

Deutscher Bundestag

Innenausschuss

Ausschussdrucksache

17(4)253

**Positionspapier zum Thema:
Arbeitnehmerdatenschutz - Referentenentwurf eines Ge-
setzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes**

10. Mai 2011

A. Hintergrund

Im Koalitionsvertrag hat sich die Regierungskoalition dafür ausgesprochen, den Arbeitnehmerdatenschutz in einem eigenen Kapitel im Bundesdatenschutzgesetz auszugestalten.

Dies ist nunmehr mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigten-datenschutzes erfolgt. Das Bundesdatenschutzgesetz wird nach § 31 BDSG einen zweiten Unterabschnitt: "Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses" bekommen. Hier sind dann in den §§ 32 sowie 32 a-n Regelungen zum Datenschutz im Beschäftigungsverhältnis nunmehr in das Bundesdatenschutzgesetz mit aufgenommen worden. Weitere redaktionelle Anpassungen, die aufgrund dieser Neueinfügung erforderlich sind, müssen insoweit auch vorgenommen werden.

B. Position des HDE

Der HDE befürwortet einen effektiven Arbeitnehmerdatenschutz. Hiervon profitieren beide Parteien gleichermaßen: Die Privatsphäre des Arbeitnehmers wird richtigerweise geschützt und der Arbeitgeber erhält durch klare Regelungen Rechtssicherheit.

Allerdings hält es der HDE für problematisch, durch überzogene Regulierungen die Sicherheit im Einzelhandel zu gefährden. Insbesondere die bisher praktizierte und nach den geltenden gesetzlichen Vorgaben zulässige Videoüberwachung muss weiterhin möglich bleiben, um die Sicherheit der Beschäftigten und das Eigentum des Unternehmens zu schützen sowie Straftaten zu verhindern. Aus Präventionsgesichtspunkten und ganz maßgeblich auch im Interesse des Arbeitnehmers sind aber auch Fehlzeiten- und Krankengespräche erforderlich, um betriebliche Ursachen einer Erkrankung aufzudecken und zu beseitigen. Überdies muss der Arbeitgeber auch bei der Telefon- und E-Mail-Kommunikation die Möglichkeit haben, die Einhaltung der arbeitsvertraglichen Pflichten zu kontrollieren, auch wenn er die private Nutzung erlaubt.

Dies alles muss bei der derzeit diskutierten Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes beachtet werden.

Im Einzelnen:

Videoüberwachung

Raubüberfälle, Ladendiebstähle und Inventurverluste dürfen nicht bagatellisiert werden. Sie kosten jährlich viele Milliarden Euro und gefährden Mitarbeiter und Kunden. Im deutschen Einzelhandel belaufen sich die jährlichen Inventurverluste auf etwa 4 Milliarden Euro. Nach vorsichtigen Schätzungen ist davon auszugehen, dass gut ein Viertel auf Diebstähle durch eigene Mitarbeiter zurückzuführen ist. Pro Jahr werden weiterhin durch Raubüberfälle über 1.000 Mitarbeiter verletzt oder erleiden teilweise bleibende psychische Schäden.

Vor diesem Hintergrund kommt der Prävention gegen Diebstähle und Raubüberfälle im Einzelhandel eine sehr hohe Bedeutung zu. Sowohl die Kriminalpolizei als auch die für den Raubüberfallschutz zuständige Berufsgenossenschaft Handel und Wa-

redistribution empfiehlt deshalb in diesem Zusammenhang als eine der drei Kernpräventionsmaßnahmen die Videoüberwachung. Zwar stehen auch andere Sicherungsmöglichkeiten (Sicherheitsetiketten, Tresor-im-Tresor-System, Einsatz von Geldtransportunternehmen) zur Verfügung. Nur die Videoüberwachung ermöglicht aber auch eine spätere Strafverfolgung des Täters durch dessen Identifizierung.

Der HDE hebt ausdrücklich hervor, dass eine Videoüberwachung ausschließlich aus Präventionsgesichtspunkten durchgeführt werden darf und nicht, um Daten einzelner Mitarbeiter zu erheben. Um präventiv auch bei konkretem Tatverdacht mit Aussicht auf Erfolg tätig werden zu können, muss im Rahmen einer gesetzlichen Neuregelung aber auch klargestellt werden, dass in diesen Fällen und bei Verhältnismäßigkeit der Mittel auch die verdeckte Videoüberwachung zulässig ist.

Überdies hat sich der HDE unter Mitwirkung großer Einzelhandelsunternehmen in diesem Zusammenhang dazu entschlossen, einen Kriterienkatalog herauszugeben, der eine Orientierung für eine Videoüberwachung geben soll und die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben sicherstellt.

Krankendaten der Arbeitnehmer

Im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien muss es dem Arbeitgeber weiterhin möglich sein, Fehlzeiten- und Krankengespräche zu führen. Aus Präventionsgesichtspunkten und ganz maßgeblich im Interesse des Arbeitnehmers sind aber besonders Fehlzeiten- und Krankengespräche erforderlich, um ggf. betriebliche Ursachen der Erkrankung (Arbeitsbedingungen, zwischenmenschliche Probleme, psychische Belastungen) aufzudecken und zu beseitigen („betriebliche Schwachstellenanalyse“), sodass künftige Fehlzeiten vermieden oder begrenzt werden können. In der Praxis handelt es sich bei diesen Gesprächen nach der geltenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um einen mitbestimmungspflichtigen Tatbestand (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG). Deshalb sind Krankengespräche mit dem Betriebsrat abzustimmen. Damit wird dem berechtigten Schutzbedürfnis des Beschäftigten im Hinblick auf seine Privatsphäre hinreichend Rechnung getragen. Eine Notwendigkeit zu weitergehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht zu erkennen.

Darüber hinaus wurde vom Bundesarbeitsgericht ausdrücklich anerkannt, dass ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers bestehen kann, Informationen über die Gesundheit des Arbeitnehmers zum Zwecke einer berechtigten späteren Verwertung zu sammeln, falls die Informationen für das Arbeitsverhältnis maßgeblich sind. In Einzelfällen muss es in diesem von der Rechtsprechung vorgegebenen Rahmen dem Arbeitgeber auch in Zukunft möglich sein, Gesundheitsdaten seiner Beschäftigten zu erheben, damit neben den Persönlichkeitsrechten der Beschäftigten auch die Arbeitgeberinteressen gewahrt bleiben. Das vorher Gesagte gilt umso mehr beim sog. betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM). Hier ist der Arbeitgeber, um eine sinnvolle und vernünftige Wiedereingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb zu ermöglichen, geradezu darauf angewiesen, nähere Informationen zur abgeschlossenen Erkrankung des Arbeitnehmers zu erhalten.

Telefon- und E-Mail-Kommunikation

Die Überwachung von Gesprächsinhalten eines Telefonats durch den Arbeitgeber ist unzulässig und wird unter bestimmten Umständen richtigerweise strafrechtlich verfolgt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitgeber private Telefonate ausdrücklich

untersagt hat. Gleiches gilt für die private Nutzung von Internet bzw. E-Mail. Nur unter dieser Voraussetzung darf der Arbeitgeber davon ausgehen, dass sämtliche Kommunikation des Arbeitnehmers zu dienstlichen Zwecken erfolgt. In diesen Fällen ist es nicht unbillig, sondern konsequent, dem Arbeitgeber auch die Möglichkeit einzuräumen, durch Kontrollmaßnahmen die Einhaltung seiner Anordnung zu überwachen. Daran darf sich auch in Zukunft nichts ändern, weil sonst die dienstlichen Anweisungen des Arbeitgebers zur Nutzung der bereitgestellten Kommunikationsmittel leer laufen würden. Dementsprechend hat auch das Bundesarbeitsgericht festgestellt, dass die Überprüfung der Begleitumstände eines Telefonats (Datum, Beginn und Ende eines Telefonats, angerufene Nummer, Kosten) keinen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellt, sondern dem Arbeitgeberinteresse der Kostenkontrolle und Missbrauchsverhinderung dient und deshalb zulässig ist. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darf natürlich keine lückenlose Überwachung durchgeführt werden, sondern der Arbeitgeber muss sich auf eine stichprobenartige Kontrolle beschränken.

Auch wenn ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer die private Nutzung des E-Mail-Verkehrs, private Telefonate und die Internetnutzung zu privaten Zwecken erlaubt, kommt es in der Praxis aber immer wieder zu erheblichem Missbrauch. In Einzelfällen haben Arbeitnehmer einen großen Teil ihrer Arbeitszeit damit verbracht, Internetseiten u. a. auch mit pornographischem Inhalt aufzurufen. Der Arbeitgeber muss die Möglichkeit haben, sich gegen solchen Missbrauch zu schützen. Erst recht wird dem Arbeitgeber aber eine Kontrolle zuzugestehen sein, wenn der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit auf Seiten mit strafrechtlich relevantem Inhalt, z. B. Internetseiten von extremistischen Gruppen, surft. Bei einem begründeten Verdacht muss daher auch zulässig sein, stichprobenartig einen Missbrauch zu kontrollieren.

C. Zu den §§ 32 sowie 32 a bis n BDSG (Regierungsentwurf vom 25.08.2010) im Einzelnen

1. § 32 f - Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsstätten mit optisch elektronischen Einrichtungen

Bei der Beobachtung durch elektronische Einrichtungen (Videoüberwachung) wurden die Absätze 3 bis 5 und Abs. 7 gestrichen. In 32 f Abs. 3 (alt) waren zuvor grundlegend die Voraussetzungen geregelt, unter denen eine Videoüberwachung auch ohne Kenntnis des Beschäftigten zulässig gewesen wäre. Konsequenz der Herausnahme der o. g. Vorschriften ist nunmehr, dass eine so immer bezeichnete heimliche Videoüberwachung nicht mehr zulässig ist.

Dies stellt, insbesondere für den Einzelhandel eine besorgniserregende Entwicklung dar.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum die nach der bisherigen Rechtslage als Ultima Ratio zulässige verdeckte Videoüberwachung nunmehr nicht mehr möglich sein soll. Die Regierungskoalition ist angetreten mit dem Ziel, den Datenschutz auch im Arbeitsverhältnis gesetzlich zu regeln und vor diesem Hintergrund die bestehende Rechtsprechung und geübte Praxis, auch die der für den Datenschutz zuständigen Aufsichtsbehörden (Landesdatenschutzbeauftragten), in ein Gesetz münden zu lassen. Mit dem jetzt vorliegenden Regierungsentwurf bleibt man hier bei der verdeckten Videoüberwachung weit hinter dem zurück, was bisher von allen beteiligten Krei-

sen als zulässig angesehen wurde. Bei einer verdeckten Videoüberwachung war es auch schon bisher so, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie die für den Datenschutz bei den Unternehmen zuständigen Landesbeauftragten für den Datenschutz eine verdeckte Videoüberwachung als letztes Mittel zur Aufdeckung von Straftaten als zulässig angesehen haben.

So heißt es bspw. in dem Faltblatt „Achtung Kamera!“, herausgegeben durch die Datenschutzbeauftragten des Landes Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen:

„Es kann ein berechtigtes Interesse an der Überwachung von einzelnen Beschäftigten geben, wenn ein begründeter Verdacht auf Straftaten besteht und andere Aufklärungsmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen bzw. erfolglos geblieben sind ... Auch die heimliche Videoüberwachung ist als letztes Mittel zulässig, wenn bei einem konkreten Verdacht auf eine Straftat die Aufklärung mit anderen Mitteln nicht möglich ist. In jedem Fall ist der Betriebsrat vor der Überwachung zwingend zu beteiligen.“

Auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geht genau in diese Richtung. Vor diesem Hintergrund hat der Handelsverband Deutschland (HDE) einen Kriterienkatalog zum Einsatz von Videokameras in Zusammenarbeit mit großen Mitgliedsunternehmen und deren Datenschutzbeauftragten entworfen. Hier rät der HDE, im Regelfall eine offene Videoüberwachung nur in öffentlich zugänglichen Räumen vorzunehmen. Allerdings sind sich auch die Unternehmen des Einzelhandels darüber einig, dass es - wie oben beschrieben - auch im Sinne der Auffassung der Landesdatenschutzbeauftragten - Situationen geben kann, wo als letztes Mittel zur Aufdeckung von Straftaten nur eine verdeckte Videoüberwachung zum Erfolg führen kann. Dies muss auch gesehen werden vor dem Hintergrund, dass die jährlichen Inventurverluste im deutschen Einzelhandel sich auf etwa 4 Milliarden Euro belaufen. Nach vorsichtigen Schätzungen ist davon auszugehen, dass gut ein Viertel hiervon, also etwa eine Milliarde Euro, auf Diebstähle durch eigene Mitarbeiter oder Lieferanten zurückzuführen ist. Es handelt sich hierbei also nicht um Bagatellen. Dem Einzelhandel entsteht hierdurch ein immenser jährlicher Schaden. Vor diesem Hintergrund ist es mehr als legitim, hier an einer hohen Aufklärungsquote zu arbeiten. Hinzu kommt auch, dass in diesem Zusammenhang die Kriminalpolizei als auch die für den Raubüberfallschutz zuständigen Berufsgenossenschaften empfehlen, als eine der drei Kernpräventionsmaßnahmen die Videoüberwachung einzusetzen. Hinzu kommt, dass die bisher praktizierte verdeckte Videoüberwachung stets mit dem Einverständnis der Betriebsräte und der in den Unternehmen tätigen Datenschutzbeauftragten erfolgte. Zweck einer verdeckten Videoüberwachung ist stets die Aufdeckung von begangenen Straftaten, die teils zu hohen Schäden bei den Einzelhandelsunternehmen führen. Aber auch für alle beteiligten Mitarbeiter ist eine hohe Aufklärungsquote von Vorteil. Dies mag nachfolgender repräsentativer Fall aus unserer Branche verdeutlichen.

In einem Getränkemarkt eines SB-Warenhauses war es innerhalb der Warengruppe Tabakwaren über mehrere Monate zu einem sog. Bestandsaufbau in Höhe von etwa 3.000 Euro monatlich gekommen. Ein Bestandsaufbau hätte normalerweise zur Folge, dass die entsprechenden Bestände dann auch im Lager vorhanden sind. Bei Kontrollen stellte der Filialleiter jedoch fest, dass sich eine solche große Menge, wie sie sich aus den Akten ergeben hat, nicht im Lager befand. Das heißt, dass erhebliche Mengen Tabakwaren gestohlen wurden.

Man hat deswegen alle Buchungsbelege und das Warenwirtschaftssystem geprüft, alle Arbeitsabläufe auf Fehler untersucht, hat das Personal noch einmal dahingehend geschult, Anweisungen erteilt, den Wareneingang genauestens zu kontrollieren und sämtliche Sicherheitsmaßnahmen einzuhalten. So sollten z. B. die Tabakwarenstände beim Verlassen der Kasse auf jeden Fall verschlossen werden.

Als sich auch nach diesen Prüfungen und Anweisungen keine Besserung einstellte, setzte man einen Detektiv im Markt ein. Dieser beobachtete im Rahmen seiner Arbeit schwerpunktmäßig den Bereich Tabakwaren, aber auch andere Bereiche. Weil auch dadurch keine Verbesserung festgestellt wurde, musste die Firma annehmen, dass die Tabakwaren außerhalb der Ladenöffnungszeiten von einem Mitarbeiter gestohlen würden.

Die Anwesenheit eines betriebsfremden Detektivs nach Ladenschluss, wenn alle Kunden das Haus verlassen haben, wäre zu auffällig gewesen und hätte den Dieb gewarnt.

Deshalb entschied man als Ultima Ratio einen verdeckten Kameraeinsatz durchzuführen. Im Auftrag der Sonderrevision richtete eine Detektei die Videoüberwachung ein und betrieb die Anlage zwei Wochen. Es fand eine Überwachung der Kassenzone einschließlich der Tabakwarenstände statt, mithin also der Arbeitsplatz einer bisher in Verdacht geratenen Kassiererin. Der übrige Verkaufsraum wurde von den Kameras nicht erfasst.

Eine Abhilfe auf andere Art und Weise war nicht möglich, auch nicht durch den Einsatz offen angebrachter Videokameras. Solche sind bspw. auch nach der Rechtsprechung einiger Landesarbeitsgerichte (LAG Schleswig-Holstein, 1 Sa 392b/01 vom 4.12.2001) nicht geeignet, derartige Unregelmäßigkeiten aufzudecken. Eine offen gelegte Videoüberwachung kann nach Auffassung dieser Rechtsprechung lediglich künftige Unregelmäßigkeiten erschweren.

Die Auswertung der Videobänder durch die Detektei ergab nun eindeutig, dass nicht die in den Verdacht geratene Kassiererin, sondern ein nicht verdächtiger als Reinigungskraft beschäftigter Mitarbeiter der Dieb war. Nach Ladenschluss im Getränkemarkt allein arbeitend, hatte er die Abwesenheit der Kunden und der Kassierer genutzt, um Tabakwaren in großen Mengen zu entwenden.

Derartige Fälle gibt es in unserer Branche zuhauf. Sollten die vorgesehenen Regelungen nun Gesetz werden und eine verdeckte Videoüberwachung als Ultima Ratio nicht mehr möglich sein, wären solche Fälle nicht mehr aufzuklären. Dies hätte neben einem hohen Schaden für die betreffenden Unternehmen auch Auswirkungen auf das Betriebsklima. In dem oben geschilderten Fall war eine Mitarbeiterin aufgrund der bis zur Videoüberwachung erfolgten Aufklärungsmaßnahmen im Ergebnis zu Unrecht in Verdacht geraten. Ohne die verdeckte Videoüberwachung wäre ihr gegenüber wahrscheinlich eine Verdachtskündigung ausgesprochen worden. Letztlich für alle Beteiligten ein untragbarer Zustand.

In genau diese Richtung ging ein vom Bundesarbeitsgericht entschiedener Fall, in dem eine verdeckte Videoüberwachung in einem Getränkemarkt für zulässig angesehen wurde, in dem hohe Inventurdifferenzen festgestellt wurden (BAG vom 27.03.2003 - Aktenzeichen 2 AZR 51/02).

Vor diesem Hintergrund fordert der HDE die Regelungen zur verdeckten Videoüberwachung wieder in den Gesetzentwurf aufzunehmen. Insoweit auch Regelungen für den verdeckten Videoeinsatz in öffentlich zugänglichen Räumen zu schaffen. Dies allerdings nur als allerletztes Mittel zur Aufdeckung von Straftaten, wenn alle anderen eingesetzten Maßnahmen bisher nicht zum Erfolg geführt haben und der Betriebsrat sowie der Datenschutzbeauftragte mit einbezogen worden sind.

2. § 32 I - Einwilligung

Nach dieser Regelung soll ausweislich der Begründung abweichend von § 4 Abs. 1 BDSG die Einwilligung des Beschäftigten nicht generell, sondern nur in den in diesem Unterabschnitt ausdrücklich bestimmten Fällen die Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Beschäftigtendaten begründen. Das heißt, dass vom Grundsatz her eine Einwilligung, wenn sie nicht speziell in den §§ 32 a bis n vorgesehen ist, so nicht mehr in Betracht kommt. Das Bundesdatenschutzgesetz geht in § 4 Abs. 1 davon aus, dass jeder eigenverantwortlich darüber bestimmen kann, ob bestimmte Daten erhoben werden oder nicht. Die zulässige Einwilligung ist ein elementarer Grundsatz des Bundesdatenschutzrechts. Dies kann auch im Arbeitsverhältnis nicht anders beurteilt werden. Dies umso mehr als es im Arbeitsrecht im § 612 a ein sog. Maßregelungsverbot gibt, wonach der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Aus der Praxis lässt sich sagen, dass die Gerichte dieses Maßregelungsverbot in vielen Konstellationen auch sehr ernst nehmen. Es ist nicht einzusehen, warum ein Arbeitnehmer vor diesem Hintergrund nicht eigenverantwortlich selber darüber entscheiden kann, ob er in eine ganz bestimmte Datenerhebung einwilligt oder nicht.

Überdies sollte im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung weiterhin in den §§ 32 a bis n klargestellt werden, dass auch Kollektivvereinbarungen als Einwilligungstatbestand Geltung erhalten können. Diese sollte so klar und deutlich in den Gesetzestext, zumindest aber in die Begründung, mit aufgenommen werden. Auch Kollektivvereinbarungen, sei es Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge (in der Regel werden es Betriebsvereinbarungen sein), sollten als Einwilligung für eine bestimmte Datenerhebung ausreichen. Hier ist entscheidend, dass durch individuelle konkrete Regelungen den Bedürfnissen der betrieblichen Praxis, insbesondere durch Betriebsvereinbarungen, Rechnung getragen werden kann. Dies entsprach der bisherigen Rechtsprechung und sollte auch weiterhin Geltung haben, umso mehr, als stets der Eindruck von Regierungsseite vermittelt wurde, dass man mit den neuen Regelungen nur das bisher geltende Recht in konkrete Vorschriften überführen wollte.

Insbesondere bei der gemischt dienstlich und privaten Nutzung von Telekommunikationsdiensten (§ 32 i) wäre es für die betriebliche Praxis überaus hilfreich, hier zumindest einen speziellen Einwilligungstatbestand, den eine Betriebsvereinbarung darstellen könnte, mit aufzunehmen (s. u.).

3. § 32 i - Nutzung von Telekommunikationsdiensten

Die Unterscheidung zwischen Telefondiensten und anderen Telekommunikationsdiensten erscheint hier sachgerecht.

Hier ist es aber dringend erforderlich, auch den in der Praxis häufig auftretenden Fall zu regeln, dass es eine gemischt dienstlich/private Nutzung von Internet und E-Mail

gibt. Viele Unternehmen möchten den Mitarbeitern hier entgegenkommen. Die Regelungen hierzu würden aber zur Konsequenz haben, dass immer mehr Arbeitgeber dazu übergehen, die private Nutzung von Internet und E-Mail sowie von Telefondiensten zu verbieten. Räumt der Arbeitgeber den Arbeitnehmern diese Möglichkeit aber ein, so muss die gemischt dienstlich/private Nutzung von Telekommunikationsdiensten selbstverständlich insgesamt den Regeln für die ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erfolgte Nutzung unterfallen.

4. Begriff „der Erforderlichkeit“ in den §§ 32 a, 32 b, 32 c, 32 f, 32 g, 32 h, 32 i sowie 32 k

Der sich in vielen Vorschriften der §§ 32 a ff. wiederfindende Begriff der „Erforderlichkeit“ schafft Rechtsunsicherheit. Der Begriff der Erforderlichkeit findet sich vielfach im öffentlichen Recht wieder. Auch kennt man die Begrifflichkeit „erforderlich“ aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dies war bisher im Datenschutzrecht anders. Der Begriff der Erforderlichkeit ist hier zu eng. Es sollte vielmehr wieder zu der Begrifflichkeit der sog. „Dienlichkeit“ zurückgekehrt werden. In diesem Sinne sollte zumindest in der Begründung dokumentiert werden, dass der Begriff „Erforderlichkeit“ im Sinne der „Dienlichkeit“ zu verstehen ist. Das heißt konkret, eine bestimmte Datenerhebung kann u. a. zulässig sein, wenn diese bspw. für die Beschäftigungszwecke „dienlich“ ist. Dies sollte zumindest in der Gesetzesbegründung so klar zum Ausdruck kommen, damit hier Rechtsunsicherheiten auch bei der Beurteilung durch die Gerichte schon jetzt vermieden werden können.

5. Konzernbezogene Datenübermittlung

Überaus wichtig für die Praxis und in den bisher vorgestellten Vorschriften an keiner Stelle zu finden, sind konkrete Regelungen zur Datenübermittlung im Konzern. Dies ist für die Praxis überaus wichtig, bspw. im Hinblick auf die Gehaltsabrechnungen durch eine gemeinsame Servicegesellschaft, aber auch für einen unternehmensübergreifenden Personaleinsatz. Hier muss es unbedingt klare und für die Praxis hilfreiche Regelungen geben, die sich mit diesem Komplex auseinandersetzen und auch für die Praxis handhabbare Regelungen vorsehen.

Rückfragen bitte an:

RA/FA ArbR Thomas Bade

Telefon: 030/726250-42

E-Mail: bade@hde.de

Anlagen:

- Faltblatt „Achtung Kamera“

- Kriterienkatalog „Schutz von Mitarbeitern und Vermögenswerten - Sicherheit im Einzelhandel“

- BAG-Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/03

diese Person darüber zu unterrichten,

- welche Bilder über sie vorhanden sind,
- zu welchem Zweck sie gespeichert sind,
- wie sie genutzt werden und
- wer für die Videoüberwachung verantwortlich ist.

Die Notwendigkeit der Benachrichtigung besteht erst bei einer tatsächlichen Zuordnung, allein die Möglichkeit dazu macht eine Benachrichtigung noch nicht erforderlich. Eine Benachrichtigung hat bei der erstmaligen Zuordnung zu erfolgen.

Unter welchen Voraussetzungen und wie lange dürfen die Videobilder aufgezeichnet werden?

Da die Videoaufzeichnung gegenüber der bloßen Beobachtung den schwerwiegenderen Eingriff darstellt, ist eine Aufzeichnung nur rechtmäßig, wenn der mit der Videoüberwachung verfolgte Zweck eine Aufzeichnung erfordert.

Wenn aufgezeichnet wird, ist das Videomaterial nach der Verwirklichung des Aufzeichnungszwecks ohne schuldhaftes Verzögern (unverzüglich) zu löschen. Am sinnvollsten erscheint es, das Videomaterial automatisiert, etwa durch Selbstüberschreiben zurückliegender Aufnahmen, unkenntlich zu machen.

Da sich die vom Gesetz gestattete Speicherdauer am Aufzeichnungszweck orientiert, ist die mögliche Speicherdauer von Videoaufzeichnungen in verschiedenen Anwendungsbereichen sehr unterschiedlich. So muss etwa eine Videoaufzeichnung am Geldautomaten erst nach mehreren Wochen gelöscht werden, wenn feststeht, dass gegen die Kontobelastung durch die Geldabhebung kein Widerspruch mehr eingelegt werden kann. Videoaufzeichnungen zum Beweis von Ladendiebstählen werden nicht mehr benötigt, wenn kein Ladendiebstahl festgestellt wurde. Die zur allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung gefertigten Aufzeichnungen eines Geschäftstages sollten möglichst am nächsten Tag überprüft und überspielt werden, spätestens

aber nach Ablauf von zwei Arbeitstagen.

Verzögert sich das Erreichen des Aufnahmезwecks durch Verschulden der verantwortlichen Stelle, etwa weil eine Aufnahme ohne Grund nicht ausgewertet wurde, kann wegen schutzwürdiger Interessen der Betroffenen ebenfalls eine Verpflichtung bestehen, das Videomaterial zu löschen.

Gilt § 6b BDSG auch für Tonaufzeichnungen?

Für solche Überwachungsmaßnahmen ist im Strafgesetzbuch (StGB) mit § 201 (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) eine Regelung enthalten, die es sogar unter Strafandrohung verbietet, das nicht öffentlich gesprochene Wort aufzuzeichnen oder abzuhören.

Wie sind Kameraattrappen zu beurteilen?

Da mit einer Attrappe keine Beobachtung mit optisch elektronischen Einrichtungen durchgeführt werden kann, ist § 6b BDSG nicht unmittelbar anwendbar. Dennoch können sich Passanten durch die vermeintliche Beobachtung zu Verhaltensänderungen veranlasst sehen und in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt sein. Unter diesem Gesichtspunkt sind Attrappen durchaus kritisch zu beurteilen. In diesem Fall sind u.U. zivilrechtliche Schritte nach §§ 823, 1004 BGB möglich.

Gelten für die Beobachtung von besonders gefährdeten Einrichtungen besondere Regelungen?

Hier kann es landesspezifische Polizeigesetze geben, die spezielle Regelungen für derartige Fälle enthalten. Wo solche Gesetze nicht zur Anwendung kommen, gelten beim Einsatz von Videotechnik zum (Selbst-)Schutz besonders gefährdeter Objekte, wie beispielsweise jüdischer Einrichtungen oder Atomkraftwerke, grundsätzlich keine gesonderten Regelungen. Allerdings wird man bei der Abwä-

gung zwischen den schutzwürdigen Interessen der Betroffenen und den berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle letzteren gegebenenfalls eine höhere Gewichtung beimessen müssen. Das kann dazu führen, dass die Anzahl der eingesetzten Kameras den üblichen Rahmen übersteigt oder das von den Kameras erfasste Terrain den eng gefassten Hausrechtsbereich etwas erweitert.

Was gilt für Web-Cams?

Web-Cams sind Videokameras, deren Bilder meist über das Internet einer nicht bestimmbar Anzahl von Personen zugänglich gemacht werden. Solange die Bilder so unscharf sind, dass eine Identifizierbarkeit der abgebildeten Personen ausgeschlossen werden kann bzw. keine personenbeziehbaren Daten wie z. B. Kfz-Kennzeichen erfasst und übermittelt werden, sind Web-Cams datenschutzrechtlich unbedenklich. Anderenfalls reichen beim Einsatz von Web-Cams die nach § 6b Abs. 2 BDSG geforderten Hinweise alleine nicht aus, denn hier sind die Einwilligungen der Betroffenen einzuholen. Dies umso mehr als nach dem strafbewehrten § 22 des Kunsturhebergesetzes (Recht am eigenen Bild) Bildnisse nur mit Einwilligung der Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Dabei gibt es nur eng begrenzte Ausnahmen, die im § 23 dieses Gesetzes geregelt sind.

Was ist, wenn § 6b BDSG keine Anwendung findet?

Ist § 6b BDSG nicht anwendbar, weil die Videoüberwachung außerhalb von öffentlich zugänglichen Räumen erfolgt, können dennoch gegen eine Videoüberwachungsmaßnahme zivilrechtliche Abwehransprüche bestehen. Sind einzelne Personen für die verantwortliche Stelle identifizierbar, kann die Videoüberwachung auch einen Verstoß gegen allgemeine Vorgaben des Bundesdatenschutzge-

setzes darstellen. Ein in der Datenschutzpraxis besonders relevanter Fall von Videoüberwachung in nicht öffentlichen Räumen wird nachfolgend exemplarisch bewertet:

Eine Videoüberwachung von Beschäftigten an ihrem Arbeitsplatz kann nur ausnahmsweise durch überwiegende schutzwürdige Interessen des Unternehmens gerechtfertigt sein. Bei der dabei stets vorzunehmenden Abwägung der Interessen im Einzelfall kommt es entscheidend auf den Grund für die Überwachung an. Wird die Videoüberwachung allein zu dem Zweck eingesetzt, die Sorgfältigkeit oder Effizienz der Beschäftigten zu gewährleisten, so ist dies unzulässig. Es liegt auf der Hand, dass die Überwachung bestimmter betrieblicher Bereiche aus Sicherheitsgründen geboten sein kann, etwa bei Tresorräumen oder kerntechnischen Anlagen. Dort ist daher die offene, also für die Beschäftigten erkennbare Überwachung in der Regel zulässig. Selbstverständlich sind besonders sensible Bereiche wie Umkleidekabinen oder der Sanitärbereich von der Beobachtung auszunehmen. Es kann ein berechtigtes Interesse an der Überwachung von einzelnen Beschäftigten geben, wenn ein begründeter Verdacht auf Straftaten besteht und andere Aufklärungsmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen bzw. erfolglos geblieben sind. Dann kann die offene Videoüberwachung zulässig sein, wenn das Kontrollinteresse den Persönlichkeitsschutz übersteigt. Auch die heimliche Videoüberwachung ist als letztes Mittel zulässig, wenn bei einem konkreten Verdacht auf eine Straftat die Aufklärung mit anderen Mitteln nicht möglich ist. In jedem Fall ist der Betriebsrat vor der Überwachung zwingend zu beteiligen. Bei einer unzulässigen Überwachung haben die Beschäftigten einen Anspruch darauf, dass die Videokamera abgebaut wird.

(Stand: März 2007)

Herausgeber:

Berliner Beauftragter für
Datenschutz und Informationsfreiheit
An der Urania 4 - 10
10787 Berlin
www.datenschutz-berlin.de

Der Landesbeauftragte für den
Datenschutz Niedersachsen
Postfach 221
30002 Hannover
www.lfd.niedersachsen.de

Landesbeauftragte für Datenschutz und
Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen
Kavalleriestr. 2 - 4
40213 Düsseldorf
www.lidi.nrw.de



Information zum Datenschutz

**Videoüberwachung
durch private Stellen**

12 Fragen zur Videoüberwachung in allgemein zugänglichen Bereichen

An Gebäuden und Geldautomaten, in Kaufhäusern, auf Bahnhöfen und in Verkehrsmitteln, allerorten sind heutzutage Videokameras zu finden. Was von den einen als ein Gewinn an Sicherheit und Schutz vor Vandalismus geschätzt wird, bewerten andere als einen ersten Schritt zur totalen Überwachung. Mit diesem Faltblatt soll über die Voraussetzungen einer datenschutzrechtlich zulässigen Videoüberwachung informiert werden. Angesprochen sind sowohl diejenigen, die ihre Rechte als von der Videoüberwachung betroffene Personen kennen wollen, als auch die Stellen, die sich einen Überblick über die rechtlichen Vorgaben für die Installation einer Videoüberwachung verschaffen möchten.

Videoüberwachung, was geht mich das an?

„Ich habe mir nichts vorzuwerfen, also macht es mir nichts aus, wenn ich von einer Videokamera aufgezeichnet werde!“ Das ist ein häufig vertretener Standpunkt. Viele Menschen schätzen den vermeintlichen Sicherheitsgewinn durch Videoüberwachung höher ein als die eigenen Persönlichkeitsrechte. Es kann sicher als Ausnahmefall angesehen werden, dass im Mordfall der schwedischen Außenministerin Anna Lindh eine von der Kaufhauskamera aufgezeichnete Person irrtümlich unter Mordverdacht verhaftet und Tage lang festgehalten wurde, nur weil sie zufällig am Tatort anwesend war und man ihr die Tat zutraute. Auch wenn die meisten Personen solch extreme Nachteile durch eine Videoaufzeichnung sicher nicht befürchten müssen, wer möchte schon dabei gefilmt werden, wenn er während des Tankens selbstvergessen in der Nase bohrt oder im Kaufhaus einen Streit mit dem eigenen Kind über den Kauf von Süßigkeiten ausficht. Auch das Liebespaar, das in der S-Bahn auf dem Heimweg knutscht, stellt sich nicht vor, dass diese Szene von einer Videokamera aufgezeichnet und von Beschäftigten der Bahn

auf Vorkommnisse überprüft wird. Videokameras beobachten uns an vielen Stellen. Manche denken darüber gar nicht nach, andere passen ihr Verhalten der Überwachungssituation an. Dort, wo diese Technik einen effektiven Nutzen bringt, mag sie gerechtfertigt sein. Doch darf im Interesse der Privatsphäre der Menschen die Technik nicht unbedacht eingesetzt werden. Damit dies sichergestellt wird, müssen die für die Videoüberwachung geltenden Datenschutzvorschriften eingehalten werden.

Welche Gesetze regeln die Videoüberwachung?

Dieses Faltblatt betrachtet ausschließlich die Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen, veranlasst durch private Stellen. Die Voraussetzungen für eine solche Überwachung enthält **§ 6b Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)**.

Diese Vorschrift gilt daneben auch für Bundesbehörden. Wenn die Polizei oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt in Land oder Kommunen Überwachungskameras installieren möchte, sind die Vorgaben der Landespolizei- und Landesdatenschutzgesetze zu beachten. Überwachen private Stellen Räume mit Videotechnik, die nicht öffentlich zugänglich sind, haben sie i.d.R. die allgemeinen Datenschutzregelungen einzuhalten.

Was ist Videoüberwachung?

Das Gesetz definiert die Videoüberwachung als Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen (§ 6b Abs.1 BDSG). Damit findet es nicht erst dann Anwendung, wenn Bilder aufgezeichnet oder gespeichert werden, sondern sobald die tatsächliche Möglichkeit der Beobachtung gegeben ist. Die Überwachungsmaßnahme setzt bereits mit der Installation von Kameras ein, auch wenn die Geräte nur im Bedarfs- oder Alarmfall aufzeichnen oder wenn sie zur bloßen Beobachtung genutzt werden. Keine Raumbeobachtung im Sinne

von § 6b BDSG ist die mobile Überwachung von sogenannten Zielpersonen mittels Videotechnik, wie sie zum Beispiel von Detekteien betrieben wird. Für solche Überwachungen gelten die allgemeinen Datenschutzgrundsätze.

Für die Annahme einer Videoüberwachung ist nicht entscheidend, ob die von der Kamera erfassten Personen bei der verantwortlichen Stelle bekannt sind oder von ihr identifiziert werden können.

Ohne Bedeutung für den Begriff der „Videoüberwachung“ im Sinne von § 6b BDSG ist, ob digitale oder analoge Technik eingesetzt wird.

Was ist ein öffentlich zugänglicher Raum im Sinne von § 6b BDSG?

Öffentlich zugängliche Räume sind Bereiche innerhalb oder außerhalb von Gebäuden, die frei oder nach allgemein erfüllbaren Voraussetzungen (z.B. mit Eintrittskarte) betreten werden können. Hierzu gehören Bahnhofshallen, Bahnsteige, Tankstellen, Publikumsbereiche von Banken, Cafés, Verkaufsräume eines Warenhauses, Hotelfoyers sowie Museen und Kinos nach Lösen einer Eintrittskarte. Öffentlich zugängliche Gemeinschaftsflächen von großen Wohnanlagen wie Eingänge oder Wege zwischen Gebäuden können solche Bereiche sein, wenn die Berechtigten sie erkennbar der Allgemeinheit zugänglich machen wollen.

Im Gegensatz dazu stehen Bereiche, die nur ganz bestimmten Personengruppen zugänglich sind. Diese sind entweder als solche gekennzeichnet (z.B. umzäuntes oder durch Hinweisschilder kenntlich gemachtes Firmen- oder Werksgelände) oder es ist aufgrund allgemein anerkannter Gewohnheiten bekannt, dass sie nicht allgemein zugänglich sind (z. B. privater, auch nicht eingezäunter Vorgarten). Bei den Eingangsbereichen von reinen Wohngebäuden wird man in der Regel nicht davon ausgehen können, dass es sich um öffentlich zugängliche Räume

handelt, weil lediglich Bewohnerinnen und Bewohner sowie Besuchende Betretungsrechte haben. Das gilt auch bei nicht verschlossenen Gebäudeeingangstüren.

Unter welchen Voraussetzungen darf eine Videoüberwachung eingerichtet werden?

Der Zweck

Die Videoüberwachung muss der Wahrung des Hausrechts oder eines anderen berechtigten Interesses für konkret festgelegte Zwecke dienen. Ein berechtigtes Interesse kann ideeller, wirtschaftlicher und rechtlicher Natur sein. Der Schutz vor Diebstahl in Kaufhäusern kann ebenso eine Videoüberwachung rechtfertigen wie das Vermeiden des Besprayens bzw. Beschmierens einer Hausfassade oder von Vandalismusschäden in öffentlichen Verkehrsmitteln und das Verhindern sonstiger Straftaten. Das Interesse kann auch darin bestehen, die vorgenannten Verstöße vor Gericht nachweisen zu können. Der konkrete Zweck der Überwachung muss vorher schriftlich festgelegt worden sein.

Die Erforderlichkeit

Erforderlich ist die Videoüberwachung nur, wenn das festgelegte Ziel mit der Überwachung erreicht werden kann und es dafür kein weniger einschneidendes Mittel gibt. Im Einzelfall müssen deshalb weniger belastende Methoden auf ihre Tauglichkeit hin überprüft werden, wie regelmäßige bzw. häufige Kontrollgänge durch Bewachungspersonal. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob eine flächendeckende Einführung der Überwachungstechnik erforderlich ist oder ob ein Einsatz an bestimmten Schwerpunkten zu bestimmten Zeiten ausreicht. Bei der Prüfung des Merkmals der Erforderlichkeit kommt es nicht vorrangig darauf an, ob alternative Maßnahmen wirtschaftlicher sind.

Das schutzwürdige Interesse der Betroffenen und die Interessenabwägung

Eine erforderliche Videoüberwachung ist dennoch unzulässig, wenn die Betroffenen ein schutzwürdiges Interesse haben, das höher zu bewerten ist, als das Erreichen des mit der Beobachtung verfolgten Zwecks. Ein schutzwürdiges Interesse der Betroffenen ist in der Regel aufgrund des grundrechtlich garantierten Persönlichkeitsrechts gegeben. Dieses umfasst sowohl das Recht auf Schutz der Privat- und Intimsphäre als auch das Recht am eigenen Bild, das durch Videoüberwachung tangiert wird.

Die schutzwürdigen Interessen überwiegen nahezu immer, wenn sensitive Daten (z.B. Religionszugehörigkeit, Gesundheitsdaten) erhoben oder die Intimsphäre verletzt wird. Die Überwachung von Toiletten oder Umkleidekabinen ist daher nicht erlaubt. Die schutzwürdigen Interessen überwiegen meist auch dort, wo die Entfaltung der Persönlichkeit oder die Wahrnehmung von Freiheitsrechten von wesentlicher Bedeutung ist, wie in Wartebereichen sowie in Restaurants, Erlebnis- und Erholungsparks, wo Leute kommunizieren, essen, trinken oder sich erholen. Sie überwiegen i.d.R. nicht, wenn derartige Aktivitäten nicht im Vordergrund stehen wie in Vorräumen von Banken (mit oder ohne Geldautomaten) oder an Zapfsäulen von Tankstellen.

Bei der Interessenabwägung ist weiter zu berücksichtigen, ob es sich um eine dauerhafte und flächendeckende Videoüberwachung handelt, der sich Betroffene nicht entziehen können. Diese greift stärker in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein als eine nur gelegentliche oder punktuelle Überwachung. Konsequenz hieraus kann in überwachten Bereichen wie Bahnhöfen die Einrichtung nicht überwachter Zonen sein.

Zur Videoüberwachung in öffentlichen Verkehrsmitteln ist unter www.lfd.nrw.de/pressestelle/presse_6_komplett.html eine Empfehlung veröffentlicht.

Welche Maßnahmen müssen vor Einrichtung der Videoüberwachung erfolgen?

Die Hinweispflicht

Die Videoüberwachung und die dafür verantwortliche Stelle sind gem. § 6b Abs. 2 BDSG durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. Der Hinweis ist deutlich sichtbar anzubringen. Er muss vor Betreten des überwachten Bereiches problemlos wahrnehmbar sein, damit die freie Entscheidung für oder gegen das Betreten möglich ist.

Ob etwa ein Schild mit dem Text: „Achtung, hier Videoüberwachung“ oder ein eindeutiges Kamerasymbol gewählt wird, bleibt freigestellt. Ein Hinweis auf die verantwortliche Stelle ist bis auf wenige Ausnahmefälle immer erforderlich. In jedem Fall müssen die Betroffenen zweifelsfrei erkennen können, an wen sie sich in Sachen Videoüberwachung wenden können. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die verantwortliche Stelle kann deshalb in einem kleinen Ladengeschäft entbehrlich sein, nicht aber in einer Filiale einer Kaufhauskette.

Das Gesetz verlangt keinen Hinweis darauf, ob die Aufnahmen gespeichert werden. Gleichwohl wäre ein entsprechender Hinweis wünschenswert.

Dokumentationspflicht, Vorabkontrolle und betriebliche Datenschutzbeauftragte

Vor Beginn der Videoüberwachung ist der Zweck der Überwachung schriftlich festzulegen. Dies muss spätestens im Rahmen der Vorabkontrolle durch die verantwortliche Stelle erfolgen. Die Vorabkontrolle ist regelmäßig erforderlich, weil die Videoüberwachung meist mit besonderen Gefahren für das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verbunden ist. Die Vorabkontrolle ist von einer oder einem betrieblichen Datenschutzbeauftragten durchzuführen und zu dokumentieren.

Die Unterrichtungspflicht

Entstehen durch die Videoüberwachung Bilder, die einer bestimmten Person zugeordnet werden, so ist

Kriterienkatalog

„Schutz von Mitarbeitern und Vermögenswerten - Sicherheit im Einzelhandel“

A. Allgemeines

B. Kriterienkatalog zum Einsatz von Videokameras

Stand: 01.07.2008

Redaktion:

RA Thomas Bade

Handelsverband Deutschland (HDE), Am Weidendamm 1 A in 10117 Berlin,
Telefon: 030/726250-42, Telefax: 030/726250-49, E-Mail: bade@hde.de

A. Allgemeines

Die jährlichen Inventurverluste im deutschen Einzelhandel belaufen sich auf 4 Milliarden Euro. Nach vorsichtigen Schätzungen ist davon auszugehen, dass gut ein Viertel auf Diebstähle durch eigene Mitarbeiter zurückzuführen ist. Pro Jahr werden weiterhin durch Raubüberfälle über 1.000 Mitarbeiter verletzt oder erleiden teilweise bleibende psychische Schäden. Vor diesem Hintergrund kommt der Prävention gegen Diebstähle und Raubüberfälle im Einzelhandel eine sehr hohe Bedeutung zu. Sowohl die Kriminalpolizei als auch die für den Raubüberfallschutz zuständige Berufsgenossenschaft für Handel und Warendistribution empfiehlt in diesem Zusammenhang als eine der drei Kern-Präventionsmaßnahmen die Videoüberwachung. Neben anderen Sicherungsmöglichkeiten (Sicherheitsetiketten, Tresor-im-Tresor-System, Einsatz von Geldtransportunternehmen) ist die Videoüberwachung das einzige Präventionsmittel, das auch eine spätere Strafverfolgung des Täters durch dessen Identifizierung ermöglicht.

In diesem Zusammenhang soll hervorgehoben werden, dass die Videoüberwachung ausschließlich aus Präventionsgesichtspunkten durchzuführen ist und nicht, um Daten einzelner Mitarbeiter zu erheben.

Vor diesem Hintergrund hat sich der HDE unter Mitwirkung großer Einzelhandelsunternehmen entschlossen, einen Kriterienkatalog herauszugeben, der eine Orientierung für eine Videoüberwachung geben soll.

B. Kriterienkatalog zum Einsatz von Videokameras

1. Zweckbestimmung (Präventionsgedanke)

Eine Videoüberwachung kommt nur in Betracht, wenn sie aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich ist, weil in dem überwachten Raum entweder wiederholt Straftaten verübt wurden oder geschäftstypische Straftaten (z. B. Ladendiebstähle / Raubüberfälle) drohen. Wie oben unter A. dargestellt wurde, drohen in Verkaufsstellen des Einzelhandels regelmäßig Diebstähle und Raubüberfälle, sodass hier der Zweck einer Videoüberwachung (Prävention) regelmäßig vorliegt.

Der Zweck der Videoüberwachung muss bereits vor dem Einsatz einer Videoüberwachungsanlage festgelegt werden.

2. Güterabwägung / Verhältnismäßigkeitsgebot

2.1. Ein Videoüberwachung sollte stets nur dann zum Einsatz kommen, wenn die verfolgten Zwecke (z. B. die Verhinderung von Diebstählen oder anderen strafbaren Handlungen) nicht auf andere Weise erreicht werden kann. Der Videoeinsatz sollte das letzte Mittel sein, um die verfolgten Zwecke zu erreichen. Deshalb ist auch das bestehende Sicherheitskonzept im Unternehmen im Hinblick auf den Schutz der Mitarbeiter mit den dafür zuständigen Personen zu überprüfen (z. B. Datenschutzbeauftragter, Revision oder Personalleitung).

- 2.2. Besteht in dem Unternehmen, in dem eine Videoüberwachung durchgeführt werden soll, ein Betriebsrat, so ist dieser unter Darlegung der konkret gegebenen Einzelfallumstände rechtzeitig vor einer Videoüberwachung zu informieren. Die Videoüberwachung bedarf seiner Zustimmung.
- 2.3. Ist die Zustimmung erteilt, wird dem Arbeitgeber empfohlen, eine Betriebsvereinbarung zur Videoüberwachung abzuschließen.

3. Videoüberwachung primär nur in öffentlich zugänglichen Räumen

- 3.1. Eine Videoüberwachung sollte grundsätzlich nur in öffentlich zugänglichen Räumen erfolgen. Eine Videoüberwachung in Toiletten und Umkleieräumen hat zu unterbleiben.
- 3.2. Erfolgt eine Videoüberwachung durch eine Videokamera ist auf die Überwachung deutlich hinzuweisen und zwar durch ein sichtbares Schild (Piktogramm einer Videoüberwachungsanlage) sowie darauf, wer die Überwachung durchführt.
- 3.3. Überwachungsaufträge sollen ausschließlich nur durch einen bestimmten Personenkreis (z. B. Konzernrevision, Geschäftsführung, etc.) erteilt werden.
- 3.4. Der Personenkreis, der einen Überwachungsauftrag erteilen kann, prüft in regelmäßigen Abständen, ob eine Überwachung noch erforderlich ist.
- 3.5. Nach Auffassung der Landesdatenschutzbeauftragten kann eine Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen nach den allgemeinen Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes ausnahmsweise durch überwiegend schutzwürdige Interessen des Unternehmens gerechtfertigt sein. Bei der dabei stets vorzunehmenden Abwägung der Interessen im Einzelfall kommt es entscheidend auf den Grund für die Überwachung an. Wird die Videoüberwachung allein zu dem Zweck eingesetzt, die Sorgfalt oder die Effizienz der Beschäftigten zu gewährleisten, ist dies unzulässig. Eine Videoüberwachung sollte unbedingt unterbleiben. Es kann aber ein berechtigtes Interesse an der Überwachung von einzelnen Beschäftigten geben, wenn ein begründeter Verdacht auf Straftaten besteht oder andere Aufklärungsmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen bzw. erfolglos geblieben sind. Dann kann im Einzelfall eine offene Überwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen zulässig sein.

Als allerletztes Mittel kommt u. U. dann auch eine verdeckte Videoüberwachung in Betracht (siehe Faltblatt: „Achtung Kamera“ der Beauftragten für den Datenschutz Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen).

4. Beauftragung externer Dienstleister

- 4.1. Beauftragt ein Unternehmen eine Sicherheitsfirma mit einer Videoüberwachung (z. B. eine Detektei) so sollte der Auftrag schriftlich erteilt werden. In dem Auftrag sollte konkret festgelegt werden, welche Daten erhoben werden sollen. Private Daten dürfen nicht erhoben werden. Es ist auszuschließen, dass bei Überwachung eines Kassensbereiches die eingegebenen PIN-Nummern von Kunden aufgezeichnet werden.
- 4.2. Der Sicherheitsdienstleister sollte überdies schriftlich darauf hingewiesen werden, sich strikt an den Überwachungsauftrag zu halten.

5. Datenschutzbeauftragter

- 5.1. Ist in dem Unternehmen ein Datenschutzbeauftragter bestellt, so ist dieser über die Videoüberwachung und die Hintergründe zu informieren. Der Einsatz einer Überwachungseinrichtung wird vom Datenschutzbeauftragten auf die datenschutzrechtliche Zulässigkeit hin überprüft und ist nur zulässig, wenn seine Zustimmung vorliegt.
- 5.2. Gibt es im Unternehmen keinen Datenschutzbeauftragten, so ist ein auf den Einzelhandel spezialisiertes Beratungsunternehmen zu beauftragen.

6. Berechtigter Personenkreis

- 6.1. Die erzielten Überwachungsergebnisse werden nur durch einen jeweils eng berechtigten Personenkreis ausgewertet.
- 6.2. Nach Auswertung der Überwachungsergebnisse sollen diese unverzüglich vernichtet bzw. unbrauchbar gemacht werden, es sei denn, dass diese zu Beweis Zwecken oder zur Strafverfolgung noch benötigt werden.

7. Kontrolle

Die Videoüberwachung soll durch den für die Auswertung der Überwachungsergebnisse zuständigen berechtigten Personenkreis stichprobenartig kontrolliert werden.

BAG: Verdachtskündigung auf Grund verdeckter Videoüberwachung -
Mitbestimmung

NZA 2003,
1193

Verdachtskündigung auf Grund verdeckter Videoüberwachung - Mitbestimmung

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

- 1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer vor einer lückenlosen technischen Überwachung am Arbeitsplatz durch heimliche Videoaufnahmen. Durch eine solche Kontrolle wird nicht lediglich eine Aufsichtsperson ersetzt. Vielmehr wird der Arbeitnehmer, der davon ausgehen muss, dass der Arbeitgeber bei bestimmten Gelegenheiten zum Mittel der heimlichen Videoaufzeichnung greift, einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt, dem er sich während seiner Tätigkeit nicht entziehen kann.**
- 2. Das Persönlichkeitsrecht wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch die Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein.**
- 3. Im Zivilprozess kann es Situationen geben, in denen dem Interesse an der Beweiserhebung besondere Bedeutung für die Rechtsverwirklichung einer Partei zukommt. Dies kann etwa in Fällen gegeben sein, in denen sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder einer notwehähnlichen Lage befindet.**
- 4. Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Video-Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.**
- 5. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats kann im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften führen, die den Arbeitnehmer belasten.**
- 6. Orientierungssatz 6 ist wortgleich mit Leitsatz 3.**

BGB § 626 I; ZPO § 286 I; GG Art. 2 I, 1 I, 20 III, 103 I, 12 I, 14 I 1; BetrVG § 87 I Nr. 6; BDSG § 6b II

- 1. Die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber stellt einen Eingriff in das durch Art. 2 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dar.**
- 2. Dieser Eingriff führt jedoch dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Video-Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.**

3. Ist die Videoüberwachung entgegen § 87 I Nr. 6 BetrVG ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats durchgeführt worden, so ergibt sich aus diesem Verstoß jedenfalls dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt und die Beweisverwertung nach den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist.

BAG, Urteil vom 27. 3. 2003 - 2 AZR 51/02 (LAG Schleswig-Holstein Urteil 4. 12. 2001 1 Sa 392b/01)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung und über Vergütungsansprüche. Die Kl. trat 1994 in die Dienste der Bekl., die Warenhäuser mit angeschlossenen Getränkemärkten betreibt. Die Kl. war u.a. an der Kasse des Getränkemarktes in U. eingesetzt. Dort traten seit 1997 überdurchschnittlich hohe Inventurdifferenzen auf. Im März 2000 installierte die Bekl. eine Videokamera direkt über der Kasse. Eine weitere Kamera wurde im September 2000 zur Beobachtung des Gangs im Getränkemarkt angebracht. Am 20. 11. 2000 lagen der Bekl. die Auswertungen der Videoaufzeichnungen für den 1., 3., 6., 9. und 13. 11. 2000 vor. An diesen Tagen hatte die Kl. Dienst. Am 21. 11. 2000 wurde die Kl. in Anwesenheit des Betriebsratsvorsitzenden und eines weiteren Betriebsratsmitglieds zu den auf den Videobändern aufgezeichneten Vorgängen angehört, aus denen die Bekl. den Verdacht der Unterschlagung ableitete. Dabei wurden mehrere der Videoaufnahmen, auf denen die Kl. zu sehen war, abgespielt. Mit Schreiben vom 23. 11. 2000 kündigte die Bekl. das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht zum nächst zulässigen Termin wegen des Verdachts der „Unterschlagung bzw. Veruntreuung von Firmengeldern“. Der zuvor angehörte Betriebsrat hatte der Kündigung zugestimmt. Die Bekl. rechnete die Vergütung der Kl. auf der Grundlage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 23. 11. 2000 ab.

Mit ihrer Klage hat die Kl. sich gegen die Kündigung gewandt sowie die sich aus der Unwirksamkeit der Kündigung ergebenden Zahlungsansprüche bis März 2001 geltend gemacht. Sie bestreitet, Geld unterschlagen oder veruntreut zu haben. Ein derartiges Verhalten lasse sich den Videoaufzeichnungen nicht entnehmen. Die Videoaufzeichnungen dürften nicht verwertet werden, weil sie in unverhältnismäßiger und damit unzulässiger Weise durch einen Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht zu Stande gekommen seien. Außerdem habe der Betriebsrat der Einrichtung der Videoanlage nicht zugestimmt.

Die Bekl. hat Klageabweisung begehrt. Die Kündigung sei als Verdachtskündigung wirksam. Die Kl. habe fiktive Gutschriftsbons für Leergut erzeugt und diese sodann eingescannt. Den entsprechenden Geldbetrag habe sie der Kasse entnommen, um ihn im Gang des Getränkemarkts einzustecken. Anlass für die Anbringung der Kameras seien die erheblichen Inventurdifferenzen gewesen. Überprüfungen der Innenrevision, des Warenwirtschaftssystems und der Arbeitsabläufe hätten als einzig mögliche Fehlerquelle ein Mitarbeiterfehlverhalten im Kassenbereich ergeben. Die Auswertung der ersten Aufnahmen im Juli 2000 habe erste Verdachtsmomente gegen die Kl. ergeben. Eine nähere Konkretisierung des Verdachts sei zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen, weil die Kl. den Sichtbereich der Kamera verlassen habe. Daher sei die zweite Kamera angebracht worden. Die mit Zustimmung des Betriebsrats erfolgte Installation verdeckter Videokameras sei unvermeidlich gewesen. Sichtbare Videokameras seien nicht in Betracht gekommen, weil es nicht nur um Abschreckung für die Zukunft, sondern auch um die Aufdeckung von zu ihren Lasten in der Vergangenheit begangenen Straftaten gegangen sei.

Das ArbG hat nach Beweiserhebung durch Inaugenscheinnahme der Videoaufzeichnungen vom 3.,

6. und 9. 11. 1999 die Klage abgewiesen. Das LAG hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die vom LAG zugelassene Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Das LAG hat angenommen, die Bekl. habe das Arbeitsverhältnis wirksam fristlos gekündigt.

BAG: Verdachtskündigung auf Grund verdeckter Videoüberwachung - Mitbestimmung 1194 
(NZA 2003, 1193)

Gegen die Kl. bestehe der dringende Verdacht der Unterschlagung von Firmengeldern. Das ergebe sich aus den Videoaufzeichnungen. Sie seien verwertbar, weil sie unter Abwägung der Interessen der Parteien in einer die Persönlichkeitsrechte der Kl. nicht verletzenden Weise aufgenommen worden seien. Die Bekl. habe angesichts der erheblichen Kassendifferenzen einen konkreten Anlass gehabt, eine gezielte Überwachung vorzunehmen. Andere Abhilfe sei nicht möglich gewesen. Offen angebrachte Videokameras seien nicht geeignet, derartige Unregelmäßigkeiten aufzudecken. Der Verwertung stehe auch nicht entgegen, dass der Betriebsrat der Videoüberwachung nach Meinung der Kl. nicht zugestimmt habe. Der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliege nur die Überwachung der Arbeitnehmer, nicht dagegen die Frage, ob Beweismittel im Prozess verwertet werden können.

B. Dem folgt der *Senat* im Ergebnis und in Teilen der Begründung. Die Klage ist unbegründet. Die außerordentliche Kündigung der Bekl. vom 23. 11. 1999 hat das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Deshalb stehen der Kl. auch die erhobenen Zahlungsansprüche nicht zu.

I. Die Würdigung des LAG, die Kündigung sei durch einen wichtigen Grund i.S. des § 626 I BGB gerechtfertigt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Der gegen den Arbeitnehmer gerichtete dringende Verdacht eines Eigentums- oder Vermögensdelikts zum Nachteil des Arbeitgebers ist an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Dies gilt auch für den Diebstahl und die Unterschlagung von Sachen mit nur geringem Wert. Als erschwerend hat es der *Senat* gewertet, wenn die Straftat mit der vertraglich geschuldeten Tätigkeit des Arbeitnehmers zusammenhängt, der Arbeitnehmer eine sich aus dem Arbeitsvertrag ergebende Obhutspflicht verletzt und das Delikt innerhalb seines konkreten Aufgabenbereiches bei Gelegenheit der Arbeitsleistung verübt (BAG [12. 8. 1999], BAGE 92, 184 = NZA 2000, 421 = NJW 2000, 1969 = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 28; BAG [17. 5. 1984], NZA 1985, 91 = NJW 1985, 284 = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 14 = EzA BGB § 626n.F.Nr. 90).

2. Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn das LAG in dem dringenden Verdacht, die Kl. habe mehrfach Gelder aus der Kasse entwendet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung gesehen hat. Insoweit erhebt die Revision auch keine Rüge.

3. Die Bekl. hat die tatsächlichen Umstände, die den dringenden Verdacht gegen die Kl. begründen, bewiesen. Dies haben die Vorinstanzen ohne Rechtsfehler angenommen.

a) Nach § 286 I ZPO hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist. Diese Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Sie ist durch das RevGer. nur beschränkt

nachprüfbar. Dieses kann lediglich überprüfen, ob das BerGer. die Voraussetzungen und die Grenzen des § 286 I ZPO gewahrt und eingehalten hat. Revisionsrechtlich von Bedeutung ist deshalb nur, ob das BerGer. tatsächlich den gesamten Inhalt der Verhandlungen berücksichtigt und alle erhobenen Beweise gewürdigt hat, ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei sowie frei von Verstößen gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze ist und ob sie rechtlich möglich ist (*BAG* [15. 8. 2002], *NZA* 2003, 432 = *NJW* 2003, 1204 = *AP BetrVG* 1972 § 103 Nr. 48 = *EzA BetrVG* 1972 § 103 Nr. 44; *BAG* [1. 10. 1997], *BAGE* 86, 347 = *NZA* 1998, 194 = *NJW* 1998, 3439 = *AP MuSchG* 1968 § 3 Nr. 11). Diesem Prüfungsmaßstab halten die Ausführungen des *LAG* stand.

b) Entgegen der von der Revision erhobenen Rüge waren die Vorinstanzen nicht durch ein Beweisverwertungsverbot gehindert, die von der Bekl. zum Beweis vorgelegten Video-Aufnahmen zu Lasten der Kl. zu berücksichtigen. Die heimliche Anfertigung der Videoaufnahmen war zwar ein Eingriff in das durch Art. 2 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. Der Eingriff war jedoch gerechtfertigt.

aa) Das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht ist auch im Privatrechtsverkehr und damit auch im Arbeitsverhältnis zu beachten. Es umfasst das Recht am gesprochenen Wort, d.h. die Befugnis, selbst zu bestimmen, ob es allein dem Gesprächspartner oder auch Dritten oder sogar der Öffentlichkeit zugänglich sein soll, ferner ob es auf Tonträger aufgenommen werden darf (*BAG* [29. 10. 1997], *BAGE* 87, 31 = *NZA* 1998, 307 = *NJW* 1998, 1331 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 27). Darüber hinaus gewährleisten Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG das Recht am eigenen Bild (*BVerfG* [9. 10. 2002], *BVerfGE* 106, 28 = *NJW* 2002, 3619 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 34 = *EzA BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15; *BGH* [25. 4. 1995], *NJW* 1995, 1955 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 25). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt den Arbeitnehmer vor einer lückenlosen technischen Überwachung am Arbeitsplatz durch heimliche Videoaufnahmen. Durch eine solche Kontrolle wird nicht lediglich eine Aufsichtsperson ersetzt. Vielmehr wird der Arbeitnehmer, der davon ausgehen muss, dass der Arbeitgeber bei bestimmten Gelegenheiten zum Mittel der heimlichen Videoaufzeichnung greift, einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt, dem er sich während seiner Tätigkeit nicht entziehen kann (*BAG* [7. 10. 1987], *NZA* 1988, 92 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15 = *EzA BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 6; *LAG Hamm* [24. 7. 2001], *NZA-RR* 2002, 464; *LAG Niedersachsen*, Urt. v. 19. 12. 2001 - 6 Sa 1376/01 unveröff.; *LAG Baden-Württemberg* [6. 5. 1999], *BB* 1999, 1439).

bb) Das Persönlichkeitsrecht wird allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers können durch die Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist somit durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient (*BVerfGE* 106, 28 = *NJW* 2002, 3619 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 34 = *EzA BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15; *BAG* [19. 12. 1991], *NZA* 1992, 307 = *NJW* 1992, 815; *BAG*, *NZA* 2003, 432 = *NJW* 2003, 1204 = *AP BetrVG* 1972 § 103 Nr. 48 = *EzA BetrVG* 1972 § 103 Nr. 44; *BAG* [18. 11. 1999], *BAGE* 93, 1 = *NZA* 2000, 418 = *NJW* 2000, 1211 = *AP BGB* § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 32; *BAG* [29. 10. 1997], *BAGE* 87, 31 = *NZA* 1998, 307 = *NJW* 1998, 1331 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 27; *BAG*, *NZA* 1988, 92 = *AP BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15 = *EzA BGB* § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 6; *LAG Hamm*, *NZA-RR* 2002, 464).

cc) Im Rahmen der Abwägung ist zu beachten, dass das Grundgesetz - insbesondere das unter anderem in Art. 20 III GG verankerte Rechtsstaatsprinzip - dem Erfordernis einer wirksamen Rechtspflege eine besondere Bedeutung beimisst. Auch im Zivilprozess, in dem über Rechte und

Rechtspositionen der Parteien innerhalb eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gestritten wird, sind die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege und das Streben nach einer materiell richtigen Entscheidung wichtige Belange des Gemeinwohls. Um die Wahrheit zu ermitteln, sind die Gerichte deshalb

BAG: Verdachtskündigung auf Grund verdeckter Videoüberwachung - Mitbestimmung 1195
(NZA 2003, 1193)

grundsätzlich gehalten, von den Parteien angebotene Beweismittel zu berücksichtigen, wenn und soweit eine Tatsachenbehauptung erheblich und beweisbedürftig ist. Dies gebieten auch der in § 286 ZPO niedergelegte Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie das grundrechtsähnliche Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 I GG. Allein das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege reicht aber nicht, um im Rahmen der Abwägung stets von einem gleichen oder gar höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Gleiches gilt für das Interesse, sich ein Beweismittel für zivilrechtliche Ansprüche zu sichern. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung schutzbedürftig ist. Im Zivilprozess kann es Situationen geben, in denen dem Interesse an der Beweiserhebung besondere Bedeutung für die Rechtsverwirklichung einer Partei zukommt (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 34 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15). Dies kann etwa in Fällen gegeben sein, in denen sich der Beweisführer in einer Notwehrsituation oder einer notwehrrähnlichen Lage befindet (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 34 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15).

Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Video-Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.

Allerdings ist die Videoüberwachung für öffentlich zugängliche Räume - zu denen auch Verkaufsräume zählen können - durch § 6b BDSG i.d.F. vom 18. 5. 2001, in Kraft seit 19. 5. 2001, nunmehr gesetzlich geregelt. Nach § 6b II BDSG ist die Beobachtung erkennbar zu machen (vgl. *Däubler*, NZA 2001, 874 [878]; *Maschmann*, NZA 2002, 13 [17]). Inwieweit sich daraus Einschränkungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben, hatte der *Senat* nicht zu entscheiden. Die streitbefangene Überwachung und die darauf gestützte Kündigung wurden von der Neuregelung noch nicht erfasst.

dd) Danach waren die Vorinstanzen nicht gehindert, die Videoaufnahmen als Beweismittel zu verwerten.

(1) Wie das *LAG* für den *Senat* bindend und ohne, dass die Revision hiergegen Rügen erhoben hätte, festgestellt hat, bestand angesichts der erheblichen Kassendifferenzen der Verdacht der Unterschlagung gegen die im Kassenbereich tätigen Arbeitnehmer, zu denen die Kl. gehörte. Dass der Verdacht bei Beginn der verdeckten Überwachung nicht allein die Kl. betraf, macht die Überwachung nicht unverhältnismäßig. Es ging nicht darum, eine nur allgemein bestehende Mutmaßung, es könnten Straftaten begangen werden, zu überprüfen (vgl. *BAG*, NZA 1988, 92 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 6). Die Überwachung diente vielmehr dazu, den bereits räumlich und funktional konkretisierten Verdacht

auf eine Person einzugrenzen. Sie bot zugleich die einzige Möglichkeit, die übrigen Arbeitnehmer aus dem engen Kreis der Verdächtigen auszuschließen.

(2) Wie das LAG ebenfalls festgestellt hat, war eine Abhilfe auf andere Art. und Weise nicht möglich. Nach ihrem von der Kl. nicht bestrittenen Vortrag hatte die Bekl. sowohl durch Maßnahmen der Innenrevision als auch durch Überprüfungen im Warenwirtschaftssystem erfolglos versucht, die Inventurdifferenzen zu klären. Ferner waren die Arbeitsabläufe auf Fehlerquellen untersucht worden. Als einzige Ursache kam danach ein Mitarbeiterfehlverhalten im Kassensbereich in Betracht. Eine effektive Überwachung durch Vorgesetzte oder Kollegen war nicht denkbar. Angesichts dessen führt das BerGer. zu Recht aus, dass die Überwachung mit offen angebrachten Kameras die Ursache der Differenzen nicht hätte klären können. Der Verdacht gegen die Kl. konnte durch offene Videoüberwachung weder bestätigt noch widerlegt werden. Er betraf eine heimlich begangene Tat. Der Verdacht ging dahin, dass die Kl. Leergutbons erstellt, ohne das entsprechende Leergut angenommen zu haben, sodann den bonierten Geldbetrag der Kasse entnahm, mit diesem Geld an einen Ort im Getränkemarkt ging, von dem sie annahm, unbeobachtet zu sein, um dort das Geld möglichst unauffällig am Körper zu verstecken. Derart auf Heimlichkeit angelegtes Verhalten kann seiner Natur nach nicht durch offen angekündigte Beobachtung entdeckt werden. Dass eine andere, Erfolg versprechende Möglichkeit der Aufklärung heimlich begangener Straftaten bestanden hätte, hat die Kl. selbst nicht geltend gemacht.

Bei dieser Lage würde der Bekl., ließe man die Verwertung der durch verdeckte Videoüberwachung gewonnen Beweismittel nicht zu, im Ergebnis angesonnen, zu ihren Lasten begangene strafbare Handlungen unaufgeklärt zu lassen, jedenfalls aber auf arbeitsrechtliche Sanktionen zu verzichten. Dass dem in seinem Eigentum und seiner unternehmerischen Betätigung rechtswidrig Angegriffenen eine derart weitgehende Rücksichtnahme auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angreifers zugemutet werden müsste, lässt sich auch der Rechtsprechung des BVerfG nicht entnehmen. Eigentum (Art. 14 I 1 GG) und unternehmerische Betätigungsfreiheit (Art. 12 I GG) genießen ebenso grundrechtlichen Schutz wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht. In den der Entscheidung des BVerfG vom 9. 10. 2002 (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 34 = EzA BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15) zu Grunde liegenden Fällen waren keine Grundrechte des Beweisführers bedroht. Es ging allein um sein „schlichtes Beweisinteresse“ (vgl. auch BAGE 87, 31 = NZA 1998, 307 = NJW 1998, 1331 = AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 27), nämlich um den Nachweis des Inhalts von Willenserklärungen. Für Vertragsschlüsse steht ein vom Gesetz vorgesehenes und allgemein übliches Beweismittel zur Verfügung, nämlich die schriftliche Niederlegung des Vertragsinhaltes. Heimlicher Beschaffung von Beweisen bedarf es nicht. Eben dies war im vorliegenden Fall anders.

(3) Der mit der verdeckten Überwachung verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. war insgesamt nicht unangemessen. Die Überwachung erfolgte nicht wahllos. Sie diente nicht der allgemeinen Verhaltenskontrolle, sondern allein der Aufklärung eines bestimmten Verdachts. Sie betraf allein den räumlichen Bereich, auf den sich dieser Verdacht bezog. Sie war auch zeitlich begrenzt. Hinzu kommt, dass sie in einem Umfeld erfolgte, in dem die Kl. nicht damit rechnen konnte, ständig unbeobachtet zu sein. Die Überwachung betraf weder die Intimsphäre noch die Privatsphäre der Kl., sondern den Raum, innerhalb dessen sie dem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht der Bekl. unterlag. Die Überwachung war außerdem geeignet, diejenigen Personen von dem Verdacht zu entlasten, die sich nichts hatten zu Schulden kommen lassen. So hat es anfangs auch die Kl. gesehen, indem sie im ersten Rechtszug zunächst selbst Beweis durch Inaugenscheinnahme der Videobänder dafür antrat, keine der Aufnahmen belege,

(NZA 2003, 1193)

dass sie Geld in der Hand gehabt habe, um es dann in die Hosentasche zu stecken.

II. Das LAG war auch dann nicht gehindert, die Video-Aufzeichnungen als Beweismittel zu verwerten, wenn, wie die Kl. behauptet, der bei der Bekl. bestehende Betriebsrat der Installation der Videokameras nicht zugestimmt haben sollte. Es kann deshalb offen bleiben, ob diese oder die Behauptung der Bekl. zutrifft, der Betriebsrat habe der Installation der Kameras zugestimmt.

1. Die Installation von Kameras zur Überwachung des dienstlichen Verhaltens von Arbeitnehmern ist nach § 87 I Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig (a. A., vgl. schon BAG [14. 5. 1974], NJW 1974, 2023 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 1 = EzA BetrVG 1972 § 87 Kontrolleinrichtung Nr. 1; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl., § 87 Rdnr. 244 m.w. Nachw.; *Maschmann*, NZA 2002, 13).

2. Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats kann im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften führen, die den Arbeitnehmer belasten (BAG [GS] [3. 12. 1991], BAGE 69, 134 = NZA 1992, 740 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 51; BAG [20. 8. 1991], NZA 1992, 225 = AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 50 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 29; BAG [13. 4. 1994], BAGE 76, 234 = NZA 1994, 1099 = AP LPVG NW § 72 Nr. 9). Die Rechtsunwirksamkeit ist eine Sanktion dafür, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht verletzt hat (BAGE 76, 234 = NZA 1994, 1099). Daher kommt es darauf an, ob die Rechtsfolge der Rechtsunwirksamkeit dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts entspricht (BAGE 76, 234 = NZA 1994, 1099).

3. Ob die Übertragung dieser Grundsätze auf die Fälle mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel auch bei Beachtung des grundrechtsgleichen Rechtes des Arbeitgebers aus Art. 103 GG in der Regel ein betriebsverfassungsrechtliches Beweisverwertungsverbot für den Kündigungsschutzprozess nach sich zieht (vgl. *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl., § 87 Rdnr. 256; *Maschmann*, NZA 2002, 13 [21]; *Röckl/Fahl*, NZA 1998, 1035 [1038]; *Fischer*, BB 1999, 154; *Kopke*, NZA 1999, 917; vgl. auch *LAG Baden-Württemberg*, BB 1999, 1439), kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Das Gesetz trifft eine solche Anordnung jedenfalls nicht ausdrücklich. Auch der Schutzzweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG gebietet die Annahme eines solchen Verwertungsverbots jedenfalls dann nicht, wenn die Verwertung des Beweismittels nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist und der Betriebsrat der Kündigung in Kenntnis der heimlich hergestellten Videoaufzeichnungen zustimmt.

a) Zwar ändert das vom Betriebsrat nachträglich erteilte Einverständnis mit einer Maßnahme, die ohne das zwingend vorgeschriebene Mitbestimmungsverfahren vorgenommen wurde, nichts an der Verletzung des Mitbestimmungsrechts (BAG [20. 2. 2002], BAGE 100, 311 = NZA 2002, 811 = AP LPVG NW § 72 Nr. 23 = EzA BGB § 620 Nr. 188, zu § 72 LPVG NW; *LAG Hessen* [27. 11. 1986], LAGE BetrVG 1972 § 87 Nr. 5; *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, § 87 Rdnr. 602; *Wiese*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl., § 87 Rdnr. 100 m.w. Nachw.; v. *Hoyningen-Huene*, DB 1987, 1426 [1432]). Damit ist jedoch nicht gesagt, welche Sanktion der Schutzzweck der verletzten Mitbestimmungsnorm verlangt.

b) Der Sinn des § 87 I Nr. 6 BetrVG besteht darin, Eingriffe in den Persönlichkeitsbereich der Arbeitnehmer durch Verwendung anonymer technischer Kontrolleinrichtungen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen (BAG [9. 9. 1975], BAGE 27, 256 = NJW 1976, 261 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 2; BAG [6. 12. 1983], BAGE 44, 285 =

NZA 1984, 47 = NJW 1984, 1476 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 7). Es geht also um den kollektivrechtlich vermittelten Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.

c) Soweit § 87 I Nr. 6 BetrVG den Schutz des Persönlichkeitsrechts des einzelnen Arbeitnehmers bezweckt, sind die Schutzzwecke des § 87 I Nr. 6 BetrVG und der zivilprozessualen Grundsätze über Beweisverwertungsverbote identisch. Die entgegen § 87 I Nr. 6 BetrVG unterbliebene Mitbestimmung gibt, was den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers betrifft, der Beweisverwertung durch die staatlichen Gerichte keinen eigenen Unrechtsgehalt. Die unterbliebene Mitbestimmung führt für sich genommen nicht zu einem Verstoß der Beweisverwertung gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ist die Beweisverwertung also - wie hier - nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig, so kann die Missachtung des § 87 I Nr. 6 BetrVG nur dann zu einem Beweisverwertungsverbot führen, wenn die damit verbundene kollektivrechtliche Kompetenzüberschreitung für sich genommen eine solche Sanktion fordert. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn der Betriebsrat den Verstoß gegen § 87 I Nr. 6 BetrVG kennt und der Verwertung der so gewonnenen Beweismittel sowie der darauf gestützten Kündigung zustimmt. Er gibt damit zu erkennen, dass er seine Rechte nicht für berührt hält und trotz der Kompetenzüberschreitung jedenfalls für den konkreten Fall die Beweisverwertung billigt. Dem entspricht es, dass - soweit bisher für Verstöße gegen § 87 I Nr. 6 BetrVG ein Beweisverwertungsverbot als Sanktion befürwortet wird - stets vom gleichzeitigen Vorliegen eines unzulässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht ausgegangen wird (vgl. etwa *Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt*, BetrVG, 21. Aufl., § 87 Rdnr. 256; *LAG Baden-Württemberg*, BB 1997, 1439), woran es hier gerade fehlt.

Anm. d. Schriftltg.:

Zu der zit. Entscheidung BAGE 93, 1 = NZA 2000, 418 s. die Anm. von *Ricken*, RdA 2001, 52; zu *BAG*, NZA 1998, 307 s. die Anm. *Otto*, AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 27. Mit dem Recht am Bild als besondere Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und speziellen Fragen des Arbeitnehmerdatenschutzes befassen sich *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468.