

der Systemsoftware erfolgt.<sup>230</sup> Das Mitbestimmungsrecht entsteht, sobald eine bislang mitbestimmungsfreie EDV-Anlage durch neue Programme oder durch Programmänderungen Benutzerdaten speichern kann. Werden danach weitere Programme mit anderen Möglichkeiten der Arbeitnehmerüberwachung entwickelt oder eingeführt, unterliegen diese jeweils erneut dem Mitbestimmungsrecht. Da der Datenschutzbeauftragte die Ausführung datenschutzrelevanter Vorschriften sicherzustellen hat, hat er den Arbeitgeber anzuhalten, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der EDV zu beachten. Beispiele in der Praxis sind hier das Personalabrechnungs- und Informationssystem PAISY<sup>231</sup>, ferner ein System der Telefondatenerfassung, bei dem das Bundesarbeitsgericht eine solche mitbestimmungspflichtige technische Einrichtung erkannt hat.<sup>232</sup> Bei einer unzulässigen Datenverarbeitung drohen dem Arbeitgeber Schadensersatzansprüche und gegebenenfalls ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers an seiner Arbeitsleistung. Neben diesen zivilrechtlichen Konsequenzen kann sich der Arbeitgeber bei einer rechtswidrigen Datenerhebung, -nutzung oder -verarbeitung strafbar machen. Gemäß § 201 StGB (Recht am eigenen Wort), § 202 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses), § 202a StGB (Ausspähen von Daten), § 202b StGB (Abfangen von Daten), § 202c StGB (Vorbereiten des Ausspähens oder Abfangens von Daten), § 203 StGB (Verletzung des Privatgeheimnisses), § 206 StGB (Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses) sowie § 303a StGB (Datenveränderung) und § 303b StGB (Computersabotage).

Aufgrund dieser weitreichenden Konsequenzen kommt daher der Beachtung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen im Rahmen der Datenerhebung und Datenverarbeitung unter Compliance-Gesichtspunkten ein starkes Gewicht zu. 358

## IX. Videoüberwachung

Videoaufzeichnungen von Arbeitnehmern sind Erhebung und – jedenfalls in digitaler Form, die heutzutage vorherrschend sein dürfte – Verarbeitung personenbezogener Daten iSv § 3 Abs. 1 BDSG, da solche Aufzeichnungen immer auch Angaben über die tatsächlichen oder persönlichen Verhältnisse der abgebildeten Personen beinhalten. Hierüber besteht auch seit der Einführung des § 32 BDSG als zentrale Einzelnorm des Beschäftigten-datenschutzes kein Streit mehr. In § 6b Abs. 1 BDSG wird zwischen der reinen Videoüberwachung, also der Beobachtung mit optisch-elektronischen Einrichtungen (§ 6b I BDSG) und der Verarbeitung und Nutzung der durch die Videoüberwachung gewonnenen Daten (§ 6b Abs. 3 BDSG) unterschieden. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist auf öffentlich zugängliche Räume beschränkt.<sup>233</sup> Dafür ist entscheidend, ob die Räume entweder dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind oder nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten von Jedermann genutzt oder betreten werden können. Unter die für die Arbeitnehmerüberwachung relevante zweite Alternative fallen zB Verkaufsräume von Geschäften, Einkaufspassagen, Restaurants und Schalterhallen von Banken sowie der Eingangsbereich und Treppenaufgänge von Bürogebäuden. § 6b BDSG ist demnach nur auf einen Teil der Arbeitsplätze anwendbar, da eine große Anzahl von Beschäftigten in Betrieben oder Betriebsteilen arbeitet, die nicht öffentlich zugänglich sind.<sup>234</sup> 359

Eine zulässige offene Videoüberwachung setzt nach § 6b BDSG voraus, dass ein berechtigtes Interesse des Unternehmens an einer Überwachung vorliegt.<sup>235</sup> § 6b BDSG nennt in Abs. 1 Nr. 2 BDSG die Wahrnehmung des Hausrechts und in Abs. 1 Nr. 3 BDSG die Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke. Ein 360

<sup>230</sup> Fitting BetrVG § 87 Rn. 234.

<sup>231</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 14.

<sup>232</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 15.

<sup>233</sup> BeckOK DatenSR/Riesenhuber BDSG § 32 Rn. 127.

<sup>234</sup> BeckOK DatenSR/Riesenhuber BDSG § 32 Rn. 127.

<sup>235</sup> Thüsing Rn. 354.

Unternehmen setzt Videotechnik zur Wahrnehmung des Hausrechts ein, wenn Verstöße des Kunden bzw. Dritten erleichtert oder festgestellt werden sollen, wobei Beschäftigte hierbei oft zwangsläufig mitgefilmt werden. Unter Abs. 1 Nr. 3 BDSG fällt jedes tatsächliche Interesse des Unternehmens, das wirtschaftlich oder ideeller Art sein kann. Dazu gehören zB die Gefahrenabwehr, die Verhütung von Vandalismus oder Vermögensdelikten. Die Zwecke der Überwachung sind vom Unternehmen vorab konkret festzulegen. Ein berechtigtes Interesse des Unternehmens bedeutet jedoch noch keine Befugnis, eine solche Überwachung durchzuführen. Vielmehr muss die Maßnahme auch geeignet und erforderlich sein und es dürfen keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen der Videoüberwachung überwiegen. § 6b BDSG sieht mithin die für das Datenschutzrecht typische umfassende Abwägung der beteiligten Interessen vor.

## X. Kontrolle der dienstlichen Nutzung von Einrichtungen der Telekommunikation

- 361 Hinsichtlich der Vertraulichkeit von Telefongesprächen haben sich nachfolgende Grundsätze herausgebildet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes kann sich ein Arbeitnehmer auch dann auf sein Recht am eigenen Wort berufen, wenn er Dienstgespräche führt.<sup>236</sup> Das Mithören durch Dritte stellt einen Eingriff in seine Persönlichkeitsphäre dar, die mit einer heimlichen Tonbandaufnahme vergleichbar ist. Im Einzelfall kann ein Eingriff gerechtfertigt sein, wenn ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers besteht. Das BAG<sup>237</sup> hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen und Rechtfertigungsgründe näher eingegrenzt. Im Einzelfall kann das Interesse des Arbeitgebers vor demjenigen des Arbeitnehmers den Vorzug verdienen. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn der Eingriff nach Inhalt, Form und Begleitumständen erforderlich sei und überdies das schonendste Mittel darstelle. Im konkreten Fall ging es um ein Reservierungszentrum eines Luftfahrtunternehmens und um das Bestreben des Arbeitgebers, sich gegenüber dem Kunden durch kompetenten Service auszuzeichnen. Neu eingestellte Arbeitnehmer, die dieser Vorgabe widersprächen, ließen sich nur durch das Mithören der Gespräche feststellen. Eine derartige Maßnahme sei erlaubt, weil die Interessen des Arbeitgebers im konkreten Fall von höherem Gewicht seien.
- 362 Bei der Erfassung der Begleitumstände von Telefongesprächen (Beginn und Ende, vertelefonierte Einheiten, angerufene Nummern) liegt ein geringerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vor. Deshalb wird hier in der Regel dem Arbeitgeberinteresse an der Kontrolle des Arbeitsverhaltens der Vorrang eingeräumt.
- 363 Bei Überwachung der E-Mail-Daten macht es einen ähnlich großen Unterschied, wie bei Telefongesprächen, ob der Arbeitgeber bzw. der Vorgesetzte lediglich die äußeren Daten, wie Zeitpunkt der Absendung und angeschriebene Adresse zur Kenntnis bekommt oder ob ihm auch der Inhalt selbst zugänglich ist. Daraus folgt, dass ein Zugriff auf die übermittelten Inhalte grundsätzlich ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn dafür überwiegende Arbeitgeberbelange sprechen. In der Praxis wird unterschieden, ob die Privatnutzung des E-Mail-Accounts gestattet ist oder nicht.<sup>238</sup> Ist lediglich eine dienstliche Nutzung von E-Mails am Arbeitsplatz erlaubt, besitzt der Arbeitgeber weitgehende Kontrollbefugnisse. Der Arbeitgeber darf dann auf den E-Mail-Account der Beschäftigten zurückgreifen und die Verbindungsdaten der E-Mails seiner Arbeitnehmer, auch gegen deren Willen, kontrollieren. Insoweit kann festgestellt werden, ob der Arbeitnehmer den E-Mail-Account lediglich zu betrieblichen Zwecken nutzt. Allerdings muss auch hier der Zugriff tatsächlich erforderlich sein. Hat der Arbeitgeber eine Privatnutzung

---

<sup>236</sup> BVerfG NJW 1992, 815.

<sup>237</sup> BAG AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 29.

<sup>238</sup> *Thüsing* Rn. 272 ff.

jedoch erlaubt, so wird diskutiert, ob die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes auf ihn Anwendung finden. Nach einer neueren starken Gewichtung im Schrifttum und vereinzelter Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte ist davon auszugehen, dass die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes nicht zur Anwendung kommen und sich die Rechtmäßigkeit nach den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes richtet. Hier- nach wäre bei einer erlaubten Privatnutzung ein Eingriff möglich, sobald hierfür ein legi- timer Zweck besteht und das Recht des Arbeitgebers bei einer Angemessenheitsprüfung dem Recht des Arbeitnehmers überwiegt.

## XI. Arbeitsrechtliche Anforderungen an interne Ermittlungen

Interne Ermittlungen („internal investigations“) werden durchgeführt, wenn der Verdacht einer Straftat oder sonstigen schweren Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers besteht. Sie berühren aus arbeitsrechtlicher Sicht vor allem Probleme des Arbeitnehmerdatenschut- zes.<sup>239</sup> Da eine Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtsgrundlage für die Datenerhe- bung bei internen Ermittlungen meist schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Ermittlungen verdeckt erfolgen, und wenn keine Rechtsgrundlage in einer Betriebsver- einbarung oder einem im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag besteht, sind die Ermittlungs- maßnahmen auf § 32 BDSG zu stützen. Dieser wird im Mai 2018 durch § 26 BDSG nF abgelöst.<sup>240</sup>

Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen gem. § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG personenbezogene Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, *wenn zu dokumentierende tatsächliche An- haltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nut- zung nicht überwiegt, insbes. Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.*

Sonstige grobe Pflichtverletzungen finden sich in § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG (und auch im neuen, insoweit inhaltsgleichen § 26 Abs. 1 BDSG nF) nicht erwähnt, und höchstrichter- lich nicht geklärt ist, ob deshalb ihre Ermittlung ganz ausgeschlossen sein soll oder auf § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG gestützt werden kann, oder ob doch § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ein- schlägig ist. Richtigerweise müssen Ermittlungen auch bei schweren Vertragsverletzungen möglich sein, zumal die Abgrenzung zur Straftat oft erst ein Strafprozess leisten kann. Da § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG lex generalis ist und S. 2 keine Sperrwirkung entfaltet, ist die Maßnahme auf S. 1 zu stützen.

In jedem Fall ist die Erforderlichkeit der Maßnahme zu prüfen, die gegeben ist, wenn es nicht andere, zur Aufklärung des Compliance-Verstoßes gleich geeignete Mittel gibt, die in das von Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeinen Persönlichkeits- recht der betroffenen Arbeitnehmer weniger stark eingreifen.

### Beispiel:

Um Diebstählen im Lager vorzubeugen, will der Arbeitgeber die gesamte Halle flächende- ckend videoüberwachen lassen. Zu prüfen ist hier, ob nicht stichprobenartige Taschenkon- trollen am Tor zum Diebstahlschutz ähnlich wirksam sind.

<sup>239</sup> Zu weiteren betroffenen Rechtsgebieten *Rudkowski/Schreiber* S. 2 ff.

<sup>240</sup> Dessen Grundlage ist die ab 25.5.2018 anzuwendende Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschut- Grundverordnung), ABl. Nr. L 119 S. 1, ber. Nr. L 314 S. 72.

- 368 Bei der von § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG vorausgesetzten Verhältnismäßigkeit ist zusätzlich noch einmal das Informationsinteresse des Arbeitgebers den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers in einer Abwägung gegenüber zu stellen.

**Beispiel:**

Wegen gehäufter Diebstähle, die an einer bestimmten, uneinsehbaren Stelle im Lager stattfinden, will Geschäftsführer G der M-GmbH das gesamte Lager videoüberwachen lassen. Dies ist unverhältnismäßig, weil eine Beschränkung der Überwachung auf die fragliche Stelle in Betracht kommt.

- 369 In formeller Hinsicht verlangt § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG, anders als § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG, die **Dokumentation** der Umstände, aus denen sich der Verdacht eines Compliance-Verstoßes ergibt. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus sollte allerdings auch die Maßnahme dokumentiert werden, ebenso wie Anlass und Maßnahme in Fällen des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG.
- 370 Die Entscheidung, interne Ermittlungen einzuleiten oder nicht, unterliegt zwar nicht der **Mitbestimmung** durch den Betriebsrat. Für die jeweiligen einzelnen Ermittlungsmaßnahmen ist aber jeweils die Mitbestimmungspflicht gesondert zu prüfen.

### 1. Befragung von Arbeitnehmern

- 371 Erstes und ergiebigstes Mittel der Aufklärung kann die Befragung von Arbeitnehmern sein, auch „interview“ genannt.
- 372 Rechtliche Vorgaben zum **Zeitpunkt der Befragung** gibt es nicht. Ermittlungstaktische Fragen stehen daher hier im Vordergrund. Bei kleineren Verstößen wird es sich anbieten, den verdächtigen Arbeitnehmer zeitnah zu befragen, bei schwerwiegenden Verstößen, die Ermittlungen zunächst noch verdeckt zu führen und, wenn überhaupt, zuerst Zeugen zu hören.
- 373 Auch bei der formalen und inhaltlichen **Gestaltung des Gesprächs** ist der Arbeitgeber grundsätzlich frei.<sup>241</sup> Da es sich bei den internen Ermittlungen nicht um ein staatliches Verfahren handelt, ist der Arbeitnehmer nicht vergleichbar einem Beschuldigten im Strafprozess über seine Rechte zu belehren, und es muss ihm auch nicht erläutert werden, ob und ggf. welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden. Ausnahmen gelten, wenn der Anspruch einer Verdachtskündigung gegen den Arbeitnehmer geplant ist und die Befragung zugleich die für die Verdachtskündigung erforderliche Anhörung ersetzen soll.<sup>242</sup>
- 374 Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer sowohl zur Teilnahme am Gespräch anweisen als auch dazu, wahrheitsgemäß und vollständig Auskunft zu erteilen über Art und Umfang der eigenen Leistung, über den eigenen Arbeitsbereich insgesamt sowie über Wahrnehmungen im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung.<sup>243</sup> Zur Offenbarung von Umständen, die kündigungswürdig verwertet werden können, ist der Arbeitnehmer aber nicht verpflichtet.<sup>244</sup> Muss er sich selbst belasten, ist dem Arbeitnehmer die wahrheitsgemäße Auskunft unzumutbar.<sup>245</sup> Er kann insoweit schweigen oder bestreiten. Hingegen muss es eine Pflichtverletzung darstellen, wenn der Arbeitnehmer wider besseres Wissen den Verdacht auf andere Personen lenkt. Er erschwert damit nicht nur die Ermittlungen, sondern macht sich ggf. auch strafbar (§ 187 StGB, Verleumdung der zu Unrecht beschuldigten Person).

---

<sup>241</sup> Zu den Anforderungen an das Gespräch bereits *Rudkowski* NZA 2011, 612f.

<sup>242</sup> Zu den Anforderungen an die Anhörung vor einer Verdachtskündigung BAG NZA 2008, 809 (810); NZA 2015, 741.

<sup>243</sup> BAG NZA 1996, 637 (638).

<sup>244</sup> BAG NZA 1996, 637 (640).

<sup>245</sup> *Göpfert/Merten/Siegrist* NJW 2008, 1703 (1706); *Schrader/Mahler* NZA-RR 2016, 57 (64); aA LAG Hamm CCZ 2010, 237.



mittlungen begründen grundsätzlich ein Informationsinteresse.<sup>257</sup> Die Abwägung kann aber bspw. zu dem Ergebnis führen, dass Einsicht nur in bestimmte Dokumente genommen werden darf, weil nur an ihnen auch ein Informationsinteresse besteht (zB Lebenslauf mit früheren Zeugnissen, nicht aber Gehaltsabrechnungen).

### 3. Einsichtnahme in sonstige Unterlagen des Arbeitnehmers

- 384 **Dienstliche Dokumente** in digitaler oder nicht digitaler Form kann der Arbeitgeber jederzeit uneingeschränkt einsehen. Eine Abwägung seiner Interessen mit denen des Arbeitnehmers erfolgt nicht.<sup>258</sup>
- 385 **Private Dokumente** des Arbeitnehmers, auch wenn dieser sie am Arbeitsplatz verwahrt, sind hingegen dem Zugriff des Arbeitgebers grundsätzlich entzogen. Hier steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers regelmäßig einer Einsichtnahme entgegen.<sup>259</sup>
- 386 Befinden sich unter den aufgefundenen Informationen personenbezogene Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG) von Personen, die nicht Beschäftigte des Arbeitgebers sind (zB Lieferanten, Kunden, Wettbewerber), dürfen diese Daten gem. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG verwertet werden, soweit dies zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Berechtigte Interessen sind insbes. dann gegeben, wenn der Arbeitgeber davon ausgehen darf, dass die dritte Person an der Pflichtverletzung des Arbeitnehmers beteiligt ist (zB Lieferant besticht Mitarbeiter im Einkauf).
- 387 Herausgabeverlangen und Auswertung von dienstlichen Dokumenten sind **mitbestimmungsfrei**.<sup>260</sup>

### 4. Überwachung der Online-Kommunikation

- 388 Wird zur Aufklärung von Compliance-Verstößen erforderlich, auf die Kommunikation des Arbeitnehmers zuzugreifen, die mit bestimmten Adressaten online erfolgt ist,<sup>261</sup> zB in E-Mails, Chats, Instantmessages, ist stets zwischen der Zulässigkeit eines Zugriffs auf Verbindungsdaten und -inhalte einerseits und auf den Inhalt andererseits zu unterscheiden. Die folgenden Grundsätze gelten außerdem nur für die Überwachung des Kommunikationsvorgangs. Sobald eine Nachricht ausgedruckt oder auf einem lokalen Medium gespeichert wird, ist die Online-Kommunikation beendet.<sup>262</sup>
- 389 Ist den Arbeitnehmern nur die **dienstliche Nutzung** der Online-Kommunikation gestattet, ist dem Arbeitgeber der Zugriff auf die Kommunikationsvorgänge, sei es in Bezug auf Verbindungsdaten, die Abfrage einer etwaigen Betreffzeile oder den Zugriff auf den Inhalt, in vollem Umfang erlaubt.<sup>263</sup> Er darf davon ausgehen, bei seinen Zugriffen nur auf dienstliche Kommunikation zu stoßen, die er einsehen können muss nicht anders als dienstliche Unterlagen. Private Kommunikation ist zwar der Auswertung entzogen, allerdings stellt bereits der Umstand, dass privat kommuniziert wurde, in dieser Konstellation eine Pflichtverletzung des Arbeitnehmers dar.

---

<sup>257</sup> Mengel/Ullrich NZA 2006, 240, 242.

<sup>258</sup> S. bereits Rudkowski/Schreiber S. 51, 101.

<sup>259</sup> Mengel/Ullrich NZA 2006, 240 (241 f.).

<sup>260</sup> Göpfert/Merten/Siegrist NJW 2008, 1703 (1708); Mengel/Ullrich NZA 2006, 240 (244).

<sup>261</sup> Zur Kontrolle der sonstigen Online-Nutzung und Kommunikation mit einem unbestimmten Personenkreis (zB in Foren, auf Twitter) Rudkowski/Schreiber S. 97 ff., 103 ff.

<sup>262</sup> Für die dann eingreifenden Regeln s. den Zugriff auf Dokumente (analog oder digital), soeben 3.; für Zugriff auf die IT iÜ s. etwa Rudkowski/Schreiber S. 103 ff.

<sup>263</sup> Klengel/Mückenberger CCZ 2009, 81 (83).

Hat der Arbeitgeber hingegen den Arbeitnehmern auch die **Privatnutzung** der Online-Kommunikation gestattet, ist problematisch, ob ihm der Zugriff durch Anwendbarkeit des TKG und § 206 StGB erschwert ist, weil er zum Diensteanbieter iSd § 3 Nr. 6 TKG wird. Der Zugriff auf Inhalte wäre ihm dann versagt, der Zugriff auf Verbindungsdaten nur in den engen Grenzen des § 100 Abs. 3 TKG (zB zur Sicherung von Entgeltansprüchen in bestimmten Fällen) zulässig.<sup>264</sup> Höchstrichterliche Entscheidungen gibt es hierzu nicht. Richtigerweise ist aber auch hier § 32 BDSG (ab Mai 2018: § 26 BDSG nF) anwendbar und das – auf das Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht zugeschnittene – TKG nicht einschlägig.<sup>265</sup> Die Auswertung der Verbindungsdaten ist dann zulässig ebenso wie die Auswertung dienstlicher Inhalte der Kommunikation. Private Nachrichten hingegen müssen dem Zugriff auch hier grundsätzlich entzogen sein.<sup>266</sup>

Einsatz und Anwendung der technischen Einrichtungen, die zur Überwachung bestimmt sind, sind gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig, etwa die Anschaffung von Programmen, die eine Auswertung von E-Mail-Kommunikation ermöglichen. Auf die Absicht des Arbeitgebers, die Einrichtung zur Überwachung zu nutzen, kommt es nicht an.<sup>267</sup> Erfolgt der Zugriff jedoch allein durch einen Menschen, ohne dass die Überwachung selbständig durch die technische Einrichtung erfolgt, ist die Maßnahme mitbestimmungsfrei.<sup>268</sup> Gleiches muss nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gelten, wenn die technische Einrichtung nur zu einer punktuellen Kontrolle eines konkret verdächtigen Arbeitnehmers, dh zur einmaligen Auswertung, nicht zu seiner dauerhaften Überwachung verwendet wird.<sup>269</sup>

## 5. Überwachung von Telefonaten

Das Abhören oder Mitschneiden von Telefonaten ist, soweit der **Inhalt** ohne Einwilligung der Gesprächsteilnehmer erfasst wird, eine Straftat (s. § 201 StGB). Nur in Ausnahmefällen kann sie nach strafrechtlichen Grundsätzen (§§ 32, 34 StGB) gerechtfertigt sein.<sup>270</sup>

Der Zugriff auf **Verbindungsdaten** (Datum des Gesprächs, Dauer, angerufene Nummer) ist auf § 32 BDSG (ab Mai 2018: § 26 BDSG nF) gestützt unproblematisch zulässig, wenn den Arbeitnehmern nur die **dienstliche Nutzung** des Telefons gestattet ist.<sup>271</sup> Problematisch hingegen ist der Zugriff auf die Verbindungsdaten, wenn den Arbeitnehmern auch **privates Telefonieren** gestattet wurde. Auch hier wird diskutiert, ob der Arbeitgeber den Beschränkungen des Telekommunikationsrechts unterliegt. Dies ist, ebenso wie bei der Online-Kommunikation, zu verneinen.<sup>272</sup> Der Zugriff auf die Verbindungsdaten muss möglich sein, jedenfalls, um Missbrauch (zB extensives Privattelefonieren) aufdecken zu können.<sup>273</sup>

Der Einsatz von Einrichtungen zur Überwachung von Telefondaten ist gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig.<sup>274</sup>

<sup>264</sup> Dafür zB *Ernst* NZA 2002, 585 (587); *Klengel/Mückenberger* CCZ 2009, 81 (83).

<sup>265</sup> Ebenso LAG Berlin-Brandenburg NZA-RR 2011, 342.

<sup>266</sup> *Mengel/Ullrich* NZA 2006, 240 (241 f.); *Rudkowski/Schreiber* S. 99.

<sup>267</sup> *Thüsing* § 20 Rn. 34.

<sup>268</sup> *Thüsing* § 20 Rn. 20.

<sup>269</sup> AA *Thüsing* § 20 Rn. 22 f.

<sup>270</sup> ZB Mitschnitt eines erpresserischen Anrufs.

<sup>271</sup> *Joussen* NZA-Beil. 2011, 35 (39).

<sup>272</sup> S. bereits 4.

<sup>273</sup> So wohl BAG NZA 1986, 643 (648); für die Zulässigkeit des Zugriffs auf Verbindungsdaten selbst bei Anwendbarkeit des TKG *Mengel Compliance* Kap. 7 Rn. 23; aA (Auswertung von Verbindungsdaten nur zu Zwecken der Abrechnung) MAH ArbR/*Dendorfer* § 35 Rn. 193.

<sup>274</sup> BAG NZA 1986, 643 (644).

## 6. Videoüberwachung

- 395 Die Zulässigkeit von Videoüberwachung richtet sich für öffentlich zugängliche Räume nach § 6b BDSG (ab Mai 2018 nach dem im Wesentlichen inhaltsgleichen § 4 BDSG nF), für nicht öffentlich zugängliche Räume nach § 32 BDSG (§ 26 BDSG nF).
- 396 Gem. § 6b Abs. 1 BDSG ist die Videoüberwachung **öffentlich zugänglicher Räume** zulässig, soweit sie zur Wahrnehmung des Hausrechts (Nr. 2) oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke (Nr. 3)<sup>275</sup> erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen das Interesse am Einsatz der Videoüberwachung überwiegen. Es ist also eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen (zu einzelnen Abwägungskriterien s. noch sogleich).
- 397 Auf § 6b BDSG lässt sich unproblematisch etwa die Überwachung von Schalterhallen oder Verkaufsräumen zum Schutz vor Diebstahl, Raub oder Vandalismus stützen.
- 398 Grundsätzlich ist die Überwachung **kenntlich zu machen** (§ 6b Abs. 2 BDSG). Bei Vorliegen eines konkreten Verdachts einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers lässt das BAG jedoch die **verdeckte Videoüberwachung** zu, mit Blick auf die grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitgebers bspw. an seinem Eigentum (Art. 14 GG). Voraussetzung ist, dass weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind und die Überwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.<sup>276</sup>
- 399 Die Videoüberwachung **nicht öffentlich zugänglicher Bereiche**, wie etwa Büros oder Produktionsstätten, ist auf § 32 BDSG zu stützen. Durchzuführen ist eine Erforderlichkeits- bzw. bei Einsatz zur Aufklärung von Compliance-Verstößen darüber hinausgehend eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Anforderungen an zulässige Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Bereiche sind insgesamt höher als bei der Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche. In nicht öffentlich zugänglichen Bereichen fühlen sich die Arbeitnehmer unbeobachtet und verhalten sich eher „freier“.<sup>277</sup>
- 400 Zentrales Kriterium für die Zulässigkeit der Videoüberwachung sowohl auf Grundlage des § 6b BDSG als auch auf Grundlage des § 32 BDSG ist die **Erforderlichkeit** der Maßnahme. Es darf zur Erreichung des vom Arbeitgeber angestrebten Ziels kein gleich geeignetes, milderes Mittel als die Videoüberwachung in ihrer konkret geplanten Form geben. Hier ist insbes. zu prüfen, ob ein anderes Mittel in Betracht kommt als die Videoüberwachung, zB eine Personenkontrolle am Tor,<sup>278</sup> oder eine andere Form der Videoüberwachung, etwa die Verwendung einer Attrappe statt einer funktionsfähigen Kamera.
- 401 In der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Betroffenheit der Arbeitnehmerrechte mit dem Informationsinteresse des Arbeitgebers abzuwägen. Hier geht es vor allem um den zeitlichen und räumlichen Umfang der Überwachung (wer wird wann wie lange in welcher Situation erfasst<sup>279</sup>) und die Art der technischen Vorrichtung, mit der überwacht werden soll.

### Beispiel:

Bei der M-GmbH „verschwinden“ Lieferungen in Lagerhalle 1. Da die Waren bei Anlieferung noch vollzählig sind, im eigentlichen Lager aber nicht mehr, ist Arbeitnehmer AN verdächtig. Es ist seine Aufgabe, die Lieferungen auf einer längeren, schwer einsehbaren Strecke durch die Halle aus der Warenannahme in das Lager zu bringen. Geschäftsführer G der M kann nicht, gestützt auf seinen Verdacht gegen AN, die Videoüberwachung der ganzen

<sup>275</sup> § 6b Abs. 1 Nr. 1 BDSG bezieht sich auf die Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen und ist damit hier nicht von Interesse.

<sup>276</sup> BAG NZA 2014, 243.

<sup>277</sup> BAG NZA 2004, 1278.

<sup>278</sup> BAG NZA 2013, 1433 (1435).

<sup>279</sup> Ausf. BAG NZA 2004, 1278.