



Esther Holzinger

Beweisverwertungsverbote
bei mitbestimmungswidrig
erlangten Beweisen im
arbeitsgerichtlichen Verfahren



Einleitung

A. Einführung in die Thematik

Der Ausgang einer gerichtlichen Verhandlung hängt oftmals von den durch die Parteien vorgebrachten Beweisen ab. Vielfach ist die tatsächliche materiell-rechtliche Lage nur dann ausschlaggebend, wenn eine Prozesspartei auch den entsprechenden Nachweis durch ein Beweismittel erbringen kann¹. Als Beweismittel anerkannt sind Zeugen, Urkunden, Sachverständige, Objekte des Augenscheins und die Parteien. Sie dienen als Träger der Überlieferung bestimmter Sachverhalte².

Nicht immer darf das Gericht alle Beweismittel, die von den Parteien im Laufe des gerichtlichen Verfahrens vorgebracht worden sind, in seine Beweiswürdigung gem. § 286 I ZPO aufnehmen; denn zum Teil sind Beweismittel durch die Zivilprozessordnung ausgeschlossen³. Ob über diese gesetzliche Normierung der Unzulässigkeit der gerichtlichen Verwertung hinaus in anderen Fällen ein Beweisverwertungsverbot anzuerkennen ist, ist strittig. Diskutiert wird dabei vor allem die Frage, ob von der Unzulässigkeit der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise auszugehen ist⁴.

Gerade in arbeitsgerichtlichen Verfahren kann für die Frage, ob ein bestimmtes Beweismittel zulässigerweise verwertet werden darf, eine bestimmte Überlegung beachtenswert sein, wenn man sich das Folgende vergegenwärtigt:

In etwa 40 % aller Betriebe in der Bundesrepublik Deutschland existiert ein Betriebsrat⁵. Arbeitgeber und Betriebsrat sind nach § 2 I BetrVG gehalten, vertrauensvoll zusammenzuarbeiten. Weitergeführt wird dieser Gedanke durch die

1 „Die Regelung des Beweises gehört zu den wichtigsten Aufgaben jeder Prozessordnung, weil der Sieg des wahren Rechts in hohem Maße von der Beweisbarkeit abhängt. Daraus ergibt sich die außerordentlich große Bedeutung des Beweisrechts für die gerichtliche Praxis“, **Jauernig**, Zivilprozessrecht, S. 158; Vgl. auch **Brehm**, in: Stein/Jonas vor § 1 Rn. 25, der den Beweis als „Rückgrat des Prozesses“ bezeichnet.

2 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, S. 746.

3 Vgl. § 80 ZPO oder §§ 164, 314 Satz 2 ZPO, wonach andere Beweismittel als die genannte Urkunde (schriftliche Vollmacht oder Sitzungsprotokoll) unzulässig sind oder § 383 III ZPO, wonach Aussagen, die gegen die Geheimhaltungspflicht verstoßen, nicht verwertet werden dürfen.

4 **Greger**, in: Zöllner § 286 Rn. 15a; **Hartmann**, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 286 Rn. 31; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, S. 746 f.; Vgl. ausführlich dazu **Fink**, Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess; **Kaassis**, Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess.

5 **BT-Drucks.** 14/5741, S. 23.

zahlreichen Mitbestimmungstatbestände, die den Betriebsrat an den Entscheidungen des Arbeitgebers teilhaben lassen. Vor allem im Bereich sozialer Angelegenheiten und in personellen Fragen hat der Arbeitgeber eine große Anzahl von Mitbestimmungstatbeständen zu beachten. So sind z.B. Maßnahmen, die das Zusammenleben und das Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen, gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Zudem ist der Betriebsrat gem. § 99 BetrVG an einer Einstellung, Versetzung oder Ein- bzw. Umgruppierung unter bestimmten Voraussetzungen zu beteiligen.

Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat über eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit nicht einigen, so trifft die Einigungsstelle die Entscheidung, § 76 BetrVG. Deren Spruch ersetzt die Einigung, soweit eine Regelung durch Betriebsvereinbarung notwendig ist, wie z.B. bei § 87 I BetrVG. Im Beschlussverfahren gem. § 2a I Nr. 1 ArbGG entscheidet das Arbeitsgericht darüber, ob eine Betriebsvereinbarung wirksam zustande gekommen ist und wenn ja, welchen Inhalt sie hat. Antragsbefugt ist sowohl der Arbeitgeber als auch der Betriebsrat⁶. Insgesamt kann das Verfahren bei einer mitbestimmungspflichtigen Angelegenheit somit sehr langwierig sein.

Daher ist es nicht verwunderlich, wenn der eine oder andere Arbeitgeber eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme durchführt, ohne den Betriebsrat ordnungsgemäß zu beteiligen. Genau diese Überlegung bildet den Ausgangspunkt der Problematik, die in der vorliegenden Arbeit erörtert werden soll.

Denkbar ist z.B., dass der Arbeitgeber eine heimliche Videoüberwachung durchführt, veranlasst durch mehrere innerbetriebliche Diebstähle, um den Täter dieser Straftaten ausfindig zu machen. Bei der Videoüberwachung von Arbeitnehmern handelt es sich um eine mitbestimmungspflichtige technische Überwachung im Sinne von § 87 I Nr. 6 BetrVG. Gelingt es dem Arbeitgeber tatsächlich, den Täter mit Hilfe der Videoüberwachung zu überführen, ist es denkbar, dass er individualrechtlich gegen den betreffenden Arbeitnehmer vorgeht, so z.B. durch Ausspruch einer Abmahnung oder einer Kündigung. Womöglich ist der Arbeitnehmer damit nicht einverstanden und geht gerichtlich dagegen vor. Im Rahmen eines solchen Verfahrens wird der Arbeitgeber die gemachten Videoaufnahmen vorlegen, um so Beweis für das Fehlverhalten des Arbeitnehmers erbringen zu können. Hat der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht beachtet und ist dies dem Arbeitnehmer bekannt, wird sich dieser, um die Berücksichtigung der Videoaufnahmen zu verhindern, auf die mitbestimmungswidrige Erlangungshandlung berufen und geltend machen, dass die Aufnahmen einem Verwertungsverbot unterliegen. Für das Gericht stellt sich dann die Frage, vergleichbar der Diskussion um die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise, ob sich die materiell-rechtlich mitbe-

6 **Hromadka/Maschmann**, Arbeitsrecht 2, S. 360.

stimmungswidrige Erlangungshandlung auf die Zulässigkeit der gerichtlichen Verwertung auswirkt.

Genau diese Frage soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit erörtert werden.

Zur Verdeutlichung der soeben beschriebenen Fallkonstellation sei auf die folgenden Beispiele verwiesen:

- Ein Arbeitnehmer, der für die Kundenbetreuung zuständig ist, begeht einen Fehler bei der Bearbeitung einer Kundenbestellung. Der betroffene Kunde hat dadurch finanzielle Einbußen und nimmt den Arbeitgeber auf Schadenersatz in Anspruch. Der Arbeitgeber wiederum möchte gegen den Arbeitnehmer gerichtlich vorgehen und von ihm Ersatz verlangen, da dieser grob fahrlässig gehandelt hat. Als Zeuge für das Fehlverhalten wird im Prozess der Kunde des Arbeitgebers vernommen, wobei seine Glaubwürdigkeit vom Gericht angezweifelt wird. Der Arbeitgeber möchte daraufhin Videoaufnahmen vorbringen, die er ohne Beteiligung des Betriebsrates gemacht hat und die das Fehlverhalten des Arbeitnehmers belegen. Auch hier macht der Arbeitnehmer geltend, dass das mitbestimmungswidrige Verhalten des Arbeitgebers prozessuale Konsequenzen in Form eines Verwertungsverbotes nach sich ziehen müsse.
- Bei der Zeugniserteilung gem. § 630 BGB verwendet der Arbeitgeber Erkenntnisse, die er auf Grund eines Personalfragebogens im Sinne von § 94 BetrVG erlangt hat, bei dessen Einführung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aber nicht beachtet wurde. Die Ausführungen erschweren dem Arbeitnehmer das Finden einer neuen Stelle. Vor dem Arbeitsgericht bestreitet der Arbeitnehmer die vom Arbeitgeber gemachten Ausführungen. Der Arbeitgeber beruft sich zum Beweis dessen, dass das Zeugnis inhaltlich richtig ist, auf die Antworten des Arbeitnehmers in dem Personalfragebogen. Der Arbeitnehmer wird auch hier einwenden, dass die Berücksichtigung dieser Ausführungen durch den Arbeitgeber unzulässig sei, da die Rechte des Betriebsrates nicht beachtet wurden.
Ebenfalls denkbar ist es, dass der Arbeitgeber die Informationen auf Grund von persönlichen Angaben in einem schriftlichen Arbeitsvertrag, der allgemein für den Betrieb verwendet wird, erlangt hat. Gem. § 94 II BetrVG ist auch in einem solchen Fall das Mitbestimmungsrecht gem. § 94 I BetrVG anwendbar, so dass der Betriebsrat bei dessen Einführung zu beteiligen ist. Wird diese gesetzliche Regelung nicht beachtet, kann es ebenfalls zu der soeben beschriebenen Fallkonstellation kommen.
- Durch die Antwort in einem Personalfragebogen hat der Arbeitgeber von einer bestehenden HIV-Infizierung eines Arbeitnehmers erfahren. Auf Grund dessen, dass der Arbeitnehmer im Gesundheitswesen tätig ist, wo

ein erhöhtes Ansteckungsrisiko für Dritte besteht, weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an, bei entsprechenden Tätigkeiten Schutzhandschuhe zu tragen. Auf diese Weise soll die Ansteckungsgefahr verringert werden. Der Arbeitnehmer hält sich beharrlich nicht an diese Vorgabe. Daraufhin mahnt der Arbeitgeber ihn ab. Mit dieser Abmahnung ist der Arbeitnehmer nicht einverstanden und geht klageweise dagegen vor. Um zu belegen, dass die Abmahnung gerechtfertigt ist, verweist der Arbeitgeber unter anderem auf den arbeitnehmerseitig ausgefüllten Personalfragebogen, an dessen Erstellung der Betriebsrat entgegen § 94 I BetrVG nicht beteiligt wurde. Diese Missachtung der betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung nimmt der Arbeitnehmer zum Anlass, sich im Rahmen der Verhandlung auf die Unzulässigkeit der gerichtlichen Verwertung dieses Fragebogens zu berufen.

- Der Arbeitgeber beschäftigt in seinem Kaufhaus einen Detektiv, der die Aufgabe hat, Kundendiebstähle aufzudecken und die dort beschäftigten Arbeitnehmer zu überwachen. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Einstellung des Detektivs gem. § 99 I 1 BetrVG wurde nicht beachtet. Der Arbeitgeber begründet die gegenüber einem Arbeitnehmer ausgesprochene Kündigung mit den von dem Detektiv zu einem betriebsinternen Diebstahl ermittelten Informationen. In dem sich anschließenden Kündigungsschutzprozess macht der Arbeitnehmer geltend, der Kündigung fehle jegliche Grundlage. Er verweist darauf, dass der Betriebsrat bei der Einstellung des Detektivs nicht beteiligt wurde und dass daher diese Informationen bei der Beweiswürdigung des Gerichts keine Berücksichtigung finden dürften.

In jedem dieser Beispielsfälle ist der Ausgangspunkt eine mitbestimmungswidrige Maßnahme, durch welche der Arbeitgeber Informationen erlangt, die ihn unter Umständen zu einem individualrechtlichen Vorgehen gegenüber einem Arbeitnehmer veranlassen. Daran kann sich ein gerichtliches Verfahren anschließen, in welches der Arbeitgeber die mitbestimmungswidrigen Kenntnisse dann womöglich zu Beweiszwecken einbringen möchte. Berufet sich der Arbeitnehmer, um die Verwertung derselben zu verhindern, auf die mitbestimmungswidrige Erlangungshandlung und damit auf einen Verstoß gegen das Betriebsverfassungsgesetz, so muss das Gericht entscheiden, ob sich daraus ein Beweisverwertungsverbot ergibt oder ob derartige Beweismittel vollumfänglich verwertbar sind. Es stellt sich dann die Frage, ob ein geordneter Prozessverlauf die Nichtverwertbarkeit des mitbestimmungswidrig erlangten Beweises erforderlich macht⁷.

7 Dauster/Braun, NJW 2000, 313, 318; Schlewing, NZA 2004, 1071, 1073.

In der Literatur ist genau diese Frage eines Beweisverwertungsverbotes bei mitbestimmungswidrig erlangten Beweisen lebhaft umstritten⁸. Aber auch in der Rechtsprechung kann man keine einheitliche Linie erkennen, die für oder gegen ein Beweisverwertungsverbot spricht. Beispielhaft zeigen dies die beiden folgenden Fälle:

- In einer Entscheidung des LAG Bremen vom 28.07.2005⁹ hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer verhaltensbedingt gekündigt, da die von dem Arbeitnehmer aufgeschriebene Arbeitszeit und die vom Arbeitgeber ermittelte Stundenanzahl voneinander abwichen. Die Stundenerfassung erfolgte mittels einer technischen Einrichtung, so dass bei dieser Maßnahme der Betriebsrat gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG zu beteiligen gewesen wäre. Dies war aber im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Das Gericht entschied, dass die vom Arbeitgeber erfassten Daten auf Grund eines Verwertungsverbotes nicht in die Beweiswürdigung mit einbezogen werden können. Das LAG stützte dieses Verwertungsverbot auf die Nichtbeachtung des Mitbestimmungsrechtes gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG. Dass darüber hinaus die außerordentliche Kündigung an der vorzunehmenden Interessenabwägung gescheitert wäre, darauf kam es aus Sicht des Gerichts nicht an, denn das einzige Beweismittel des Arbeitgebers, mit dem er das Fehlverhalten hätte belegen können, war unverwertbar¹⁰.

-
- 8 **Gross/Lorenz**, FA 2003, 229, 231; Für ein Verwertungsverbot sprechen sich aus **Bayreuther**, NZA 2005, 1038, 1043 f.; **Fischer**, BB 1999, 154, 154 ff.; **Fitting/Engels/Schmidt/ u. a.**, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Rn. 256; **Grunsky**, in: Grunsky § 58 Rn. 3; **Hartmann**, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann § 286 Rn. 31; **Jofer/Wegerich**, K&R 2002, 235, 239; **Klebe**, in: Däubler/Kittner/Klebe § 87 Rn. 4; **Kreitner**, in: Küttner Mitbestimmung, soziale Angelegenheiten Rn.20; **Maschmann**, NZA 2002, 13, 21; **Nägele/Chwalisz**, ArbRB 2002, 187, 188; **Nägele/Meyer**, K&R 2004, 312, 316; **Wedde**, AiB 2004, 761, 765; **Weißnicht**, MMR 2003, 448, 452; **Zwanziger**, in: Kittner/Zwanziger § 166 Rn. 46; Gegen ein Verwertungsverbot sprechen sich aus **Altenburg/Leister**, NJW 2006, 469, 469 ff.; **Grimm/Brock/Windeln**, ArbRB 2006, 179, 182; **Grosjean**, DB 2003, 2650, 2653 f.; **Haußmann/Krets**, NZA 2005, 259, 263; **Schlewing**, NZA 2004, 1071, 1077; Differenzierend hingegen **Kania**, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt Einl. vor § 74 BetrVG Rn. 27a; **Kramer**, dbr 2005, 14, 16; **Maschmann**, NZA 2002, 13, 21; **Rhotert**, BB 1999, 1378, 1378 f., der in den meisten Fällen von der Verwertbarkeit ausgeht; **Röckl/Fahl**, NZA 1998, 1035, 1038 ff.; **Wiese**, FS Lorenz, S. 915, 936 ff.; Dabei liegt den Betrachtungen in den meisten Beiträgen ein Verstoß gegen § 87 I BetrVG, unter Umständen auch gegen § 87 I Nr. 6 BetrVG im Speziellen, zu Grunde.
- 9 **LAG Bremen, Urt. v. 28.07.2005**, AiB 2006, 325, 325 ff.
- 10 Ebenso nimmt auch das **LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 06.05.1999**, BB 1999, 1439, 1439 ein Verwertungsverbot an, wenn Kenntnisse unter Missachtung der Mitbestimmung erlangt wurden.

- Das BAG entschied am 27.03.2003 einen Fall¹¹, in dem der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin verhaltensbedingt kündigte.

Auf Grund von überdurchschnittlich hohen Inventurdifferenzen bestand der Verdacht der Unterschlagung, woraufhin der Arbeitgeber direkt über der Kasse und auch im Gang des Getränkemarktes, wo die Mitarbeiterin beschäftigt war, heimlich eine Kamera installierte. An dieser Maßnahme beteiligte der Arbeitgeber den Betriebsrat entgegen § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht. Auf Grund der gemachten Aufnahmen sah sich der Arbeitgeber in seinem Verdacht bestätigt.

Das BAG führte im Rahmen der unbegründeten Revision der Kündigungsschutzklage aus, dass der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt war und lehnte ein Beweisverwertungsverbot der mitbestimmungswidrig erlangten Informationen in jeglicher Hinsicht ab¹².

Die Problematik der Verwertbarkeit von Beweisen, die unter Verstoß gegen die Beteiligungsrechte des Betriebsrates erlangt wurden, erschöpft sich somit nicht nur in einer theoretischen Überlegung, sondern weist darüber hinaus praktische Relevanz auf.

Der Streitstand in Literatur und Rechtsprechung gibt Anlass, diese Problematik einer Lösung zuzuführen, wozu die folgende Arbeit beitragen soll.

B. Gang der Darstellung

Die Frage, ob mitbestimmungswidrig erlangte Beweise einem Verwertungsverbot unterliegen, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Fragen der Beweiserhebung und der Beweiswürdigung durch das Gericht sollen in diesem Zusammenhang nicht behandelt werden. Die Frage der Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweise ist von beiden Vorgängen zu trennen.

Das Gericht ordnet zunächst die Beweiserhebung an¹³, in dessen Rahmen der Arbeitgeber sein mitbestimmungswidriges Beweismittel vorbringt. An-

11 **BAG, Urt. v. 27. 03. 2003**, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; **BAG**, BAGE 105, 356, 356 ff.

12 Diese Entscheidung der Rechtsprechung ist in der Literatur sowohl auf Zustimmung, vgl. **Bayreuther**, NZA 2005, 1038, 1043; **Grimm/Brock/Windeln**, ArbRB 2006, 179, 182; **Gross/Lorenz**, FA 2003, 229, 231; **Wiese**, FS Lorenz, S. 915, 939, als auch auf Kritik gestoßen, vgl. **Fitting/Engels/Schmidt/ u. a.**, Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Rn. 256; **Klebe**, in: Däubler/Kittner/Klebe § 87 Rn. 4; **Otto**, BAG, Urt. v. 27.03.2003, AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; **Wedde**, AiB 2004, 764, 764.

13 **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, Zivilprozessrecht, S. 750.

schließlich hat das Gericht dann zu entscheiden, ob dieses in die darauf folgende Beweiswürdigung, bei der darüber befunden wird, ob eine tatsächliche Behauptung als wahr oder nicht wahr anzusehen ist, § 286 I ZPO, mit aufgenommen werden darf. Das wäre wiederum dann nicht der Fall, wenn ein solcher Beweis einem Verwertungsverbot unterläge.

Daher soll innerhalb dieser Arbeit isoliert betrachtet werden, wie sich eine mitbestimmungswidrige Erlangungshandlung auf die Verwertbarkeit eines Beweismittels auswirkt.

Zudem sind andere Rechts- oder Gesetzesverletzungen, die in der Praxis oft mit der Missachtung der Mitbestimmungsrechte einhergehen, denkbar wäre z.B. eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes oder datenschutzrechtlicher Vorschriften, nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Es ist zu differenzieren zwischen Beweismitteln, die unter Verstoß gegen Vorschriften mit Verfassungsrang oder andere einfachgesetzliche Vorschriften erlangt wurden, und Beweismitteln, die auf einem Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte beruhen. Dies ermöglicht die isolierte Betrachtung der Frage, inwieweit allein die Mitbestimmungswidrigkeit zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Ansonsten besteht die Gefahr, dass es auf die betriebsverfassungsrechtliche Kompetenzverletzung nicht mehr ankommt, da bereits die Grundsätze im Umgang mit Beweismitteln, die z.B. unter Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht erlangt wurden, zur Anwendung kommen.

Im ersten Teil dieser Arbeit werden verschiedene prozessuale Grundsätze erörtert, die als Prämissen der weiteren Darstellung des Für und Wider eines Beweisverwertungsverbotes zu Grunde zu legen sind.

Der zweite Teil widmet sich dann der Frage, ob Beweismittel, die unter Verstoß gegen den Mitbestimmungstatbestand des § 87 I BetrVG erlangt wurden, einem Verwertungsverbot unterliegen. Dahinter steht die Überlegung, dass der Regelung der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten eine besondere Bedeutung zukommt¹⁴.

Die dort gefundenen Ergebnisse werden im Anschluss daraufhin untersucht, ob sie sich auf andere Mitbestimmungstatbestände, bei denen die hier angesprochene Fallkonstellation ebenso relevant werden kann, übertragen lassen. Dabei soll das Augenmerk auf die Möglichkeit eines Verwertungsverbotes als Konsequenz der Verletzung des § 94 BetrVG sowie des § 99 I 1 BetrVG gerichtet werden.

Kann im Laufe der Arbeit ein Beweisverwertungsverbot überzeugend begründet werden, stellt sich die Frage nach dem Umfang, den dieses einnimmt.

14 **Hoyningen-Huene**, Betriebsverfassungsrecht, S. 256 („Kernbereich oder Herzstück der Mitbestimmung“); **Junker**, Grundkurs Arbeitsrecht, S. 394; **Koch**, in: Schaub/Koch/Linck/Vogelsang § 235 Rn. 1; **Richardi**, in: Richardi § 87 Rn. 2 („Urzelle der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung“).

Es ist beispielsweise denkbar, dass die mitbestimmungspflichtige Maßnahme des Arbeitgebers zu der Gewinnung weiterer mittelbarer Beweisstücke führt, bei deren gerichtlicher Verwertung dann ebenfalls fraglich ist, ob diese zulässigerweise zu berücksichtigen sind oder ob auch hier ein Verwertungsverbot anzunehmen ist. Diese mögliche Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbotes soll als Sonderproblem die vorliegende Arbeit abrunden und wird im vierten und letzten Teil erörtert.