies stellt in jedem Fall eine Verletzung des in § 75 Abs. 2 BetrVG manifestierten Persönlichkeitsschutzes dar und überschreitet somit die Grenze einer zulässigen Überwachung.⁶⁷ Denkbar sind grundsätzlich gruppenbezogene Auswertungen, die sich auch dauerhaft anlegen ließen, ohne an datenschutzrechtliche Grenzen zu stoßen. Sie gäben einen Überblick etwa über einen bestimmten Mitarbeiterkreis innerhalb des Callcenters; die mitarbeiterspezifische Komponente bliebe dabei unberücksichtigt.

4 Fazit

Insbesondere die zunehmende Konvergenz von Telekommunikationsanlage und dem am Bedienplatz eingesetzten Computersystem ermöglicht immer präzisere Auswertungen über die Arbeitsleistung und das Arbeitsverhalten der Mitarbeiter im Callcenter. Grundsätzlich ist dem Arbeitgeber, nicht zuletzt wegen der Erhaltung seiner wirtschaftlichen Betätigung, ein berechtigtes Interesse an der Kontrolle der Telefongespräche zuzusprechen. Es muss jedoch einschränkend berücksichtigt werden, dass die Kontrollen nur unter Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften stattfinden dürfen. Überdies sind stets mittelbar auf das Arbeitsverhältnis einwirkende verfassungsrechtliche Vorgaben – darunter insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter – zu beachten.

Die Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes durch § 32 Abs. 1 BDSG stellt keine grundsätzliche Änderung der Rechtslage dar, sondern ist eine Konkretisierung und Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung zum Datenschutz in Beschäftigungsverhältnissen.⁶⁸ Jedoch ist die ergangene Rechtsprechung zur Telefonüberwachung lückenhaft, nicht vollständig auf die Situation in Callcentern übertragbar und vermag höchstens im Einzelfall das konkrete Problem zu lösen. Aus diesem Grund ist in einer Vielzahl der Fälle die Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen im Rahmen einer Interessenabwägung im Sinne des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zwischen den Arbeitgeberinteressen und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer zu ermitteln. Die Grenze der zulässigen Kontrolle ist jedenfalls dort erreicht, wo es dem Arbeitgeber durch entsprechende Maßnahmen möglich wird, eine umfassende, vollständige Beschreibung der Arbeitnehmerpersönlichkeiten zu erstellen. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter, die in schonendster Art und Weise erfolgen, werden dagegen nicht zu beanstanden sein. So ist etwa das verdeckte Mithören, sofern es nur stichprobenartig angewandt wird und eine diesbezügliche

⁶⁴ *Gola/Schomerus*, Fn. 10, § 28 Rn. 20; *Gola*, Fn. 20, Rn. 662.

⁶⁵ *Gola/Schomerus*, Fn. 10, § 28 Rn. 16.

⁶⁶ *Grobys*, Fn. 22, 86; a. A. *Olbert*, Fn. 47, 129, der grundsätzlich davon ausgeht, dass die gänzliche Erfassung, Speicherung und Auswertung der Rahmendaten der Telekommunikation zulässig sei.

⁶⁷ *Gola*, Fn. 53, Rn. 191; *ders.*, Fn. 20, Rn. 663 f.

⁶⁸ *Maties*, RdA 2009, 261; *von Steinau-Steinrück/Mosch*, NJW-Spezial 2009, 450.

Aufklärung der Belegschaft im Vorfeld erfolgt ist, arbeitsvertraglich legitimiert und somit ohne Bedenken zulässig.

Die Arbeit im Callcenter ist stark ergebnisorientiert – Qualität, jedoch auch Quantität stellen die erfolgskritischen Größen dar. Nur durch hohe Kundenorientierung und effizientes Personaleinsatzmanagement lässt sich sicherstellen, dass die am Markt angebotene Dienstleistung angenommen wird. Dies setzt die Beurteilbarkeit der Aufgabenerledigung der einzelnen Mitarbeiter voraus.⁶⁹ Den Callcenter-Betreibern ist zugute zu halten, dass die eigentliche Arbeitsleistung eines Beraters in der Einbringung des gesprochenen Worts besteht, welches der Arbeitnehmer bereits beim Arbeitsvertragsabschluss „zur Disposition“ stellt. Ferner bringt der Berater auch kein Abbild seiner vollständigen Persönlichkeit in das Gespräch ein, sondern lediglich einen kleinen Teilbereich. Dabei gilt: Je höher der Standardisierungsgrad⁷⁰ der Gespräche, desto weniger gibt der Arbeitnehmer von seiner Persönlichkeit preis.⁷¹

Existiert im Callcenter ein Betriebsrat, kann der Abschluss einer Betriebsvereinbarung, die präzise Regelungen zu Art und Umfang der Überwachung enthält, maßgeblich die Rechtssicherheit in Bezug auf die Kontrolle der Mitarbeiter erhöhen. Neben ihr kommt ferner eine individuelle, allerdings freiwillige Einwilligung der Arbeitnehmer in bestimmte Kontrollmaßnahmen in Betracht; eine entsprechende Einwilligung vermag die generellen Überwachungsbefugnisse des Arbeitgebers zu erweitern.

⁶⁹ *Grobys*, Fn. 22, 85.

⁷⁰ Ein vorstrukturierter Gesprächsleitfaden gewährleistet höchstmögliche Standardisierung der Telefonate.

⁷¹ *Jordan/Bissels/Löw*, Fn. 39, 2626 (2628).