

Rechtswidrige Überwachungsmaßnahmen

Drohen Beweisverwertungsverbote?



Benjamin Butz,
Rechtsanwalt bei Pusch Wahlig Legal,
Berlin



Paul Brummer,
Rechtsanwalt bei Pusch Wahlig Legal,
Berlin

Der Arbeitgeber erlangt aufgrund einer Überwachungsmaßnahme Kenntnis von kündigungsrelevanten Tatsachen. Diese nimmt er zum Anlass, eine verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. Bestreitet der Arbeitnehmer die Tatsachen, stellt sich für die Arbeitsgerichte die Frage, ob die als Beweis angebotenen Überwachungsergebnisse verwertbar sind.

1 Mitbestimmungswidrig erlangte Beweismittel

War die Überwachungsmaßnahme rechtmäßig, scheidet regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot aus. Erlangt der Arbeitgeber hingegen aufgrund einer rechtswidrigen Arbeitnehmerüberwachung Beweismittel, kann ein Beweisverwertungsverbot drohen. Sowohl das Arbeitsgerichtsgesetz als auch die Zivilprozessordnung treffen keine Aussage darüber, ob und wie das Gericht rechtswidrig erlangte Beweismittel verwerten darf. Die Rechtsprechung unterscheidet zwei Fallgruppen:

- Beweismittel, die der Arbeitgeber mitbestimmungswidrig erlangt hat, und
- Beweismittel, deren Verwertung das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters verletzen.

Bestimmten Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers muss der Betriebsrat vorher zustimmen. So sind bspw. Taschenkontrollen gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und die Installation von Videokameras gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig (BAG, Urt. v. 13.12.2007 – 2 AZR 537/06, NZA 2008, S. 1008; v. 27.3.2003 – 2 AZR 51/02, AuA 6/04, S. 47). Verhält der Arbeitgeber sich mitbestimmungswidrig, gilt Folgendes:

- Nach Ansicht des BAG besteht jedenfalls dann kein Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Verwendung des mitbestimmungswidrig erlangten Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt (Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.).
- Die Instanzrechtsprechung geht noch weiter und lehnt ein Beweisverwertungsverbot generell ab (LAG Hessen, Urt. v. 24.11.2010 – 8 Sa 491/10; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.12.2001 – 1 Sa 392 b/01).
- Das BAG neigt wohl ebenfalls dazu, ein Verwertungsverbot allein aufgrund mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel generell abzulehnen (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O., S. 48; v. 13.12.2007, a. a. O.). Ein Beweisverwertungsverbot kann aber gleichwohl vorliegen, wenn die Verwertung des mitbestimmungswidrig erlangten Beweismaterials ungerechtfertigt in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreift.
- Der Arbeitgeber muss zudem mit Unterlassungsansprüchen des Betriebsrats rechnen (vgl. § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG).

Wichtig

Ein Sachverhaltsverwertungsverbot kommt prozessual in Betracht, wenn der Arbeitgeber auf rechtswidrige Weise Kenntnis von kündigungsrelevanten Tatsachen erlangt, die der Arbeitnehmer in einem Kündigungsschutzprozess nicht bestreitet. Das BAG lehnt jedoch bei allein mitbestimmungswidrigem Verhalten des Arbeitgebers ein solches Verwertungsverbot generell ab (BAG, Urt. v. 13.12.2007, a. a. O.).

2 Verletzung des Persönlichkeitsrechts

Hat der Arbeitgeber das Beweismittel unter Verletzung von Persönlichkeitsrechten erlangt, lehnt die Rechtsprechung ein generelles Beweisverwertungsverbot ab. Es setzt vielmehr voraus:

- Die prozessuale Verwertung des rechtswidrig erlangten Beweismittels greift in das Persönlichkeitsrecht der anderen Prozesspartei ein (BAG, Urt. v. 13.12.2007, a. a. O.). Ein Verwertungsverbot scheidet demnach aus, wenn aufgrund einer Beweisverwertung lediglich Rechtspositionen Dritter, die am Arbeitsgerichtsprozess nicht beteiligt sind, verletzt sind.
- Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht erfolgt ungerechtfertigt. Hier ist im Rahmen einer einzelfallbezogenen Güterabwägung zu ermitteln, ob das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers dem Interesse des Arbeitgebers an einer Verwertbarkeit vorgeht (BAG, Urt. v. 13.12.2007, a. a. O.).

Besondere Bedeutung kommt der Intensität des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht zu, die sich nach der jeweiligen Überwachungsmaßnahme bestimmt. Entscheidend ist außerdem, welchen Zweck die Überwachung verfolgt. Ein Beweisverwertungsverbot scheidet regelmäßig aus, wenn sich der Arbeitgeber in einer Notwehr- oder notwehähnlichen Lage befindet (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.). So ist es bspw. zulässig, heimliche Tonbandaufnahmen zu verwerten, um eine erpresserische Drohung aufzudecken (weitere Praxisbeispiele bei Dzida/Grau, NZA 2010, S. 1203).

Ein Beweisverwertungsverbot entfaltet grundsätzlich keine Fernwirkung. Beweismittel, die dem Arbeitgeber durch ein rechtswidrig erlangtes anderes Beweismittel bekannt werden, kann das Gericht verwerten (BAG, Urt. v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, EzA-SD 2011, Nr. 9).

Greift die Überwachungsmaßnahme ungerechtfertigt in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein, kann sogar ein Sachverhaltsverwertungsverbot vorliegen (BAG, Urt. v. 16.12.2010, a. a. O.). Obwohl eine kündigungsrelevante Tatsache zwischen den Parteien unstreitig ist, besteht dann die Gefahr, dass ein Arbeitsgericht sie nicht berücksichtigt.

3 Heimliche Videoüberwachung in nicht öffentlichen Räumen

Bei einer heimlichen Videoüberwachung ist danach zu unterscheiden, ob sie nicht öffentlich zugängliche oder öffentlich zugängliche Räume erfasst. Nach dem aktuellen Gesetzentwurf zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzgesetzes soll bei nicht öffentlich zugänglichen Räumen zukünftig jede heimliche Videoüberwachung unzulässig sein (Keilich/Witteler, AuA 5/11, S. 280 ff.). Dann bestünde ein Beweisverwertungsverbot wohl schon deshalb, weil die Videoüberwachung heimlich erfolgte. Nach derzeitiger Rechtslage führt die Heimlichkeit der Videoüberwachung in nicht öffentlichen Räumen dagegen noch nicht automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot. Vielmehr sind die gewonnenen Erkenntnisse verwertbar, wenn

- der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schwerwiegenden Verfehlung besteht,
- weniger einschneidende Mittel ausgeschöpft sind,
- die heimliche Videoüberwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und
- sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.).

In folgenden Fällen droht ein Beweisverwertungsverbot:

- Es fehlt an einem konkreten Verdacht einer Straftat oder einer schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung (ArbG Düsseldorf, Urt. v. 3.5.2011 – 11 Ca 7326/10, BB 2011, S. 1332; LAG Köln, Urt. v. 30.8.1996 – 12 Sa 639/96, BB 1997, S. 476).
- Erkenntnisse aus einer heimlichen Videoüberwachung, die allein erfolgte, um Straftaten zu verhindern oder die Arbeitsleistung zu kontrollieren, sind unverwertbar.
- Es existieren mildere Mittel als die heimliche Videoüberwachung. Allerdings kommt eine offene Videoüberwachung hierfür grundsätzlich nicht Betracht. Sie ist ungeeignet, um eine Straftat aufzuklären (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.; LAG Köln, Urt. v. 28.12.2005 – 9 Ta 361/05, NZA-RR 2006, S. 436).
- Die heimliche Videoüberwachung ist unverhältnismäßig, weil sie den Privat- oder Intimbereich erfasst (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.).
- Die heimliche Videoüberwachung ist unverhältnismäßig, weil sie in zeitlicher Hinsicht unbegrenzt und damit unangemessen war (BAG, Urt. v. 27.3.2003, a. a. O.).

Wichtig

Ob ein Beweisverwertungsverbot auch bei einer heimlichen Videoüberwachung besteht, die in räumlicher oder personeller Hinsicht unverhältnismäßig war, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden. Teilweise wird in diesen Fällen ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt, da bei einer Verwertung allein Rechtspositionen Dritter, die am Arbeitsgerichtsprozess nicht beteiligt sind, verletzt werden (Dzida/Grau, a. a. O.).

4 Heimliche Videoüberwachung in öffentlichen Räumen

Einer heimlichen Videoüberwachung von öffentlich zugänglichen Räumen steht § 6b Abs. 2 BDSG entgegen. Nach Ansicht des ArbG Frankfurt folgt aus der Heimlichkeit stets ein Beweisverwertungsverbot (Urt. v. 25.1.2006 – 7 Ca 3342/05). Nach Ansicht des LAG Köln kann eine heimliche Videoaufnahme von öffentlich zugänglichen Räumen jedoch jedenfalls dann verwertbar sein, wenn ein konkreter Verdacht einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung besteht, mildere Mittel nicht vorhanden sind und die heimliche Videoüberwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (Urt. v. 18.11.2010 – 6 Sa 817/10). Die gegen das Urteil des LAG Köln eingelegte Revision ist anhängig beim 2. Senat des BAG (2 AZR 153/11).

5 Offene Videoüberwachung

Bei einer offenen Videoüberwachung ist nicht erforderlich, dass ein konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung vorliegt:

- Sie kann in nicht öffentlich zugänglichen Räumen aus präventiven Gründen erfolgen (BAG, Beschl. v. 26.8.2008 – 1 ABR 16/07, AuA 6/09, S. 374).
- In öffentlich zugänglichen Räumen ist sie zulässig, um das Hausrecht oder berechnete Interessen des Arbeitgebers für konkret festgelegte Zwecke (vgl. § 6b Abs. 1 BDSG) wahrzunehmen.

Wichtig

Erforderlich ist aber, dass keine milderen Mittel existieren und die offene Videoüberwachung verhältnismäßig ist. Andernfalls droht ein Beweisverwertungsverbot.

6 Telefonüberwachung

Der Arbeitgeber kann Telefonate des Arbeitnehmers aufzeichnen, oder Dritte hinzuziehen, die das Gespräch mithören. Dabei droht kein Beweisverwertungsverbot, wenn

- der Arbeitnehmer zuvor in die Überwachung einwilligt (BVerfG, Urt. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, AuA 2/03, S. 55), oder
- der Arbeitgeber ein Telefonat zu Ausbildungszwecken kontrolliert (vgl. hierzu Oberwetter, NZA 2008, S. 611) oder
- sich der Arbeitgeber in einer Notwehr- oder notwehähnlichen Lage befindet (BVerfG, Urt. v. 9.10.2002, a. a. O.). Es gelten insoweit die gleichen Voraussetzungen wie bei der heimlichen Videoüberwachung von nicht öffentlich zugänglichen Räumen.

Möglich ist auch, dass der Arbeitgeber Verbindungsdaten von Telefongesprächen kontrolliert. Hier besteht kein Beweisverwertungsverbot, solange er nur bestimmte Daten, wie Tag, Uhrzeit, Beginn und Ende eines von einem dienstlichen Telefonapparat geführten Telefonats, kontrolliert und speichert. Eine solche Überwachungsmaßnahme ist aus Gründen der Missbrauchs- und Kostenkontrolle gerechtfertigt (Lunk, NZA 2009, S. 460).

Wichtig

Kontrolliert und speichert der Arbeitgeber Zielnummern bei Dienst- und Privatgesprächen aus dienstlichem Anlass, begründet dies jedenfalls dann kein Beweisverwertungsverbot, wenn der Arbeitnehmer daneben Privatgespräche führen darf, bei denen das Unternehmen die Zielnummer nicht erfasst (BAG, Beschl. v. 27.5.1986 – 1 ABR 48/84, NZA 1986, S. 643).

7 Überwachung des dienstlichen Computers

In der Praxis verbreitet ist insbesondere die Kontrolle von E-Mails und der Internetnutzung des Arbeitnehmers. Ob ein Beweisverwertungsverbot eingreifen kann, hängt davon ab, ob der Arbeitgeber die private Nutzung verboten oder erlaubt hat bzw. sie duldet.

■ Verbotene Privatnutzung

Ist die private Nutzung verboten, besteht nach überwiegender Ansicht ein weit reichendes Kontroll- und Verwertungsrecht des Arbeitgebers. Die für eine Telefonüberwachung geltenden Voraussetzungen müssen nach dieser Ansicht nicht erfüllt sein. Kein Beweisverwertungsverbot liegt demnach vor bei Erkenntnissen aus der

- Kontrolle von dienstlichen E-Mails, die der Arbeitnehmer nicht als privat gekennzeichnet hat,
- Kontrolle der auf dem dienstlichen Computer gespeicherten Daten, soweit diese nicht als privat gekennzeichnet wurden (LAG Hamm, Urt. v. 4.2.2004 – 9 Sa 502/03, RDV 2005, S. 170; ArbG Hannover, Urt. v. 1.12.2000 – 1 Ca 504/00 B, NZA 2001, S. 1024),
- Kontrolle von privat gekennzeichneten E-Mails oder Dateien, wenn ein konkreter Tatverdacht gegen den Arbeitnehmer besteht und keine anderen Aufklärungsmaßnahmen vorhanden sind (LAG Hamm, Urt. v. 4.2.2004, a. a. O.),
- stichprobenartigen Kontrolle von Verbindungsdaten (z. B. Datum, Uhrzeit, Datenvolumen, Zieladresse) der geschäftlichen E-Mail- und Internetnutzung (Lunk, a. a. O.),
- inhaltlichen Kontrolle der Internetadressen (Lunk, a. a. O.).

■ Gestattete oder geduldete Privatnutzung

Gestattet oder duldet der Arbeitgeber die private E-Mail- und Internetnutzung, ist die Rechtslage mit Blick auf die Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) unklar:

- Teilweise wird ein Beweisverwertungsverbot bejaht, wenn die strengen Voraussetzungen des § 88 TKG nicht erfüllt sind (zu den Voraussetzungen vgl. Keilich/Witteler, AuA 5/11, S. 280 ff.).
- Nach einer aktuellen Entscheidung des LAG Niedersachsen könne aus dem TKG kein Beweisverwertungsverbot folgen, da das Gesetz nicht anwendbar sei. Der Arbeitgeber sei nicht „Dienstanbieter“ i. S. d. TKG (Urt. v. 31.5.2010 – 12 Sa 875/09, AuA 8/10, S. 483).
- Nach Ansicht des ArbG Hannover sei das TKG jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn der Arbeitnehmer seine E-Mails oder Dateien nicht ausdrücklich als privat gekennzeichnet hat (Urt. v. 28.4.2005 – 10 Ca 791/04, NZA-RR 2005, S. 420). In diesem Falle begeben er sich selbst aus dem Anwendungsbereich des TKG.

8 Überwachung des Arbeitnehmers durch einen Detektiv

Kontrolliert ein Detektiv den Arbeitnehmer mittels Videoüberwachung, sind die Aufnahmen verwertbar, wenn auch eine direkte Videoüberwachung durch den Arbeitgeber verwertbar wäre. Gleiches gilt für die heimliche GPS-Überwachung durch eine beauftragte Detektei (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.10.2002 – 5 Sa 59/00). Der Bericht eines Detektivs ist ebenfalls nur verwertbar, wenn der konkrete Verdacht einer Straftat oder einer schweren Pflichtverletzung besteht, mildere Mittel nicht existieren und die Überwachung insgesamt verhältnismäßig ist (ArbG Dortmund, Urt. v. 31.10.2008 – 2 Ca 2822/08; ArbG Köln, Urt. v. 15.7.1998 – Ca 4425/97).

Wichtig

Ein Beweisverwertungsverbot droht allerdings, wenn der Detektiv den privaten Kernbereich des Arbeitnehmers verletzt. So darf er dem Beschäftigten bspw. nicht bei privaten Verabredungen nachstellen (LAG Hamm, Urt. v. 8.3.2007 – 17 Sa 1604/06).

9 Personen- und Ehrlichkeitskontrollen

Klassische Formen der Personenkontrollen sind Taschen- und Schrankkontrollen. Bei Personenkontrollen lehnt das BAG ein Beweisverwertungsverbot ab, wenn der Arbeitnehmer zuvor in diese eingewilligt hat (Urt. v. 13.12.2007, a. a. O.). Stimmt er nicht zu, neigt das BAG wohl dazu, die Grundsätze, die für die heimliche Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen gelten, zu übertragen (Urt. v. 13.12.2007, a. a. O.). Demgemäß kann es zu einem Beweisverwertungsverbot führen, wenn der Arbeitgeber bei einem Diebstahlsverdacht ohne weitere Aufklärungsmaßnahmen und ohne den Kreis der Verdächtigen einzugrenzen, die Spinde der Arbeitnehmer mittels eines Zweitschlüssels aufschließt und durchsucht (so ArbG Frankfurt, Urt. v. 1.9.2004 – 7 Ca 9658/03).

Ein typisches Beispiel der Ehrlichkeitskontrolle ist die Diebesfalle. Besteht gegen einen bestimmten Arbeitnehmer ein konkreter Verdacht, kann der Arbeitgeber ohne große Gefahr eines Beweisverwertungsverbots eine Ehrlichkeitskontrolle (z. B. Diebesfalle) durchführen. Das BAG hat die Verwertung der dadurch erlangten Beweise in der Vergangenheit nicht beanstandet (Urt. v. 18.11.1999 – 2 AZR 743/98).

10 Andere Konsequenzen

Besteht kein Beweisverwertungsverbot, kann die rechtswidrige Überwachungsmaßnahme gleichwohl unerwünschte Konsequenzen nach sich ziehen:

- Zeichnet der Arbeitgeber Telefonate ohne Einwilligung des Arbeitnehmers auf, bricht er u. U. die Vertraulichkeit des Wortes gem. § 201 StGB.
- Verschafft er sich rechtswidrig Kenntnis von E-Mails, verletzt er damit ggf. das Post- oder Fernmeldegeheimnis gem. § 206 StGB oder späht Daten aus, § 202a StGB.
- Zudem sind Bußgeld- und Straftatbestände des BDSG und des TKG sowie zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des betroffenen Arbeitnehmers zu beachten.

Praxistipp

Arbeitgeber sollten daher genau prüfen, ob die skizzierten Konsequenzen drohen und ob sie das Beweismittel gleichwohl in den Prozess einführen wollen.

11 Fazit

Unternehmen sollten im Vorfeld einer Überwachungsmaßnahme genau prüfen, ob die möglicherweise zu gewinnenden Erkenntnisse einem Beweisverwertungsverbot unterliegen können. Dessen Voraussetzungen bestimmen sich nach der konkreten Überwachungsmaßnahme. Sinnvoll ist es außerdem, zu klären, ob die Arbeitnehmerüberwachung u. U. unerwünschte Konsequenzen (z. B. Drohung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens) nach sich zieht.