

## **Ortstagung Hamm am 09.04.2014**

Am 09.04.2014 begrüßte *Dr. Holger Schrade*, Präsident des LAG Hamm, den Referenten, *Dr. Christoph Ulrich*, Vorsitzender Richter am LAG Düsseldorf. *Schrade* schlug den Bogen von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom Vortrag zur Vorratsdatenspeicherung (C-293/12 und C-594/12) zum Thema der Ortstagung: Daten – Datensammlung – Datenverwertung – Beweisverwertung. In seinem Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Hamm im Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V. setzte sich *Ulrich* mit dem Thema „Beweisverwertungsverbote im Arbeitsrecht/ Zulässigkeit und Grenzen von Videoüberwachung, E-Mail-Kontrolle und Einsicht in Login-Dateien“ auseinander und knüpfte damit unmittelbar an den Vortrag der vorhergehenden Ortstagung von *Prof. Dr. Jacob Jousen* an („Compliance und Datenschutz beim Gebrauch von Kommunikationsmitteln im Arbeitsverhältnis“; Tagungsbericht in: DARbGV, Mitteilungen für Mitglieder, Nr. 90, März 2014, S. 19 ff.).

*Ulrichs* Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

### **I. Grundsätze der Beweisverwertung**

#### **1. Allgemeine Voraussetzungen**

Ausgangspunkt für Fragen nach Beweisverwertungsverböten ist die ZPO. Sie regelt die einzelnen Beweismittel und den Ablauf der Beweisaufnahme. Im Rahmen der Entscheidungsfindung ist die zentrale Norm § 286 ZPO. Danach hat das Gericht den Rechtsstreit unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden. Ziel ist das Erreichen eines Beweismaßes, die „Überzeugung von der Wahrheit“. Ein Problem ist, dass die ZPO bei den Beweismitteln nicht zwischen der Art und Weise, wie sie erlangt worden sind, differenziert. Tatsachen und Beweismittel sind grundsätzlich von den Parteien zu bezeichnen und beizubringen. Die ZPO nennt allerdings nur die Beweismittel und regelt das Beweisaufnahmeverfahren. Die ZPO selbst differenziert nicht zwischen „erlaubten“ und „verbotenen“ Beweismitteln. Sie kennt kein prozessuales Verwendungs- oder Verwertungsverbot. Aus § 286 ZPO und Art. 101 GG folgt im Gegenteil die grundsätzliche Verpflichtung des Gerichtes, den

vorgetragenen Sachverhalt und die angebotenen Beweise zu berücksichtigen (BVerfG v. 13.02.2007 – 1 BvR 421/05; BVerfG v. 09.10.2002 – 1BvR 1611/96). Da somit eine ausdrückliche Regelung fehlt und die von den Parteien angebotenen Beweismittel grundsätzlich zu erheben sind, kann nicht jedes rechtswidrig erlangte Beweismittel zu einem Beweisverwertungsverbot führen. Es ist zu trennen zwischen der Rechtswidrigkeit der Erlangung des jeweiligen Beweismittels und der Rechtswidrigkeit der Verwertung des Beweismittels im Prozess. Dabei sind mehrere Faktoren zu berücksichtigen:

- Die Beweisaufnahme erfolgt in einem hoheitlichen Verfahren **durch das Gericht**. Das Gericht ist unmittelbarer Adressat der Grundrechtsbindung betreffend ein faires Verfahren.
- Ziel der ZPO ist auch die Ermöglichung eines materiell richtigen Urteils.
- Die rechtswidrige Erlangung des Beweismittels erfolgt **durch eine Prozesspartei**. Hier besteht nur eine mittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Die Prozesspartei greift in die Grundrechte der anderen Partei ein.

Auf dieser Grundlage ergibt sich zunächst, dass eine Verwertung jedenfalls dann ausscheidet, wenn ein Gesetz die Unverwertbarkeit eines Beweismittels anordnet. Ein gesetzliches Verwertungsverbot betreffend das Strafrecht enthält § 51 BZRG hinsichtlich getilgter oder tilgungsreifer Verurteilungen. Dies betrifft das Arbeitsrecht nicht. Umgekehrt ist ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel verwertbar, wenn aufgrund gesetzlicher Vorschriften ohnehin ein Anspruch auf Vorlage des konkreten Beweismittels durch den Prozessgegner bestünde (z.B. § 810 BGB, Pflicht zur Vorlage einer bestehenden Urkunde über die Schuld, vgl. BAG v. 15.08.2002 – ZIP 2003, 486).

In allen anderen Fällen ist die Frage der Beweisverwertung ein **Abwägungsproblem** zwischen den durch die rechtswidrige Erlangung betroffenen Rechten. Es muss geprüft werden, ob die Verwertung der rechtswidrig beschafften Daten und Erkenntnisse mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist (BVerfG v. 13.02.2007 – 1 BvR 421/05). Daneben sind die spezialgesetzlichen Regelungen zu

berücksichtigen, die das Persönlichkeitsrecht konkretisieren, vor allem das BDSG, da Erkenntnisgewinne typischerweise mit Datenerhebungen einhergehen.

## 2. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist das Bestehen eines Verwertungsverbotes „schulmäßig“ am Persönlichkeitsrecht zu prüfen. Zunächst ist der Schutzbereich zu ermitteln und zu prüfen, ob dieser durch die rechtswidrige Erhebung des Beweises im konkreten Fall betroffen ist. Schließlich sind die widerstreitenden Interessen im Wege praktischer Konkordanz abzuwägen.

Anerkannte Schutzbereiche sind:

- Schutz der Intimsphäre
- Schutz der Privatsphäre
- Recht am eigenen Wort
- Recht am eigenen Bild
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung
- Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (BVerfG v. 27.02.2008, 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 „Online-Durchsuchung“)

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann in vielfältiger Weise durch Beweiserhebungen beeinträchtigt werden (z.B. Beobachten durch einen Detektiv, heimliches Video, heimliches Abhören des Telefonates, Zugriff auf PC am dienstlichen Arbeitsplatz). Für den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist entscheidend, dass es nicht schrankenlos gewährleistet wird, sondern beschränkt wird durch die verfassungsmäßige Ordnung. Hierzu gehören auch die zivilprozessualen Vorschriften über die Vernehmung von Zeugen und die richterliche Beweiswürdigung (z.B. BVerfG v. 09.10.2002, 1 BvR 1611/96). Ob der Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem für die Verwertung sprechenden rechtlichen Interesse. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, auf welcher Ebene und mit welcher Intensität der Grundrechtseingriff erfolgt.

In Abhängigkeit von der Intensität des Eingriffs ist bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts allein das Interesse an einer materiell richtigen

Entscheidung nicht ausreichend, um dem Rechtsstaatsprinzip bei der Abwägung stets einen gleichen oder höheren Stellenwert zukommen zu lassen. In diesem Fall müssen weitere Aspekte hinzutreten, aus denen sich ergibt, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts schutzbedürftig ist. Das Interesse an der Verwertung der vorgetragenen Daten und Erkenntnisse hat nur dann höheres Gewicht, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzukommen, die ergeben, dass es trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung schutzbedürftig ist (BVerfG v. 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96; BVerfG v. 13.02.2007, 1 BvR 421/05).

### 3. Bundesdatenschutzgesetz

Die Bestimmungen des BDSG konkretisieren das allgemeine Persönlichkeitsrecht und regeln, in welchem Umfang Eingriffe zulässig sind. Gemäß § 4 BDSG sind die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies **erlaubt oder anordnet** oder der Betroffene **eingewilligt** hat (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).

#### a) § 32 BDSG

Zentrale Erlaubnisnorm für das Arbeitsrecht ist § 32 BDSG. Danach dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Nach § 32 Satz 2 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten *zur Aufdeckung von Straftaten* nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse eines Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

Der persönliche **Anwendungsbereich** erstreckt sich auf alle Beschäftigten (und nicht nur „Arbeitnehmer“). Der sachliche Anwendungsbereich erfasst personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG, d.h. Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse. Es geht dabei umfassend um Erkenntnisgewinn. Die Datenerhebung ist nicht beschränkt auf automatisierte Verarbeitung. Tatsächliche Handlungen reichen aus, wie sich aus § 32 Abs. 2 BDSG ergibt, der einen Paradigmenwechsel bewirkt hat (zum Blick in den Spind des Arbeitnehmers: BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11). Auch wenn § 32 BDSG auf einen vollständigen Ersatz des § 28 BDSG für den Bereich des Beschäftigungsverhältnisses gerichtet ist, ist das Verhältnis der beiden Regelungen nach wie vor umstritten.

Materiell ist die Datenerhebung gerechtfertigt, wenn sie für die Begründung, Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Dies erfordert eine am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Einzelfallentscheidung, die die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer berücksichtigt. Streitig ist, ob die weitere Rechtfertigung in Bezug auf die Aufdeckung von Straftaten voraussetzt, dass sich der Verdacht auf strafbare Handlungen bezieht. Ob präventive Maßnahmen generell ausgeschlossen, ist ebenfalls umstritten. Dies dürfte zu verneinen sein, da die Norm des § 32 BDSG die bisherige Rechtsprechung zusammenfassen sollten (offengelassen: BAG v. 20.06.2013 – 2 AZR 546/12).

Es stellt sich die Frage, ob bereits der materielle Verstoß gegen § 32 BDSG zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Dies ist grundsätzlich denkbar, offen ist jedoch, ob ein Verstoß gegen die materiellen Voraussetzungen ohne weiteres zu einem Beweisverwertungsverbot führt, oder aber ob es einer weiteren Abwägung der betroffenen Grundrechte bedarf (offengelassen: BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, deutet aber Grundrechtsprüfung an; deutlicher zu erforderlichen Grundrechtsprüfung: BAG v. 20.06.2013 – 2 AZR 546/12; vgl. auch *Bayreuther*, DB 2012, 2222; *Grimm/Schiefer*, RdA 2009, 329; *Lunk*, NZA 2009, 457).

## **b) § 6 b BDSG**

Die Regelung in § 6 b BDSG betrifft die Überwachung öffentlicher Räume. Die Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (Videoüberwachung) ist nur zulässig, soweit sie

- zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen,
- zur Wahrnehmung des Hausrechts oder
- zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke

erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle sind durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen.

Fraglich ist, ob ein Verstoß gegen die Hinweispflicht des § 6 b Abs. 2 BDSG stets zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Das BAG hat dies zutreffend verneint. Auch in öffentlichen Räumen könne eine heimliche Videoaufzeichnung erforderlich sein. Das Kennzeichnungsverbot sei auch keine Voraussetzung für die weitere Datenverarbeitung nach § 6 b Abs. 3 BDSG. Es sei nicht ersichtlich, dass die Kennzeichnung materielle Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Sollte dies anders sein, sei die Regelung für Arbeitgeber verfassungsrechtlich bedenklich. Die Norm müsse jedenfalls verfassungskonform dahingehend ausgelegt, dass im Einzelfall eine heimliche Überwachung gerechtfertigt sein kann (BAG v. 21.11.2013, 2 AZR 797/11).

### **c) Fazit**

Ob ein materieller Verstoß gegen das BDSG zu einem Verwertungsverbot führt, dürfte mit der herrschenden Meinung im Wege einer Grundrechtsprüfung abzuarbeiten sein. Durch eine Verletzung des § 32 BDSG ist das Persönlichkeitsrecht betroffen. Ob dieser Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden Persönlichkeitsrecht und dem für die Verwertung sprechenden rechtlichen Interesse. Erforderlich ist eine Einzelfallabwägung, deren Ergebnis insbesondere von der Art und vom Umfang des Eingriffs abhängt.

## **II. Beweisverwertung im Arbeitsrecht – die Rechtsprechung des BAG**

## 1. Heimliche Videoüberwachung

Nach der zutreffenden Rechtsprechung des BAG (BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11; BAG v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11; BAG v. 27.03.2003, 2 AZR 51/02) stellt die heimliche Videoüberwachung einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Ob der Eingriff gerechtfertigt ist wird auch vom BAG im Wege einer Grundrechtsprüfung ermittelt. Durch Abwägung ist zu ermitteln, ob das Persönlichkeitsrecht Vorrang genießt vor dem Interesse an einer materiell richtigen Entscheidung.

### a) Materielle Zulässigkeit

Zu beachten ist, dass die *zulässige* heimliche Videoüberwachung schon von vornherein keinen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt. Eine heimliche Videoüberwachung ist dann zulässig,

- wenn der konkrete Verdacht eine strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung besteht,
- weniger einschneidende Maßnahmen zur Aufklärung des Verdachts erschöpft sind,
- die Videoüberwachung das einzig verbleibende Mittel darstellt und
- der Einsatz insgesamt nicht unverhältnismäßig ist

(BAG v. 21.06.2012 – 2 AZR 153/11; BAG v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02; BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11). Im Falle einer zulässigen heimlichen Videoüberwachung stellt sich das Problem des Verwertungsverbots nicht, weil zulässiges Handeln kein Verwertungsverbot begründen kann.

### b) Materielle Rechtswidrigkeit

Eine materiell *unzulässige* Videoüberwachung begründet demgegenüber regelmäßig ein Verwertungsverbot. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist schwerwiegend, weil ein Eingriff in den Kernbereich des Grundrechts vorliegt. In diesem Fall überwiegt das Interesse an der Beweisverwertung nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Das Interesse, Be-

weismittel zu sichern, reicht nicht aus. Der Eingriff ist in diesem Fall nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder notwehrähnlichen Lage befindet.

### **c) Verstoß gegen Mitbestimmungsrecht**

Die Videoüberwachung ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Wird gegen dieses Mitbestimmungsrecht verstoßen, besteht jedenfalls dann kein Verwertungsverbot, wenn die Verwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist und der Betriebsrat beispielsweise einer Kündigung in Kenntnis der heimlichen Videoaufzeichnung zustimmt (BAG v. 27.03.2003 – 2 AZR 51/02). Die Entscheidungen des BAG zu dieser Frage lassen darauf schließen, dass die unterbliebene Mitbestimmung regelmäßig kein Verwertungsverbot begründen könne, wenn die Überwachung ansonsten materiell gerechtfertigt war (BAG v. 07.12.2006, 2 AZR 182/06).

### **d) Verstoß gegen BDSG**

Allein der Verstoß gegen die Kenntlichmachung der Überwachung entgegen § 6 b Abs. 2 BDSG führt nicht zu einem Verwertungsverbot (siehe bereits oben I. 3. b).

Ob materielle Verstöße gegen § 32 BDSG oder etwa § 6 b BDSG ein Verwertungsverbot begründen, ist bislang vom BAG nicht geprüft bzw. offengelassen worden. Da die Regelungen materiell auf den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen aufbaut, ist zu erwarten, dass sich das BAG bei seiner Rechtsprechung im Bereich der Videoüberwachung auch künftig an den herkömmlichen Abgrenzungskriterien orientiert (vgl. BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11).

### **e) Zufallsfunde**

Zufallsfunde der Videoüberwachung liegen vor, wenn die Überwachung nicht den Kündigungssachverhalt zeigt, zu deren Aufdeckung die Kameras eingesetzt worden sind, sondern einen völlig anderen. Derartige Funde sind nicht von vornherein unverwertbar. Auch in diesem Fall muss aber das Beweisinteresse des Arbeitgebers höher zu bewerten sein, als das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines

Persönlichkeitsrechts. Das gewonnene Material muss eine schwerwiegende Pflichtverletzung betreffen, und die Videoüberwachung darf selbst nicht unverhältnismäßig sein (BAG v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11).

## f) Fernwirkung

*Fallbeispiel (BAG v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08):*

*Der Arbeitgeber lässt wegen Kassendifferenzen vom 17. bis 23.03.2007 über der Decke im Kassenbereich eine Videokamera anbringen. In der Filiale findet sich ein allgemeiner Hinweis auf Videoüberwachung, eine Information über die konkrete Maßnahme ist nicht erfolgt. Eine spätere Auswertung zeigt die Klägerin, die Waren in unzulässiger Weise mit produktbezogenen Gutscheinen bezahlt. Aufgrund des Videos findet der Arbeitgeber weitere „Beweise“. Denn auch Kassenstreifen bestätigen die Tat. Der Arbeitgeber stützt sich im Prozess im Wesentlichen auf die Kassenstreifen.*

Nach der Lehre der „Fruit of the poisonous tree“, verbreitet etwa im angelsächsischen Rechtsraum, wären die Kassenstreifen unverwertbar. Laut BAG wiegt die Verwertung der „neuen“ Tatsachen hingegen nicht schwer, weil der Schutz vor Videoüberwachungen nicht verlange, dass Tatsachen außer Acht gelassen werden, die sich neben der Videoaufzeichnung auch aus anderen Quellen ergäben. Diese Quellen seien dem Arbeitgeber vorliegend ungehindert zugänglich gewesen. Daher sei die Auswertung der Kassenstreifen ohne Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin erfolgt.

Auch das BVerfG (v. 08.12.2005 – 2 BvR 1686/04) ist bei der Annahme von Fernwirkungen zurückhaltend. Dadurch würde die Wahrheitsfindung zu sehr eingeschränkt und es ließe sich auch nicht immer feststellen, ob der Verstoß tatsächlich *conditio sine qua non* für das neu gefundene Beweismittel sei.

## 2. Spindkontrolle/„Sachvortragsverbot“

*Fallbeispiel (BAG v. 13.12.2007 – 2 AZR 537/06):*

*Die Arbeitnehmerin leitet die Verkaufsstelle einer Drogerie. Am 08.02.2005 führt der Arbeitgeber eine Spätkontrolle bei der Arbeitnehmerin durch und findet in der Jacke im Spind einen Lippenstift, der unstreitig aus dem Sortiment des Arbeitgebers stammt. Es existiert eine Betriebsvereinbarung*

*über Personalkontrollen, die ein konkretes Verfahren regelt, welches aber nicht eingehalten worden ist. Die Arbeitnehmerin behauptet, es handele sich um einen Tester und nicht um reguläre Ware. Der Lippenstift befinde sich bereits seit sechs Monaten in der Jacke.*

Fraglich war im vorstehenden Fall, ob wegen des Verstoßes gegen die Betriebsvereinbarung ein Verwertungsverbot bestand. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass das Ergebnis der Kontrolle unstrittig war: Die Arbeitnehmerin und spätere Klägerin war im Besitz eines Lippenstifts aus dem Sortiment des Arbeitgebers. Die sich daran anschließende Frage lautete, ob auch bei unstrittigem Sachverhalt ein „Verwertungsverbot“ in Betracht kommen kann. Denn bei der Kontrolle war die bestehende Betriebsvereinbarung unstrittig nicht beachtet worden.

Das BAG stellte zunächst klar, dass die Zivilprozessordnung an sich kein Verwertungsverbot bezüglich unstrittigen Sachvortrags kenne, auch wenn dieser unter Verstoß gegen eine bestehende Betriebsvereinbarung gewonnen worden sei. Gleichwohl könne auch bei unstrittigem Sachverhalt ein „Verwertungsverbot“ bestehen. Denn die Möglichkeit des prozessualen Bestreitens stelle kein angemessenes Korrektiv dar, weil der Arbeitnehmer wider besseres Wissen bestreiten müsste.

Vielmehr müsse zwischen der Erlangung der Information und deren Verwertung differenziert werden. Ein Verwertungsverbot könne bei unstrittigem Sachverhalt regelmäßig nur dann angenommen werden, wenn mit der gerichtlichen Verwertung ein erneuter Eingriff in rechtlich geschützte, höherrangige Positionen der anderen Prozesspartei oder die Perpetuierung eines solchen Eingriffs verbunden wäre und dies auch durch schutzwürdige Interessen der Gegenseite nicht gerechtfertigt werden könnte (BAG v. 16.12.2000 – 2 AZR 485/08).

Für die Frage der Rechtsfolge des Verstoßes gegen die Betriebsvereinbarung als solche führte das BAG aus, dass es keinen allgemeinen Grundsatz gebe, wonach ein Verstoß gegen die vorhandene Betriebsvereinbarung stets zu einem „Verwertungsverbot“ führe. Dies sei nur dann der Fall, wenn der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm ein „Verwertungsverbot“ gebiete, weil ein Eingriff in höherrangige verfassungsrechtlich geschützte Positionen vorliege. Insoweit sei zunächst auf das verletzte Mitbestimmungsrecht abzustellen. Dieses sichere im

Regelfall den kollektivrechtlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts. Ist die Maßnahme individualrechtlich zulässig, führe die Verletzung des Mitbestimmungsrechts nicht zu einem „Verwertungsverbot“. Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte seien ausreichend betriebsverfassungsrechtlich sanktioniert. Etwas anderes gelte nur dann, wenn bei der Kontrolle selbst die Rechte der Arbeitnehmerin in erheblichem Maße verletzt worden wären. Zwar betreffe die Kontrolle das Persönlichkeitsrecht. Es handle sich aber nicht um einen gravierenden Eingriff wie etwa im Falle einer heimlichen Durchsuchung. Das Persönlichkeitsrecht werde nicht schrankenlos gewährleistet. Hier liege schon deshalb kein Eingriff vor, weil die Arbeitnehmerin zugestimmt hatte.

### **3. Mitgehörtes Telefonat**

*Fallbeispiel (BAG v. 23.04.2009 – 2 AZR 189/08):  
Die Arbeitnehmerin war arbeitsunfähig. Der Arbeitgeber sollte die Arbeitnehmerin in einem Telefonat aufgefordert haben, trotz Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten. Die Krankschreibung interessiere ihn nicht. Nach dem Telefonat wird der Arbeitnehmerin gekündigt. Sie meint, die Kündigung sei eine Reaktion auf die fehlende Bereitschaft, trotz Arbeitsunfähigkeit zu arbeiten. Im Kündigungsschutzprozess beruft sich die Arbeitnehmerin und Klägerin darauf, dass eine Bekannte zufällig das Telefonat mitgehört habe, weil das Handy auf maximale Lautstärke eingestellt gewesen sei. Es stellte sich die Frage, ob die Bekannte als Zeugin vernommen werden konnte.*

Laut BAG besteht im Falle des heimlichen Mithörens eines Telefonats regelmäßig ein Verwertungsverbot, weil das Persönlichkeitsrecht in erheblichem Maße verletzt sei. Daraus folge regelmäßig ein Verwertungsverbot. Bei der Abwägung der betroffenen Interessen überwiege bei heimlichem Mithören der Schutz des gesprochenen Wortes. Deshalb müsse das Interesse an der Beweiserhebung wiederum über das „schlichte Beweisinteresse“ hinausgehen.

Es sei aber stets zu prüfen, ob der mithörende Zeuge zielgerichtet oder zufällig Kenntnis vom Inhalt des Telefonats erhalten habe. Bei heimlichem Mithören sei die bewusste Entscheidung maßgebend, den Zeugen mithören zu lassen. Dann werde aktiv in das Persönlichkeitsrecht eingegriffen (z.B. Telefon extra auf laut stellen, Telefon vom Ohr weghalten). Das Persönlichkeitsrecht sei aber nicht verletzt, wenn die

Arbeitnehmerin die Zeugin nicht durch aktives Tun zielgerichtet veranlasst habe, das Telefonat mitzuhören. Denn in diesem Fall bestehe kein Handlungsunrecht. Der Gesprächspartner könne nicht davon ausgehen, dass zufällig anwesende Personen keine Kenntnis erhalten, insbesondere wenn über Mobiltelefon telefoniert werde. Dann überwiege das Interesse am materiell richtigen Urteil (Beispiele für zufälliges Mithören: dünne Wände, offene Türen, erhebliche Lautstärke, Telefonat in Zügen, Supermärkten).

Zu beachten ist, dass die geschilderte Rechtsprechung zum Beweisverwertungsverbot nur den Inhalt des Telefonats betrifft, gerichtet auf die Aussagen der anderen Partei. Das Persönlichkeitsrecht ist nicht betroffen, wenn ein bei einem Telefonat ohne seine Kenntnisse anwesender Zeuge, der die Äußerungen des Gesprächsteilnehmers nicht mithört, darüber vernommen wird, was eine Partei in seiner Gegenwart am Telefon erklärt hat. Insoweit kann sich keiner, der ein Telefongespräch führt, darauf verlassen, dass beim telefonierenden Gesprächspartner keine Personen anwesend sind, die das in dessen Anwesenheit Gesagte hören und hierüber später vernommen werden (LAG Hamm v. 19.05.2011 – 14 Ta 519/10).

#### **4. Heimliche Spindkontrolle**

*Fallbeispiel (BAG v. 20.06.2013 – 2 AZR 546/12):  
Wegen eines Diebstahlsverdachts wird in einem Verkaufsmarkt heimlich der Spind des Klägers im Beisein eines Betriebsratsmitglieds geöffnet. Der Arbeitnehmer ist im Betrieb. Im Spind soll Damenunterwäsche aus dem Sortiment des Arbeitgebers gefunden worden sein. Der Arbeitnehmer und Kläger vertritt die Auffassung, die Ergebnisse aus der heimlichen Spindkontrolle dürften nicht verwertet werden.*

Das BAG lässt offen, ob ein Verstoß gegen § 32 BDSG vorliegt. In jedem Fall sei eine am Prinzip der Verhältnismäßigkeit orientierte Grundrechtsprüfung erforderlich. Die Durchsuchung des Spinds stelle einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar, weil der persönliche Schrank des Arbeitnehmers und dessen Inhalt zwar nicht der Intimsphäre, wohl aber der Privatsphäre zuzuordnen seien. Andererseits könnten vom Schrank auch Störungen ausgehen. Gleichwohl könnten Arbeitnehmer regelmäßig darauf vertrauen, dass ein Spind nicht ohne ihr Einverständnis durchsucht werde. Dies sei nur bei zwingenden Gründen, etwa dem Verdacht einer Straftat,

denkbar. Die Durchsuchung müsse jedoch auch dann erforderlich und angemessen sein. Dies sei im Ausgangsfall nicht der Fall, da der Kläger nicht hinzugezogen worden sei. Dies wäre eine mildere Maßnahme gewesen. Die Heimlichkeit erhöhe die Schutzbedürftigkeit. Eine Kontrolle in Gegenwart des Klägers wäre auch nicht weniger effektiv gewesen. Ein Eingriff könne nur dann gerechtfertigt sein, wenn sich der Beweisführer mangels anderer Erkenntnisquellen in einer „Notwehrsituation“ befände.

### **III. Beweisverwertung im Vergleich – die Rechtsprechung des BGH zum GPS-Einsatz**

*Fallbeispiel (BGH v. 15.03.2013 – XII ZB 107/08):  
Ein Mann wollte seiner Frau keinen nachehelichen Unterhalt mehr zahlen. Er glaubte, die Frau lebe in einer verfestigten anderen Lebensgemeinschaft. Er beauftragte einen Detektiv, der ein umfassendes personenbezogenes Bewegungsprofil der Frau erstellte. Es wurden Fahrten mit einem heimlich am Fahrzeug der Frau angebrachten GPS-Sender überwacht. Der Mann möchte die Kosten des Detektiveinsatzes erstattet haben.*

Laut BGH ermögliche eine GPS-Überwachung eine lückenlose Bestimmung des Aufenthaltsorts und greife damit in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Ein Eingriff dürfe nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Entscheidend sei, dass zwar angebotene Beweismittel grundsätzlich zu berücksichtigen seien. Das alleinige Beweisinteresse rechtfertige den gravierenden Eingriff jedoch nicht. Ob unzutreffender Sachvortrag einer Partei eine Notwehrlage begründe, könne offen bleiben. Jedenfalls müsse der Eingriff selbst verhältnismäßig sei. Hier hätte die punktuelle Überwachung ausgereicht, etwa durch Stichproben zu bestimmten Zeiten, etwa abends oder an Wochenenden.

### **IV. Zusammenfassung**

Eine **rechtmäßige** Kontrollmaßnahme führt nie zu einem Beweisverwertungsverbot.

Eine **rechtswidrige** Kontrollmaßnahme kann ein Verwertungsverbot begründen. Allerdings begründet nicht jede rechtswidrig durchgeführte Maßnahme ein Verwertungsverbot. Ob der Grundrechtseingriff gerechtfertigt ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem für die Verwertung sprechenden rechtlichen Interesse. Je intensiver der Eingriff ist, desto eher greift ein Verwertungsverbot. Bei besonders schwerwiegenden Eingriffen – wie dem heimlichen Mithören eines Telefonats, einer heimlichen ungerechtfertigten Videoüberwachung und heimlicher GPS-Überwachung – ist stets zu prüfen, ob besondere Umstände es gerechtfertigt erscheinen lassen, dass allgemeine Persönlichkeitsrecht zurücktreten zu lassen. Dies ist der Fall, wenn sich der Arbeitgeber in einer notwehrähnlichen Lage befindet.

Der Verstoß gegen ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats begründet regelmäßig noch kein Verwertungsverbot. Wäre die Maßnahme individualrechtlich zulässig, kann das Mitbestimmungsrecht den Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht nicht begründen. Geht dagegen mit dem Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts einher, ist das erlangte Beweismittel unverwertbar.

Der Verstoß gegen das Gebot zur Kenntlichmachung einer Videoüberwachung im öffentlichen Raum gemäß § 6 b Abs. 2 BDSG begründet kein Verwertungsverbot.

Auch bei unstreitigem Sachverhalt kann ein Verbot der Verwertung des Sachvortrages in Betracht kommen, wenn der zugrundeliegende Erkenntnisgewinn rechtswidrig gewesen ist.

## **V. Ausgewählte Fragen**

### **1. E-Mailkontrolle – Telekommunikationsgesetz**

Um die Frage eines Verwertungsverbots nach einer E-Mailkontrolle bewerten zu können, bedarf es der Prüfung, ob die Kontrollmaßnahme rechtmäßig gewesen ist. Die Frage der Rechtfertigung hängt ab vom anwendbaren Normkomplex. Hier stellt sich die Frage, ob auch das Telekommunikationsgesetz (TKG) Maßstab ist. Zweifelhafte ist, ob der Arbeitgeber „Diensteanbieter“ ist. Nach § 3 Nr. 6 TKG ist dies jeder,

der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Unter „geschäftsmäßigem Erbringen“ ist wiederum das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht zu verstehen, § 3 Nr. 10 TKG. Die Frage, ob der Arbeitgeber durch die Eröffnung der Privatnutzung nachhaltige Telekommunikation anbietet, wurde lange Zeit unkritisch bejaht. Es sei unerheblich, dass dies unentgeltlich geschehe, weil eine Gewinnerzielungsabsicht nicht vorausgesetzt werde. Auch die Gesetzesmaterialien deuten diese Auslegung an (OLG Karlsruhe v. 10.02.1005 – 1 Ws 152/04; De Wolf, NZA 2010, 1206; Simitis/Seifert, § 32 BDSG, Rz. 92; Plath/Jenny, § 88 TKG, Rz. 15.) Gleichwohl nehmen derzeit die Tendenzen zu, den Arbeitgeber vom TKG auszunehmen (LAG Niedersachsen v. 31.05.2010 – 12 Sa 875/09; KAG Berlin-Brandenburg v. 16.02.2011 – 4 Sa 2132/10). Nach wohl noch herrschender Meinung ist der Anwendungsbereich des TKG eröffnet, wenn der Arbeitgeber die **Privatnutzung gestattet**. Daher kann sich der Arbeitgeber dem TKG entziehen, wenn er die private Nutzung untersagt. In diesem Fall gelten „nur“ das BDSG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Soweit das TKG einschlägig ist, gilt das Fernmeldegeheimnis, § 88 TKG. Geschützt sind der Inhalt der Telekommunikation und ihre „näheren Umstände“, §§ 91 bis 107 TKG. Das bedeutet, dass der Kommunikationsvorgang während der Übermittlung geschützt ist. Daraus folgt das Verbot, den Inhalt von E-Mails zu lesen.

Von ganz besonderer Bedeutung ist, was genau der Kommunikationsvorgang ist und wann dieser endet. Letzteres ist dann der Fall, wenn die Daten beim Empfänger angekommen sind. Solange sie beim Provider liegen, ist der Vorgang noch nicht abgeschlossen (BVerfG v. 02.03.2006 – 2 BvR 2099/04; BVerfG v. 01.06.2009 – 2 BvR 902/06). Ist die Mail auf dem PC selbst gespeichert worden (etwa in einem lokalen Ordner), ist der Kommunikationsvorgang abgeschlossen. Gleiches gilt für ausgedruckte E-Mails (LAG Berlin-Brandenburg v. 16.02.2011 – 4 Sa 2132/10). Ein weiteres zu beachtendes Detail betrifft die erforderliche Differenzierung nach der Art des Zugriffs:

- Beim **IMAP-Verfahren** bleiben E-Mails dauerhaft auf dem Mailserver. Es verbleibt bei der Anwendbarkeit des TKG.
- Beim **POP3-Verfahren** kommt es auf die jeweilige Konfiguration an. Ist POP3 so konfiguriert, dass eine E-Mail mit

dem Abholen vom Server gelöscht wird, greift das TKG nicht, weil der Telekommunikationsvorgang beendet ist. Bleibt eine Kopie auf dem Mailserver, gilt gleiches wie beim IMAP-Verfahren.

- Bei Daten in einer **Cloud** stellt die Archivierung keine Telekommunikation, sondern einen IT-Dienst dar.

## 2. Zugriff auf Daten des PC

*Fallbeispiel (LAG Hamm v. 10.07.2012 – 14 Sa 1711/10)  
Ein Arbeitnehmer verkauft Waren des Arbeitgebers im Internet. Die Nutzung des Internets ist in begrenztem Umfang gestattet. Der Arbeitgeber greift auf Chat-Protokolle des Arbeitnehmers zu, um den Verkauf bei Ebay und anschließende Skype-Korrespondenz zu prüfen.*

Das TKG und auch das Telemediengesetz (TMG) werden nicht berührt, wenn nur der auf dem Rechner des Arbeitgebers abgespeicherte Inhalt kontrolliert wird. Entsprechendes gilt für die abgespeicherten Chatprotokolle, die nach Abschluss des Chats auf dem Arbeitsplatzrechner verblieben sind. Auch diese sind lediglich die gespeicherten Inhalte und Umstände einer abgeschlossenen Kommunikation. Der Schutz endet mit dem Ende des Übertragungsvorgangs (so auch: VGH Hessen v. 19.05.2009 – 6 A 26/2/08.Z). Der Eingriff hat nicht die gleiche Qualität wie die heimliche Videoüberwachung oder das Mithören. Die Überprüfung des Datenmaterials des PC ist ohnehin unproblematisch, solange dieser nicht auch zu Privatzwecken zur Verfügung gestellt ist. Der Arbeitgeber darf sich über den Stand der Arbeit auch sonst durch Einsichtnahme in Akten etc. einen Überblick verschaffen. Grenze ist auch hier die völlige Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme nach § 32 BDSG.

Für den geschilderten Fall entschied das LAG Hamm, dass – auch wenn der Arbeitgeber die Privatnutzung gestattet habe – der Arbeitnehmer nicht davon ausgehen konnte, dass diese nicht auf dem PC gespeichert werde. Letztlich habe der Eingriff nur ein geringes Gewicht.

## 3. Mitarbeiterortung

Maßstab der Zulässigkeit der Ortung ist § 32 BDSG. Der Maßstab der Erforderlichkeit steht in Relation zum Eingriff. Da dieser gravierend ist, bedarf es gewichtiger In-

teressen des Arbeitgebers (z.B. Überwachung zum Schutz besonders wertvoller Güter).

#### **4. Auswertung der Daten eines Werksausweises**

*Fallbeispiel (LAG Hessen v. 02.03.2011 – 6 Sa 1243/10)  
Ein Werksausweis hat Bezahlungsfunktion. Es kann damit an Automaten (Essen, Zigaretten) bezahlt werden. Es kommt zu Fehlbuchungen am Automaten. Der Automat erstattet den dreifachen Kaufpreis zurück. Der Arbeitgeber ermittelt den Automaten und überprüft die Nutzer. Bei 300 Karten sind Aufbuchungen erfolgt, insgesamt 32.000,00 EUR. Auf der Karte eines Arbeitnehmers und späteren Klägers sind 145 Aufbuchungen über 1.200,00 EUR erfolgt. Diese erfolgten kurz hintereinander. Der Arbeitgeber kündigt fristlos.*

Fraglich ist, ob die Ausdrücke der Buchungsvorgänge des Werksausweises verwertbar sind. Maßstab ist § 32 BDSG. Dass im bargeldlosen Zahlungsverkehr Buchungsvorgänge anfallen, sei – so das LAG Hessen – nicht ungewöhnlich. Dass diese die ordnungsgemäße Abrechnung sicherstellen sollten, sei offensichtlich. Eine Nutzung der Karte ohne Buchungsvorgänge sei nicht denkbar. Mit der Nutzung willige der Arbeitnehmer deshalb in die Erfassung der Buchungsvorgänge ein.

Dem Vortrag *Ulrichs* folgte eine intensive Diskussion unter anderem zu Fragen von Inhalt und Reichweite der Regelung des § 32 BDSG. Auch erörtert wurden arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte von Facebook-Einträgen/-Äußerungen.

Die Ortstagung schloss wie immer mit einem entspannten Austausch der Teilnehmer im Foyer des LAG Hamm.