

# Beschäftigtendatenschutz Das Werk der Gesetzgebung und der Beitrag der Rechtsprechung

FRANZ JOSEF DÜWELL

## I. Die Entdeckung des Rechts auf Privatsphäre

Nach der Erfindung des photographischen Films durch *George Eastmann*, dem Gründer der Eastman Kodak Company, tauchte im Jahr 1884 ein neuartiges Rechtsproblem auf. Statt schwere Glasplatten im Studio benutzen zu müssen, konnte sich dank Kodaks günstiger „Snap Camera“ praktisch jedermann von jedem Dritten auch ohne dessen Einwilligung mittels „Schnappschuss“ ein Bild machen. Die amerikanischen Anwälte *Louis Brandeis* und *Samuel Warren* untersuchten Abwehransprüche. Sie schrieben 1890 dazu den wegweisenden Aufsatz „The Right to Privacy“<sup>1</sup>.

## II. Meilensteine auf dem Weg zum Datenschutz

Nach den weiteren technischen Erfindungen der Telekommunikation und der elektronischen Verarbeitung von Informationen als „Daten“ entstanden Schreckensbilder wie *Orwells* Fiktion des Überwachungsstaats „1984“.

### 1. 1970 Hessen vorn

Hessens Ministerpräsident *Albert Osswald* stellte sich an die Spitze des Rechtsfortschritts. Er leitete 1970 weltweit die erste Gesetzesini-

---

<sup>1</sup> 4 Harvard Law Review 193 (1890).

tiative zum Datenschutz mit der Begründung ein, die *orwellsche* Vision des allwissenden Staates dürfe nicht Wirklichkeit werden. Ergebnis war das Hessische Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970<sup>2</sup>. Am 27. Januar 1977 folgte der Bund mit dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)<sup>3</sup>, das am 1. Januar 1978 in Kraft trat.

## 2. 1983 Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983<sup>4</sup> ist ein weiterer Meilenstein auf dem Weg zum Beschäftigtendatenschutz. Es formulierte das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde. Danach gibt es „kein belangloses Datum“ mehr; denn die Verwendung aller personenbezogenen Daten bedürfen einer besonderen gesetzlichen Rechtfertigung:

„Beschränkungen (des informationellen Selbstbestimmungsrechts) bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprecht.“<sup>5</sup>

Die Erfüllung dieser Voraussetzungen im Arbeitsleben erfordert eine bereichsspezifische Regelung.

## 3. 1986 Beginn der Gesetzgebung

Mit der zweiten Novellierung seines Landesgesetzes am 11. November 1986<sup>6</sup> ging das Bundesland Hessen einen Schritt in diese Richtung. Es schuf dank seines engagierten Datenschutzbeauftragten Prof. Dr. *Simitis* eine erste gesetzliche Arbeitnehmer-Datenschutznorm. Der Bund war erst über 22 Jahre später soweit. Mit der Änderung des BDSG vom 29. Juli 2009<sup>7</sup> hat er seinen ersten Schritt in Form der Neufassung des § 32 BDSG getan, indem er dort erstmalig besondere Regeln für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von

<sup>2</sup> GVBl. I S. 625, Inkrafttreten am 13. Oktober 1970.

<sup>3</sup> BGBl. I S. 201.

<sup>4</sup> BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65, 1.

<sup>5</sup> BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 – BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>6</sup> GVBl. I S. 309.

<sup>7</sup> BGBl. I, S. 2254.

Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses schuf.<sup>8</sup> In einem zweiten Schritt hat er mit weiterem Änderungsgesetz vom 14. August 2009<sup>9</sup> in § 4f Abs. 3 BDSG die Unabhängigkeit des betrieblichen Datenschutzbeauftragten gestärkt. Er hat ihm endlich den gleichen Kündigungsschutz eingeräumt, wie er schon lange einem betrieblichen Abfallbeauftragten zusteht.<sup>10</sup> Erst nachdem das Trommelfeuer der fortgesetzten Enthüllung von Datenskandalen bei Lidl, Telekom, Bahn und anderen sich in der Demoskopie niedergeschlagen hatte, wurde ernsthaft an einer bereichsspezifischen Regelung in Form des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes gearbeitet. Nach zwei heftig umstrittenen Referentenentwürfen hat das für das BDSG ressortzuständige Bundesministerium des Innern (BMI) am 25. August 2010 den Beschluss der Bundesregierung herbeigeführt. Diese hat den Entwurf am 3. September 2010 in den Bundesrat eingebracht.<sup>11</sup>

#### *4. Rechtsprechung der Gerichte für Arbeitssachen*

In der langen Zeit der Vertröstung auf eine alsbald anstehende gesetzliche Regelung haben die Gerichte für Arbeitssachen schon auf die ihnen von den Arbeitsvertragsparteien und Organen der Betriebsverfassung gestellten Fragen zum Arbeitnehmerdatenschutz Antworten finden müssen. Ich zeige auf, zu welchen Ergebnissen sie gekommen sind und inwieweit die anstehende Gesetzgebung darauf eingeht.

### III. Personaldatenverarbeitung in Betrieben und Dienststellen

#### *1. Die Zulässigkeit der Erhebung und Speicherung*

##### *a) Die Vorgabe der Rechtsprechung*

Bereits 1986 hat das BAG in der Personalinformationsentscheidung erkannt<sup>12</sup>:

---

<sup>8</sup> Vgl. *Düwell*, FA 2009, 268 und FA 2009, 348.

<sup>9</sup> BGBl. I, 2814.

<sup>10</sup> Vgl. *Düwell* FA 2009, 234, 235.

<sup>11</sup> BR-Drucks. 535/10 – 03.09.2010.

<sup>12</sup> BAG 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – NZA 1987, 415.

„1. Das Bundesdatenschutzgesetz regelt nicht die Erhebung personenbezogener Daten. Jedoch ist die Speicherung unzulässig erhobener Daten verboten.

2. Das Speichern in zulässiger Weise erhobener Daten ist im Rahmen der Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses – mit den Einschränkungen durch das informationelle Selbstbestimmungsrecht – erlaubt (§§ 3, 23 BDSG).

a. Maßgebend für die im Rahmen der Zweckbestimmung vorzunehmende Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

b. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange dürfen aus einem Personalfragebogen folgende Arbeitnehmerdaten gespeichert werden:

Geschlecht, Familienstand, Schule, Ausbildung in Lehr- und anderen Berufen, Fachschulausbildung/Fachrichtung/Abschluss, Sprachkenntnisse.

c. Die weitere Kenntnis dieser Daten kann auch im Verlauf des Arbeitsverhältnisses im Rahmen seiner Zweckbestimmung erforderlich sein.“

### *b) Die Erforderlichkeit als ausdrücklicher Maßstab*

Mit der Neufassung des BDSG vom 18.05.2001<sup>13</sup> hat der Bundesgesetzgeber das erste Mal die vom BAG angesprochenen Rechtsfragen gesetzlich geregelt. Er hat in § 28 Abs. 1 BDSG das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke für zulässig erklärt,

„1. wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient, ...“

2001 erfolgte nur eine generelle Regelung für alle Arten von Schuldverhältnissen. Die an sich nötige bereichsspezifische Regelung für Arbeitsverhältnisse wurde erst zum 1. September 2009 durch die Neufassung des § 32 BDSG geschaffen:

„(1) Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist.“

Der Rechtsfortschritt zeigt sich in zweierlei Hinsicht. Erstens wurde die Erlaubnisnorm dem Wortlaut nach verschärft. Es genügt nicht

---

<sup>13</sup> Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BGBl. I 2001, S. 904.

mehr die Zweckdienlichkeit, sondern es muss die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erforderlich sein. Dieser Fortschritt war jedoch bescheiden; denn schon 1986 hatte das BAG in Übereinstimmung mit dem Schrifttum erkannt, dass die Erhebung der Daten nur zulässig ist, wenn sie „zur Erfüllung des konkreten Vertragszwecks erforderlich sind“<sup>14</sup>. Zweitens ist für Arbeitsverhältnisse und alle anderen Arten von Beschäftigungsverhältnissen einschließlich öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse das Bedürfnis nach einer Sonderregelung anerkannt worden. Allerdings genügt dieser Stand der gesetzlichen Regelung noch nicht dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit. Danach müssen in einer für den Betroffenen nachvollziehbaren Weise der Ablauf des Bearbeitungsprozesses und die Voraussetzungen sowie der Umfang der Einschränkung seines informationellen Entscheidungsvorrechts zu erkennen sein.<sup>15</sup> Durch den zurzeit in der parlamentarischen Beratung befindlichen Gesetzentwurf wird diesem Erfordernis Rechnung besser getragen; denn es wird eine für Beschäftigungsverhältnisse spezifische Regelung entwickelt, die für sämtliche Phasen von Begründung bis Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses ausdifferenzierte Lösungen vorsieht.

### c) Anbahnung und Fragerecht

Der im Entwurf erneut neugefasste § 32 enthält erstmals Konkretisierungen für die Datenerhebung in der Anbahnungsphase, insbesondere durch mündliche und schriftliche Befragung der Bewerber.

Nach Absatz 1 unterliegt die Erhebung des Namens und der Kontaktdaten des Bewerbers keinen besonderen Voraussetzungen. Die Erhebung weiterer Daten ist nur zulässig, wenn und soweit deren Kenntnis für die Feststellung der fachlichen und persönlichen Eignung des Bewerbers für die vorgesehenen Tätigkeiten erforderlich ist. Welche Daten dieses im Einzelfall sein können, richtet sich nach objektiven beruflichen Kriterien und dem vom Arbeitgeber festgelegten Anforderungsprofil. Die Regelung entspricht der Rechtsprechung des BAG zum tätigkeitsbezogenen Fragerecht. Danach wird ein Fragerecht des Arbeitgebers bei den Einstellungsverhandlungen nur in-

---

<sup>14</sup> BAG 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – Rn. 30 unter Bezug auf *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, BDSG § 23 Rz. 25, 29; *Ordemann/Schomerus*, BDSG § 23 Anm. 1.1.

<sup>15</sup> BAG 03.06.2003 – 1 ABR 19/02 – Rn. 37, AP Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972 unter Bezug auf *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG 5. Aufl. § 1 Rn. 99.

soweit anerkannt, als der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage im Hinblick auf die vorgesehene Tätigkeit hat.<sup>16</sup> Vorgesehene Tätigkeiten im Sinne der Regelung liegen nach der Neufassung auch dann vor, wenn der Arbeitgeber verschiedene Stellen in einem Verfahren ausgeschrieben hat und im Bewerbungsverfahren entscheidet, welcher Bewerber auf welcher Stelle eingesetzt werden soll. Anders als die Entwurfsbegründung zum Ausdruck bringt, wird damit der vom Zweiten Senat des BAG bei der Einstellung von schwerbehinderten Menschen vertretenen Auffassung vom tätigkeitsneutralen Fragerecht<sup>17</sup> und der bis heute nicht aufgegebenen Rechtsprechung eine klare Absage erteilt. Die Entwurfsbegründung verpackt das diplomatisch in den Satz:

„Die entgegenstehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus der Zeit vor Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78/EG sowie des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist durch die dort aufgestellten Diskriminierungsverbote überholt.“

Folgerichtig wird das Recht auf Fragen nach folgenden Eigenschaften streng reguliert: Vorstrafen (Abs. 2), Schwerbehinderteneigenschaft (Abs. 3), Zugehörigkeit zu einer Religion oder Weltanschauung (Abs. 4) und Gewerkschaftszugehörigkeit (Abs. 5).

In Abs. 6 Satz 1 ist der Grundsatz der Direkterhebung enthalten. Satz 2 regelt eine Ausnahme für die Beschaffung allgemein zugänglicher Daten des Bewerbers. Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten auf die mögliche Erhebung von allgemein zugänglichen Daten über ihn hinzuweisen. Ein solcher Hinweis kann z. B. in der Stellenausschreibung erfolgen. Wenn der Arbeitgeber diese Daten elektronisch oder in Papierform speichert, muss er den Beschäftigten nach § 33 hierüber benachrichtigen. Allgemein zugänglich sind Daten insbesondere dann, wenn sie der Presse oder dem Rundfunk oder Netzwerken zu entnehmen sind, die sich zur Karriereförderung an die Öffentlichkeit wenden. Letzteres ist z. B. bei dem Netzwerk *XING* der Fall, weil unter diesem Internetportal bei bestimmungsgemäßer

<sup>16</sup> Ständige Rechtsprechung seit BAG 05.12.1957 – 1 AZR 594/56 – BAGE 5, 159; zuletzt BAG 27.07.2005 – 7 AZR 508/04 – AP Nr. 63 zu Art. 33 Abs. 2 GG.

<sup>17</sup> Seit BAG 01.08.1985 – 2 AZR 101/83 – BAGE 49, 214; 05.10.1995 – 2 AZR 923/94 – BAGE 81, 120; 03.12.1998 – 2 AZR 754/97 – BAGE 90, 251; zuletzt noch BAG 18.10.2000 – 2 AZR 380/99 – EzBAT § 4 BAT Anfechtung Nr. 25; Einzelheiten zur Kritik vgl. *Düwell*, BB 2006, 1741.

Nutzung für jeden abrufbare Daten grundsätzlich über eine allgemeine Suchmaschine auffindbar sind. Anders ist es dann, wenn die eingestellten Daten nur einem beschränkten Personenkreis, z. B. ausgewählten Freunden, zugänglich sein sollen. Satz 2 letzter Halbsatz regelt deshalb im Hinblick auf soziale Netzwerke im Internet, dass die dort eingestellten Daten vom Arbeitgeber grundsätzlich nicht erhoben werden dürfen; es sei denn diese werden gerade zur eigenen Präsentation gegenüber potentiellen Arbeitgebern genutzt. Damit sich „Jugendsünden“ nicht auswirken, können überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer Nutzung durch den Arbeitgeber entgegenstehen. Kriterien sind nach der Entwurfsbegründung: das Alter der Veröffentlichung der Daten im Internet, der Kontext und ob der Beschäftigte nach den erkennbaren Umständen noch die Herrschaft über die Veröffentlichung hat. Satz 3 beschränkt vor diesem Hintergrund die Datenerhebung bei sonstigen Dritten (z. B. einem früheren Arbeitgeber) auf den Fall der Einwilligung des Beschäftigten. Dem Transparenzgebot folgend räumt der 2. Halbsatz des Satzes 3 dem Beschäftigten einen Anspruch auf Information über die bei dem sonstigen Dritten erhobenen Daten ein, sofern er keine allgemein zugängliche Quelle ist. Inhalt und Umfang der zulässigen Datenerhebung richten sich in jedem Fall nach den Absätzen 1 bis 5 und § 32a. Die dort gesetzten Grenzen werden durch Absatz 6 nicht erweitert. Auch durch die Einwilligung werden diese Grenzen nicht verändert. Sie legitimiert lediglich die Datenerhebung bei dem sonstigen Dritten. Absatz 7 stellt dabei einen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf. Eine Pflicht zu anonymen Bewerbungen, wie sie von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erwogen wird, sieht der Gesetzentwurf nicht vor.

#### *d) Ärztliche Untersuchungen und Einstellungstests*

§ 32a Entwurf regelt erstmals die Zulässigkeit von ärztlichen Untersuchungen (Abs. 1) und sonstigen Eignungstests (Abs. 2) vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses. Reguliert wird auch der Umgang mit dem dabei ermittelten Ergebnis. Der Gesundheitszustand muss zum Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme eine *wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung* darstellen. Die Untersuchung kann sich auch auf zukünftige Tätigkeiten beziehen, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bereits vorgesehen sind. So kann z. B. die Tropentauglichkeit des Bewerbers geprüft werden, wenn ein späterer Einsatz

in den Tropen zu den vorgesehenen Tätigkeiten gehört. Für gendiagnostische Untersuchungen gelten die spezielleren Vorschriften des Gendiagnostikgesetzes.<sup>18</sup> Nach Abs. 2 muss jeder Eignungstest nach wissenschaftlich anerkannten Methoden durchgeführt werden, soweit solche bestehen.

Zusätzlich müssen alle Untersuchungen oder Prüfungen von sachkundigen Personen, die einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, durchgeführt werden. Für die Durchführung psychologischer Testverfahren bedarf es deshalb künftig des Einsatzes von anerkannten studierten Psychologen. Diese sachkundigen und der Verschwiegenheit unterworfenen Personen dürfen zwar dem Bewerber selbst, jedoch nicht dem Arbeitgeber das konkrete Ergebnis der Untersuchung oder Prüfung mitteilen. Dem Arbeitgeber darf nur die Eignung oder fehlende Eignung für die angestrebte Tätigkeit mitgeteilt werden.

#### *e) Datenverarbeitung und -nutzung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses*

§ 32b Abs. 1 Entwurf knüpft die Zulässigkeit der Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber an die Datenerhebung nach den §§ 32 oder 32a Entwurf und die Erforderlichkeit der Daten für die Feststellung der Eignung des Beschäftigten sowie für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses. § 32b Abs. 2 Entwurf regelt die Nutzung der Daten, die der Arbeitgeber ohne Nachfrage auf andere Weise erlangt hat. Darunter sind Daten zu verstehen, die nicht zielgerichtet beschafft, sondern zugetragen wurden oder sonst wie zur Kenntnis gelangt sind. Die Verarbeitung und Nutzung dieser Daten setzt voraus, dass sie für die Feststellung der Eignung des Beschäftigten für die vorgesehenen Tätigkeiten oder für die Entscheidung über die Begründung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich sind und darüber hinaus, dass der Arbeitgeber die Daten nach den §§ 32 oder 32a Entwurf hätte erheben dürfen. Eine Ausnahme hiervon gilt nur, wenn der Arbeitgeber sie von dem Beschäftigten selbst erhalten hat, ohne dass er hierzu Veranlassung gegeben hat. Ist eine Speicherung dieser Daten erfolgt, muss der Beschäftigte nach § 33 Entwurf benachrichtigt werden. Nach Absatz 3 sind die Daten bei Ablehnung einer Be-

---

<sup>18</sup> Einzelheiten Düwell, FA 2009, 168.



werbung grundsätzlich zu löschen, sofern keine Einwilligung z. B. für erneute spätere Bewerbung oder ein Nachrückverfahren vorliegt.

### *f) Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis*

§ 32c Entwurf regelt die Zulässigkeit der Datenerhebung im bestehenden Beschäftigungsverhältnis. Diese richtet sich gemäß Abs. 1 Satz 1 nach der Erforderlichkeit für die Durchführung, Beendigung oder Abwicklung. Dies ist insbesondere bei den folgenden in Satz 2 aufgeführten Regelbeispielen der Fall. Dort wird vermutet, dass die Kenntnis dieser Daten für den Arbeitgeber erforderlich ist, um

1. gesetzliche oder auf Grund eines Gesetzes bestehende Erhebungs-, Melde-, Auskunfts-, Offenlegungs- oder Zahlungspflichten zu erfüllen,
2. die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Pflichten zu erfüllen oder
3. die gegenüber dem Beschäftigten bestehenden Rechte des Arbeitgebers einschließlich der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wahrzunehmen.

Abs. 2 stellt klar, dass die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 bis 5 Entwurf auch bei der Feststellung der fachlichen Eignung für eine Veränderung der zu leistenden Tätigkeit oder des Arbeitsplatzes hinsichtlich der hierfür erstmals zu erhebenden Daten entsprechend anzuwenden sind. Abs. 3 begrenzt das Recht des Arbeitgebers, ärztliche Untersuchungen und Eignungstests zu verlangen. Sie sind nur zulässig, soweit die Eignung nicht auf andere, weniger belastende Weise festgestellt werden kann. Die Eignungsüberprüfung darf nur bei Zweifeln an der fortdauernden Eignung oder anlässlich eines beabsichtigten Wechsels der Tätigkeit des Beschäftigten oder seines Arbeitsplatzes erfolgen. Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen bleiben davon unberührt. Sie richten sich weiterhin nach der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge.

### *g) Datenverarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis*

§ 32d Entwurf regelt nicht nur die Zulässigkeit der Verarbeitung und Nutzung im Beschäftigungsverhältnis, sondern erspart es dem Arbeitgeber auch, die gleichen Beschäftigtendaten mehrfach für unterschiedliche Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zu erheben. Eine Erhebung von Beschäftigtendaten nach § 32a oder § 32c Entwurf

setzt zusätzlich die Erforderlichkeit für die Erfüllung des konkreten Erhebungszwecks voraus. Außerdem muss die Verarbeitung und Nutzung verhältnismäßig sein. Das gilt nach Abs. 2 auch für Daten, die der Arbeitgeber ohne Nachfrage auf andere Weise erlangt hat.

### *h) Maßstab für Compliance*

Zum 1. September 2009 ist mit § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG eine ausdrückliche Ermächtigungsnorm zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten eingeführt worden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht einer Straftat begründen und das schutzwürdige Interesse der Beschäftigten nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind. Allerdings war die Rechtslage auch vor Inkrafttreten des neu gefassten § 32 BDSG keine andere. Es wurde nur in Gesetzesform gefasst, was bereits immer schon geltendes Recht war.<sup>19</sup>

§ 32d Abs. 3 Entwurf stellt eine neue Grundlage für die Durchsetzung von Compliance-Anforderungen zur Verfügung. Compliance bedeutet die Einhaltung aller relevanten Gesetze, Verordnungen, Richtlinien und Selbstverpflichtungen durch ein Unternehmen als Ganzes. Besondere Anforderungen ergeben sich für die Kreditwirtschaft unter anderem aus dem Kreditwesengesetz und dem Geldwäschegesetz. Der Datenabgleich ist nach dem Entwurf nur zulässig zur Aufdeckung von Straftaten oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen durch den Beschäftigten im Beschäftigungsverhältnis. Dabei werden zur Konkretisierung Regelbeispiele aufgeführt. Aus der Aufzählung von Straftaten nach den §§ 266, 299, 331 bis 334 StGB ergibt sich, dass die Ermächtigung nicht zur Aufdeckung jeder Pflichtverletzung dient, sondern nur dann, wenn diese einem in seiner Gewichtigkeit vergleichbaren Regelbeispiel nahe kommt. Beispiel: Hat ein Beschäftigter einem Vorgesetzten einen anonymen Schmähbrieff per E-Mail geschickt, so dürfen nicht die Daten aller Beschäftigten mit Netzzugang abgeglichen werden.

Im Sinne des in § 3a BDSG normierten Grundsatzes der Datenvermeidung und Datensparsamkeit dürfen die Beschäftigtendaten zunächst nur in anonymisierter oder pseudonymisierter Form für den

---

<sup>19</sup> ArbG Berlin 18.02.2010 – 38 Ca 12879/09 – ZIP 2010, 1191; die Berufung war anhängig beim LAG Berlin-Brandenburg unter dem Aktenzeichen 24 Sa 841/10. Sie ist zurückgenommen worden.

Abgleich genutzt werden. Erst wenn sich aus dem Abgleich ein Verdacht ergibt, dürfen die hiervon betroffenen Daten personalisiert werden. Dem Transparenzgebot wird durch die Dokumentations- und Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers Rechnung getragen.

§ 32e Abs. 2 des Entwurfs regelt die Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten zur Aufdeckung und Verhinderung von Straftaten und anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen im Beschäftigungsverhältnis. Voraussetzungen sind:

1. Tatsachen begründen den Verdacht, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder eine andere schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat, die den Arbeitgeber bei einem Arbeitnehmer zu einer Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, und
2. die Erhebung ist erforderlich, um die Straftat oder die andere schwerwiegende Pflichtverletzung aufzudecken, oder
3. um damit im Zusammenhang stehende weitere Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen des Beschäftigten zu verhindern.
4. Die Erhebung darf nicht mit einer planmäßig angelegten Beobachtung erfolgen, die länger als 24 Stunden ohne Unterbrechung oder an mehr als vier Tagen stattfinden soll.
5. Die Erhebung darf nicht mittels technischer Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes oder sonstiger besonderer technischer Mittel, die für Beobachtungszwecke bestimmt sind, erfolgen.

Als unbedenkliche technische Mittel sind Ferngläser und Fotoapparate zugelassen. Es besteht nach § 32e Entwurf eine strenge Zweckbindung: Der Arbeitgeber darf die erhobenen Daten nur für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, verarbeiten und nutzen. Die den Verdacht begründenden Tatsachen müssen vor der Datenerhebung dokumentiert werden. Nach Abs. 6 sind die Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

## *2. Betriebs- und Dienstvereinbarung als Ermächtigungsgrundlage*

Nach der Rechtsprechung des BAG ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer datenschutzrechtlich schon

dann zulässig, wenn sie durch eine Betriebs-, Dienstvereinbarung oder durch einen Spruch der Einigungsstelle erlaubt wird. Betriebs-, Dienstvereinbarung oder Spruch der Einigungsstelle können dabei auch zuungunsten der Arbeitnehmer von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes abweichen. Sie müssen sich nur im Rahmen der Regelungskompetenz der Betriebspartner halten und den Grundsätzen über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis Rechnung tragen.<sup>20</sup>

Beispiel Telefonanlagenfall: Der Arbeitgeber hat mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung geschlossen, nach der die Telefonanlage für ausgehende dienstliche Ferngespräche die vollständigen Zielnummern erfasst und speichert. Das BAG hat nach § 3 BDSG a. F. = § 4 Abs. 1 BDSG n. F. die Erhebung und Verarbeitung nur für zulässig erachtet, wenn sie durch das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift erlaubt ist oder wenn die Betroffenen eingewilligt haben. Die Erhebung und Verarbeitung hat das BAG für datenschutzrechtlich zulässig gehalten, wenn sie durch eine Betriebsvereinbarung „erlaubt“ war. Ob die Erfassung der Zielnummer im Verhältnis zum Angerufenen überhaupt ohne deren Einwilligung datenschutzrechtlich zulässig ist, ließ das BAG offen. Eine Betriebsvereinbarung oder ein Spruch der Einigungsstelle, der die Erfassung von Telefonaten regle, sei nicht schon deswegen unwirksam, weil die geregelte Zieldatenerfassung gegenüber den Angerufenen datenschutzrechtlich unzulässig sei.

Nach dem unverändert geltenden Erlaubnis- und Einwilligungsvorbehalt in § 4 Abs. 1 des geltenden BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat. Dem soll durch den Gesetzentwurf ein Satz 2 angefügt werden: „Andere Rechtsvorschriften im Sinne dieses Gesetzes sind auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen.“ Damit wird die Rechtsprechung in Gesetzesform verfestigt. Allerdings wird damit nicht alles in das Belieben der Betriebsparteien gestellt. Das BAG prüft im Rahmen der Rechtskontrolle, ob die Regelungen der Betriebsparteien mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Dazu zählen nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Ar-

---

<sup>20</sup> BAG 27.05.1986 – 1 ABR 48/84 – BAGE 52, 88 = AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

beitnehmer zu schützen und zu fördern, und das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Umstritten ist seit 1986, ob der Schutzstandard des BDSG durch eine Betriebsvereinbarung unterlaufen werden darf.<sup>21</sup> Die Auffassung des BAG aus der Telefonanlagenentscheidung von 1986<sup>22</sup> wird heute vom Schrifttum als überholt angesehen.

Der Entwurf übernimmt die BAG Rechtsprechung zur Betriebsvereinbarung unkritisch als Erlaubnisnorm. Das wird als Klarstellung bezeichnet. Über die Wirkung der Betriebsvereinbarung und Dienstvereinbarung (DV) wird in der Begründung sybillinisch ausgeführt, durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen könnte „weder eine Einschränkung noch eine Erweiterung der Möglichkeiten“ des Datenverarbeitung herbeigeführt werden. Wozu dann?

Hinsichtlich der Telefondatenerfassung gibt es in § 32i des Entwurfs endlich Klarheit: Soweit dem Beschäftigten die Nutzung von Telekommunikationsdiensten ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubt ist, darf nach Abs. 1 der Arbeitgeber bei dieser Nutzung anfallende Verbindungsdaten nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies erforderlich ist:

1. zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs von Telekommunikationsnetzen oder Telekommunikationsdiensten, einschließlich der Datensicherheit,
2. zu Abrechnungszwecken oder
3. zu einer stichprobenartigen oder anlassbezogenen Leistungs- oder Verhaltenskontrolle.

Es dürfen insoweit keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten an einem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung überwiegen.

Inhaltsdaten einer ausschließlich zu beruflichen oder dienstlichen Zwecken erlaubten Nutzung von Telefondiensten darf der Arbeitgeber nach Abs. 2 nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies zur Wahrung seiner berechtigten Interessen erforderlich ist und der Be-

---

<sup>21</sup> Verneinend: *Simitis*, BDSG, § 28 Rn. 212; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, BetrVG, § 87 Rn. 163; *Fitting*, BetrVG, 24. Aufl. (2008), § 83 Rn. 30; *ErfK/Kania*, § 87 BetrVG Rn. 61.

<sup>22</sup> BAG 22.10.1986 – 5 AZR 660/85 – NZA 1987, 415.

schäftigte und seine Kommunikationspartner im Einzelfall vorher darüber informiert worden sind.

### 3. Einwilligung als Ermächtigungsnorm

Im Telefonanlagenfall hat das BAG die Zweifel vieler Datenschützer an der der wirksame Einwilligung der Betroffenen, die eine freiwillige Entscheidung (§ 3 Satz 2 BDSG a. F. = § 4a BDSG n. F.) sein muss, anklingen lassen. In § 321 des Entwurfs hat das zu einer Verschärfung geführt. Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber auf Grund einer Einwilligung des Beschäftigten ist abweichend von § 4 Absatz 1 nur noch zulässig, soweit dies in den Vorschriften des Unterabschnitts zum Beschäftigtendatenschutz ausdrücklich zugelassen ist.

### 4. Datenschutz und Personalakte

Die „Personalakte“ (PA) ist nicht legaldefiniert. Der Begriff wird als bekannt vorausgesetzt und umfasst die Sammlung von Urkunden und Vorgängen, die die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers betreffen und in einem inneren Zusammenhang mit dem Arbeitsvertrag stehen. Sie sollen ein möglichst vollständiges und wahrheitsgemäßes Bild über die persönlichen und dienstlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers geben. Maßgeblich ist die sog. Personalakte im materiellen Sinne: Sie erfasst den Inhalt der den Arbeitnehmer betreffenden Vorgänge<sup>23</sup>. Daher fallen auch in elektronischen Datenbanken gespeicherte Personaldaten unter diesen Begriff. Inhalt der Personalakte können alle Unterlagen werden, die sich auf das Arbeitsverhältnis beziehen und an deren Aufnahme der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse haben. Dazu gehören insbesondere:

- Bewerbungsunterlagen;
- Zeugniskopien;
- Lebensläufe;
- Personalfragebogen;
- Arbeitsvertrag mit Anstellungsschreiben;
- Urlaubsanträge und -bewilligungen;

---

<sup>23</sup> BAG 07.05.80 – 4 AZR 214/78 – AuR 1981, 124; BVerwG 23.01.91 – 1 WB 89/90, 113/90, NJW 1991, 1628.

- Beurteilungen;
- Krankenzeiten, Freistellungen, Lohn- und Gehaltsbescheinigungen, Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, Abtretungserklärungen usw.;
- Ermahnungen und Abmahnungen;
- Unterlagen des Werkschutzes;
- Ärztliche Atteste oder Gutachten über Einschränkungen der Einsatzfähigkeit;
- Bescheinigungen über Fortbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen;
- Kündigungsschreiben oder Aufhebungsvertrag;
- Schlusszeugnis.

Die Rechtsprechung verpflichtet seit langem jeden Arbeitgeber, Maßnahmen zur vertraulichen Behandlung der in der Personalakte enthaltenen Daten zu ergreifen<sup>24</sup>:

- Die PA darf nicht allgemein zugänglich sein, sondern muss sorgfältig verwahrt werden.
- Der Personenkreis, der Einsicht in die PA nehmen kann, muss auf die Mitarbeiter beschränkt werden, die die Akte verwalten und/oder die Personalentscheidungen treffen.
- Besonders sensible Daten – insbesondere über den gesundheitlichen Zustand des Arbeitnehmers, z. B. Alkoholkrankheit – müssen besonders gegen unbefugten Einblick geschützt werden.<sup>25</sup>

Nach § 83 Abs. 1 BetrVG hat jeder Arbeitnehmer das Recht auf Einsichtnahme in seine Personalakte und nach § 83 Abs. 2 BetrVG auf Beifügung von Erklärungen zur Personalakte. Der Arbeitgeber ist auch dann verpflichtet, die sog. Gegendarstellung beizufügen, wenn sie unzutreffende Tatsachenbehauptungen oder Werturteile enthält. Nur sofern sie beleidigende Äußerungen enthält, darf der Arbeitgeber die Aufnahme ablehnen. Steht eine Eintragung oder die Aufnahme von Unterlagen in die Personalakte bevor, so kann der Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber eine Unterlassungsklage erheben, wenn er der Meinung ist, die Aufnahme sei rechtlich nicht zulässig (§ 1004

<sup>24</sup> BAG 15.07.1987 – 5 AZR 215/86 – BAGE 54, 365.

<sup>25</sup> BAG 12.09.2006 – 9 AZR 271/06 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Personalakte mit zustimmender Anm. *Boemke*, jurisPR-ArbR 15/2007.

Abs. 1 S. 2 BGB analog)<sup>26</sup>. Ist die Eintragung oder Aufnahme von Unterlagen bereits erfolgt, so kann der Arbeitnehmer verlangen, dass diese berichtigt oder entfernt oder durch eine zutreffende ersetzt wird.<sup>27</sup> Zumeist wird um Abmahnungen gestritten. Hier setzt der Entfernungsanspruch voraus, dass die Abmahnung formell nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt oder kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der PA (mehr) besteht.<sup>28</sup> Umstritten ist die Frage, ob der Arbeitnehmer auch nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Recht auf Einsicht hat und auch noch die Bereinigung der PA verlangen kann. Das ArbG Münster bejaht ein Recht auf Entfernung nachteiliger Schriftstücke.<sup>29</sup> Das ArbG Wetzlar lehnt dies ab.<sup>30</sup> Das fand im Grundsatz Zustimmung beim dem damals für das Personalakten-Recht zuständigen Fünften Senat des BAG. Eine Ausnahme sollte nur dann gelten, wenn objektive Anhaltspunkte für eine fortwirkende Benachteiligung des AN aufgezeigt werden.<sup>31</sup> Für den Bereich des öffentlichen Dienstes hat das BAG demgegenüber einen generellen Anspruch auf Entfernung einer unzutreffenden dienstlichen Beurteilung auch noch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bejaht.<sup>32</sup> In diesem Bereich kann es nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass eine zur PA genommene dienstliche Beurteilung Grundlage von künftigen Personalentscheidungen im öffentlichen Dienst wird. Die Personalakten führenden Stellen bewahren die Personalakten auch nach der Beendigung des Rechtsverhältnisses noch lange Zeit auf. So z. B. beträgt gemäß §§ 90 ff. Beamten-gesetz Sachsen-Anhalt (BG LSA) die Aufbewahrungsfrist fünf Jahre nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Bewirbt sich die ausgeschiedene Person erneut um Aufnahme in den öffentlichen Dienst, so dürfen nach § 90d BG LSA Personalakten unter bestimmten Umständen sogar ohne Einwilligung des Betroffenen den Behörden desselben Geschäftsbereichs

<sup>26</sup> BAG 25.02.1959 – 4 AZR 549/57 – AP Nr. 4 zu § 630 BGB.

<sup>27</sup> BGH 27.04.1961 – III ZR 209/59, AP Nr. 6 zu § 839 BGB; BAG 25.02.1959 – 4 AZR 549/57 – AP Nr. 4 zu § 630 BGB.

<sup>28</sup> BAG 13.03.1997 – 2 AZR 526/96 – NZA 1997, 1281.

<sup>29</sup> ArbG Münster 14.12.1989 – 2 Ca 1299/89 – DB 1990, 1144.

<sup>30</sup> ArbG Wetzlar 16.05.1989 – 1 Ca 530/88 – BB 1989, 1979.

<sup>31</sup> BAG 14.09.1994 – 5 AZR 632/93 – DB 1995, 732 = AuR 1995, 29.

<sup>32</sup> BAG 18.08.2009 – 9 AZR 617/08 – AP Nr. 3 zu § 611 BGB Personalakte mit zustimmender Anm. *Georg-R. Schulz*, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Personalakte.



vorgelegt werden. Der inzwischen als Fachsenat für das Personalaktenrecht allein zuständige Neunte Senat des BAG hat das Einsichtsrecht unter Aufgabe der älteren Rechtsprechung in seiner jüngsten Entscheidung ausgeweitet. Danach hat auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder Arbeitnehmer einen Anspruch auf Einsichtnahme.<sup>33</sup> Dieser nachvertragliche Anspruch setzt abweichend von der Rechtsprechung des Fünften Senats nicht mehr voraus, dass der Arbeitnehmer ein konkretes berechtigtes Interesse darlegt. Diese Entscheidung zeigt eine Lücke des gegenwärtigen Stands des Datenschutzrechts auf. Zurzeit kann noch nicht einmal ein Auskunftsrecht über den Inhalt einer in Papierform geführten Personalakte aus den für den Betroffenen geltenden Rechten des BDSG hergeleitet werden. Das im Zweiten Unterabschnitt des Dritten Abschnitts des BDSG unter dem Titel „Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stelle“ enthaltene Auskunftsrecht nach § 34 BDSG findet keine Anwendung. Gemäß § 27 Abs. 1 BDSG finden die Vorschriften des Dritten Abschnitts und damit § 34 BDSG nämlich nur Anwendung, soweit personenbezogene Daten automatisiert oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeitet oder genutzt werden. Da auch die spezialgesetzlichen Akteneinsichtsrechte aus § 83 Abs. 1 Satz 1 BetrVG und § 26 Abs. 2 Satz 1 SprAuG nur bestehen, solange ein Arbeitsverhältnis besteht, kann ein Anspruch auf nachvertragliche Personalakteneinsicht nur mit einer Ausstrahlung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG) auf die Schutz- und Rücksichtnahmepflichten des Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB begründet werden. Diese Rechtsfortbildung ist erforderlich, um den für die informationelle Selbstbestimmung notwendigen Transparenzschutz zu gewährleisten. Denklogisch muss dieser der Möglichkeit, unrichtige Daten entsprechend § 35 berichtigen oder löschen zu können, vorgelagert sein. Nur dann kann der Arbeitnehmer in Erfahrung bringen, welches fremd geschaffene Meinungsbild über seine Person sein ehemaliger Arbeitgeber aufbewahrt und möglicherweise Dritten zur Kenntnis bringt.

Das Datenschutzrecht hat diese Form der in Papierform gespeicherten personenbezogenen Daten lange Zeit völlig ausgeblendet. Erst mit der am 1. September 2009 erfolgten Neufassung des § 32 BDSG ist eingefügt worden:

---

<sup>33</sup> BAG 16.11.2010 – 9 AZR 573/09 – DB 2011, 822.

„(2) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“

Durch den Gesetzentwurf wird in § 27 Abs. 3 eine allgemeine Regelung getroffen, die vor die Klammer gezogen wird:

„Für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber für Zwecke eines früheren, bestehenden oder zukünftigen Beschäftigungsverhältnisses gelten die Vorschriften des zweiten, dritten und vierten Unterabschnitts. Satz 1 gilt auch, wenn Beschäftigtendaten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.“

Damit werden künftig auch die in Papierform geführten Personalakten erfasst. Für sie gelten darum auch die in §§ 33 bis 35 geregelten Rechte der Betroffenen.

Ungeklärt bleibt jedoch, wie sich dann das besondere in § 83 BetrVG geregelte Einsichtsrecht zu den in §§ 34, 35 BDSG geregelten Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsrechten verhält. Auch die zu diesem Fragenkreis inzwischen ergangene erste Entscheidung des BAG<sup>34</sup> konnte keine Klarheit schaffen. Es klagte ein ehemaliger Schadensbüroleiter gegen den früheren Arbeitgeber, ein Versicherungsunternehmen. Die beklagte Arbeitgeberin führte nach dem Ausscheiden noch die Personalakte des Klägers weiter. Nach Vertragsende teilte eine Personalbearbeiterin im Rahmen einer Zeugnisauseinandersetzung mit, dass Gründe vorhanden seien, die auf seine mangelnde Loyalität schließen ließen. Der Kläger verlangte deshalb Einsicht in seine Personalakte. Die Beklagte verweigert dies mit Hinweis auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Auf die Revision des Klägers hat der für das Personalaktenrecht zuständige Neunte Senat des BAG die Arbeitgeberin verurteilt, dem Kläger Einsicht in seine Personalakte zu gewähren. Denn der Arbeitnehmer hat auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein berechtigtes Interesse daran, den Inhalt seiner fortgeführten Personalakte auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Zwar ist nach Maßgabe des Entwurfs künftig § 34 BDSG auch auf die papierene Personalakte anzuwenden, aber das Recht auf körperliche Herausgabe der Papierakte zum Zwecke der Einsichtnahme beim Arbeit-

---

<sup>34</sup> BAG 16.11.2010 – 9 AZR 573/09 – Pressemitteilung Nr. 84/10.

geber folgt nicht aus § 34 BDSG. Die dort geregelten Ansprüche auf Auskunft genügen auch dann nicht, wenn auf Verlangen eine Auskunft in Textform erteilt wird (§ 34 Abs. 6). Die Entwurfverfasser haben nicht die Besonderheiten des Personalaktenrechts erkannt. Nötig ist die Regelung als Einsichtsrechts, um insbesondere auch die Vollständigkeit überprüfen zu können.

## IV. Überwachung durch technische Einrichtungen

### 1. Objektive Eignung zur Überwachung

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist eine technische Einrichtung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dazu bestimmt, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen, wenn die Einrichtung zur Überwachung objektiv und unmittelbar geeignet ist – ohne Rücksicht darauf, ob der Arbeitgeber dieses Ziel verfolgt und die durch die Überwachung gewonnenen Daten auch auswertet.<sup>35</sup> Der Tatbestand greift auch Platz, wenn auf Grund der Einrichtung unmittelbar Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Leistung bestimmter anderer Arbeitnehmer gezogen werden können, die nicht die mit der Einrichtung versehene Maschine bedienen. Die Möglichkeit, dass erst durch zusätzliche anderweitige Anordnungen oder bestimmte Gestaltungen zukünftig Arbeitnehmer überwacht werden könnten, genügt allerdings nicht. Das Kriterium der Unmittelbarkeit verlangt das BAG nicht mehr, ohne es aber ausdrücklich aufgegeben zu haben.<sup>36</sup>

### 2. Datenverarbeitendes System

Ein datenverarbeitendes System ist zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bestimmt, wenn es individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst erhebt und aufzeichnet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch

---

<sup>35</sup> Beginnend: BAG 09.09.1975 – 1 ABR 20/74 – AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; zuletzt: BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – NZA 2007, 399; BAG 27.01.2004 – 1 ABR 7/03 – EzA § 87 BetrVG 2001 Kontrolleinrichtung Nr. 1.

<sup>36</sup> Vgl. GK-BetrVG/Wiese, § 87 Rn. 511.

auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung in diesem Sinne ist sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen.<sup>37</sup> Das hat das BAG zuletzt zur Einführung eines „*Brokerage System Redesign*“ (BSR), eines Systems zur Vereinheitlichung der Datenverarbeitung bei der Bearbeitung von Importsendungen, entschieden.<sup>38</sup> Dieses System sollte in einem Speditionsunternehmens wie ein „*Data Warehouse*“ funktionieren, d. h., die auf dem Flughafen vorhandenen Systeme miteinander verbinden und eine einheitliche Eingabemaske aufweisen. Das Datenverarbeitungssystem BSR ist eine technische Einrichtung. Die Eignung zur Überwachung der Leistung ergab sich schon daraus, dass die Aufnahme von Arbeitsleistungen auf individueller Ebene zur Evaluation von Trainings- und Weiterqualifizierungsmaßnahmen grundsätzlich möglich war und definierte Funktionalitäten für Trainingsgruppe, Quality Management-Gruppe, Customs Affairs enthalten waren, die aus dem System ersichtlichen Eingaben und Bearbeitungsschritte der Mitarbeiter zu analysieren. Damit erhebt und speichert das BSR individualisierte oder zumindest individualisierbare Daten über das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer. Es ermöglicht grundsätzlich deren Auswertung zur Qualitätssicherung.

In § 321 des Entwurfs ist zur Mitbestimmung geregelt: „(3) Die Rechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.“ Damit hat der Gesetzgeber „sehenden Auges“ den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung als aus seiner Sicht im Grundsatz „richtig“ akzeptiert.

### 3. Einbau von GPS-Geräten in Fahrzeugen

Der Einbau von GPS-Geräten in Fahrzeuge des Arbeitgebers, die von Arbeitnehmern dienstlich verwendet werden, ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> BAG 14.09.1984 – 1 ABR 23/82 – BAGE 46, 367, zu B IV 1 und B V 2 der Gründe.

<sup>38</sup> BAG 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = NZA 2007, 399.

<sup>39</sup> ArbG Kaiserslautern 27.08.2008 – 1 BVGa 5/08 – AiB Newsletter 2008, Nr. 11, 5.

Der vom Arbeitsgericht beurteilte Sachverhalt:

Der Betriebsrat erfuhr im Mai 2008, dass der Arbeitgeber beabsichtige, die Dienstwagen mit GPS-Geräten auszustatten. Obwohl der Betriebsrat mitteilte, dass er dieser Maßnahme ohne Kenntnis weiterer Details die Zustimmung verweigere, baute der Arbeitgeber dennoch im Juli 2008 die Geräte ein. Gegen den Einbau hat sich der Betriebsrat im Wege der einstweiligen Unterlassungsverfügung gewährt, weil die GPS-Technik in Form von Positionenmanagementsystemen zur lückenlosen Überwachung mobiler Arbeitnehmer eingesetzt werden könne. Der Arbeitgeber hat die Auffassung vertreten, dass das Ortungssystem, über das zwar jederzeit die Position des Fahrzeugs festgestellt werden könne, nicht der Kontrolle des Personals, sondern u. a. dazu diene, bei Kundennachfragen nachvollziehen zu können, wo sich die Ware befinde oder wann der Bestimmungsort erreicht werde.

Das ArbG Kaiserslautern entsprach den Anträgen des Betriebsrates und gab dem Arbeitgeber auf, das bereits eingebaute GPS-Gerät aus dem Dienst-Pkw zu entfernen und es zu unterlassen, weitere Systeme in den Firmenfahrzeugen zu installieren. Danach ergibt sich der Verfügungsgrund aus der Verletzung des Mitbestimmungsrechtes nach § 87 Abs. 1 Ziff. 6 BetrVG. Der Betriebsrat sei bei der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt seien, das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen, zu beteiligen. Entgegen der Auffassung des Arbeitgebers komme es nicht darauf an, dass das Ortungssystem nicht der Kontrolle der Mitarbeiter diene. Ausreichend sei in diesem Zusammenhang bereits, dass die Einrichtung zur Überwachung objektiv und unmittelbar geeignet sei. Dies gelte selbst dann, wenn der Arbeitgeber nicht beabsichtige, die Arbeitnehmer zu kontrollieren und die gewonnenen Daten entsprechend auszuwerten. Die objektive Eignung der GPS-Geräte zur Überwachung reiche aus. Der Verfügungsgrund ergab sich daraus, dass der Arbeitgeber durch den Einbau eines GPS-Gerätes das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bereits negiert und zusätzlich angekündigt habe, das System auch in weiteren Fahrzeugen unter Missachtung des Mitbestimmungsrechts einbauen zu wollen.

In § 32g des Entwurfs sind zwingende Mindestschutzbestimmungen vorgegeben, die im Rahmen der Mitbestimmung nicht unterschritten werden dürfen. Danach darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten durch elektronische Einrichtungen zur Bestimmung eines geographi-

schen Standortes (Ortungssysteme) nur erheben, verarbeiten und nutzen, soweit dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist:

1. zur Sicherheit des Beschäftigten oder
2. zur Koordinierung des Einsatzes des Beschäftigten.

Im Übrigen dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Beschäftigten am Ausschluss der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung überwiegen. Die Erhebung darf nur während der Arbeitszeit des Beschäftigten erfolgen. Der Arbeitgeber hat den Einsatz des Ortungssystems erkennbar zu machen.

Für den Bereich des sog. Routetracking hat der Gesetzgeber somit in Ergänzung zur Rechtsprechung Mindeststandards gesetzt, die nicht unterschritten werden dürfen.

## V. Verhaltensüberwachung durch Video

Die Betriebsparteien haben nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine umfassende Kompetenz zur Regelung materieller und formeller Arbeitsbedingungen sowie von Fragen der Ordnung des Betriebs.<sup>40</sup> Arbeitgeber und Betriebsrat sind deshalb auch grundsätzlich befugt, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen.<sup>41</sup> Das hat der Erste Senat des BAG mehrfach entschieden.<sup>42</sup>

Soweit es um die technische Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer geht, ist § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG einschlägig. Eine Videoüberwachungsanlage ist nämlich eine technische Einrichtung, die dazu bestimmt ist, das Verhalten der Arbeitnehmer zu überwachen.<sup>43</sup> Grundlegend sind drei Entscheidungen zur Aufklärung von Diebstählen.

### 1. BAG 2003: Pfandflaschen

Zu seiner ersten Video-Entscheidung hat das BAG erkannt: Die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers durch den Arbeit-

---

<sup>40</sup> BAG (GS) 16.03.1956 – GS 1/55 – BAGE 3, 1, zu I 1 der Gründe; BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – Rn. 13 ff., AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94.

<sup>41</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 1 der Gründe.

<sup>42</sup> Zuletzt: BAG 26.08.2008 – 1 ABR 16/07 – DB 2008, 2144.

<sup>43</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 1 der Gründe mwN.

geber führt nur dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.<sup>44</sup>

Der Fall betraf eine verhaltensbedingte Kündigung. Die Klägerin war bei der Beklagten, einer Betreiberin eines Warenhauses, als Kassiererin beschäftigt. An der Kasse der Klägerin traten seit 1997 überdurchschnittlich hohe Inventurdifferenzen vor allem bei Pfandflaschen auf. Nachdem die Beklagte die Differenzen weder durch Maßnahmen der Innenrevision noch durch Überprüfungen im Warenwirtschaftssystem aufklären konnte, installierte sie eine Kamera direkt über der Kasse der Klägerin und wenig später in den Gängen des Marktes. Aus der gewonnenen Videoaufzeichnung ergab sich gegen die Klägerin ein dringender Verdacht der Unterschlagung von Firmengeldern. Die Beklagte hörte daraufhin den bei ihr bestehenden Betriebsrat zu der streitgegenständlichen Kündigung an. Dieser stimmte ohne jeden Vorbehalt zu.

Der für das Kündigungsrecht zuständige Zweite Senat nahm an, dass die Videoaufzeichnung im Prozess als Beweismittel verwertet werden dürfe. Zwar stelle die Aufzeichnung einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin dar. Dieses werde aber nicht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr könne ein Eingriff durch die Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Vorliegend sei dies der Fall gewesen, weil ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung bestanden habe und die verdeckte Videoüberwachung das einzig verbleibende Mittel zur Aufklärung gewesen sei.

## 2. BAG 2004: Postgeheimnis I

In dem zweiten Videofall hat der für das Mitbestimmungsrecht zuständige Erste Senat des BAG folgende Rechtssätze aufgestellt:

Die Videoüberwachung unterliegt nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG dem Mitbestimmungsrecht.

Die Betriebsparteien haben dabei gemäß § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG das grundrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeits-

---

<sup>44</sup> BAG 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

recht der Arbeitnehmer und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.<sup>45</sup>

Zugrunde lag folgender Sachverhalt: Die P-AG betreibt unter anderem ein Briefzentrum in B., in dem in einer 17.000 qm großen Halle in mehreren Schichten insgesamt ca. 650 Mitarbeiter beschäftigt und täglich 2,5 bis 3 Mio. Briefsendungen umgeschlagen werden. Dabei kommt es zu ständigen Verlusten, nach den Behauptungen der Arbeitgeberseite in fast drei Jahren über 6.000 Briefsendungen. Die Arbeitgeberin hat keine Feststellungen über die Ursachen getroffen, insbesondere nicht, ob und in welchem Umfang die Verluste im Briefzentrum selbst, auf dem Weg dorthin oder auf dem weiteren Weg zum Empfänger eingetreten sind. Nachdem die Arbeitgeberin den Betriebsrat vergeblich um Zustimmung zur Einführung einer entsprechenden Überwachungsanlage gebeten hatte, beschloss die angerufene Einigungsstelle gegen die Stimmen der vom Betriebsrat entsandten Mitglieder die Installierung einer Videoanlage, um die Sendungsverluste sowie Inhaltsschmälerungen zu vermindern. Nach dem Inhalt der Regelung dürfen die Aufzeichnungen nur zur Vorbeugung und Aufklärung von Straftaten verwandt werden, darüber hinausgehende Leistungs- und Verhaltenskontrollen sind untersagt. In jeder Kalenderwoche darf die Videoanlage *bis zu 50 Stunden* in Betrieb genommen werden, ohne dass ein Verdacht vorliegt. Liegt ein solcher vor, darf sie *weitere 48 Stunden* in Betrieb genommen werden. *Spätestens acht Wochen* nach Aufzeichnung müssen die Aufnahmen vernichtet werden. Dem Betriebsrat werden auch Kontrollrechte eingeräumt. Auf den Einsatz von Videokameras müssen nach dem Spruch der Einigungsstelle *Schilder* hinweisen, wenn auch die jeweilige Inbetriebnahme für die Arbeitnehmer nicht erkennbar ist.

Der Betriebsrat hat den Spruch der Einigungsstelle mit dem Antrag angefochten, die Unwirksamkeit des Einigungsstellenspruchs festzustellen. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben dem Begehren des Betriebsrats nicht entsprochen. Die zugelassene Rechtsbeschwerde hatte Erfolg.

Das BAG stellt zunächst fest, dass eine Einigungsstelle grundsätzlich nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG befugt ist, Regelungen über die Einführung einer Videoüberwachung zu treffen.

---

<sup>45</sup> BAG 29. Juni 2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173 = AP Nr. 41 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung mit ablehnender Anm. *Ehmann* und zustimmender Besprechung *Bertzbach*, jurisPR-ArbR 46/2004 Anm. 1.



Allerdings müsse § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG beachtet werden, der die Betriebsparteien zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte verpflichtet, insbesondere zur Beachtung des in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das auch das Recht am eigenen Bild umfasst. Jeder Mensch dürfe entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht werden. Ein Eingriff dürfe außerhalb des absoluten Kernbereichs privater Lebensgestaltung nur in den Schranken der verfassungsgemäßen Ordnung erfolgen. Zu den Eingriffen, die auf Grund verfassungsgemäßer Gesetze erlaubt seien, gehörten auch die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen. Die den Betriebsparteien durch § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG auferlegte Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der Arbeitnehmer zu schützen, verbiete deshalb nicht jede Betriebsvereinbarung, die zur Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führe; ein Eingriff müsse aber durch schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision müsse eine Güterabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles erfolgen. Das BAG prüft dann sehr ausführlich, ob der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, nach welchem die von den Betriebsparteien getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein muss, um den erstrebten Betriebszweck zu erreichen, eingehalten wurde.

Im Ergebnis stellt das BAG fest, dass ein sehr *schwerwiegender Eingriff* in das Persönlichkeitsrecht aller Arbeitnehmer, die in der Bearbeitungshalle tätig sind, vorliegt und dieser Eingriff weder durch ausdrückliche gesetzliche Regelung noch durch schützenswerte Interessen der Arbeitgeberin oder der Postkunden, die im Rahmen einer Gesamtabwägung die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer überwiegen müssten, gerechtfertigt ist. Das BAG weist darauf hin, dass die Arbeitnehmer sich bei jeder ihrer Bewegungen kontrolliert fühlen müssen. Ihre Gestik, ihre Mimik, bewusste oder unbewusste Gebärden, der Gesichtsausdruck bei der Arbeit oder bei der Kommunikation mit Vorgesetzten und Kollegen unterlägen stets der Möglichkeit dokumentierender Beobachtungen, wodurch ein Druck, sich möglichst unauffällig zu benehmen, ausgeübt werde. Der von der Einigungsstelle vorgegebene, eingeschränkte Verwendungszweck führe nicht dazu, dass lediglich Straftaten gefilmt würden; im Gegenteil, diese machten allenfalls einen quantitativ unbedeutenden Bruchteil

der Aufnahmen aus. Dieser Eingriff werde nicht durch Einwilligung, nicht durch § 6b Abs. 1 BDSG, nicht durch § 28 BDSG, nicht durch eine Notwehrsituation oder eine notwehrrähnliche Lage des Arbeitgebers und auch nicht durch das Hausrecht des Arbeitgebers gerechtfertigt. Der dauerhafte Eingriff in die Persönlichkeitsrechte sei auch nicht durch überwiegende schutzwürdige Interessen der Arbeitgeberin und der Postkunden gerechtfertigt. Beide hätten zwar ein rechtlich geschütztes Interesse an der Sicherheit des Postverkehrs. Die Videoüberwachung erscheine auch grundsätzlich geeignet, Mitarbeiter des Briefzentrums davon abzuhalten, dort Diebstähle zu begehen.

Der Erste Senat hat die von der Einigungsstelle gefundene Regelung letztlich daran scheitern lassen, dass die Einigungsstelle den Videoeinsatz nicht davon abhängig gemacht habe, dass keine vorhergehende Prüfung zu dem Ergebnis kam, mildere Mittel wie z. B. bessere Aufsicht, bessere Kontrolle der Zusteller, Begrenzung der Technik oder Beschränkung auf analoge Aufzeichnungstechnik stünden nicht zur Verfügung. An diesem auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitsverhältnis gestützten Ergebnis wurde im Schrifttum scharfe Kritik geäußert.<sup>46</sup>

### 3. BAG 2008: *Postgeheimnis II*

Trotz dieser Kritik hat der Erste Senat in einem weiteren Postfall an der Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitsrecht festgehalten.<sup>47</sup> Er hat die noch im vorhergehenden Fall unterlassene Differenzierung zwischen öffentlicher und innerbetrieblicher Überwachung nachgeholt und den neuen Fall genutzt, die Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu konkretisieren.

#### a) *Die Regelung der Videoüberwachung*

Es ging erneut um ein Briefzentrum, in dem überwiegend mit Handsortierung gearbeitet wird. Vom 1. Januar 2005 bis zum 31. Oktober 2005 meldeten 250 Kunden Verluste von Briefsendungen. In der Vergangenheit hatte der Betriebsrat zweimal anlässlich konkreter Verdachtsmomente gegen einzelne Arbeitnehmer der vorübergehenden Installierung einer verdeckten Videokamera zugestimmt. Da-

---

<sup>46</sup> *Ehmann*, Anm. zu BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41.

<sup>47</sup> BAG 26.08.2008 – 1 ABR 16/07 – DB 2008, 2144.

durch konnten die Täter jeweils überführt werden. Bundesweit wurden durch den Einsatz stationärer Videoanlagen in Briefzentren der Arbeitgeberin im Jahr 2005 insgesamt elf Täter überführt. Die Betriebsparteien haben für das Briefzentrum L eine Betriebsvereinbarung geschlossen, nach der Tür- und Taschenkontrollen möglich sind; ein Abtasten von Personen ist nicht erlaubt. Der Arbeitgeber wollte eine Dauervideoüberwachung. Die Betriebsparteien verhandelten lange erfolglos. Die daraufhin angerufene Einigungsstelle beschloss Ende 2005 mit der Stimme des Vorsitzenden eine „Betriebsvereinbarung zum Einsatz einer stationären Videoanlage im Briefzentrum L“. Aus einer Anlage zur Betriebsvereinbarung ergibt sich, dass für den *Innenbereich insgesamt 13 Kameras* vorgesehen sind. Durch die Videoüberwachung im *Außenbereich* werden 30 Kraftfahrer während des Be- und Entladens sowie der Prüfung ihrer Fahrzeuge erfasst. Diese Tätigkeiten dauern für den einzelnen Fahrer täglich höchstens eine Viertelstunde. Zum Außenbereich des Briefzentrums haben Kunden, die Sendungen über die Großannahmestelle einliefern wollen, während der Betriebszeiten ungehinderten Zugang.

Die Anfechtung des Spruches hatte beim LAG keinen Erfolg. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats erklärte der für das Mitbestimmungsrecht zuständige Erste Senat des BAG die Regelung teilweise für unwirksam.

### *b) Innerbetrieblicher Bereich*

Der Erste Senat hat auf Grund der Kritik gelernt, zwischen öffentlich zugänglichem Bereich und internem Bereich zu unterscheiden. Für den innerbetrieblichen Bereich hat er besondere Rechtssätze aufgestellt: Die Betriebsparteien haben nach § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG die Pflicht, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Sie haben daher insbesondere das in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst neben dem Recht am gesprochenen Wort auch das Recht am eigenen Bild. Es gehört zum Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise gegen ihn verwendet werden dürfen. Das Recht am eigenen Bild ist nicht auf bestimmte Örtlichkeiten beschränkt. Auch unterfällt nicht erst die Verwertung, sondern bereits die Herstellung von Abbildungen dem

Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.<sup>48</sup> Nach der Auffassung des Ersten Senats bedarf das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährleistete Recht auf informationelle Selbstbestimmung unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung in besonderem Maße des Schutzes.<sup>49</sup> Die mit der elektronischen Datenverarbeitung grundsätzlich verbundenen technischen Möglichkeiten, Einzelangaben über eine Person unbegrenzt zu speichern sowie jederzeit abzurufen, sind danach geeignet, bei den betroffenen Personen einen psychischen Anpassungsdruck zu erzeugen, durch den sie in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu gestalten, wesentlich gehemmt werden.<sup>50</sup>

Außerhalb des absoluten Kernbereichs privater Lebensgestaltung wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung garantiert. Diese besteht aus der Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind. In das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann daher insbesondere durch verfassungsgemäße Gesetze eingegriffen werden. Zu den Normen, die das Persönlichkeitsrecht einschränken können, gehören auch die von den Betriebsparteien im Rahmen ihrer Regelungskompetenz geschlossenen Betriebsvereinbarungen.<sup>51</sup>

Eingriffe der Betriebsparteien in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer müssen allerdings durch schutzwürdige Belange anderer Grundrechtsträger gerechtfertigt sein. Das zulässige Maß einer Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bestimmt sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Grundsatz konkretisiert nach Auffassung des Ersten Senats die den Betriebsparteien nach § 75 Abs. 2 BetrVG auferlegte Verpflichtung.<sup>52</sup> Das begründet der Erste Senat damit, dass Betriebsvereinba-

---

<sup>48</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2b der Gründe mwN.

<sup>49</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO, zu B I 2d cc der Gründe; BVerfG 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83 u. a. – BVerfGE 65, 1, 42, zu C II 1a der Gründe.

<sup>50</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO, zu B I 2d cc der Gründe; BVerfG 15. Dezember 1983 – 1 BvR 209/83 u. a. – aaO, zu C II 1a der Gründe; vgl. auch BVerfG 11. März 2008 – 1 BvR 2074/05 – und – 1 BvR 1254/07 – Rn. 64, NJW 2008, 1505.

<sup>51</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2c der Gründe mwN.

<sup>52</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2d der Gründe mwN.

rungen wegen ihrer nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG unmittelbaren und zwingenden Wirkung Akte innerbetrieblicher privater Normsetzung sind.<sup>53</sup> Beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen werden somit die Betriebsparteien und die – die Zustimmung einer Betriebspartei ersetzende – Einigungsstelle als Normgeber tätig. Indem § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen, „implantiert“ die Bestimmung die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Bindungen der staatlichen Gewalt in das privatrechtliche Betriebsverfassungsrecht.<sup>54</sup> Der Gesetzgeber hat danach die Pflicht, die einzelnen Grundrechtsträger vor einer unverhältnismäßigen Beschränkung ihrer Grundrechte durch privatautonome Regelungen zu bewahren. Diese Pflicht erfüllt er, indem er den Betriebsparteien eine Schutzpflicht hinsichtlich der freien Entfaltung der Persönlichkeit auferlegt.<sup>55</sup> Daher soll es gerechtfertigt und geboten sein, Regelungen in Betriebsvereinbarungen, welche Rechte der betroffenen Arbeitnehmer, insbesondere deren Handlungsfreiheit, beschränken oder ihnen Pflichten auferlegen, an dem auch für den Gesetzgeber geltenden Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen. Dieser ist somit auch maßgeblich, wenn durch eine Videoüberwachung in das Recht der Arbeitnehmer am eigenen Bild und ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht eingegriffen wird.

Der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* verlangt, dass die von den Betriebsparteien bzw. der Einigungsstelle getroffene Regelung geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen.<sup>56</sup>

*Geeignet* ist die Regelung, wenn mit ihrer Hilfe der erstrebte Zweck gefördert werden kann. Dabei steht den Betriebsparteien und

---

<sup>53</sup> BAG 12.12.2006 – 1 AZR 96/06 – Rn. 16, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 94 = EZA BetrVG 2001 § 88 Nr. 1.

<sup>54</sup> *Bender*, Anm. BAG 29.6.2004 – 1 ABR 21/03 – EZA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 2.

<sup>55</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO, zu B I 2a der Gründe.

<sup>56</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2d der Gründe; vgl. auch BVerfG 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 – und – 1 BvR 1254/07 – Rn. 163, NJW 2008, 1505.

der Einigungsstelle – ebenso wie in einer vergleichbaren Situation dem Gesetzgeber – ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.<sup>57</sup>

*Erforderlich* ist die Regelung, wenn kein anderes, gleich wirksames und das Persönlichkeitsrecht weniger einschränkendes Mittel zur Verfügung steht. Auch insoweit haben Betriebsparteien und Einigungsstelle einen gewissen Beurteilungsspielraum.<sup>58</sup>

*Angemessen* ist eine Regelung, wenn sie als im engeren Sinn verhältnismäßig erscheint. Um das festzustellen, bedarf es einer Gesamtabwägung der Intensität des Eingriffs und des Gewichts der ihn rechtfertigenden Gründe.<sup>59</sup> Diese Abwägung kann nicht abstrakt vorgenommen werden. So gehen weder das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum oder das durch Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistete Briefgeheimnis stets dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vor noch genießt dieses umgekehrt jederzeit Vorrang. Maßgeblich sind vielmehr die Gesamtumstände.<sup>60</sup> Für die Schwere des Eingriffs ist insbesondere von Bedeutung, wie viele Personen wie intensiv den Beeinträchtigungen ausgesetzt sind. Das Gewicht der Beeinträchtigung hängt u. a. davon ab, ob die Betroffenen als Personen anonym bleiben, welche Umstände und Inhalte der Kommunikation erfasst werden und welche Nachteile den Grundrechtsträgern aus der Überwachungsmaßnahme drohen oder von ihnen nicht ohne Grund befürchtet werden.<sup>61</sup> Die Intensität der Beeinträchtigung hängt ferner maßgeblich von der Dauer und Art der Überwachungsmaßnahme ab.<sup>62</sup> Von erheblicher Bedeutung ist, ob der Betroffene einen ihm zurechenbaren Anlass für die Datenerhebung geschaffen hat – etwa durch eine Rechtsverletzung – oder ob diese anlasslos erfolgt. Auch die „Persönlichkeitsrelevanz“ der erfassten Informationen ist zu berücksichtigen. Die *Heimlichkeit* einer in Grundrechte eingreifenden

---

<sup>57</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2d aa der Gründe.

<sup>58</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2d bb der Gründe.

<sup>59</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – BAGE 111, 173, zu B I 2d cc der Gründe mwN; vgl. auch BVerfG 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 – und – 1 BvR 1254/07 – Rn. 168, NJW 2008, 1505.

<sup>60</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO.

<sup>61</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO; BVerfG 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98 – und – 1 BvR 1084/99 – BVerfGE 109, 279, 353, zu C II 3b ee (4) (a) der Gründe; vgl. auch BVerfG 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 – und – 1 BvR 1254/07 – Rn. 80, NJW 2008, 1505.

<sup>62</sup> BAG 29.06.2004 – 1 ABR 21/03 – aaO.

Ermittlungsmaßnahme *erhöht das Gewicht der Freiheitsbeeinträchtigung*. Den Betroffenen kann hierdurch vorheriger Rechtsschutz faktisch verwehrt und nachträglicher Rechtsschutz erschwert werden.<sup>63</sup>

In Anwendung der so entwickelten Maßstäbe ist der Erste Senat im Streitfall zu dem Ergebnis gelangt, dass die folgenden Regelungen in § 6 Abs. 3 bis 6 BV nicht zu beanstanden sind:

„(1) Die Videoanlage wird während der Betriebsruhezeiten grundsätzlich im gesamten Bereich des Briefzentrums im Aufzeichnungsmodus eingeschaltet.

(2) Der Außenbereich wird grundsätzlich, wie in Anlage 1 dargestellt, auch während der Betriebszeiten von der Videoanlage im Aufzeichnungsmodus überwacht.

(3) Voraussetzung für den Betrieb der Videoanlage im Aufzeichnungsmodus im Innenbereich während der Betriebszeiten ist ein auf konkrete Personen bezogener Verdacht einer strafbaren Handlung aufgrund von:

a) Beschädigungen, Verluste oder Inhaltsschmälerungen von Sendungen, die den Verdacht auf eine strafbare Handlung im Briefzentrum rechtfertigen oder

b) Feststellungen zu Entwendungen und/oder Beschädigungen von Eigentum der Beschäftigten oder der Deutsche Post AG im Briefzentrum.

(4) Über entsprechende Feststellungen gemäß Abs. 3 ist der Betriebsrat vor Einsatz der Videoanlage durch die NLL bzw. durch die Mitarbeiter der Konzernsicherheit zu informieren. Alle Informationen zu vorliegenden Verdachtsmomenten sowie die Art, Weise und Dauer des vorgesehenen Betriebs der Anlage unterliegen der Geheimhaltungspflicht gemäß § 79 BetrVG.

(5) Um den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten durch die Videoüberwachung so gering wie möglich zu halten, soll die Durchführung der Videoüberwachung im Aufzeichnungsmodus im jeweiligen Fall abhängig vom ermittelten Sachverhalt zunächst auf den räumlichen Bereich, dem der Vorfall gemäß Abs. 4 a) oder b) zugeordnet werden kann, beschränkt werden. Zu diesem Zweck können max. 6 Kameras eingesetzt werden.

(6) Die Dauer der Videoaufzeichnung hat sich auf den erforderlichen Umfang zu beschränken. Sobald der Täter oder die Täterin ermittelt ist, der oder die für den die Videoaufzeichnung auslösenden Vorfall i.S.d. Abs. 3 a) oder b) verantwortlich ist, ist die Aufzeichnung unverzüglich einzustellen.“

Demgegenüber ist nach der Entscheidung des Ersten Senats § 6 Abs. 7 der BV zu weitgehend. Die als „nicht angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinn)“ beanstandete Regelung lautet:

---

<sup>63</sup> Vgl. BVerfG 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05 – und – 1 BvR 1254/07 – aaO, Rn. 77.

„Hat die Videoaufzeichnung des überwachten Bereichs i.S.d. Abs. 5 zu keiner Überführung des Täters oder der Täterin geführt, kann die Videoaufzeichnung auf weitere Bereiche oder ggf. das gesamte Briefzentrum erstreckt werden, wobei die Überwachung mit Aufzeichnung insgesamt 4 Wochen nicht überschreiten darf.“

Unangemessen ist nach der Entscheidung diese Regelung, weil sich die mögliche Überwachung nicht nur auf die konkret verdächtigen Personen bezieht, sondern ein weit größerer Kreis „unschuldiger“ Arbeitnehmer in die Überwachung einbezogen werde, ohne dass diese hierzu Anlass gegeben hätten. Der die Zustimmung des Betriebsrats ersetzende Spruch der Einigungsstelle ist nach Auffassung des Ersten Senats nicht geeignet, die fehlenden inhaltlichen Beschränkungen der Videoüberwachung zu ersetzen.

### *c) Öffentlich zugänglicher Bereich*

Anders als im Postgeheimnis I Fall hat der Erste Senat im Fall II erkannt, dass dann, wenn in öffentlich zugänglichen Räumen eine Videoüberwachung durchgeführt wird, die in § 6b BDSG geregelte Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen einschlägig ist. Die vorgesehene Videoüberwachung im Außenbereich hat der Erste Senat hier zur Wahrnehmung des Hausrechts der Arbeitgeberin als erforderlich angesehen; denn die Wahrnehmung des Hausrechts könne sowohl präventiven Zwecken dienen, als auch als repressives Mittel zur Verfolgung von Straftätern eingesetzt werden. Hier habe die Einigungsstelle deshalb den Einsatz der Videoanlage im Außenbereich zum Schutz des Briefzentrums vor von außen drohenden Beschädigungen oder Beeinträchtigungen für erforderlich halten dürfen. Ebenso wirksame, die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer weniger belastende Maßnahmen hat der Erste Senat in einer summarischen Verhältnismäßigkeitsprüfung als nicht ersichtlich abgetan.

### *4. Die Videoüberwachung im Entwurf*

Der Entwurf hat in § 32f für die Zulässigkeit von Videoüberwachungen die vom Ersten Senat entwickelten Rechtsgrundsätze zugrunde gelegt.

§ 32f Abs. 1 Satz 1 gestattet die erforderliche offene Überwachung. Die Beobachtung nicht öffentlich zugänglicher Betriebsgelände, Betriebsgebäude oder Betriebsräume (Betriebsstätten) mit optisch-elek-



tronischen Einrichtungen (Videoüberwachung), ist auch soweit sie zur Erhebung von Beschäftigtendaten geeignet ist, zulässig:

1. zur Zutrittskontrolle,
2. zur Wahrnehmung des Hausrechts,
3. zum Schutz des Eigentums,
4. zur Sicherheit des Beschäftigten,
5. zur Sicherung von Anlagen,
6. zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Betriebes,
7. zur Qualitätskontrolle.

Sie muss zur Wahrung wichtiger betrieblicher Interessen erforderlich sein und es dürfen nach Art und Ausmaß der Videoüberwachung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen am Ausschluss der Datenerhebung überwiegen. Nach Satz 2 hat der Arbeitgeber den Umstand der Beobachtung durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen. Abs. 2 untersagt die offene Videoüberwachung von Räumen wie Umkleiden, Sanitäreinrichtungen oder Schlafräumen. Ein Raucherzimmer, das von einer Vielzahl von Beschäftigten genutzt werden kann, wird von der Ausnahme nicht erfasst, weil es an der Vergleichbarkeit mit den aufgeführten individuellen Rückzugsräumen mangelt. Abs. 3 begrenzt das Recht zur Speicherung. Das Löschen der durch die Videoüberwachung erhobenen Daten ist davon abhängig, ob die Speicherung zur Erreichung des Zwecks noch erforderlich ist und ob schutzwürdige Interessen des Beschäftigten einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Zum Zweck der Speicherung kann im Einzelfall auch eine spätere arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung zählen. Die Referentenentwürfe vom 25. Mai und 25. Juni 2010 sahen an dieser Stelle noch ausdrücklich das Recht zu einer heimlichen Videoüberwachung vor. Darauf hat der dem Bundesrat zugeleitete Entwurf vollständig verzichtet. Er hat jedoch im Vergleich zu § 6b BDSG die offene optisch-elektronische Beobachtung des Betriebsbereichs stark erweitert.

Festzuhalten ist: Der Gesetzentwurf ist erkennbar von den hohen Hürden beeinflusst, die der Erste Senat des BAG aufgestellt hat. Die vom Gericht postulierte Verhältnismäßigkeitsprüfung ist trotz der gegen diese Rechtsprechung erhobenen Kritik übernommen worden.

### 5. Verwertungsverbot

Umstritten ist die Rechtsfrage, ob die Ergebnisse der Videoüberwachung auch dann verwertet werden dürfen, wenn der Einsatz der Überwachungsgeräte unzulässig war. Der Entwurf enthält insoweit keine Regelung. Deshalb muss auf den Stand der Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Das LAG Sachsen-Anhalt hat es dahingestellt sein lassen, ob nach der Neufassung des § 6b BDSG eine verdeckte Videoüberwachung von Arbeitnehmern in Verkaufsräumen ausnahmsweise im Rahmen einer Interessenabwägung und Beachtung einer notwehähnlichen Situation gerechtfertigt sein könne.<sup>64</sup> Jedenfalls soll ein Verstoß gegen § 6b BDSG in einem Kündigungsschutzrechtsstreit nicht zu einem Vortragsverbot des Arbeitgebers führen. Er soll die Tatsachen, die unmittelbar durch Auswertung einer unter Verstoß gegen § 6b BDSG hergestellten Videoaufzeichnung erlangt worden sind, vortragen dürfen. Bestreitet dann der Arbeitnehmer diese Tatsachen nicht, so seien sie nach dem im Zivilprozess geltenden Beibringungsgrundsatz als unstreitiger Tatsachenvortrag zu berücksichtigen. Enger ist die Rechtsprechung der Zivilgerichte. Für ein Beweismittel, das unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts erlangt wurde, besteht ein prozessuales Verwertungsverbot. In diesem Fall ist nicht nur das Beweismittel unverwertbar, sondern auch der in das Zivilverfahren eingeführte Tatsachenvortrag.<sup>65</sup> In einer Entscheidung vom 29.10.1997 hat das BAG in einem Fall des heimlichen Mithörens eines Telefonsats ebenso entschieden.<sup>66</sup> In der Revisionsentscheidung über das Urteil des LAG Sachsen-Anhalt ist der Zweite Senat des BAG dieser Linie gefolgt.<sup>67</sup> Zur Begründung hat er ausgeführt, der Betroffene sei nicht gezwungen, die betreffenden Tatsachen zu bestreiten. In der gerichtlichen Verwertung von Kenntnissen und Beweismitteln, die unter Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht erlangt sind, liege regelmäßig ein erneuter Eingriff in das durch Artikel 1, 2 GG geschützte Persönlichkeitsrecht. Es entspreche einem allgemeinen Rechtsprinzip, die Ausnutzung eines rechtswidrig herbeigeführten Zustan-

---

<sup>64</sup> LAG Sachsen-Anhalt 15.04.2008 – 11 Sa 522/07 – Revision eingelegt unter dem Aktenzeichen 2 AZR 485/08.

<sup>65</sup> OLG Karlsruhe 25.02.2000 – 10 U 221/99 – NJW 2000, 1577.

<sup>66</sup> BAG 29.10.1997 – 5 AZR 508/96 – AP Nr. 27 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

<sup>67</sup> BAG 16.12.2010 – 2 AZR 485/08 – juris.

des zu versagen und diesen Zustand zu beseitigen. Hätten die Gerichte auch unzulässig erlangte Beweismittel zu beachten, so bliebe der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des heimlich abgehörten Gesprächspartners ohne rechtlichen Schutz. Nur in Ausnahmefällen könne daher die Abwägung ergeben, dass die Verwertung eines unter Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des Gesprächspartners erworbenen Beweismittels zulässig ist. Dem folgend hat das LAG Baden-Württemberg<sup>68</sup> die Auffassung vertreten, ein Video-Spähangriff eines Arbeitgebers gegen eine Kassiererin eines Einzelhandelsbetriebes verstoße gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wenn vor Beginn des Angriffs kein durch Tatsachen begründeter Tatverdacht einer vorsätzlichen schweren Vertragsverletzung oder Straftat gerade gegen diese, sondern nur ein pauschaler Verdacht gegen die gesamte Belegschaft bestanden habe. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse durften als „Früchte vom verbotenen Baum“ im Prozess nicht verwertet werden. Dies gelte insbesondere, wenn der Spähangriff unter Verletzung des Mitbestimmungsrechts zustande gekommen sei. Das Verbot erfasse auch ein unter dem Druck der so gewonnenen Beweise abgegebenes unspezifisches Geständnis (Fernwirkung).

Dem ist das BAG 2003 im Pfandflaschenfall entgegen getreten.<sup>69</sup> Dieser Eingriff führt dann nicht zu einem Beweisverwertungsverbot, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist. War die Videoüberwachung entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden, so hat der Zweite Senat jedenfalls dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot angenommen, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zugestimmt hat und die Beweisverwertung nach den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist. Im damaligen Fall hatte der Arbeitgeber den konkreten und dringenden Verdacht, dass eine bei ihm angestellte Kassiererin Gelder unterschlägt. Ihm blieb (objektiv) zur Aufklärung

---

<sup>68</sup> LAG BW 06.05.1998 – 12 Sa 115/97 – BB 1999, 1439.

<sup>69</sup> BAG 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

dieses Verdachts keine andere Möglichkeit als die Installation einer heimlichen Überwachungskamera über diesem Arbeitsplatz. Den bei ihm bestehenden Betriebsrat beteiligte er zuvor nicht. Im Ergebnis wurde auf den Videoaufnahmen deutlich, dass der dringende Verdacht des Arbeitgebers berechtigt war. Es gab mehrere eindeutige Aufnahmen, in denen die Arbeitnehmerin Geld in die eigene Tasche steckt. Daraufhin lud der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin und den Betriebsratsvorsitzenden zu einem Gespräch, in dessen Verlauf er die Videosequenzen vorspielte. Nachdem es in dem Gespräch zu keiner Einigung über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gekommen war, hörte der Arbeitgeber den Betriebsrat zu einer fristlosen, hilfsweise fristgerechten Kündigung der Arbeitnehmerin an. Der Betriebsrat stimmte nach eingehender Beratung dieser beabsichtigten Kündigung zu. Der Arbeitgeber sprach sodann die Kündigung aus. Das BAG hat die Kündigung bestätigt. In der fehlenden vorherigen Zustimmung sah der Zweite Senat weder einen Unwirksamkeitsgrund noch ein Verwertungsverbot.<sup>70</sup> Zwar sei die Maßnahme nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig gewesen. Da der Betriebsrat später im Rahmen des Anhörungsverfahrens der Kündigung zugestimmt hatte, sah der Zweite Senat darin die Erklärung, dass er seine Rechte nicht für berührt halte und trotz der Kompetenzüberschreitung die Beweisverwertung billige. Die Verletzung führt unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht zu einem eigenständigen Verwertungsverbot. Das Persönlichkeitsrecht wird durch die betriebsverfassungsrechtliche Norm nicht mehr geschützt als durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Soweit danach die Videoaufzeichnung erlaubt und damit im Zivilprozess verwertbar sei, führt ein Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu keinem anderen Ergebnis. Daraus folgt der Rechtssatz: Ist die Videoüberwachung ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden, so ergibt sich aus diesem Verstoß jedenfalls dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt und die Beweisverwertung nach den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> BAG 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

<sup>71</sup> BAG 27.03.2003 – 2 AZR 51/02 – AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

Der Entwurf enthält zum Problemkreis keine Regelung. Hier bleibt die Rechtsprechung gefordert.

## VI. Resümee

Seit dem Volkszählungsurteil des BVerfG ist aufgrund des Grundsatzes der informationellen Selbstbestimmung eine bereichsspezifische Regelung des Schutzes der personenbezogenen Daten der Arbeitnehmer und anderer Beschäftigter erforderlich. Die Gesetzgebung hat in der Folgezeit auf Zeit gespielt. Einige Anstöße zur notwendigen Schaffung von Rechtsgrundlagen gingen von der Rechtsprechung der Gerichte für Arbeitssachen aus. Erst unter dem Eindruck der nicht abreißen Serie von Datenskandalen kam es zum 1. September 2010 zur ersten bereichsspezifischen Regelung in § 32 BDSG. Der in den Bundesrat eingebrachte Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes baut diese schmale Basis zu einer im BDSG integrierten bereichsspezifischen Normierung aus. Er ist jedoch ergänzungsbedürftig. Rechtspolitisch sinnvoll wäre eine umfassende bereichsspezifische Regelung in einem besonderen arbeitsrechtlichen Gesetz. Das scheidet jedoch zurzeit an dem starren Ressortdenken des für den Gesamtbereich des Datenschutzes zuständigen Bundesministeriums des Innern.