



# Täterschutz durch Datenschutz?

VRiBAG Prof. Dr. Ulrich Koch

# I. Die Vorgeschichte

# Das „Mutterjudikat“ (1)

BAG 27.3.2003 – 2 AZR 51/02

In einem Getränkemarkt traten überdurchschnittlich hohe Inventurdifferenzen auf. Die Arbeitgeberin installierte eine Videokamera direkt über der Kasse und eine weitere zur Beobachtung des Gangs im Getränkemarkt.

Aus den Auswertungen der Videoaufzeichnungen ergab sich, dass die Klägerin fiktive Gutschriftbons für Leergut erzeugt und diese sodann eingescannt hatte. Den entsprechenden Geldbetrag hatte sie anschließend der Kasse entnommen und für sich behalten.

Nach Ansicht der Klägerin durften die Videoaufzeichnungen nicht verwertet werden, weil sie in unverhältnismäßiger und damit unzulässiger Weise durch einen Eingriff in ihr Persönlichkeitsrecht zustande gekommen seien.

# Das „Mutterjudikat“ (2)

BAG 27.3.2003 – 2 AZR 51/02

Die heimliche Videoüberwachung eines ArbN durch den ArbG führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn

- der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des ArbG besteht,
- weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt
- und er insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.

# Die Sichtweise des EGMR (1)

EGMR 5.10.2010 – 420/07 – [Köpke]

Die verdeckte Videoüberwachung am Arbeitsplatz zur Aufklärung eines begründeten Diebstahlsverdachts ist zulässig,

- sofern sie zeitlich und örtlich begrenzt ist und
- kein anderes, gleichwertig effektives Mittel zum Schutz der Eigentümerrechte des AG zur Verfügung steht, das in geringerem Umfang in das Recht des AN auf Achtung des Privatlebens eingreift.

➤ *das BAG [hat] durch Auslegung des Umfangs des durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts der ArbN die Zulässigkeit einer derartigen Videoüberwachung erheblich [eingegrenzt], wodurch die Privatsphäre der AN vor willkürlichen Eingriffen geschützt wurde.*

# Das nationale Recht (BDSG)

## § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG nF (= § 32 Abs. 1 BDSG aF)

Zur **Aufdeckung von Straftaten** dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten 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 des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.

# Das Unionsrecht (1) - DSGVO

## Artikel 88 DSGVO

### Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

(1) Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere ....

- für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

# Rechtsfolgen nach dem BDSG (1)

BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16; 22.9.2016 – 2 AZR 848/15

- Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützten **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** einer Partei (vgl. Art. 8 Abs. 1 EMRK) kann sich im Verfahren vor den ArbG aus der Notwendigkeit einer **verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts** (§ 138 Abs. 3, § 286, § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO) ergeben.
- Das Grundrecht schützt neben der Privat- und Intimsphäre und seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden.

# Rechtsfolgen nach dem BDSG (2)

BAG 31.1.2019 – 2 AZR 426/18

- § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG aF entfaltet keine „Sperrwirkung“ dergestalt, dass eine anlassbezogene Datenerhebung durch den ArbG ausschließlich zur Aufdeckung von Straftaten zulässig wäre und sie nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig sein könnte (...).
- Allerdings muss die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten auch nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF „erforderlich“ sein.
- Es hat eine „volle“ Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten müssen geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen.

# Rechtsfolgen nach dem BDSG (3)

BAG 31.1.2019 – 2 AZR 426/18

- Bei der Interessenabwägung stellt eine **berechtigte Privatheitserwartung des Betroffenen** einen beachtlichen Faktor dar, der selbst dann zugunsten des Nichtverarbeitungsinteresses des ArbN den Ausschlag geben kann, wenn das Verarbeitungsinteresse des ArbG hoch ist.
- So dürfen ArbN grundsätzlich erwarten, dass **besonders eingriffsintensive Maßnahmen** nicht ohne einen durch Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat oder schweren Pflichtverletzung ergriffen werden und insbesondere nicht „ins Blaue hinein“ oder wegen des Verdachts bloß geringfügiger Verstöße eine heimliche Überwachung und ggf. „Verdinglichung“ von ihnen gezeigter Verhaltensweisen erfolgt.

# Rechtsfolgen nach dem BDSG (4)

BAG 31.1.2019 – 2 AZR 426/18

Demgegenüber können **weniger intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht** des ArbN eingreifende Datenverarbeitungen nach § 26 I 1 BDSG ohne Vorliegen eines durch Tatsachen begründeten Anfangsverdachts erlaubt sein.

- Das gilt vor allem für nach abstrakten Kriterien durchgeführte, keinen ArbN besonders unter Verdacht stellende offene Überwachungsmaßnahmen, die der Verhinderung von Pflichtverletzungen dienen.
- zB bei einer **Prüfung aus einem nicht willkürlichen Anlass, ob der AN seine vertraglichen Pflichten vorsätzlich verletzt hat**, und er - der AG - dazu auf einem Dienstrechner gespeicherte Dateien einsieht, die nicht ausdrücklich als „privat“ gekennzeichnet oder doch offenkundig „privater“ Natur sind.

# Die Sichtweise des EGMR (2) und BAG

BAG 31.1.2019 – 2 AZR 426/18

Das gilt jedenfalls dann, wenn die Maßnahme offen erfolgt und der Arbeitnehmer im Vorfeld darauf hingewiesen worden ist, welche legitimen Gründe eine Einsichtnahme in - vermeintlich - dienstliche Ordner und Dateien erfordern können

*(EGMR [Große Kammer] 5. September 2017 - 61496/08 - [Bărbulescu/Rumänien],*

und dass er Ordner und Dateien durch eine Kennzeichnung als „privat“ von einer Einsichtnahme ohne „qualifizierten“ Anlass ausschließen kann

*(EGMR 22. Februar 2018 - 588/13 - [Libert/Frankreich]).*

Der ArbN muss dann billigerweise mit einem jederzeitigen Zugriff auf die vermeintlich rein dienstlichen Daten rechnen. Zugleich kann er „private“ Daten in einen gesicherten Bereich verbringen.

# Übergang vom BDSG auf die DSGVO

## **Problematisch:**

- Sperrwirkung von § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG nF – schwere Pflichtverletzung (?)
- Rechtsfolgen von Verstößen gegen Datenschutz
- Kompetenz der Betriebsparteien im Datenschutz
- Prüfungsmaßstab – Unionsrecht/nationales Verfassungsrecht

# Der „Paukenschlag“ des EuGH zum BDSG (1)

EuGH 30.3.2023 – C-34/21

## Tenor

1. Art. 88 DSGVO ist dahin auszulegen, dass eine nationale Rechtsvorschrift keine „spezifischere Vorschrift“ im Sinne von Abs. 1 dieses Artikels sein kann, wenn sie nicht die Vorgaben von Abs. 2 dieses Artikels erfüllt.

2. Art. 88 Abs. 1 und 2 der Verordnung 2016/679 ist dahin auszulegen, dass nationale Rechtsvorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext unangewendet bleiben müssen,

- wenn sie nicht die in ebendiesem Art. 88 Abs. 1 und 2 vorgegebenen Voraussetzungen und Grenzen beachten,
- es sei denn, sie stellen eine Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 6 Abs. 3 DSGVO dar, die den Anforderungen dieser Verordnung genügt.

# Der „Paukenschlag“ des EuGH zum BDSG (2)

EuGH 30.3.2023 – C-34/21

## Rahmenbedingungen für den nationalen Regelungsinhalt

- **Jede Verarbeitung personenbezogener Daten muss** zum einen mit den in Art. 5 DSGVO aufgestellten Grundsätzen für die Verarbeitung der Daten im Einklang stehen und zum anderen einem der **in Art. 6 DSGVO aufgeführten Grundsätze** in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung entsprechen (...).
- Hinsichtlich der Grundsätze in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung **sieht Art. 6 DSGVO eine erschöpfende und abschließende Liste** der Fälle vor, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann.
- Daher muss eine Verarbeitung unter einen der in Art. 6 DSGVO vorgesehenen Fälle subsumierbar sein, um als **rechtmäßig angesehen werden zu können** (...).

# Der „Paukenschlag“ des EuGH zum BDSG (3)

EuGH 30.3.2023 – C-34/21

## Vorgaben für die nationale Regelungstechnik und ihren -inhalt:

Die „spezifischerer Vorschriften“ nach Art. 88 DSGVO dürfen sich **nicht auf eine Wiederholung der Bestimmungen der DSGVO beschränken**, sondern müssen

- einen zu dem geregelten Bereich passenden Regelungsgehalt haben müssen, der sich von den **allgemeinen Regeln der DSGVO** unterscheidet,
- auf den **Schutz** der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext **abzielen** und
- **geeignete und besondere Maßnahmen** zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person umfassen.

**Teile dieser Verordnung** können dabei in ihr nationales Recht aufgenommen werden, soweit dies erforderlich ist, um die **Kohärenz zu wahren** und die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen.

# Der „Paukenschlag“ des EuGH zum BDSG (4)

EuGH 30.3.2023 – C-34/21

## **Warum müssen die Vorgaben des Art. 88 Abs. 2 DSGVO eingehalten werden?**

- Ziel der DSGVO ist es, eine *grundsätzlich vollständige Harmonisierung* der nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sicherzustellen.
- Die Vorgaben von Art. 88 Abs. 2 DSGVO spiegeln aber die *Grenzen der mit dieser Verordnung in Kauf genommenen Differenzierung* wider.
- Danach darf dieser Bruch in der Harmonisierung nur zulässig sein, wenn die verbleibenden Unterschiede mit besonderen und geeigneten Garantien zum Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext einhergehen.

# II. Die „VW-Entscheidung“ des 2. Senats

- I. Datenschutzrechtliche Verwertungsverbote?
- II. Die Kompetenz der Betriebsparteien im Bereich des Datenschutzes
- III. Die sekundäre Darlegungs- und Beweislast

# Verwertungsverbot (1) - Sachverhalt

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Sachverhalt**

Die Beklagte wirft dem Kläger ua. vor, am 2. Juni 2018 eine Mehrarbeitsschicht in der Absicht nicht geleistet zu haben, sie gleichwohl vergütet zu bekommen. Nach dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien hat der Kläger an diesem Tag zunächst das Werksgelände betreten.

Die auf einen anonymen Hinweis hin erfolgte Auswertung der Aufzeichnungen der durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehenden Videokamera an Tor 5 zum Werksgelände ergab nach dem Vorbringen der Beklagten, dass der Kläger dieses vor Schichtbeginn wieder verlassen hat.

Der Kläger hat behauptet, er habe am 2. Juni 2018 gearbeitet. Die Erkenntnisse der Beklagten aus der Videoüberwachung unterlägen einem Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot.

# Verwertungsverbot (2) – maßgebliches Recht

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Grundsatz (1)**

Die Frage, ob die ArbG erhebliches Prozessvorbringen der Parteien und ggf. deren Beweisantritte bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen dürfen bzw. müssen, beantwortet sich nach Inkrafttreten der DSGVO nach deren Vorschriften.

Die DSGVO regelt die Zulässigkeit von Datenverarbeitungen auch im Verfahren vor den nationalen Zivilgerichten. Dies sind

- Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs 3 und ggf. Abs 4 iVm. Art 23 Abs. 1 Buchst. f und j DSGVO iVm. § 3 BDSG sowie den Vorgaben der Zivilprozessordnung (§§ 138, 286, 371 ff. ZPO) rechtmäßig.

# Verwertungsverbot (3) – Rechtmäßigkeit 1.1

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Artikel 6 Abs. 1 DSGVO** **Rechtmäßigkeit der Verarbeitung**

(1) Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

b) die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;

c) die Verarbeitung ist zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;

e) die Verarbeitung ist für die **Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt** erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

# Verwertungsverbot (4) – Rechtmäßigkeit 1.2

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Artikel 6 Abs. 3 DSGVO** **Rechtmäßigkeit der Verarbeitung**

(3) Die Rechtsgrundlage für die Verarbeitungen gemäß Absatz 1 Buchstaben c und e wird festgelegt durch

- a) Unionsrecht oder
- b) das Recht der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt.

Der Zweck der Verarbeitung muss in dieser Rechtsgrundlage festgelegt ... sein, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde. ... Diese Rechtsgrundlage **kann** spezifische Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung enthalten. .... Das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten müssen ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck stehen.

# Verwertungsverbot (5) – Rechtmäßigkeit 1.3

EuGH 2. März 2023 - C-268/21 - [Norra Stockholm Bygg]

Art. 6 Abs. 3 und 4 DSGVO ist dahin auszulegen,

- dass diese Vorschrift im Rahmen eines Zivilgerichtsverfahrens auf die Vorlegung eines Personalverzeichnisses als Beweismittel anwendbar ist, das personenbezogene Daten Dritter enthält, die hauptsächlich zum Zwecke der Steuerprüfung erhoben wurden.

EuGH 4. Mai 2023 – C-60/22 - [Bundesrepublik Deutschland]:

- Wenn ein Gericht die ihm durch das nationale Recht übertragenen gerichtlichen Befugnisse ausübt, ist davon auszugehen, dass die von diesem Gericht durchzuführende Verarbeitung personenbezogener Daten für den in Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e der DS-GVO genannten Zweck – Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe oder Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde – erforderlich ist.

# Verwertungsverbot (6) – Zweckänderung 1.1

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Zulässigkeit bei Zweckänderung?**

Erfolgt diese Verarbeitung zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden, ist das nach Art. 6 Abs. 4 DSGVO iVm. deren Erwägungsgrund 50 insbesondere zulässig, wenn die zweckändernde Verarbeitung auf dem Recht eines Mitgliedstaats beruht und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme zum Schutz der in Art. 23 Abs. 1 DSGVO genannten Ziele darstellt.

- (50) Die Verarbeitung personenbezogener Daten für andere Zwecke als die, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, sollte nur zulässig sein, wenn die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbar ist. In diesem Fall ist keine andere gesonderte Rechtsgrundlage erforderlich als diejenige für die Erhebung der personenbezogenen Daten.

# Verwertungsverbot (7) – Zweckänderung 1.2

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Rechtsgrundlage bei Zweckänderung

Ausweislich des EG 50 ist der Verantwortliche zum Schutz dieser wichtigen Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses berechtigt, die personenbezogenen Daten ungeachtet dessen weiterzuverarbeiten, ob sich die Verarbeitung mit den Zwecken, für die die personenbezogenen Daten ursprünglich erhoben wurden, vereinbaren ließ.

- Zu den in Art. 6 Abs. 4 DSGVO normierten Zielen gehören nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. f DSGVO der **„Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und der Schutz von Gerichtsverfahren“**, wobei dieses Ziel ... auch eine ordnungsgemäße Rechtspflege gewährleistet.
- Darüber hinaus stellt nach Art. 23 Abs. 1 Buchst. j DSGVO die **Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche** ebenfalls ein Ziel dar, das eine Verarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als demjenigen rechtfertigen kann, zu dem sie erhoben wurden.

# Verwertungsverbot (8) – Zweckänderung 1.3

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Artikel 23 Beschränkungen**

(1) Durch Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter unterliegt, können die Pflichten und Rechte gemäß den Artikeln 12 bis 22 und Artikel 34 sowie Artikel 5, insofern dessen Bestimmungen den in den Artikeln 12 bis 22 vorgesehenen Rechten und Pflichten entsprechen, im Wege von Gesetzgebungsmaßnahmen beschränkt werden, sofern eine solche Beschränkung den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt, die Folgendes sicherstellt:

...

f) den Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und den Schutz von Gerichtsverfahren;

....

j) die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche.

# Verwertungsverbot (9) – Zweckänderung 1.4

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Zweckänderung bei rechtswidrig erhobenen Daten durch die ArbG**

- Die - ggf. zweckändernde - Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch das Gericht kommt selbst dann in Betracht, wenn die vor- oder außergerichtliche Erhebung dieser Daten durch eine Prozesspartei sich nach Maßgabe der DSGVO oder des nationalen Datenschutzrechts - wie vom LAG angenommen - als **rechtswidrig** darstellt. Dies folgt ... in aller Eindeutigkeit (a. c.) aus Art. 17 DSGVO.
- Nach dessen Abs. 1 Buchst. d sind zwar personenbezogene Daten zu löschen, wenn sie unrechtmäßig verarbeitet wurden, wozu nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO auch ihre rechtswidrige Erhebung zählt. Von dem Recht auf Löschung unrechtmäßig verarbeiteter Daten besteht nach Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO jedoch insoweit eine Ausnahme, wie die weitere Verarbeitung der fraglichen Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist.

# Verwertungsverbot (10) – Zweckänderung 1.5

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Artikel 17**

### **Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“)**

(1) Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass sie betreffende personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, und der Verantwortliche ist verpflichtet, personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, sofern einer der folgenden Gründe zutrifft:

a) .....

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, soweit die Verarbeitung erforderlich ist

a-d) ....

e) zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.

# Verwertungsverbot (11) – Lottoannahmestelle 1.1

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## **Sachverhalt (Lottoannahmestelle)**

Die Kl. war in einer Lottoannahmestelle tätig gewesen. Dort hatte der Beklagte 2016 eine offene Videoüberwachung installiert, um Straftaten von Kunden und Arbeitnehmern zu verhindern.

Im 3. Quartal 2016 wurde ein Fehlbestand bei Tabakwaren festgestellt. Daraufhin wertete der Arbeitgeber ab dem 1. August 2016 das in der Filiale installierte Videogerät aus.

Dabei zeigte sich, dass die Klägerin an zwei Tagen im Februar 2016 für Tabakwarenverkauf vereinnahmtes Geld in die Lottokasse und nicht in die Registrierkasse gelegt und dann diese Lottokasse aus dem Sichtbereich des Videogeräts verbracht hatte, sofort wiedergekommen sei und die Kasse mit der anderen Hand zurückgelegt hatte.

# Verwertungsverbot (12) – Lottoannahmestelle 1.2

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## Verhältnismäßigkeitsprüfung - Geeignetheit

Die Speicherung von Bildsequenzen, die geeignet sind, den mit einer rechtmäßigen Videoaufzeichnung verfolgten Zweck zu fördern, bleibt, weil es sich oft um die einzigen, regelmäßig aber um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel handelt, grundsätzlich erforderlich, bis der Zweck entweder erreicht oder aufgegeben oder nicht mehr erreichbar ist. Die Eignung beurteilt sich objektiv.

- *Der Zweck war auch nach wie vor erreichbar. Etwaige Kündigungsrechte waren noch nicht verwirkt und mögliche Schadensersatzansprüche weder verjährt noch - soweit ersichtlich - verfallen. Damit blieb die Speicherung der relevanten Sequenzen erforderlich.*

# Verwertungsverbot (13) – Lottoannahmestelle 1.3

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## **Verhältnismäßigkeitsprüfung - Angemessenheit (1)**

Eine noch erforderliche Speicherung von Aufzeichnungsteilen, die **vorsätzliche Handlungen gegen das Eigentum des Arbeitgebers belegen (sollen)**, ist nur ganz ausnahmsweise unangemessen (nicht verhältnismäßig im engeren Sinne).

Der **rechtmäßig gefilmte Vorsatztäter** ist in Bezug auf die Aufdeckung und Verfolgung seiner materiell-rechtlich noch verfolgbaren Tat nicht schutzwürdig. Er wird dies auch nicht durch bloßen Zeitablauf.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich vor dem Eintritt von Verfall, Verjährung oder Verwirkung der Verantwortung für vorsätzliches rechtswidriges Handeln zu entziehen.

# Verwertungsverbot (14) – Lottoannahmestelle 1.4

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## **Verhältnismäßigkeitsprüfung – Angemessenheit (2)**

Solange sich die Speicherung der relevanten Sequenzen im Verhältnis zu dem betreffenden Arbeitnehmer nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF als gerechtfertigt darstellt, müssen grundsätzlich auch miterfasste Dritte (zB Kunden) die weitere Verarbeitung und mögliche Nutzung dieses Videomaterials dulden.

- Anders könnte es nur liegen, wenn auf diese bezogen von einer greifbaren Missbrauchsgefahr auszugehen wäre. Dafür ist vorliegend gleichfalls nichts ersichtlich.
- Deshalb bedarf keiner Entscheidung, ob miterfasste Personen ggf. die Löschung der betreffenden Aufzeichnungsteile oder ob sie lediglich verlangen könnten, dass sie darin - etwa durch „Verpixelung“ - unkenntlich gemacht werden.

# Verwertungsverbot (15) – Lottoannahmestelle 1.5

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## Verhältnismäßigkeitsprüfung – Angemessenheit (3)

Allerdings kann der ArbG - wie der Streitfall illustriert - mit Blick auf mögliche „heimliche“ Verletzungen seines Eigentums durch eigene Beschäftigte nicht darauf verwiesen werden, die gesamten Aufzeichnungen **nach kurzer Zeit unbesehen überschreiben** zu lassen.

- Würden die **Speicherintervalle so kurz bemessen**, dass die Aufzeichnungen bei Bekanntwerden von Vorfällen üblicherweise schon gelöscht sind, wäre die Maßnahme insoweit praktisch wirkungslos und damit jedenfalls unverhältnismäßig.
- Dementsprechend könnten **wochen- oder sogar monatelange Speicherintervalle** nicht zu beanstanden sein, wenn Straftaten oder erhebliche Pflichtverletzungen erst bei aufwendigen Überprüfungen oder Abrechnungsmaßnahmen entdeckt werden können.

# Verwertungsverbot (16) – Lottoannahmestelle 1.6

BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18

## Verhältnismäßigkeitsprüfung – Angemessenheit (4)

Aspekte der **Generalprävention** bedingen zumindest im Fall einer offenen Überwachung kein anderes Ergebnis.

Einem rechtsstaatswidrigen planmäßigen **Unterlaufen der Löschpflicht** steht insofern entgegen, dass die Betroffenen ihre Löschanprüche geltend machen und sie ggf. gerichtlich durchsetzen können.

Jedenfalls dann, wenn es tatsächlich zu einer Zweckentfremdung von personenbezogenen Daten kommt, können den Betroffenen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche sowie, soweit es sich um ArbN der verantwortlichen Stelle handelt, außerordentliche Kündigungsrechte zustehen (...). Damit enthält das nationale Recht ausreichende und angemessene Vorkehrungen gegen Missbrauch.

# Verwertungsverbot (17) – offene Überwachung

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Zulässigkeit von offenen Überwachungsmaßnahmen

- Die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eines AN durch eine offene Überwachungsmaßnahme wird zum einen durch die **Verhaltenshemmung** (psychischer Anpassungsdruck) und zum anderen durch die **Verdinglichung des gleichwohl gezeigten Verhaltens** samt der darin liegenden Gefahr der Verbreitung der Aufzeichnung bewirkt.
- Anders als bei einer verdeckten Überwachungsmaßnahme geht es bei einer für ihn erkennbaren Überwachung nicht um den Schutz vor einer (heimlichen) Ausspähung, sondern vielmehr „nur“ um **Entfaltungs-, Dokumentations- und Verbreitungsschutz**.
- Ein Verwertungsverbot kommt lediglich in Betracht, wenn und soweit der **AN bezogen auf diese Zwecke schutzwürdig** ist.

# Verwertungsverbot (18) – offene Überwachung

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Mögliche Ausnahmen bei offener Überwachung

Aspekte der **Generalprävention** könnten allenfalls dann zu einem Verwertungsverbot in Bezug auf vorsätzliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers führen,

- wenn sich die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers als solche trotz ihrer offenen Durchführung als schwerwiegende Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechts darstellt (denkbar zB bei offener Überwachung von Toiletten oder Umkleieräumen oder offener Dauerüberwachung ohne Rückzugsmöglichkeit).

Das entspricht angesichts der zugunsten des Arbeitnehmers unterstellten Vorgaben in Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO iVm. Art. 7 und Art. 8 GrCh mit hinreichender Deutlichkeit dem Unionsrecht.

# Verwertungsverbot (17) – Sanktionen des ArbN

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Mögliche Sanktionen des Arbeitnehmers (1)**

Ein Verbot, inkriminierte Bildsequenzen aus einer offenen Videoüberwachung in Augenschein zu nehmen, besteht schließlich nicht deshalb, weil sie womöglich gar kein Verhalten des AN zeigen, das eine vorsätzliche Verletzung der Rechtsgüter des ArbG darstellt oder doch auf eine solche hindeutet.

Da Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 47 Abs. 2 GrCh grds. gebieten, einem erheblichen Beweisantritt nachzugehen, darf eine Beweiserhebung nicht auf die bloße Möglichkeit ihrer Grundrechtswidrigkeit hin unterbleiben.

# Verwertungsverbot (18) – Sanktionen des ArbN

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Mögliche Sanktionen des Arbeitnehmers (2)**

Für den betroffenen Arbeitnehmer bestehen ausreichende andere Schutzmechanismen.

- Ergibt die Inaugenscheinnahme „rein gar nichts“ iSd. ArbG, verliert dieser nicht nur den Prozess. Vielmehr kann in der weiteren Verarbeitung - eindeutig - irrelevanter Sequenzen und deren Einführung in einen Rechtsstreit eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen, für die er unter den Voraussetzungen von § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG eine Geldentschädigung oder nach Art. 82 DSGVO immateriellen Schadenersatz schuldet.

# BetrVG (19) – Kompetenz der Betriebsparteien 1.1

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

Anders als vom LAG angenommen, ist es der Beklagten nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen verwehrt, Daten, die sie mithilfe der elektronischen Anwesenheitserfassung gewonnen hat, in das Verfahren einzuführen.

- Das LAG hat seine Auffassung auf eine am 17. Oktober 2007 für das Werk H abgeschlossene Betriebsvereinbarung über die Einführung einer elektronischen Anwesenheitserfassung (BV 2007) gestützt, wonach „keine personenbezogene Auswertung von Daten erfolgt“.
- Durch den Abschluss dieser Betriebsvereinbarung, deren weiterer Inhalt sich aus dem angefochtenen Urteil allerdings nicht erschließt, habe die Beklagte den Kläger im Sinne einer „berechtigten Privatheitserwartung“ in Sicherheit gewiegt. Dies gelte selbst für den Fall, dass der BR der Auswertung der Kartenlesegeräte nachträglich zugestimmt habe, da die BV den ArbN - so das LAG - „eigene Rechte“ einräume.

# BetrVG (20) – Kompetenz der Betriebsparteien 1.2

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

Den Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht, ein über das formelle Verfahrensrecht der ZPO hinausgehendes Verwertungsverbot zu begründen oder die Möglichkeit des ArbG wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu und diesen unter Beweis zu stellen.

- Es kann dahinstehen, ob und ggf. in welchem Umfang sich der ArbG gegenüber dem BR überhaupt verpflichten kann, Erkenntnisse aus einer Datenverarbeitung nicht zu nutzen.
- Das gerichtliche Verfahren steht nicht zu ihrer Disposition. Vielmehr obliegt seine Ausgestaltung dem Gesetzgeber. Allein dieser ist befugt, den gerichtlichen Verfahrensablauf zu bestimmen. Dazu gehört auch die in §§ 138, 286 Abs. 1 ZPO bestimmte Möglichkeit, Tatsachenstoff in das Verfahren einzuführen und unter Beweis zu stellen, sowie die darauf bezogene Würdigung durch das Gericht.

# BetrVG (21) – Kompetenz der Betriebsparteien 1.3

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

Es tritt hinzu, dass das Recht zur - hier vorrangig erklärten - außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags gemäß § 626 BGB im Voraus weder verzicht- noch erheblich erschwerbar und eine gegenteilige Regelung nach § 134 BGB nichtig ist.

- Zumindest auf eine erhebliche Erschwerung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung liefe aber ein Verbot für den ArbG hinaus, Erkenntnisse aus einer Überwachungsmaßnahme, die auf ein Verhalten hindeuten (sollen), das „an sich“ geeignet ist, einen wichtigen Grund iSv. § 626 BGB zu bilden, in einen Kündigungsschutzprozess einzuführen. Denn dabei handelt es sich regelmäßig um die zuverlässigsten Erkenntnisquellen

# Sekundäre Darlegungslast (1) – Grundsatz 1.1

BAG 27.9.2022 – 2 AZR 508/21

## Grundsatz

Im Kündigungsschutzprozess obliegt dem ArbG die volle Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen des Kündigungsgrundes.

- Für Umstände, die das Verhalten des ArbN **rechtfertigen oder entschuldigen** könnten, ist seine **Darlegungslast** allerdings abgestuft.
- Er darf sich zunächst darauf beschränken, den **objektiven Tatbestand einer Pflichtverletzung** vorzutragen. Er muss nicht jeden erdenklichen Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund vorbeugend ausschließen.
- Es ist vielmehr Sache des ArbN, für das Eingreifen solcher Gründe – soweit sie sich nicht unmittelbar aufdrängen – zumindest greifbare Anhaltspunkte zu benennen

# Sekundäre Darlegungslast (2) – Grundsatz 1.2

BAG 27.9.2022 – 2 AZR 508/21

## Hieraus folgt:

- Schon auf der **Tatbestandsebene** des wichtigen Grundes kann den ArbN eine sekundäre Darlegungslast treffen. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn der ArbG als primär darlegungsbelastete Partei **außerhalb des fraglichen Geschehensablaufs steht**, während der ArbN aufgrund seiner Sachnähe die wesentlichen Tatsachen kennt.
- In einer solchen Situation kann der ArbN gehalten sein, dem ArbG durch nähere Angaben weiteren Sachvortrag zu ermöglichen. Kommt er in einer solchen Prozesslage **seiner sekundären Darlegungslast nicht nach**, gilt das tatsächliche Vorbringen des ArbG – soweit es nicht völlig „aus der Luft gegriffen“ ist – iSv § 138 III ZPO als zugestanden.
- Dabei dürfen an die sekundäre Behauptungslast des ArbN keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Sie dient lediglich dazu, es dem kündigenden ArbG als primär darlegungs- und beweispflichtiger Partei zu ermöglichen, weitere Nachforschungen anzustellen und sodann substanziiert zum Kündigungsgrund vorzutragen und gegebenenfalls Beweisanzutreten.

# Sekundäre Darlegungslast (3) – VW 1.1

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

Das LAG hat im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass bereits das dem Kläger von der Beklagten vorgeworfene Verhalten am 2. Juni 2018 (Erschleichen von Vergütung hinsichtlich einer nicht abgeleiteten Mehrarbeitsschicht) - wäre es unstreitig oder erwiesen - einen wichtigen Grund iSv. § 626 Abs. 1 BGB für eine außerordentliche fristlose Tat- oder Verdachtskündigung bilden könne.

- Allerdings hat es Berufungsgericht zu Unrecht gemeint, der Kläger habe das Vorbringen der Beklagten - ungeachtet des möglichen Eingreifens eines Sachvortragsverwertungsverbots - ausreichend bestritten, wonach er die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 in Täuschungsabsicht nicht abgeleistet habe.
- Das LAG hat die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast verkannt, die eingreifen, wenn der Arbeitgeber Vortrag zu einer negativen Tatsache (hier: die Nichtableistung der Schicht nach vorherigem Vorspiegeln der Präsenz) halten muss.

# Sekundäre Darlegungslast (4) – VW 1.2

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Das Negativum

Nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien hat der Kläger sich verbindlich für die Mehrarbeitsschicht am 2. Juni 2018 gemeldet und das Werksgelände vor Schichtbeginn mithilfe seines Werksausweises unter Auslösung einer elektronischen Anwesenheitserfassung durch ein Drehkreuz an Tor 5 betreten.

- Nach dem Vorbringen der Beklagten hat der Kläger das Werksgelände noch vor Beginn der Mehrarbeitsschicht wieder verlassen und es anschließend vor oder doch während der Schicht nicht erneut betreten. Damit hat die Beklagte ihrer primären Darlegungslast dafür genügt, dass der Kläger die Mehrarbeitsschicht nicht abgeleistet haben kann (Negativum).

# Sekundäre Darlegungslast (5) – VW 1.3

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Das Positivum

Hierauf hätte es dem Kläger im Rahmen einer sekundären Darlegungslast obliegen, substantiiert vorzutragen, welche tatsächlichen Umstände für das Positivum - das ordnungsgemäße Ableisten der Mehrarbeitsschicht - sprechen. Dazu hätte er zunächst konkret darlegen müssen, ob er durchgehend auf dem Werksgelände geblieben sein oder dieses zwar noch einmal verlassen, aber rechtzeitig wieder betreten haben möchte. Daran fehlt es bislang. Das LAG hat auch keine Tatsachen festgestellt, die dem Kläger eine Festlegung unzumutbar gemacht hätten.

- Dagegen spricht, dass er nach seinem eigenen Vorbringen nur in seltenen Ausnahmefällen das Werksgelände noch vor einem Schichtbeginn - zunächst - wieder verlassen haben möchte. Deshalb müsste ihm dies ggf. in Erinnerung geblieben sein. Es tritt hinzu, dass nach dem eigenen Vorbringen des Klägers lediglich am mit einem Pförtner besetzten Haupteingang ein Zutritt zum Werksgelände ohne Verwendung des Werksausweises zur Freischaltung eines Drehkreuzes bei gleichzeitiger elektronischer Anwesenheitserfassung möglich ist. Der Kläger hätte daher ggf. - nach der Lebenserfahrung glaubhaft - erläutern müssen, warum ihm der überaus ungewöhnliche Wiederzutritt zum Werksgelände über den Haupteingang nicht mehr erinnerlich sein könnte.

Ohne entsprechendes Vorbringen ist der Vortrag der Beklagten zum Nichtableisten der Mehrarbeitsschicht in Täuschungsabsicht durch den Kläger nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen.

# Sekundäre Darlegungslast (6) – VW 1.4

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Die Segelanweisung (1)

Um der ihn treffenden sekundären Darlegungslast zu genügen, müsste der Kläger sich zunächst festlegen, ob er am 2. Juni 2018 zwar das Werksgelände vor Schichtbeginn verlassen, es jedoch ebenfalls noch vor Schichtbeginn „unbemerkt“ wieder betreten haben, oder ob er durchgängig auf dem Werksgelände geblieben sein möchte. Der Beklagten obläge sodann (nur) der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft.

- Sollte er behaupten, er sei durchgängig auf dem Werksgelände verblieben, hätte das LAG nach §§ 371 ff. ZPO Beweis durch Inaugenscheinnahme der inkriminierten, keinem Verwertungsverbot unterliegenden (Rn. 22 ff.) Bildsequenz aus der Videoüberwachung an Tor 5 zu der gegenteiligen Behauptung der Beklagten zu erheben, der Kläger habe das Gelände vor Schichtbeginn wieder verlassen. Sollte sich dies erweisen, wäre schon deshalb davon auszugehen, dass die Darstellung der Beklagten zum Kündigungsvorwurf (Nichtableisten der Schicht in Täuschungsabsicht) zutrifft. Der Kläger könnte sich nicht in prozessual zulässiger Weise dahin einlassen, er habe das Werksgelände nicht verlassen; sollte er es doch verlassen haben, habe er es noch vor Schichtbeginn wieder betreten.

# Sekundäre Darlegungslast (6) – VW 1.4

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## Die Segelanweisung (2)

Sollte der Kläger nach der Zurückverweisung substantiiert darlegen, dass er das Werksgelände zwar zunächst wieder verlassen, es aber „unbemerkt“ noch vor Schichtbeginn - wann, durch welchen Eingang? - wieder betreten und sodann - nach rechtzeitigem Erreichen der Gießerei? - ordnungsgemäß gearbeitet habe, wird das LAG - ohne dass es auf die von der Beklagten vorgelegte Bildsequenz aus der Videoüberwachung an Tor 5 ankäme - nach § 286 Abs. 1 ZPO zu würdigen haben, ob es die Behauptung der Beklagten für erwiesen erachtet, der Kläger habe das Werksgelände am 2. Juni 2018 nicht wieder betreten.

- Dabei wird es zu beachten haben, dass für eine Überzeugungsbildung iSd. § 286 Abs. 1 ZPO **ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit** genügt, der verbleibenden Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Das Gericht muss ggf. begründen, warum es **Restzweifel** nicht überwinden konnte. Insbesondere darf es das Nichterreichen eines ausreichenden Grads an Gewissheit nicht allein darauf stützen, es seien andere Erklärungen theoretisch denkbar.

# Sekundäre Darlegungslast (7) – VW 1.5

BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22

## **Die Segelanweisung (3)**

Sollte der Kläger substantiiert dartun, dass er das Werksgelände vor Schichtbeginn durch ein Drehkreuz wieder betreten haben möchte, wären die Behauptung und ggf. ein entsprechender Beweisantritt der Beklagten prozessual beachtlich, dass dies nach der elektronischen Anwesenheitserfassung und der Videoüberwachung ausgeschlossen werden kann.

Es stellt bereits keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers dar, wenn er von einer Überwachungsmaßnahme nicht erfasst wurde.

Auch war mit der elektronischen Anwesenheitserfassung und einer offenen Videoüberwachung an den Toren zum Werksgelände keine schwerwiegende Grundrechtsverletzung verbunden



Sie haben es jetzt geschafft  
Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit