

# Kontrollen der Beschäftigten und Datenschutz

## A. Gesundheitsbezogene Kontrollen

I. Gesundheitsschutz wird vorrangig durch Gestaltung der Arbeitsbedingungen realisiert. Wenn es um Suchtprobleme (Alkohol, Drogen) geht, geht es auch regelmäßig um suchtfördernde Arbeitsbedingungen (zB Termindruck, überlange Arbeitszeiten). Trotzdem wird immer wieder diskutiert, dass Gesundheitskontrollen zu den elementaren Maßnahmen des Arbeitsschutzes gehören können. Bereits die erste Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Mitbestimmungsrecht der Personalräte im Arbeitsschutz nach § 75 Abs. 3 Nr. 11 BPersVG betraf ein Alkoholverbot, das für Kraftfahrer in einer Dienststelle festgesetzt war. Das BAG sah in dieser Regelung eine Maßnahme des Gesundheitsschutzes, weil sowohl Selbstgefährdung als auch Fremdgefährdung durch alkoholisierte Kraftfahrer vermieden werden sollten (BAG 23.09.1986 – 1 AZR 83/85, PersR 1987, 61). In der Kommentarliteratur fand diese Rechtsprechung Zustimmung. Von Anfang an hob jedoch das BAG hervor, dass im geltenden Arbeitsschutzrecht Verbote nur eine nachgeordnete Rolle spielen und dass nach den Anforderungen der jeweiligen Arbeitsplätze differenziert werden muss.

### I. Differenzierender Ansatz im Arbeitsschutzrecht

Alkohol, Medikamente und Drogen können Arbeitsunfälle verursachen, so dass in den Unfallverhütungsvorschriften Alkoholverbote, die später auch um Verbote von Drogen und Medikamenten ergänzt wurden, bereits früh eine gewisse Rolle spielten. Diese Verbote in den Unfallverhütungsvorschriften waren jedoch typischerweise keine absoluten Verbote. In den allgemeinen Vorschriften, die für alle gelten, vor allem in der BGV A1, wird der Konsum von Alkohol und vergleichbaren Mitteln nur insoweit verboten, als Versicherte sich dadurch selbst oder andere gefährden könnten. Der Arbeitgeber ist in einem solchen Fall verpflichtet, Versicherte, die erkennbar nicht in der Lage sind, eine Arbeit ohne Gefahr für sich oder andere auszuführen, mit dieser Arbeit nicht (mehr) zu beschäftigen (§ 7 Abs. 2 BGV A1).

§ 15 BGV A1, Abs. 2

Versicherte dürfen sich durch den Konsum von Alkohol, Drogen oder anderen berauschenden Mitteln nicht in einen Zustand versetzen, durch den sie sich selbst oder andere gefährden können

§ 15 BGV A1 Abs. 3

Abs. 2 gilt auch für die Einnahme von Medikamenten

§ 7 Abs. 2 BGV A1

Der Unternehmer darf Versicherte, die erkennbar nicht in der Lage sind, eine Arbeit ohne Gefahr für sich oder andere auszuführen, mit dieser Arbeit nicht beschäftigen.

Nur an besonders gefährlichen Arbeitsplätzen verlangen die Unfallverhütungsvorschriften – und damit das Arbeitsschutzrecht – ein absolutes Alkoholverbot, das dann natürlich auch entsprechend kontrolliert werden muss.

Ein Beispiel für eine solche Ausnahmegesetzgebung, die ein absolutes Verbot darstellt, ist § 5 BGV C7 (Wach- und Sicherheitsdienste):

„Der Genuss von alkoholischen Getränken und die Einnahme anderer berauschender Mittel sind während der Dienstzeit verboten. Dies gilt auch für einen angemessenen Zeitraum vor dem Einsatz. Bei Dienstantritt muss Nüchternheit gegeben sein.“

Solange sich die Verbote in dem Rahmen der UVV halten, handelt es sich bei solchen Verboten um Maßnahmen bzw. Regelungen des Arbeitsschutzes, die § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zuzuordnen sind. Arbeitgeber können insoweit nicht allein handeln, sondern bedürfen der Zustimmung des Betriebs- oder Personalrates. In solchen Vereinbarungen sind dann die erforderlichen Verfahrensvorschriften zu regeln:

Wer ist für die Überwachung zuständig?

Wer hat das Recht, Beschäftigte nach Hause zu schicken?

Müssen Regelungen für einen sicheren Transport nach Hause getroffen werden?

Wird den Beschäftigten die Möglichkeit eines Alkoholtestes zu Entlastungszwecken angeboten?

Betriebs- und Personalräte können solche Verhandlungen nutzen, um zugleich Regelungen zu treffen, dass in der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG die Probleme suchtförderlicher Arbeitsbedingungen aufgegriffen werden. Dagegen ist es eindeutig, dass auch Betriebsvereinbarungen nicht die persönliche Einwilligung des einzelnen Beschäftigten in die Vornahme eines solchen Testes ersetzen oder negieren können. Eine Blutabnahme oder ein Bluttest ohne die Zustimmung des Betroffenen ist in jedem Fall rechtswidrig.

Betriebsvereinbarungen oder Dienstvereinbarungen, die auf das Mitbestimmungsrecht beim Gesundheitsschutz gestützt werden sollen, können daher kein umfassendes absolutes Alkoholverbot anordnen. Sie dürfen insoweit nicht weitergehen als die Unfallverhütungsvorschriften selbst. Ein weitergehendes Verbot kann nicht auf § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG gestützt werden (dazu BAG 13.02.1990 AiB 1991, 272).

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichte werden solche absoluten Verbote daher dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG / § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG zugeordnet. Diese Unterscheidung hat praktische Konsequenzen. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG dient der Durchführung des Arbeitsschutzes und hat sich daher nahe an den arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben zu orientieren. Dies gilt für das Mitbestimmungsrecht in Ordnungsfragen nicht in gleicher Weise. Arbeitgeber und Betriebsrat, aber auch die

Einigungsstelle haben einen relativ breiten Spielraum, welche Regelungen sie für zweckmäßig halten dürfen (so zum Mitbestimmungsrecht bei Rauchverboten BAG 19.01.1999 – 1 AZR 499/98 AiB 1999, 404). Für die Einigungsstelle gibt es in solchen Fällen regelmäßige unterschiedliche Handlungsoptionen, so dass ein aktiver Betriebs- oder Personalrat eine differenzierende Ausgestaltung solcher Verbote durchsetzen kann. Dies bedeutet aber auch, dass es für absolute und flächendeckende Verbote, die ja immer in die Grundrechte von Beschäftigten eingreifen, einer weitergehenden Begründung bedarf. So kann z. B. ein Rauchverbot in den Räumen mit dem Nichtraucherschutz begründet werden, dies kann aber nicht ein Rauchverbot „vor der Haustür“ legitimieren. Der von den Betriebsparteien reklamierte Erziehungsgedanke ist vom BAG 1999 eindeutig zurückgewiesen worden (BAG AiB 1999, 404 = NZA 1999, 546).

Diese Grenze ergibt sich aus den Persönlichkeitsrechten der Beschäftigten, denn der Arbeitgeber hat kein Recht, erzieherisch auf die Beschäftigten einzuwirken. Er kann sie informieren und ihnen freiwillige Angebote, z. B. zur Raucherentwöhnung im Rahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung, machen. Beschäftigte, die nach Feierabend rauchen, können dies auch weiterhin tun, auch wenn dies gesundheitspolitisch wenig erfreulich ist. Ein umfassendes und kategorisches Verbot kann in der Einigungsstelle angesichts der verschiedenen Regelungsmöglichkeiten nur schwer beschlossen werden (dazu BAG 13.02.1990 AiB 1991, 272).

## II. Weitere Gesundheitskontrollen

Die Überwachung von Beschäftigten, ob Arbeitsunfähigkeit besteht, ist eine typische Kontrollmaßnahme, daher ist sie rechtlich mehrfach reguliert. Zunächst verbietet § 3 ASiG die Einschaltung von Betriebsärzten zur Überprüfung, ob Arbeitsunfähigkeit besteht. Diese Norm steht nicht zur Disposition der Betriebsparteien. Jegliche Ansätze zur Abschwächung dieses Verbots müssen von Anfang an unterbunden werden. Ein Arbeitgeber, der Zweifel hat, ob eine Arbeitsunfähigkeit besteht, kann nach § 275 SGB V den MDK einschalten. Dies ist das einzige legale Instrument; eine kollektive Verfahrensregelung, wann und in welchen Fällen der MDK eingeschaltet wird, ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig.

In der Rechtsprechung des BAG sind auch subtile Kontrollmechanismen diesem Mitbestimmungsrecht zugeordnet worden. Dazu gehört z. B. die Einführung von Formularen zur Notwendigkeit eines Arztbesuches während der Arbeitszeit (BAG AiB 1997, 539) sowie vor allem die nach § 5 Abs. 1 EnFG mögliche Anweisung an Beschäftigte, bereits vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an eine ärztliche AU-Bescheinigung vorzulegen. Auch eine solche Anordnung betrifft das Ordnungsverhalten und ist nur mit Zustimmung des Betriebsrats möglich (BAG NZA 2000, 665). Wenn eine solche Zustimmung gegeben werden soll, dann sind die Kriterien festzulegen, wann eine solche Anordnung erfolgt. Sie kann nicht in das beliebige Ermessen des Arbeitgebers oder eines Vorgesetzten gestellt werden.

Von besonders großer Bedeutung ist der Beschluss des BAG

vom 08.11.1994 – 1 ABR 22/94, NZA 1995, 857. In diesem Beschluss hat das BAG die Anwendung von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei generalisierten Krankenrückkehrgesprächen festgestellt. In diesem Fall sollten die Beschäftigten an der Ermittlung betrieblicher Ursachen für die Arbeitsunfähigkeit mitwirken. Selbst bei einem so „vorsichtigen“ Ansatz hatte das BAG eine hinreichende Kontrollwirkung zu Lasten der Beschäftigten gesehen und die Mitbestimmungspflichtigkeit bejaht. Die gilt erst Recht für „strengere“ Formen der Krankenrückkehrgespräche, in denen mit der subtilen oder offenen Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit hantiert oder zur Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht aufgefordert wird. Dies kann bereits persönlichkeitsrechtlich unzulässig sein; wenn Betriebsräte über Krankenrückkehrgespräche in ihrem Betrieb klagen, dann ist die Rechtslage meistens sehr einfach. Entweder sind die Gespräche ohne deren Beteiligung eingeführt worden, dann ist dies ein Fall für eine Unterlassungsverfügung. Wenn sie mit Zustimmung des Betriebsrates eingeführt worden sind, dann kann diese Zustimmung jederzeit durch Kündigung mit einer Frist von drei Monaten (§ 77 Abs. 6 BetrVG) gekündigt werden. In der Einigungsstelle wird sich bei guter Vorbereitung sicherlich eine Mehrheit finden, dieses Kontrollverfahren durch das geeignete und vom Gesetz vorgesehene Verfahren des betrieblichen Eingliederungsmanagements zu ersetzen, dessen Verfahrensregelungen wiederum gemeinsam festzusetzen sind. In jedem Fall bietet § 87 BetrVG hier ein verlässliches und bewährtes Instrument.

## III. Pflichtuntersuchungen

Nach § 4 ArbMedVV sind Pflichtuntersuchungen nur vor der Aufnahme bestimmter Tätigkeiten mit besonders hohem Gefährdungspotential zu veranlassen. Der Katalog der Pflichtuntersuchungen, die in Anhang I der ArbMedVV normiert sind, ist abschließend und kann betrieblich nicht durch weitere Pflichtuntersuchungen zum Gesundheitsschutz ergänzt werden. Diese Untersuchungen antworten auf bestimmte betriebliche Gefährdungen; sie dienen nicht nur der Überwachung der Gesundheit der einzelnen Beschäftigten, sondern sollen auch die betriebliche Prävention verbessern. In den entsprechenden Richtlinien der Europäischen Union (z. B. Gefahrstoffe, Lärm, karzinogene Stoffe) wird bei der Feststellung von Gesundheitsschäden oder –problemen verlangt, dass der Arbeitgeber die bisherige Gefährdungsbeurteilung überprüft und möglicherweise strengere Schutzmaßnahmen einführt, um für die Zukunft solche Gesundheitsprobleme zu unterbinden. Dies ist in § 6 der ArbMedVV nur sehr unvollkommen formuliert worden; umso wichtiger ist es, dass die klare präventive und kollektive Zielrichtung der Gesundheitsüberwachung im Unionsrecht auch Maßstab innerbetrieblicher Regelungen ist. Der Arzt darf ausschließlich das Ergebnis, nicht jedoch die Diagnose an den Arbeitgeber weitergeben. Formulärmäßige Einwilligungserklärungen im Arbeitsvertrag, dass Beschäftigte auf das Arztgeheimnis verzichten, sind unwirksam.

Diese Pflichtuntersuchungen haben nicht zu tun mit den Methoden der betrieblichen Rasterfahndung, die sich durch Blut- und Urinkontrollen auszeichnen, um reale oder potentielle Abhängigkeiten festzustellen. Beschäftigte, die bereits einen Arbeitsvertrag haben, sind regelmäßig nicht

verpflichtet, sich auf solche Untersuchungen einzulassen.

*„Ein Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, im laufenden Arbeitsverhältnis routinemäßigen Blutuntersuchungen zur Klärung, ob er alkohol- oder drogenabhängig ist, zuzustimmen“*

(BAG 12.08.1999 – 2 AZR 55/99, NZA 1999, 1209)

#### **IV. Freiwillige Untersuchungen**

Das Gegenmodell des heutigen Arbeitsschutzrechts beruht für arbeitsmedizinische Untersuchungen auf Freiwilligkeit und Information.

§ 11 ArbSchG regelt die Untersuchungen auf Wunsch der Arbeitnehmer. Arbeitnehmer haben auf diese Untersuchungen einen Rechtsanspruch. Er umfasst arbeitsplatzbezogene arbeitsmedizinische Untersuchungen und die Beratung der Beschäftigten. Es darf keine Information des Arztes an Arbeitgeber über Ergebnis oder gar die Diagnose erfolgen. In § 6 Abs. 3 ArbZG wird die Untersuchung von Nachtarbeitnehmern auf deren Wunsch in vergleichbarer Weise geregelt. Der Zweck solcher Untersuchungen ist wiederum die Beratung der Beschäftigten oder bspw. die Vorbereitung eines Antrags auf Wechsel auf einen Tagschichtarbeitsplatz.

Eine weitere Gruppe sind die Angebotsuntersuchungen nach § 5 ArbMedVV. Es handelt sich um Untersuchungen, die Beschäftigten aus bestimmten Anlässen und bei relativ gefährlichen Tätigkeiten angeboten werden sollen; zur Nutzung dieser Angebote sind die Beschäftigten nicht verpflichtet. Es erfolgt auch hier keine Weitergabe von Ergebnissen, erst Recht nicht der Diagnose an Arbeitgeber. Hier ist jedoch eine anonymisierte Auswertung für Präventionsmaßnahmen möglich (durch BV regelbar, bisher nicht üblich!).

#### **V. Einstellungsuntersuchungen und Screeningverfahren**

Einstellungsuntersuchungen, die nicht in der ArbMedVV geregelt sind, sind keine Maßnahmen des Arbeitsschutzes. Sie dienen der Personalauswahl und dürfen nicht auf die Einsatzzeit von Betriebsärzten angerechnet werden. Deren individualrechtliche Zulässigkeit setzt ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers voraus, das gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten überwiegt. Dazu sind in den letzten Jahren verschiedene Kriterien herausgearbeitet worden (Kohte AcP 1985, 105, 134 ff; Deutsch NZA 1989, 657, zuletzt MünchArbR/Kohte 2009, § 296 Rn. 54 ff):

Das Untersuchungsziel muss immer durch Eignungsanforderungen des Arbeitsplatzes gerechtfertigt sein

Geringfügige Erkrankungen oder auch nur Dispositionen dürfen nicht erfasst werden (Verbot der Unverhältnismäßigkeit)

Es darf keine Benachteiligung wegen einer Behinderung (§ 7 AGG) oder einer chronischen Krankheit erfolgen. Daher sind die Voraussetzungen des § 8 AGG zu beachten: Die Untersuchung muss der Ermittlung von wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen dienen.

Diese Kategorien sind in § 32 a BDSG-E inzwischen aufgenommen worden. Danach dürfen Untersuchungen auch

vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses nur davon abhängig gemacht werden, dass sie erforderlich sind, um festzustellen, dass die Bewerberinnen und Bewerber den Anforderungen des Arbeitsplatzes entsprechen; dazu ist es allerdings erforderlich, dass die Anforderungen sich ausschließlich beschränken auf die „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“. Dies ist eine wichtige Verdeutlichung der bereits heute geltenden Rechtslage. Bei den typischen Einstellungsuntersuchungen fehlt bisher ein solcher Katalog. Nur die Minderheit der Einstellungsuntersuchungen orientiert sich bisher an den wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen. Aus meiner Sicht greifen diese Kategorien, so sinnvoll sie im Einzelfall sein mögen, noch zu kurz. Die Beschäftigung von Menschen, die behindert oder chronisch krank sind, muss weiter gefördert werden. Dazu ist es geboten, Arbeitsplätze als veränderbar und gestaltbar zu betrachten. Zunächst ist die Gestaltung des Arbeitsplatzes vorrangig. Untersuchungen sind akzeptabel, wenn sie dazu dienen, die Gestaltung des Arbeitsplatzes zu verbessern. Für Menschen mit Behinderungen ist es daher erforderlich, mit Hilfe von ärztlichen Untersuchungen zu klären, ob und welche Hilfsmittel und sonstige Hilfen nach §§ 33 ff. SGB IX möglich und realisierbar sind.

Auch für die Regelung von Einstellungsuntersuchungen besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates. Er ergibt sich aber nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, sondern aus §§ 94, 95 BetrVG, weil es sich um Maßnahmen der Personalauswahl handelt. Daher hat der Betriebsrat maßgeblichen Einfluss, ob es im Betrieb überhaupt Screeningverfahren sowie Blut- und Urinkontrollen geben kann. Dies ist in der Rechtspraxis und in der Kommentarliteratur eindeutig anerkannt (LAG Baden-Württemberg 13.12.2002 – 16 TaBV 4/02, NZA-RR 2003, 417, ebenso Fitting § 95 Rn. 22; DKK/Klebe § 95 Rn. 10). Natürlich kann die Zustimmung des Betriebsrats eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht legitimieren. Auch die beabsichtigte Regelung von Untersuchungsmöglichkeiten in § 32 a BDSG-E kann § 95 BetrVG nicht aushebeln.

## **B. Kontrollen und Datenschutz**

### **I. Betriebsverfassungsrechtliche Grundlagen**

Zahlreiche Kontrollen unterfallen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 BetrVG. Wird der Betriebsrat nicht beteiligt oder wird ein solches System ohne Zustimmung des Betriebsrates bzw. der Einigungsstelle eingeführt bzw. geändert, so steht dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch zu, der auch durch einstweilige Verfügung realisiert werden kann. Dies ist durch zahlreiche Verfahren in den letzten 20 Jahren geklärt worden. Ein aktuelles Beispiel ist der Beschluss des LAG Mainz 19.08.2011 – 9 TaBVGa 1/11.

1. Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Technische Einrichtungen zur Verhaltens- und/oder Leistungskontrolle der Beschäftigten

Notwendig, aber auch ausreichend ist es, dass die Datenerhebung bzw. –verarbeitung, die mit Hilfe der technischen Einrichtung erfolgt, geeignet ist, Verhaltens- und/oder Leistungsdaten der Beschäftigten zu erfassen. Dies kann auch durch Verknüpfung von Daten geschehen; die Kontrolle muss auch nicht der Hauptzweck der Datenerfassung darstellen. Eine Datenerfassung des Materialverbrauches an einer Anlage ist zugleich nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG relevant, wenn der Materialverbrauch einzelnen Beschäftigten bzw. einzelnen Arbeitsgruppen zugeordnet werden kann.

Beispiele für technische Einrichtungen:

- Videokamera
- Telefondatenerfassung
- Produktdatenerfassung
- GPS-Systeme

Das Mitbestimmungsrecht dient dem Persönlichkeitsschutz. In Betriebsvereinbarungen kann nicht auf § 75 BetrVG verzichtet werden.

## **II. Persönlichkeitsrechte und Datenerfassung/-verarbeitung durch technische Einrichtungen**

Die Überwachung durch technische Einrichtungen betrifft regelmäßig die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten. Die heimliche Videoüberwachung in betrieblichen Arbeitsräumen ist in der Regel eine Persönlichkeitsrechtsverletzung, dies wird jetzt auch in § 32 f Abs. 1 BDSG-E klargestellt. Sowohl die heimliche als auch die öffentlich wahrnehmbare Überwachung durch Videokameras ist nicht gerechtfertigt im Kernbereich privater Lebensgestaltung, also in der Privat- und Intimsphäre der Beschäftigten (Umkleieräume, Toiletten). Dies wird in § 32 f Abs. 2 BDSG-E klargestellt.

Die öffentlich erkennbare Überwachung in anderen betrieblichen Räumen ist nur zulässig, wenn sie durch überwiegende Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt ist. Die Überwachung muss für den erstrebten Zweck geeignet und erforderlich sein, wenn kein anderes, gleich wirksames und das Persönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Weiter wird Verhältnismäßigkeit der Überwachung verlangt. Dazu sind zu klären: Anlass und Umfang der Überwachung, Umfang der erfassten Daten, Speicherung der Daten, Löschung der Daten. Sowohl eine umfassende Speicherung als auch eine fehlende Datenlöschung kann zur Unverhältnismäßigkeit und damit zur Rechtswidrigkeit der Videoüberwachung führen. Dies ist in einer Serie von Entscheidungen des BAG zur Videoüberwachung bei der Postsortierung geklärt worden (BAG NZA 2004, 1278; NZA 2005, 839; NZA 2008, 1187). Diese Entscheidungen können nur begrenzt verallgemeinert werden, weil die Kontrollen hier der Sicherung des Briefgeheimnisses der Postkunden dienen.

In diesen Verfahren ist weiter geklärt worden, dass die Zustimmung der Einigungsstelle eine rechtswidrige Überwachung nicht rechtmäßig macht! Der Rechtsschutz für den Betriebsrat gegen den Spruch der Einigungsstelle ergibt sich aus § 76 BetrVG. BAG NZA 2004, 1278.

Die einzelnen Beschäftigten müssen nicht abwarten, ob der Betriebsrat handelt, sondern können auch individuellen

Rechtsschutz zur Sicherung ihrer Persönlichkeitsrechte realisieren.

In anderen Verfahren ist allgemein anerkannt worden, dass auch die Zustimmung des Betriebsrates eine rechtswidrige Datenerfassung ebenfalls nicht rechtmäßig macht! Allen überwachten Beschäftigten steht bei Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts ein Anspruch auf Beseitigung von Videokameras und Löschung der Daten zu, auch wenn der Betriebsrat zugestimmt hat. Ein aktuelles Beispiel ist im Anhang beigefügt: Im Urteil des LAG Hamm 14.04.2011 – 15 Sa 125/11 ist auf Antrag eines Lagerarbeiters eine engmaschige Videoüberwachung im Lagerbereich eines Betriebs als unverhältnismäßig qualifiziert und der Arbeitgeber zum Abbau von Videokameras verurteilt worden. In einem anderen aktuellen Urteil des ArbG Düsseldorf vom 3.5.2011 – 11 Ca 7326/10 – ist entschieden worden, dass die rechtswidrig erstellten Videobänder im Kündigungsschutzprozess nicht verwertet werden dürfen. Eine aktuelle Anmerkung ist im Anhang dokumentiert worden.

## **III. Kontrollen nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG**

Kontrollen, mit denen das Ordnungsverhalten im Betrieb überwacht werden soll, sind mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Eindeutiger Anwendungsbereich des Mitbestimmungsrechts bei den verschiedenen Kontrollformen zum Betreten und Verlassen des Betriebsgeländes. Mitbestimmungspflichtig ist das Ob sowie das Wie der Kontrolle. Geregelt werden kann auch die unmittelbare Information des Betriebsrats, sowie die Überwachung der Kontrollmaßnahmen durch den Betriebsrat. Die Grenze dieser Kontrollmaßnahmen wird wiederum durch das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten gezogen; die Betriebsparteien können keine Berechtigung für eine Leibesvisitation erteilen. Dem Arbeitgeber, der einen Verdacht hegt, dass sein Eigentum verletzt worden ist, stehen die selben Rechte auf Unterstützung durch die Polizei zu wie dem einzelnen Kleingärtner.

Nicht von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erfasst werden nur Kontrollen, die unmittelbar dem Leistungsaustausch dienen. Dieses Arbeitsverhalten im engeren Sinne wird in den neueren Urteilen deutlich eingegrenzt (BAG 10.03.2009- 1 ABR 87/07, DB 2009, 2275).

In der Praxis wird nicht selten übersehen, dass eine subtile Kontrolle auch durch die Gestaltung von Formularen erfolgen kann. Ein Beispiel aus der gerichtlichen Praxis ist ein Formular, in dem die Abmeldung von Beschäftigten bei Krankheit des Kindes von der Zustimmung des Teamleiters abhängig gemacht wurde. Auch ein solches Formular ist mitbestimmungspflichtig. Wegen des Verstoßes gegen § 45 SGB V sind die Betriebsparteien zur Korrektur des Formulars verpflichtet (dazu in gesonderter Datei ArbG Berlin AuR 2010, 389 m. Anm. Stefanie Porsche).

Anhang:

1. Beschluss LAG BW 13.12.2002 - 16 TaBV 4/02
2. Anmerkung LAG Hamm 14.04.2011 - 15 Sa 125/11
3. Anmerkung ArbG Düsseldorf 03.05.2011- 11 Ca 7326/10

# Anhang 1

Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg 16. Kammer, Beschluss vom 13.12.2002 - 16 TaBV 4/02

Blut- und Urinproben vor der Einstellung

Orientierungssatz

Bei der von einem Arbeitgeber geübten Praxis, zur Einstellung vorgesehenen Personen durch den werksärztlichen Dienst bei der Eignungsuntersuchung Blut- und Urinproben zu entnehmen und diese auf Alkoholmissbrauch und Drogenkonsum zu überprüfen, handelt es sich um einen der Mitbestimmung des BR unterliegenden Teil einer Auswahlrichtlinie iSv § 95 BetrVG.

(Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt unter dem Aktenzeichen 1 ABN 9/03)

## Tenor

1. Die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Mannheim vom 08.05.2002 -- 9 BV 7/01 -- wird zurückgewiesen.
2. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

## Gründe

### I.

- 1 In einem Rechtsstreit über die von der Antragsgegnerin, ein auch in Mannheim einen Betrieb unterhaltendes Automobilunternehmen, gegen den Willen des Antragstellers, des Betriebsrats des Werkes Mannheim, geübte Praxis, zur Einstellung vorgesehenen Personen durch den werksärztlichen Dienst bei der Eignungsuntersuchung Blut- und Urinproben zu entnehmen und diese auf Alkoholmissbrauch und Drogenkonsum zu überprüfen, hat das Arbeitsgericht Mannheim mit Beschluss vom 08.05.2002 der Antragsgegnerin bei Meidung eines Zwangsgeldes untersagt, derartige Untersuchungen vorzunehmen, solange der Antragsteller nicht zugestimmt oder die fehlende Zustimmung durch eine Einigungsstelle ersetzt ist.
- 2 Gegen den am 24.05.2002 zugestellten Beschluss hat die Antragsgegnerin am 17.06.2002 Beschwerde eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung am 20.08.2002 ausgeführt. Die Betriebsvereinbarung über personelle Auswahlrichtlinien regelt in Abschnitt 2.6. die Eignung und dabei in Ziffer 3 (2.6.3.) die betriebsärztliche Untersuchung, in Ziffer 4 (2.6.4.) die Frage, wie der Betriebsrat bei formalisierten Prüfungen zur Beurteilung der fachlichen und/oder persönlichen Eignung zu beteiligen sei. Die betriebsärztliche Untersuchung sei keine formalisierte Prüfung gemäß Ziffer 4 und daher mitbestimmungsfrei änderbar. Im Gegensatz zu den Anforderungen nach Ziffer 4 würden die in Ziffer 3 gestellten nicht vom Personalbereich, sondern vom Betriebsarzt durchgeführt. Ferner enthalte Ziffer 3 anders als Ziffer 4 keinen mit dem Betriebsrat zu regelnden Änderungsvorbehalt. Aus der Durchführungspflicht des Arbeitgebers folge die inhaltliche Festlegung der Untersuchungen durch die Antragsgegnerin und den Werksarzt.

3 Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe die Beweisaufnahme die Zustimmung des Betriebsrates mit der Vorgehensweise der Antragsgegnerin ergeben. Der Anspruch des Antragstellers sei ferner unbegründet, da die Handhabung der Antragsgegnerin eine mitbestimmungsfreie Gestaltung von Anforderungsprofilen enthalte. Ein Unterlassungsanspruch folge auch nicht aus dem allgemeinen Überwachungsrecht des Betriebsrats, desweiteren habe sie kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates verletzt, sodass ein allgemeiner Unterlassungsanspruch nicht bestehe. Die Antragsgegnerin beantragt:

- 4 1. Der Beschluss des Arbeitsgerichts Mannheim vom 8. Mai 2002 -- 9 BV 7/01 -- wird abgeändert.
- 5 2. Der Antrag wird zurückgewiesen.
- 6 Die Antragstellerin beantragt die Zurückweisung der Beschwerde. Die Regelungen des Abschnitts 2.6. der Betriebsvereinbarung über Auswahlrichtlinien seien einheitlich auszulegen. Die Anordnung von Suchtmitteltests unterfielen daher der Regelung des § 2.6.4.. Eine Einigung über diese Frage sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt; das Arbeitsgericht habe die erhobenen Beweise zutreffend gewertet. Das Mitbestimmungsrecht des Antragstellers folge aus den Befugnissen bei der Gestaltung von Auswahlrichtlinien. Die Anweisung genereller Testung aller Bewerber sei Teil eines formalisierten Verfahrens bei der Bewerberauswahl ohne Bezug auf konkrete Arbeitsplatzanforderungen und daher mitbestimmungspflichtig. Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin verletze auch das Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung materieller Beurteilungsmerkmale. Die Antragsgegnerin sammle auf diese Weise Informationen über Bewerber, obwohl kein generelles Interesse an deren Lebensgewohnheiten anzuerkennen sei.
- 7 Der Antragsteller hat in der mündlichen Anhörung vor der Kammer den in Ziffer 2 enthaltenen Zwangsgeldantrag zurückgenommen.

### II.

- 8 Die gemäß § 87 Abs. 1 ArbGG statthafte Beschwerde ist form- und fristgerecht eingelegt (§§ 87 Abs. 2, 89 Abs. 1 u. 2 ArbGG) und damit insgesamt zulässig. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet.
- 9 Das Arbeitsgericht hat den vorliegenden Rechtsstreit, soweit im Beschwerdeverfahren noch zu entscheiden ist, zutreffend entschieden. Das Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin gibt Veranlassung zu den nachfolgenden ergänzenden Bemerkungen.
- 10 1. Die einzelnen Ziffern des Abschnitts 2.6. (Eignung) sind entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin trotz ziffernmäßiger Untergliederung als einheitliche Regelung betreffend die festzustellende Eignung in fachlicher und persönlicher Hinsicht zu werten. Nach den in Ziffern 1 -- 3 festgelegten Anforderungen an die Eignung ist in Ziffer 4 die Frage geregelt, wie bei Änderungen der Anforderungen die Beteiligungsrechte des Antragstellers zu wahren sind. Der von der Antragsgegnerin angenommene Gegensatz von betriebsärztlicher Untersuchung einerseits

und formalisierten Prüfungen zur Beurteilung fachlich und/oder persönlicher Eignung andererseits erscheint willkürlich und ist weder vom Wortlaut noch von Sinn und Zweck der Betriebsvereinbarung in Abschnitt 2.6. gedeckt. Beabsichtigte Änderungen der verabredeten Eignungsfeststellung durch die Einführung formalisierter Prüfungen sind mit dem Betriebsrat zu vereinbaren. Betriebsärztliche Untersuchungen sind, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, Maßnahmen zur Klärung der persönlichen Eignung nach einem generellen Zuschnitt, die als formalisierte Prüfungen zu werten sind. Die weite Fassung von Ziffer 2.6.4. der Betriebsvereinbarung umfasst in ihrem Regelungsgehalt die Anwendung geänderter Grundsätze der in Ziffern 2.6.1. bis 2.6.3. angesprochenen Eignungskriterien. Diese einvernehmliche Änderung der maßgeblichen Kriterien kann dem Vortrag der Beteiligten und der Beweisaufnahme nicht entnommen werden.

11 2. Das Vorgehen der Antragsgegnerin ist nicht mit Zustimmung des Antragstellers erfolgt. Die Beweisaufnahme hat ein Einverständnis des Antragstellers mit der Durchführung der Blutuntersuchungen zum Zwecke der Alkohol- und Drogentests nicht ergeben. Die Aussage des Zeugen ... erfolgte im Wesentlichen anhand von Merkzetteln ohne konkrete eigene Erinnerung über das Zustandekommen der Notizen. Dies ist im Hinblick auf den Zeitablauf nachvollziehbar und verständlich. Aber schon aus der Aussage von ... ist zu schließen, dass ein einvernehmliches Vorgehen von Antragsteller und Antragsgegnerin in der Frage der Blut- und Urinproben zum Zwecke von Alkohol- und Drogentests nicht vorgelegen hat. Die von dem Zeugen geschilderten Gespräche mit

dem damaligen Betriebsratsvorsitzenden ... sind eindeutig. Aus den späteren Gesprächen zwischen den Zeugen ... und ... kann ebenfalls kein einvernehmliches Vorgehen hergeleitet werden.

12 3. Der Antragsgegnerin kann auch nicht gefolgt werden, soweit sie eine mitbestimmungsfreie Regelungsbefugnis reklamiert, da es sich nicht um Auswahlrichtlinien sondern die Festlegung mitbestimmungsfreier Anforderungsprofile handele. Diese dienen dazu, für bestimmte Arbeitsplätze auszuweisen, welchen Anforderungen fachlicher, persönlicher oder sonstiger Art ein Bewerber genügen muss, um eine bestimmte konkret umschriebene Aufgabe zu erfüllen. Damit handelt es sich um einen Teil der Personalbedarfsplanung, der der Arbeitgeber gemäß § 92 BetrVG zu genügen hat (vgl. Bundesarbeitsgericht, Beschluss vom 31.05.1983 -- 1 ABR 6/80 = DB 1983, 2311ff). Um derartige arbeitsplatzbezogene Qualifikationsmerkmale geht es im vorliegenden Fall nicht. Die Antragsgegnerin reklamiert generelle, für alle Bewerbungen maßgebliche Eignungskriterien als mitbestimmungsfrei. Diese Merkmale sind Bestandteil persönlicher Voraussetzungen, die jeder Arbeitnehmer erfüllen muss und die nicht mit den Anforderungen identisch sind, die die Antragsgegnerin für eine bestimmte Stelle ihrer Ansicht nach notwendig festlegt (vgl. BAG aaO unter II. 4. der Gründe). Es handelt sich daher um einen der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegenden Teil einer Auswahlrichtlinie im Sinne von § 95 BetrVG.

13 Die Antragsgegnerin hat, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht beachtet, sodass die Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen war.

## Anhang 2

Anmerkung zu: LArbG Hamm 15. Kammer, Urteil vom 14.04.2011 - 15 Sa 125/11

Simone Kohn, Leiterin Arbeitsrecht jurisPR-ITR 21/2011 Anm. 5

### Anspruch auf Beseitigung von Videokameras

#### Orientierungssätze zur Anmerkung

1. Eine Videoüberwachung, die durch eine Betriebsvereinbarung geregelt ist, kann dann unwirksam sein, wenn die Überwachung gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verstößt. Ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt ist, ergibt sich aus einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.
2. Die dauernde Videoüberwachung verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, weil sie unangemessen ist. Die permanente Aufzeichnung von Bildmaterial ohne zeitliche Begrenzung und ohne Erfordernis eines konkreten Verdachts greift erheblich und unangemessen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, da damit die Mitarbeiter einem ständigen Überwachungsdruck unterliegen.
3. Ein Lagerraum ist kein öffentlicher Bereich i.S.d. § 6b BDSG, da es am Publikumsverkehr fehlt.

#### A. Problemstellung

Die Videoüberwachung im öffentlichen Raum ist für die meisten Bürger zwischenzeitlich eine weithin akzeptierte und in besonderen Fällen (Stichwort: U-Bahn-Schlägereien) auch allgemein begrüßte Tatsache. Die Wogen schlagen dann hoch, wenn eine Videoüberwachung bestimmter Personenkreise bekannt wird (z.B. bei Supermarkt-Kassiererinnen). Dass die Videoüberwachung von Arbeitnehmern zunehmend das Interesse von Arbeitgebern findet, gründet sich in der relativ kostengünstigen Technik und der vermeintlichen Einfachheit der Überwachung. Die Gerichte beschäftigen sich zunehmend mit Fällen einer offenen oder verdeckten Videoüberwachung und stellen hier auch klare Regelungen auf. Allerdings bleibt auch der Gesetzgeber gefordert, die Spielregeln genau zu definieren.

#### B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das LArbG Hamm hatte über die Wirksamkeit einer Videoüberwachung zu entscheiden. Der Arbeitgeber ist ein Handelsunternehmen mit großem Warenlager, der Kläger ist als Lagerarbeiter und Kommissionierer beschäftigt. Auf dem Betriebsgelände sind insgesamt 22 Überwachungskameras installiert, hierzu hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat eine – im Übrigen unstreitige – Betriebsvereinbarung abgeschlossen. Der Kläger verlangte den Abbau von verdeckten Überwachungskameras. Der Arbeitgeber verwies daraufhin auf die Betriebsvereinbarung. Dort seien sämtliche verdeckte Kameras den Mitarbeitern offengelegt. An den Räumen, in denen sich Kameras befinden, sind Schilder mit der Aufschrift: „Videoübersicht“ angebracht.

Der Kläger hat daraufhin vor dem Arbeitsgericht den Abbau von insgesamt sechs Kameras verlangt. Er hat die Auffas-

sung vertreten, dass schon die Betriebsvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht unwirksam sei. Er sei von den Kameras unverhältnismäßig betroffen, da er zu 50% seiner Arbeitszeit im Bereich zweier Kameras sei. Die übrigen Videokameras betreffen ihn an wenigen Tagen im Jahr. Der Arbeitgeber erläuterte, dass der Zweck der Videoüberwachung der Schutz vor Diebstählen sei. Die Lagerhalle könnten auch Kunden betreten.

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger insoweit Recht gegeben, als die beiden Kameras, die den Kläger zu einem hohen Prozentsatz überwachen, abzubauen seien (§§ 1004, 823 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) Die Videoüberwachung in dem Umfang sei unwirksam, weil der Kläger durch diese Betriebsvereinbarung in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt sei. Diese sei mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar. Die Regelung sei unangemessen, weil der Kläger dabei einem ständigen Überwachungsdruck unterliege. Die permanente Aufzeichnung von Bildmaterial ohne zeitliche Begrenzung und ohne das Erfordernis eines konkreten Verdachts greife erheblich und unangemessen in das Persönlichkeitsrecht ein. Unangemessen sei auch, dass auf die Bilder der ständig aufzeichnenden Kameras unkontrolliert zugegriffen werden könne. Zudem sei es für die Arbeitnehmer nicht nachvollziehbar und nachprüfbar, wann wer auf Arbeitgeberseite Einsicht in die Aufzeichnungen nehme. Insbesondere liege auch keine Videoüberwachung zur Vermeidung klassischer Ladendiebstähle vor, da betriebsfremde Personen nicht völlig unkontrolliert Zutritt zu den Lagerhallen hätten.

Hinsichtlich der weiteren Kameras liege aufgrund der nur geringen Betroffenheit des Klägers ein relevanter Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nicht vor.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichtes vollumfänglich bestätigt. Die Betriebsvereinbarung verstoße hinsichtlich der beiden Kameras gegen das dem Kläger aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Das LArbG Hamm legt dar, dass zwar Betriebsrat und Arbeitgeber grundsätzlich befugt seien, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen. Dabei müsse sich aber auch die Betriebsvereinbarung am höherrangigen Recht orientieren. § 75 Abs. 2 BetrVG legt den Betriebsparteien die Pflicht auf, die freie Entfaltung der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Dies gelte besonders für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches auch das Recht am eigenen Bild umfasse. Das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehende Recht auf informationelle Selbstbestimmung bedürfe dabei unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung eines besonderen Schutzes.

Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bestimmen sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch einen tauglichen Maßstab zur Überprüfung von Betriebsvereinbarungen darstellt.

Die Videoüberwachung in dem dargestellten Sinn sei zwar geeignet und erforderlich. Der erklärte Zweck sei die Vermeidung und Aufklärung von Diebstählen. Das berechtigte Interesse folge hierbei aus Art. 14 GG sowie dem berechtigten Interesse an Aufklärung und präventiven Verhinderung

von Straftaten. Allerdings sei die Videoüberwachung nicht angemessen, weil in erheblicher Weise in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingegriffen wird. Die Videoüberwachung sei nicht abhängig vom Vorliegen eines konkreten Verdachtes und insbesondere auch nicht zeitlich beschränkt. Dies habe zur Folge, dass die Arbeitnehmer immer damit rechnen müssten, dass gerade eine Situation vorliege, in der sie gefilmt werden. Dies bedeute einen permanenten Überwachungs- und Anpassungsdruck. Hiermit könnten Einschüchterungseffekte einhergehen, die zu einer Beeinträchtigung von Grundrechten führten. Nicht entscheidungsrelevant sei im Übrigen, zu welchen Teilen seiner Arbeitszeit der Arbeitnehmer sich im Bereich der beiden streitigen Kameras aufhalte. Einer wiederholten und ständigen Verletzung des Rechts am eigenen Bild stehe es gleich, wenn der Arbeitnehmer, ohne dass die Videokamera tatsächliche Aufzeichnungen erzeugt, alleine durch die Ungewissheit darüber, ob die sichtbar angebrachte Kamera aufzeichnet oder nicht, einem ständigen Anpassungsdruck ausgesetzt ist. Ebenso wenig entfalle die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dadurch, dass Schilder mit der Aufschrift: „Videoüberwachung“ an den Türen angebracht seien. Denn ebenso wenig wie der Kläger es sich während seiner Arbeitszeit nicht ständig bewusst macht, ob er sich in einem überwachten oder nicht überwachten Bereich tätig ist, vermag ein Schild den permanenten Überwachungsdruck nicht zu reduzieren. Das LArbG lehnt weiterhin die Anwendung von § 6b BDSG ab, da es sich bei der Lagerhalle um keinen öffentlichen zugänglichen Raum handelt. Zwar sei der Begriff weit zu fassen, meint andererseits aber nicht Arbeitsplätze, die sich in nicht-öffentlichen Bereichen befinden. Öffentlich zugänglich seien nur solche Räume, die ihrem Zweck nach dazu bestimmt sind von einer unbestimmten Zahl oder nach nur allgemeinen Merkmalen bestimmten Personen betreten zu werden, z.B. Bahnsteige, Ausstellungsräume eines Museums, Verkaufsräume, Schalterhallen. Nicht öffentlich zugänglich seien demgegenüber Räume, die nur von einem bestimmten oder bestimmbar Personenkreis betreten werden dürfen. Dies sei auch hier bei der Lagerhalle der Fall. Üblicherweise werden diese Räume nur unter bestimmten, vom Unternehmen definierten Voraussetzungen betreten.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Das Urteil fügt sich nahtlos in die nun schon bestätigte Rechtsprechung des BAG zur Videoüberwachung von Arbeitnehmern ein (BAG, Urt. v. 29.06.2004 - 1 ABR 21/03 - BAGE 111, 173; BAG, Urt. v. 26.08.2008 - 1 ABR 16/07 - AP Nr. 54 zu § 75 BetrVG 1972). So hat zuletzt das BAG in seiner Entscheidung vom 26.08.2008 die Grenzen der Videoüberwachung gezogen. Hierzu hat das BAG betont, dass sowohl das Herstellen wie auch die Verwertung dem Recht am eigenen Bild unterliegen. Die besonderen Eigenschaften einer elektronischen Verarbeitung, nämlich die unbegrenzte Speichermöglichkeit sowie die Tatsache, dass derartige Aufzeichnungen jederzeit abrufbar seien, erzeugen den besonderen psychischen Anpassungsdruck der Arbeitnehmer. Grenze sei das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer. Hierbei ist auffällig, dass das BAG – wie auch das LArbG Hamm – dabei direkt auf die verfassungsrechtliche Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abhebt und die schuldrechtliche Verankerung, von der das erstinstanzliche Urteil noch ausgeht, bei Betriebsvereinbarungen aufgrund deren

normativen Charakters wohl als nicht ausreichend ansieht. Soweit es sich um öffentliche Räume handelt, ist § 6b BDSG die entscheidende Norm (hierzu Grimm/Schiefer, RdA 2009, 329). Bei nicht öffentlichen Räumen stellt auch das BAG allein auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab, ohne dass § 28 BDSG weiter erörtert wird.

Dass insoweit Handlungsbedarf besteht, hat auch der Gesetzgeber erkannt, der in seinem Entwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes in § 32f E-BDSG eine Regelung zur Videoüberwachung von nicht-öffentlichen Räumen vorsieht. Eine offene Videoüberwachung soll dabei nur gestattet sein, soweit sie notwendig ist zur Zutrittskontrolle, Wahrnehmung des Hausrechts, Schutz des Eigentums, Sicherheit der Beschäftigten, Sicherung von Anlagen, Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebs und Qualitätskontrolle. Primat ist auch hier wieder der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Besonders hervorzuheben ist das geplante Verbot einer heimlichen Videoüberwachung von Arbeitnehmern (§ 32e E-BDSG) im nicht-öffentlichen Bereich.

### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Arbeitgeber, die eine Videoüberwachung planen, sind gut beraten, die Grundsätze des BAG sowie die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung genau zu beachten. Die Rechtsprechung hat einen Katalog aufgestellt, anhand dessen die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen soll.

Die Schwere des Eingriffs und damit die Gefährdung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes hängt davon ab, wie viele Personen betroffen sind, wie stark die Intensität der Beeinträchtigung ist, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche Umstände und Inhalte der Kommunikation erfasst werden und welche Nachteile den Arbeitnehmern aus der Überwachung drohen. Maßgeblich ist auch die Art und Dauer der Überwachung. Dabei hat die Rechtsprechung bisher keine klare zeitliche Grenze gesetzt. Ein Kriterium wird hierbei die konkrete Gefährdungssituation der überwachten Räume sein. Abzustellen für die Rechtmäßigkeit ist aber auch darauf, ob die Überwachung anlasslos erfolgt oder ob der Betroffene einen zurechenbaren Anlass für die Überwachung gegeben hat. Unter der Geltung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ist eine völlig anlasslose Überwachung nicht mehr zulässig.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage der heimlichen Überwachung von Arbeitnehmern. Während für nicht-öffentliche Räume künftig eine klare Regelung bestehen wird (s.o.), ist das für den öffentlichen Raum trotz des insoweit klaren Wortlautes des § 6b Abs. 2 BDSG umstritten (Grimm/Schiefer, RdA 2009, 329).

Wichtig ist auch, mit den Betriebspartnern klare Regelungen über die Videoüberwachung zu treffen. Diese schon nach § 87 Abs.1 Nr. 1, 6 BetrVG erforderliche Mitbestimmung sollte sich mit Fragen der Verfahrensbeteiligten sowie der Löschung beschäftigen, sowie die zeitliche und räumliche Beschränkung der Überwachung klar regeln. Das BAG hat eine allgemeine Kontrolle aller Mitarbeiter, die erforderlich und geeignet ist, als unangemessen abgelehnt, wenn dadurch zu viele unschuldige Mitarbeiter betroffen sind.

Soweit kein Betriebsrat besteht, ist § 32 BDSG als Auffangnorm bis zum Inkraft-Treten des neuen Beschäftigtendatenschutzgesetzes Grundlage und Grenze für die Videoüberwachung von Arbeitnehmern in nicht-öffentlichen Räumen.

## Anhang 3

### **Beweisverwertungsverbot für Aufnahmen aus verdachtloser heimlicher Videoüberwachung**

Orientierungssatz zur Anmerkung JurisPR-ArbR 37/2011 Nr. 3 von Dr. Stefan Brink, Leiter Privater Datenschutz bei dem Landesbeauftragten für den Datenschutz Rheinland-Pfalz zu ArbG Düsseldorf 03.05.2011 - 11 Ca 7326/10

Beweise aus einer heimlichen Videoüberwachung unterliegen einem Beweisverwertungsverbot, wenn kein konkreter Verdacht gegen den Beschäftigten bestand.

#### **A. Problemstellung**

Greift ein Arbeitgeber zum Mittel der heimlichen Videoüberwachung von Beschäftigten, gegen die er den Verdacht einer Straftat hegt, so stellt sich die Frage, ob die so gewonnenen Videoaufzeichnungen zur Grundlage einer fristlosen Kündigung gemacht werden können. Im arbeitsgerichtlichen Prozess stellen sich die weiteren Fragen, wann heimliche Videoüberwachungen ausnahmsweise gerechtfertigt sein können und unter welchen Voraussetzungen Beweisverwertungsverbote eingreifen.

#### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Der Kläger, als Zapfer in der Hausbrauerei der Beklagten tätig, wendet sich gegen eine fristlose Kündigung, die auf den Vorwurf gestützt wurde, er habe Biere auf eigene Rechnung verkauft und teilweise auch selbst getrunken. Die Beklagte hatte auf Grund intensiver Nachforschungen erhebliche Manipulationen und Minusbuchungen an ihren Zapfanlagen festgestellt und ließ daraufhin, ohne ihre Arbeitnehmer oder den Betriebsrat hierauf vorab hinzuweisen, verdeckte Videokameras installieren. Nachdem die Aufzeichnungen offensichtlich den Verdacht gegen den Kläger belegten, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Im Kündigungsschutzprozess trug der Kläger vor, die Videoüberwachung sei rechtswidrig gewesen, ihre Ergebnisse seien im Rahmen des arbeitsgerichtlichen Verfahrens nicht verwertbar. Die Beklagte habe keine greifbaren Anhaltspunkte, schon gar nicht konkrete Verdachtsmomente gegen ihn gehabt, die eine Videoüberwachung gerechtfertigt hätten. Vielmehr habe die Beklagte nur „Unregelmäßigkeiten“ aufgedeckt, die jedoch lediglich einen pauschalen Verdacht gegen alle Zapfer und Kellner des Betriebs begründet hätten.

Die Beklagte trug vor, andere Aufklärungsmöglichkeiten als die heimliche Videoüberwachung hätten ihr nicht zur Verfügung gestanden. Auf dem Videomaterial sei eindeutig zu sehen, dass der Kläger an mehreren Tagen mehr Biere gezapft als Bons entgegengenommen habe.

Das ArbG Düsseldorf gab der Klage statt, da die Beklagte das Vorliegen eines Kündigungsgrundes zwar darlegen, aber nicht beweisen konnte. Die gerichtliche Inaugenscheinnahme der von der Beklagten gefertigten Videobänder scheidet aus, da der Videobeweis rechtswidrig gewonnen worden sei; aus dieser Rechtsverletzung folge ein Beweisverwertungsverbot, welches sich auch auf weitere angebotene Beweismittel erstrecke.

Ob bereits durch die Installation und Aktivierung der Video-

kameras, welche entgegen § 6b Abs. 2 BDSG ohne den gesetzlich geforderten schriftlichen bzw. bildlichen Hinweis auf die Videoüberwachung durchgeführt wurde, ein Beweisverwertungsverbot folge, ließ die Kammer ausdrücklich offen. In jedem Fall habe die Beklagte mit der Videoüberwachung gegen die gesetzlichen Vorgaben aus § 6b Abs. 1 BDSG analog, § 32 BDSG verstoßen und dadurch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verletzt.

Aus den spezialgesetzlichen Regelungen in § 6b und § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ergebe sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit heimlicher Videoüberwachung (BAG, Urt. v. 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung), dass der mit dem Videokameraeinsatz verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn bereits vor der Überwachung der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand. Damit hänge die Zulässigkeit der Videoüberwachungsmaßnahme maßgeblich vom Grad und der Konkretisierung der Verdachtslage ab. Der Wortlaut des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, in dem von einem Verdacht gegen „den Betroffenen“ die Rede sei, lege nahe, dass die Überwachung dazu dienen muss, einen bereits räumlich-funktional konkretisierten Verdacht auf eine Person einzugrenzen. Könne sich der Arbeitgeber lediglich auf pauschale Mutmaßung und auf die allgemeine Vermutung stützen, dass Mitarbeiter Straftaten begehen, so sei die Videoüberwachung unzulässig.

Vorliegend habe die Beklagte nicht zu beweisen vermocht, dass Verdachtsmomente gegen einen abgrenzbaren Personenkreis – hier den der sechs Zapfer – vorlagen. Gegen den Kläger selbst habe die Beklagte nur subjektive Schlussfolgerungen ohne nachvollziehbare Tatsachengrundlage vorweisen können. Angesichts der unklaren Verdachtslage wäre der Beklagten zuzumuten gewesen, durch weitere, weniger einschneidende Maßnahme neue Erkenntnisse zu gewinnen, um den Verdacht auf bestimmte Personen konkretisieren zu können. So hätte die Beklagte die Kellner ihre abendlichen Einkünfte offenlegen lassen können.

Hieraus folge ein Beweisverwertungsverbot, welches sich unmittelbar auf das verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht stützen lasse (unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 18.02.2003 - XI ZR 165/02 - NJW 2003, 1727). Die Wahrheitspflicht genieße im gerichtlichen Verfahren keinen generellen Vorrang und habe zurückzustehen, wenn sie nur unter rechtswidriger Verletzung von Persönlichkeitsrechten verwirklicht werden könne. Dieses Beweisverwertungsverbot dürfe auch nicht durch Vernehmung von Personen, die den Inhalt des Videobandes zur Kenntnis genommen hätten, in sinnentleerer Weise umgangen werden (unter Hinweis auf ArbG Frankfurt, Urt. v. 25.01.2006 - 7 Ca 3342/05 - RDV 2006, 214).

#### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung des ArbG Düsseldorf ist in jeder Hinsicht als vorbildlich zu bezeichnen. Es wendet nicht nur die allgemein bekannte Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit heimlicher Videoüberwachung von Arbeitnehmern in klarer und nachvollziehbarer Weise an, es erkennt sogar zutref-

fend, das durch die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG diese ständige Rechtsprechung unterstützt und weiter konkretisiert wurde: Danach dürfen zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten nur dann erhoben werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat.

Damit ist der entscheidende prozessuale Punkt der Kündigungsschutzklage benannt: § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG verbietet es seinem Wortlaut nach ausdrücklich, durch den Einsatz heimlicher Videoüberwachung einen allgemein bestehenden Straftatverdacht gegen eine unbestimmte Vielzahl von Arbeitnehmern dadurch zu erhärten, dass der Arbeitgeber auf die technischen Möglichkeiten der verdeckten Informationserhebung zurückgreift. Dies gilt übrigens nicht nur für Videoüberwachungen, sondern auch für Screenings oder den Einsatz von Detektiven gegen Arbeitnehmer.

Die Rechtsnorm schränkt die Beweismöglichkeiten des Arbeitgebers in erheblicher Weise ein – und genau das ist vom Gesetzgeber auch so gewollt. Der Arbeitgeber soll nicht mehr oder weniger diffuse Verdachtsmomente durch verdeckte Überwachungsmaßnahmen so lange konkretisieren, bis er den Schuldigen gefunden hat. Er soll solche hoch problematischen und immer auch Unschuldige treffende Überwachungsmaßnahmen erst zu einem Zeitpunkt einsetzen, wo ein konkreter Verdacht gegen bestimmte Beschäftigte besteht.

Diese gesetzliche Regelung richtet sich – und genau so stellte sich das auch im vorliegenden Prozess dar – gegen die Wahrheit. Diesen aufwühlenden, aber rechtsstaatlich absolut notwendigen Umstand spricht das Gericht auch offen aus: Die prozessuale Wahrheitspflicht genießt keinen generellen Vorrang, sie hat im Einzelfall hinter den grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechten zurückzustehen.

Wann sich aus der Rechtswidrigkeit der Informationserhebung im Einzelfall Beweisverwertungsverbote ergeben, wird sich aus zukünftig nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls feststellen lassen (vgl. dazu Lunk, NZA 2009, 457). Aktuelle Versuche, gesetzliche Beweisverbote im Beschäftigtendatenschutzrecht zu verankern, stehen vor dem Scheitern. Mittlerweile sollte aber jedem klar sein, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht von Arbeitnehmern keine quantitate negligible ist. Verletzt eine heimliche Informationserhebung des Arbeitgebers Persönlichkeitsrechte von Beschäftigten in gravierender Weise, so ergeben sich die prozessualen Folgerungen von selbst: Das Gericht darf rechtswidrig erhobene Beweise nicht in Augenschein nehmen, auch die Umgehung des Verwertungsverbots durch mittelbaren Zeugenbeweis scheidet aus – Stichwort Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (BGH, Urt. v. 01.03.2006 - XII ZR 210/04 - NJW 2006, 1657).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Entscheidung ist deswegen von so großem Wert, weil die arbeitsgerichtliche Praxis leider in vielen Fällen anders aussieht. Viel zu häufig gehen die Arbeitsgerichte den „kürzeren Weg“, zunächst einmal den Videobeweis in Augenschein zu nehmen, um dann im Nachgang über eine Verwertbarkeit dieses Beweises zu befinden. Die Erfahrung zeigt: Ein Richter, der sich „mit eigenen Augen“ davon überzeugt hat, dass der Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat, ist wenig geneigt, Beweisverwertungsverbote auch tatsächlich greifen zu lassen. Es bleibt daher zu wünschen, dass sich die Arbeitsgerichte zukünftig an dieser vorbildlichen Entscheidung orientieren und sich erst dann ein eigenes „Bild von der Wahrheit“ machen, wenn sie von der Verwertbarkeit der Videoaufzeichnung bereits überzeugt sind.