

Arbeitnehmer ohne Datenschutz?

Von **Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen**

Abstract: Das BAG hat sich in einer jüngeren Entscheidung dazu bekannt, dass Arbeitsgerichte auch solche Daten verwerten dürfen, die sich der Arbeitgeber in rechtswidriger Weise verschafft hat. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es um eine vorsätzliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers gehe und diesem die Überwachung bekannt war. Auch sei eine Betriebsvereinbarung, durch Videokontrolle gewonnene Erkenntnisse im Prozess nicht zu verwerten, ohne Bedeutung, da nicht in das gerichtliche Verfahren eingegriffen werden könne. Die Entscheidung ist rechtsdogmatisch nicht wirklich begründbar und erschwert Einigungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Sie fügt sich in eine Reihe weiterer BAG-Entscheidungen der jüngsten Vergangenheit ein, die die vorher bestehende Rechtsprechung gleichfalls „zurückdrehen“.

I. Der Sachverhalt

Es gibt eine neue Entscheidung zur Videoüberwachung. Dies wäre für sich allein nichts besonders Berichtenswertes, doch lässt schon der erste Leitsatz aufhorchen: Ein Verwertungsverbot bestehe auch dann nicht, wenn die Überwachungsmaßnahme „nicht vollständig“ im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts gestanden habe.¹ Das irritiert: Ein bisschen Rechtswidrigkeit ist „hinnehmbar“; wird man in Zukunft zwischen rechtmäßiger, rechtswidriger und irgendwie dazwischen liegender Überwachung unterscheiden müssen?

Der Sachverhalt ist schnell erzählt: Am 2. Juni 2018 war der Arbeitnehmer A für eine sog. Mehrarbeitsschicht beim Automobilwerk V eingeteilt. An den Eingangstoren zum Werksgelände befanden sich Videokameras, auf die mit einem sog. Piktogramm hingewiesen wurde. Auch war dort – spätestens zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz - ein Hinweis angebracht, die erhobenen Daten würden nur 96 Stunden gespeichert. Weiter wurde das Betreten des Betriebsgeländes durch einen Ausweisleser erfasst, der die Anwesenheit der fraglichen Person an den betrieblichen Vorgesetzten

¹ BAG 29.6.2023 - 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105

weitermeldete. Eine darüber hinausgehende „personenbezogene Auswertung“ war durch Betriebsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen.

Aufgrund eines anonymen Hinweises wurden mehr als ein Jahr später die gespeicherten Daten des A ausgewertet. Dabei ergab sich, dass er das Werksgelände am 2. Juni 2018 um 18:31 Uhr betreten, jedoch um 20:51 wieder verlassen hatte. Seine Schicht begann um 21:30 und dauerte bis 5:30 Uhr in der Frühe. Eine Rückkehr in den Betrieb vor oder nach Schichtbeginn war aus den Daten nicht erkennbar. Dem A wurde vorgeworfen, er habe in der fraglichen Schicht gar nicht gearbeitet, gleichwohl aber die dafür bezahlte Vergütung kassiert. Auf diesen Sachverhalt habe er auch dann nicht hingewiesen, als er im September 2019 vom Werksicherheitsdienst zu dem Vorfall befragt wurde. Deshalb wurde er am 5. Oktober 2019 wegen Arbeitszeitbetrugs fristlos gekündigt. Am 9. Oktober 2019 erfolgte hilfsweise eine ordentliche Kündigung zum 31.12.2019.

Die rechtzeitig erhobene Kündigungsschutzklage hatte beim Arbeitsgericht Hannover und beim Landesarbeitsgericht Niedersachsen Erfolg. Dabei konzentrierte sich das LAG ausdrücklich auf die Frage, ob die durch die Videokamera und den Ausweisleser erhobenen Daten verwertet werden durften. Mit eingehenden und überzeugenden Ausführungen wurde dies verneint.² Dagegen richtete sich die Revision des Arbeitgebers.

II. Verwertbarkeit von Videoaufzeichnungen

Das nicht leicht zu lesende BAG-Urteil³ hält die Aufzeichnungen durch das Lesegerät und die Videokamera für verwertbar. Dies hat zur Folge, dass das LAG Niedersachsen den Fall erneut prüfen muss. Dabei geht es nicht zuletzt um die Frage, ob die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt war, ob der Betriebsrat korrekt angehört wurde und ob es Anhaltspunkte dafür gab, dass der A vor Schichtbeginn wieder auf das Werksgelände zurückgekehrt war. Bemerkenswert ist allerdings, dass das BAG den Rechtsstreit an eine andere Kammer des LAG zurückverwies. Das tut ein BAG-Senat im Allgemeinen nur, wenn er zur bisher zuständigen Kammer kein so rechtes Vertrauen mehr hat.

² Das sehr einleuchtend begründete Urteil des LAG Niedersachsen vom 6. Juli 2022 hat das Aktenzeichen 8 Sa 1149/20 und kann über Google im Wortlaut heruntergeladen werden.

³ BAG 29.6.2023 – 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105; dazu kritisch Frowein CuA 8-9/2023 S. 46; im Wesentlichen zustimmend Fuhlrott NZA 2023, 1073

1. Rechtsgrundlage für die gerichtliche Tätigkeit

Das BAG befasst sich zentral mit der Frage, ob das Gericht überhaupt auf die Daten zurückgreifen darf, um die es hier geht, also insbesondere das Verlassen und Nicht-Wieder-Betretens des Betriebsgeländes durch den A. Als Ausgangspunkt für seine eigene Tätigkeit wählte es dabei die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 Buchst. e DSGVO, wonach eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn sie für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich ist. Dabei bedarf es nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht, die in den Bestimmungen der ZPO gesehen wird. Dies ist korrekt, wenn auch eher ungewöhnlich: Dass ein Gericht grundsätzlich die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen verwerten darf, ist bisher nicht als rechtfertigungsbedürftig angesehen worden, doch ändert dies nichts daran, dass man dem BAG insoweit zustimmen kann.

2. Zugriff auf rechtswidrig erlangte Daten – ein EuGH-Problem

Doch nun beginnen die Überraschungen. Der Zugriff auf die Daten bestehe auch dann, wenn die außergerichtliche Erhebung durch eine Prozesspartei unter Verletzung der DSGVO oder des nationalen Datenschutzrechts erfolgt sei. Dies ergebe ich „in aller Eindeutigkeit“ aus Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO. Nach dieser Bestimmung gilt die Löschungspflicht nach Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO, die sich u. a. auch auf unrechtmäßig erfasste oder verarbeitete Daten bezieht, für den Fall nicht, dass ihre Nutzung zur „Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen“ erforderlich ist. Da es sich dabei um eine völlig eindeutige Regelung handle (üblicherweise mit dem französischen Ausdruck „acte clair“ bezeichnet), entfalle die Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Dies will allerdings in keiner Weise einleuchten. Zwar wird in Art. 17 Abs. 3 für rechtswidrig erlangte Daten keine ausdrückliche Ausnahme gemacht, doch sagt schon die Grundsatzbestimmung des Art. 5 Abs. 1 Buchst. a DSGVO, dass Daten immer auf rechtmäßige Weise erworben sein müssen. Dies legt es nahe, die Ausnahme von der Löschungspflicht in Art. 17 Abs. 3 auf die zahlreichen anderen Fälle von Art. 17 Abs. 1 und Abs. 2 zu beschränken, es bei rechtswidrig erlangten Daten aber bei der Löschungspflicht zu belassen. Andernfalls würde Art. 17 Abs. 3 einen rechtswidrigen Zustand perpetuieren. Dass dies wirklich gewollt ist, erscheint höchst zweifelhaft; die Rechtslage ist alles andere als

„klar“. Die Nichtvorlage wegen angeblich eindeutiger Rechtslage verstößt gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV und damit zugleich gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 GG, was ggf. innerhalb eines Monats ab Zustellung der Gründe mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.⁴

3. Unzutreffendes Abstellen auf das Ergebnis der Auswertung

Das BAG ließ es im Folgenden dahinstehen, unter welchen generellen Voraussetzungen gleichwohl ein verfahrensrechtliches Verwertungsverbot für unrechtmäßig erlangte Tatsachen besteht. Mit Rücksicht auf seine Interpretation des Art. 17 DSGVO stellt dies von vorne herein gewissermaßen einen Ausnahmetatbestand dar. Dieser setze jedenfalls voraus, dass die Nichtberücksichtigung aufgrund Unionsrechts oder wegen Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG „zwingend geboten“ sei. Davon könne bei einer vorsätzlichen Pflichtverletzung, die von einer offenen Überwachungsmaßnahme erfasst werde, nicht die Rede sein.

Das ist nur auf den ersten Blick plausibel. Das BAG verkennt, dass es bei Verwertungsverboten nicht darum geht, was bei ihrer Durchbrechung, d. h. bei einer effektiv erfolgenden Auswertung zu Tage tritt (hier: „vorsätzliche Vertragsverletzung“). Vielmehr kommt es allein darauf an, ob die mit einer Kamera ohne Einwilligung des Betroffenen erfassten Daten überhaupt ausgewertet werden dürfen oder ob der Arbeitgeber etwaigen Pflichtverletzungen mit anderen Mitteln auf die Spur kommen muss. Nach dem Ergebnis zu differenzieren, geht nicht an, was auch aus der Perspektive des Arbeitgebers deutlich wird: Führt die Auswertung der Videoaufnahmen zu keinerlei „Erkenntnissen“ über rechtswidriges Tun, so würde sich der Arbeitgeber ggf. schadensersatzpflichtig machen, was bei einem Einbringen derartiger Aufnahmen in einen Prozess auch vom BAG so gesehen wird (Rn.34 der Entscheidung). Durch den „Trick“, allein das Ergebnis der Überwachung zugrunde zu legen, wird die Fragestellung umformuliert: Gibt es ein Verwertungsverbot in Bezug auf rechtswidriges und vorsätzliches Tun eines Arbeitnehmers? Die Antwort liegt auf der Hand; eine Ausnahme wird nur bei der Überwachung von Toiletten und Umkleieräumen sowie bei Dauerüberwachung ohne Rückzugsmöglichkeit gesehen (Rn.33).

⁴ Beispiele für erfolgreiche Verfassungsbeschwerden, denen durch Kammerentscheidung stattgegeben wurde: BVerfG 20.4.2022 – 2 BvR 1713/21, EuGRZ 2022, 350; BVerfG 14.1.2021 – 1 BvR 2853/19, NJW 2021, 1005 (Auslegung der Schadensersatzpflicht nach Art. 82 DSGVO); BVerfG 6.10.2017 – 2 BvR 987/16, NJW 2018, 606

Derselbe Senat hat dies bisher anders gesehen. In einer Entscheidung ging es darum, dass der Arbeitgeber durch Einsatz eines sog. Keyloggers ermittelt hatte, der Arbeitnehmer habe verbotswidrig die betriebliche IT für private Zwecke benutzt.⁵ Dies konnte er allerdings nicht als Kündigungsgrund und deshalb auch nicht im Kündigungsschutzprozess verwerten, weil der Einsatz des Keyloggers nur dann gerechtfertigt gewesen wäre, wenn ein durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bestanden hätte. Damals (also im noch gar nicht so lange zurückliegenden Jahr 2017) war das BAG noch korrekt davon ausgegangen, dass eine anlasslose Überwachung zu einem Verwertungsverbot führt. Dass es sich dabei anders als hier um eine heimliche Überwachung handelte, ändert am Grundsatzproblem nichts: Ob verfügbare Daten benutzt werden dürfen, darf niemals davon abhängen, was bei einer Auswertung herauskommt; im Keylogger-Fall wäre dies ebenfalls eine vorsätzliche Pflichtverletzung gewesen.⁶

4. Unterbliebene Vorlage an den EuGH

Eine Grundrechtsverletzung wird vom BAG auch nicht darin gesehen, dass die Auswertung erst gut ein Jahr nach den im Bild festgehaltenen Vorgängen erfolgte. Dies entspricht einer früheren Entscheidung des Gerichts,⁷ doch bleibt die Frage ungestellt, ob dies mit Art. 5 Abs. 1 Buchst. e DSGVO vereinbar ist. Dort findet sich der Grundsatz, dass personenbezogene Daten nur so lange gespeichert werden dürfen, wie dies ihr Zweck erfordert. Man spricht insoweit von einer „Speicherbegrenzung“. Videoaufnahmen über den Zu- und Abgang zum Werksgelände routinemäßig über ein Jahr lang zu speichern, wird diesem Grundsatz schwerlich gerecht. Auch insoweit wäre das BAG als letztinstanzliches Gericht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen. Auch insoweit kann man dem BAG-Urteil nur vorläufigen Charakter zusprechen.⁸

III. Vereinbarte Verwertungsverbote ohne Wirkung?

⁵ BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327

⁶ Rechtsverstöße bei der Datenerhebung wurden bsher allenfalls bei reinen Ordnungsvorschriften wie § 4 Abs. 2 BDSG toleriert: BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, NJW 2012, 3594 Tz. 37ff.

⁷ BAG 23.8.2018 – 2 AZR 133/18, NZA 2018, 1329

⁸ Ansatzweise in diese Richtung auch Fuhlrott, NZA 2023, 1073, 1078

Das BAG sieht ein eventuelles durch Betriebsvereinbarung festgelegtes „Auswertungsverbot“ als unwirksam an. Den Betriebsparteien fehle insoweit die Regelungsmacht. Sie könnten die Möglichkeit des Arbeitgebers nicht wirksam beschränken, „in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten.“ (Rn.53). Den Betriebsparteien fehle die Befugnis, in das gerichtliche Verfahren einzugreifen; dieses stehe nicht zu ihrer Disposition. Insoweit sei allein der Gesetzgeber zur Entscheidung berufen.⁹

1. Der nicht beachtete Beibringungsgrundsatz

Diese Ausführungen stehen in deutlichem Gegensatz zu anerkannten prozessrechtlichen Prinzipien, die sich in den Kommentaren und Lehrbüchern zur ZPO unschwer auffinden lassen. Der Zivilprozess ist genauso wie das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren durch den sog. Beibringungsgrundsatz charakterisiert: Das Gericht kann nur über die Tatsachen entscheiden, die die Parteien in das Verfahren eingebracht haben. In der Regel sorgt der zwischen ihnen bestehende Interessengegensatz dafür, dass alle relevanten Gegenstände vorgetragen werden und so für den Gericht ein vollständiges und zutreffendes Bild von der Realität entsteht. Dies ist allerdings kein unerschütterlicher Grundsatz ohne jede Ausnahme. Bringt beispielsweise eine Seite bestimmte Tatsachen vor und bestreitet sie die andere Seite nicht, so gelten sie nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden und werden dem Urteil zugrunde gelegt. Dies gilt auch dann, wenn die nicht widersprechende Seite das Vorbringen für falsch hält, aber beispielsweise eine Beweisaufnahme vermeiden möchte.¹⁰ Die Parteien entscheiden selbst darüber, welche Tatsachen und Beweismittel sie in das Verfahren einführen wollen; sie dürfen dabei lediglich ihre Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO nicht verletzen.¹¹

2. Die Möglichkeit zu vertraglichen Abmachungen

Allgemein anerkannt ist die Möglichkeit, über das Verhalten im Prozess verbindliche Abmachungen zu treffen. Man spricht dabei von einem „Prozessvertrag“, der in der Regel unmittelbar auf die prozessuale Situation der Parteien einwirkt.¹² So ist es etwa möglich, dass beide Parteien schon vor dem Ergehen eines Urteils auf Rechtsmittel verzichten¹³ oder dass

⁹ BAG 29.6.2023 – 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105

¹⁰ Greger, in: Zöller, ZPO. Kommentar, 34. Aufl. 2022, § 138 Rn.4

¹¹ Prütting/Gehrlein, ZPO. Kommentar, 14. Aufl. 2022, Einl. Rn.28

¹² Dazu eingehend Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, §§ 65 ff.

¹³ BGH 25.6.1958 – IV ZR 75/58, NJW 1958, 1397

eine Partei verspricht, die ihr an sich zustehende Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO nicht zu erheben.¹⁴ Zulässig ist eine Verpflichtung zu prozessuellem Verhalten jeder Art, sofern dieses möglich ist und nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt.¹⁵ Anerkannt ist deshalb auch ein sog. Beweismittelvertrag, der beispielsweise die Beweisführung auf bestimmte Beweismittel wie Urkunden beschränkt und andere Beweismittel wie Zeugenaussagen ausschließt.¹⁶ Im Grunde versteht es sich daher von selbst, dass man die aus einer Datenerfassung durch bestimmte Geräte wie Videokameras beruhenden Erkenntnisse von einer Verwertung im Prozess ausnehmen kann.

Angesichts dieser Gestaltungsfreiheit der Beteiligten kann der Arbeitgeber auch gegenüber dem Betriebsrat eine entsprechende Zusage machen. Diese kann als Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB ausgestaltet sein,¹⁷ so dass sich auch der einzelne Arbeitnehmer darauf berufen kann. Denkbar wäre auch, entsprechende Rechte und Pflichten für die einzelnen Arbeitsverträge vorzusehen. Entgegen BAG wird dadurch nicht in das staatliche Verfahren eingegriffen, sondern nur ein Stück (prozessualer) Privatautonomie ausgeübt. Erstaunlich, dass das Gericht diese im Grunde einfachen Zusammenhänge nicht nachvollzogen und den zivilprozessualen Diskussionsstand nicht zur Kenntnis genommen hat.

3. Erschwerung der außerordentlichen Kündigung?

Das BAG stützt sich weiter auf die Erwägung, ein Verwertungsverbot in Bezug auf Erkenntnisse, die mit den hier eingesetzten technischen Mitteln erreichbar waren, würden eine „erhebliche Erschwerung“ des Rechts zur außerordentlichen Kündigung darstellen (Rn.54). § 626 BGB enthalte aber zwingendes Recht, so dass eine entsprechende Regelung nach § 134 BGB unwirksam sei. Dies erweckt verschiedene Bedenken.

Zum einen fragt man sich, ob der Arbeitgeber im konkreten Fall wirklich auf die Videodateien angewiesen war. Wie sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt, wurde der Zutritt zum Werksgelände automatisch dem Vorgesetzten übermittelt. Warum sollte es diesem nicht auffallen, dass ein auf der „Liste“ stehender Mitarbeiter in Wirklichkeit gar nicht da

¹⁴ BGH 19.5.1982 – IVb ZR 705/80, NJW 1982, 2072

¹⁵ So Rauscher, in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, Einl. Rn.466 mwN aus der Rspr.

¹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 66 Rn.6, § 113 Rn.9; Greger, in: Zöller, aaO, vor § 284 Rn.2b; Rauscher, in: Krüger/Rauscher, aaO, Einl. Rn.466

¹⁷ So das LAG Niedersachsen als Vorinstanz

war? Nun war der A selbst Gruppensprecher, doch hätte dann seine Gruppe doch unschwer reagieren können, wenn er entgegen seiner Ankündigung nicht erschienen wäre. Da es zwei weitere Parallelfälle gab, stellt sich das Problem, ob hier überhaupt eine sachgerechte Organisation vorlag oder ob eine gelegentliche Abwesenheit stillschweigend akzeptiert wurde. Doch dies lässt sich von außen her nicht aufklären. Jedenfalls muss man davon ausgehen, dass das überraschende Fehlen eines Mitarbeiters am Arbeitsplatz aufgefallen sein muss und der Arbeitgeber auf diese Weise genügend „traditionelles“ Beweismaterial hatte, um gegen „Schichtschwänzer“ vorzugehen.

Zum zweiten hat das BAG den zwingenden Charakter des § 626 BGB ein wenig überbetont und seine eigene Rechtsprechung insoweit nicht ausgewertet. So hat es schon vor vielen Jahren die sog. qualifizierte Unkündbarkeit anerkannt, die in § 55 Abs. 2 BAT enthalten war: Danach war trotz gravierender betrieblicher Notwendigkeiten eine außerordentliche (befristete) Kündigung von Unkündbaren nur in der Form möglich, dass ihnen ein anderer Arbeitsplatz angeboten wurde, der bestimmten Anforderungen entsprechen musste.¹⁸ Lediglich in Extremfällen musste eine Auflösung unter Rückgriff auf § 626 BGB möglich bleiben, was praktisch nur bei einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers angenommen wurde.¹⁹ Das dürfte mehr als eine „erhebliche Erschwerung“ im Sinne der BAG-Rechtsprechung gewesen sein.²⁰

IV. Was können Betriebsräte tun?

Trotz aller Kritik lässt sich nicht ausschließen, dass das BAG auf seiner neuen Rechtsprechung beharrt. Bis eine Korrektur durch den EuGH erfolgt, kann es zwei bis drei Jahre dauern. Wie kann man als Betriebsrat reagieren, wenn es z. B. um Verhandlungen auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geht?

Die Nichtverwertung von Erkenntnissen ist in all jenen Fällen von ausschlaggebender Bedeutung, wo der Betriebsrat aus betriebswirtschaftlichen Gründen ein komplexes IT-System akzeptieren muss, dessen Funktionsweise nicht selten für ihn eher intransparent ist. Hier half bisher immer eine Regelung, die negative Konsequenzen für die Beschäftigten

¹⁸ BAG 31.1.1996 – 2 AZR 158/95, DB 1996, 990, 992; BAG 24.6.2004 – 2 AZR 215/03, AiB 2005, 129 mit Anm. Letsche.

¹⁹ BAG 27.6.2002 – 2 AZR 367/01, DB 2003, 102, 103

²⁰ Ein wenig rächt sich hier, dass das BAG mit der juristischen Literatur recht stiefmütterlich umgegangen ist; dort hätte es seine frühere Rechtsprechung schön aufbereitet wiederfinden können.

ausschloss; die Klausel „eine Überwachung von Verhalten und Leistung findet nicht statt.“ fand sich an gut sichtbarer Stelle im Text vieler Betriebsvereinbarungen. Was geschieht, wenn sich der Arbeitgeber darüber hinwegsetzt und auf diese Weise Pflichtverletzungen ermittelt? In manchen Fällen wird die Heimlichkeit des Vorgangs wahrscheinlich einer Verwertung entgegenstehen, aber wie steht es mit einem System, das z. B. die Fahrwege eines Außendienstlers oder die Nutzung des Internets durch den Einzelnen festhält, was den Betroffenen jeweils auch bekannt gemacht wird? Hat die Klausel dann überhaupt noch einen Sinn? Will man das Risiko, mit hoher Wahrscheinlichkeit unter die BAG-Entscheidung zu fallen, vermeiden, so könnte man an zwei andere Möglichkeiten denken.

- Man vereinbart einen umfassenden Datenschutz, ohne irgendwelche Regelungen über die prozessuale Seite zu treffen. Hält sich dann der Arbeitgeber nicht daran, sieht er sich allen Sanktionen ausgesetzt, die das Datenschutzrecht vorsieht, also unter Einschluss von Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO und von ggf. hohen Bußgeldern nach Art. 83 DSGVO.
- Die zweite Möglichkeit wäre eine umgehende Löschung möglichst zahlreicher Daten, die im Zusammenhang mit der Arbeit anfallen. Nach einem Tag müssten beispielsweise die ganzen Videobilder „überschrieben“ sein, auch Daten über die Internetnutzung wären nach wenigen Tagen zu löschen. Welche Folgen sich ergeben würden, wenn der Löschungspflicht nicht nachgekommen wird und später dann doch eine Auswertung erfolgt, lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit prognostizieren.

Beide Lösungen sind sehr viel schwerer zu erreichen als die bisherigen Kompromisse. Der einfache Weg, die Überwachung auszuschließen, ist in vielen Fällen nicht mehr gangbar. Das BAG hätte auch die praktischen Folgen seiner Entscheidung bedenken müssen.

V. Gesellschaftspolitische Einschätzung

Die vorliegende Entscheidung ist nicht die einzige, die auf Arbeitnehmerseite ein hohes Maß an Enttäuschung auslöst. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien aus der jüngsten Rechtsprechung eine Reihe von Beispielen genannt.²¹

Der Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO wird sehr restriktiv gehandhabt. In Missbrauchsfällen kann dies einen guten Sinn haben, aber es gab auch Fälle, wo man dies nicht annehmen konnte. Ein Arbeitnehmer hatte beispielsweise Kopien aller E-Mails verlangt, die von seiner dienstlichen Adresse aus abgesandt oder dort empfangen wurden. Dies lehnte das BAG mit dem Argument ab, einem solchen Antrag fehle die in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vorgeschriebene Bestimmtheit; im Vollstreckungsverfahren könne zweifelhaft werden, welche E-Mails gemeint seien. Der Antrag sei deshalb unzulässig.²² Dasselbe wurde für den Antrag angenommen, dem klagenden Arbeitnehmer alle im Betrieb abgesandten und empfangenen E-Mails zur Verfügung zu stellen, in denen er mit Vor- und Zunamen genannt sei.²³ Weshalb hier die Bestimmtheit nicht gewahrt sein soll, ist in keiner Weise erkennbar. Wie sollte eine „Eingrenzung“ aussehen? In beiden Fällen mag der „Lästigkeitswert“ des Verlangens wegen der großen Zahl der E-Mails ziemlich hoch sein, doch ist dies nicht als Grund genannt worden. Stattdessen wurde „Unbestimmtheit“ unterstellt, was den zusätzlichen „Vorteil“ hat, anders als bei der Auslegung des Art. 15 DSGVO den EuGH nicht einschalten zu müssen.

Wer im vertraulichen Gespräch unter Arbeitskollegen ehrkränkende Äußerungen über Dritte macht, die »an sich« die Voraussetzungen einer Beleidigung erfüllen, sieht sich bislang keinen Sanktionen ausgesetzt. Mit Recht führte das BAG²⁴ aus, der Arbeitnehmer dürfe anlässlich solcher Gespräche regelmäßig darauf vertrauen, dass seine Äußerungen nicht nach außen getragen würden. In einem solchen Rahmen gemachte Äußerungen unterfallen daher dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.²⁵ Man sollte annehmen, dass diese Vertraulichkeit auch in einer privaten Chat-Gruppe von sieben Personen besteht, die sich alle persönlich kennen, doch macht das BAG in neuester Zeit eine Ausnahme, wenn es um Äußerungen mit beleidigendem und menschenverachtendem Inhalt gehe.²⁶ Ähnlich wie im

²¹ Nicht einbezogen ist etwa die Rechtsprechung zum Annahmeverzugslohn. Dazu Wolter AuR 2022, 470

²² BAG 27.4.2021 – 2 AZR 342/20, ZD 2021, 589

²³ BAG 16.12.2021 – 2 AZR 235/21, ZD 2022, 294.

²⁴ 10.12.2009 – 2 AZR 534/08, NZA 2010, 698 Tz. 18

²⁵ So auch LAG Niedersachsen 19.12.2022 – 15 Sa 286/22, NZA-RR 2023, 246; ArbG Nienburg 15.5.2014 – 2 Ca 28/14, AuR 2014, 286; Kort, NZA 2012, 1322

²⁶ BAG 24.8.2023 – 2 AZR 17/23, Pressemitteilung und Aufhebung der gegenteiligen Entscheidung des LAG Niedersachsen 19.12.2022 – 15 Sa 284/22

vorliegenden Verfahren wird wiederum darauf abgestellt, was bei einer Nichtbeachtung der Vertraulichkeit „herausgekommen“ ist.

Auch im Bereich von Interessenausgleich und Sozialplan gab es eher Rückschritt als Fortschritt. Ein Sozialplan darf die Gewährung von Leistungen nicht davon abhängig machen, dass ein Betroffener keine Kündigungsschutzklage erhebt. Dies wurde vom BAG in nachvollziehbarer Weise dadurch etwas relativiert, dass die Betriebsparteien neben dem Sozialplan eine Betriebsvereinbarung über eine sog. Sprinterprämie vereinbaren konnten, die diejenigen erhielten, die einen Aufhebungsvertrag schlossen oder auf eine Kündigungsschutzklage verzichteten. Doch durften die Sozialplanmittel nicht funktionswidrig für diese Prämie eingesetzt werden.²⁷ Seit Dezember 2021 gilt dies nun nicht mehr:²⁸ Solange die Abfindung im eigentlichen Sozialplan „ansatzweise“ noch ihre Funktion erfüllt, können alle anderen verfügbaren Mittel auf die Prämie ausgegeben werden. Wer wird wohl noch Kündigungsschutzklage erheben, wenn er damit eine Prämie von 50.000 Euro verliert und sich mit dem Grundbetrag von 10.000 Euro begnügen muss, den der Sozialplan vorsieht?

Eine weitere Entscheidung konnte gleichfalls wenig Begeisterung auslösen: Alle Versuche, auch einem Betriebsrat „in Gründung“ die Chance auf einen Sozialplan zu eröffnen, wurden vom BAG zurückgewiesen, obwohl es seit langem in der Rechtsprechung der unteren Instanzen auch andere Ansätze gab.²⁹

Eine Einschränkung erfuhr auch die Lehre vom Betriebsrisiko. Hat eine pandemiebedingte Betriebsschließung nichts mit der typischen Risikostruktur des Unternehmens zu tun, sondern geht es ganz allgemein um den Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen, so fällt eine behördlich angeordnete Betriebsschließung nicht unter das Betriebsrisiko.³⁰ Dies steht in einem gewissen Widerspruch zur früheren BAG-Rechtsprechung, die Naturkatastrophen und alle anderen Fälle höherer Gewalt zum Betriebsrisiko zählte.³¹ Auch liegt es auf der Grundlage der jetzigen BAG-Rechtsprechung nahe, bei klimabedingten Naturkatastrophen die Betriebsrisikolehre nur in Ausnahmefällen eingreifen zu lassen.³²

²⁷ BAG 31. 5. 2005 – 1 ABR 254/04, NZA 2005, 997, 1000

²⁸ BAG 7.12.2021 – 1 AZR 562/20, NZA 2022, 281

²⁹ BAG 8.2.2022 – 1 ABR 2/21, NZA 2022, 870. Dazu Däubler, AuR 2023, 74

³⁰ BAG 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, NZA 2022, 182

³¹ Nachweise bei Däubler, Klimaschutz und Arbeitsrecht, § 6 V (S. 123)

³² So Greiner, NZA 2022, 665

Schließlich hat auch die Rechtsprechung zur Gleichstellung der Leiharbeitnehmer Irritationen ausgelöst. Während der EuGH bei schlechterer Bezahlung im Vergleich zu den Stammarbeitskräften einen Ausgleich im Tarif selbst verlangte,³³ bezog das BAG im Widerspruch dazu auch die gesetzlich vorgesehene Entgeltzahlung in verleihsfreien Zeiten mit ein und differenzierte auch nicht danach, ob große oder geringe Benachteiligungen auszugleichen waren.³⁴

Alle diese Entscheidungen weisen in dieselbe Richtung: Es werden kleine oder größere Schritte weg von der bisherigen Rechtsprechung und hin zu einem schmaleren sozialen Schutz gemacht. Bei einem Betriebsräteseminar wurde der Verf. gefragt, ob die Abkürzung „BAG“ nicht eigentlich für „Bundesarbeitgebergericht“ stehe. Das fand bei den Teilnehmern viel Beifall. Meine Gegenposition hatte es um einiges schwerer. Es wäre wünschenswert, man könnte sie mit spontan einleuchtenden Beispielen aus der jüngeren Vergangenheit unterlegen. Außer der Entscheidung zum Arbeitnehmerbegriff,³⁵ die immerhin drei Jahre alt ist, ließ sich dazu aus meiner Sicht nichts Überzeugendes finden.

³³ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31; dazu Däubler NZA 2023, 73 ff.

³⁴ BAG 31.5.2023 – 5 AZR 143/19

³⁵ BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552