

BAG: Datenschutz im Rückwärtsgang?

BEWEISVERWERTUNG *Das BAG-Urteil vom 29.6.2023 zur Verwertung datenschutzwidrig erhobener Videobeweise ist in vieler Hinsicht kritikwürdig. Eine Vorlage an den EuGH wäre geboten gewesen. Warum ein Beweisverwertungsverbot in einer Betriebsvereinbarung nicht gelten soll, ist nicht zu verstehen.*

VON PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

Das BAG-Urteil¹ wirft viele Fragen auf.

Der Sachverhalt

Der Sachverhalt ist schnell erzählt: Am 2. Juni 2018 war der Arbeitnehmer A für eine sog. Mehrarbeitsschicht eingeteilt. An den Eingangstoren zum Werksgelände befanden sich Videokameras, auf die mit einem Piktogramm hingewiesen wurde. Auch fand sich dort ein Hinweis, die erhobenen Daten würden nur 96 Stunden gespeichert. Weiter wurde das Betreten des Betriebsgeländes durch einen Kartenleser erfasst, der die Anwesenheit der fraglichen Person an den betrieblichen Vorgesetzten weitermeldete. Eine »personenbezogene Auswertung« war durch Betriebsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen.

Aufgrund eines anonymen Hinweises wurden ca. 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 worden war. 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 LAG Niedersachsen Erfolg. Dabei konzentrierte sich das LAG ausdrücklich auf die Frage, ob die durch die Videokamera und den Kartenleser erhobenen Daten »verwertet« werden durften. Mit eingehenden und überzeugenden Ausführungen wurde dies verneint.² Dagegen richtete sich die Revision des Arbeitgebers.

BAG: hier kein Verwertungsverbot trotz Datenschutzverstößen

Das nicht leicht zu lesende BAG-Urteil³ hält die Aufzeichnungen durch Kartenlesegerät und 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 nur, wenn er die bisher zuständige Kammer recht misstrauisch beäugt.

Das BAG befasst sich zentral mit der Frage, ob das Gericht überhaupt auf die Daten zurückgreifen darf, um die es hier geht, also

DARUM GEHT ES

1. Das BAG hält in der Entscheidung vom 29.6.2023 (2 AZR 296/22) die Verwertung datenschutzwidrig erhobener Videobeweise für zulässig.
2. Das BAG entscheidet ohne Vorlage an den EuGH trotz offensichtlicher Auslegungsfragen zu DSGVO-Bestimmungen.
3. Ein in einer Betriebsvereinbarung verankertes Beweisverwertungsverbot hält das BAG für unwirksam und setzt sich damit in Widerspruch zu anerkannten prozessualen Grundsätzen.

¹ BAG 29.6.2023 – 2 AZR 296/22

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; dazu Frowein CuA 8-9/2023 S. 46

LITERATURHINWEISE**Wedde, Videoüberwachung – was ist erlaubt, was nicht?**

CuA 5, 2023, 8

Wall/Weimer, 7 Tipps für eine Betriebsvereinbarung zur Videüberwachung

CuA 5, 2023, 18

Wall/Weimer, Videoüberwachung – Eckpunkte einer BV

CuA 5, 2023

Köppen, Fall Tesla - Videoüberwachung auf Rädern

CuA 1, 2023, 33

Wiznerowicz, Videoüberwachung – Grundlagen und Technik

CuA 5, 2023, 12

insbesondere das Verlassen und Nicht-Wieder-Betreten des Betriebsgeländes durch den A. Als Ausgangspunkt für seine eigene Tätigkeit wählt es dabei die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1e) DSGVO, wonach eine Datenverarbeitung zulässig ist, wenn sie für die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe erforderlich ist oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt. Dabei bedarf es nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1b) DSGVO einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht, die hier in den Bestimmungen der ZPO gesehen wird.

▷ Warum die Argumente des BAG angreifbar sind

Der Zugriff auf die Daten – so heißt es etwas überraschend – bestehe auch dann, wenn die außergerichtliche Erhebung durch eine Prozesspartei unter Verletzung der DSGVO oder des nationalen Datenschutzrechts erfolgt sei. Dies ergebe sich »in aller Eindeutigkeit« aus Art. 17 Abs. 3e) DSGVO. Nach dieser Bestimmung gilt die Löschungspflicht nach Art. 17 Abs. 1 und 2 DSGVO, die sich u. a. auch auf unrechtmäßig verarbeitete Daten bezieht, für den Fall *nicht*, dass ihre Nutzung zur »Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen« erforderlich ist. Da es sich dabei nach Meinung des BAG um eine völlig eindeutige Regelung handele (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 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 nach Art. 17 Abs. 3 auf die zahlreichen anderen Fälle von 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, was höchst zweifelhaft und alles andere als »klar« erscheint. Die Nichtvorlage verstößt daher gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 GG; dies kann die betroffene Person innerhalb eines Monats ab Zustellung der Gründe mit der Verfassungsbeschwerde rügen.⁴

▷ Warum eine Vorlage an den EuGH zwingend gewesen wäre

Das BAG ließ es im Folgenden dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen ein verfahrensrechtliches Verwertungsverbot für unrechtmäßig erlangte Tatsachen besteht. Dieses 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. Dabei verkennt das BAG, dass es bei Verwertungsverboten nicht darum gehen kann, was bei ihrer Durchbrechung zu Tage tritt. 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 den 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 offener Überwachung von Toiletten und Umkleieräumen sowie bei Dauerüberwachung ohne Rückzugsmöglichkeit gesehen (Rn.33).

Eine Grundrechtsverletzung wird auch nicht darin gesehen, dass die Auswertung erst gut ein Jahr nach den im Bild festgehaltenen Vorgängen erfolgte. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts,⁵ doch bleibt die Frage ungestellt, ob dies mit Art. 5 Abs. 1e) DSGVO vereinbar ist. Dort findet sich der Grundsatz, dass personenbezogene Daten nur so lange gespeichert werden dürfen, wie dies ihr Zweck erfordert. Videoaufnahmen routinemäßig über ein Jahr lang zu speichern, wird diesem Grundsatz schwerlich gerecht. Auch insoweit wäre das BAG zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen. Die Ent-

4 Beispiel für eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde: BVerfG 20.4.2022 – 2 BvR 1713/21, EuGRZ 2022, 350

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

scheidung des BAG hat deshalb vorläufigen Charakter. Das letzte Wort liegt beim EuGH.

BAG: »Auswertungsverbot« durch eine Betriebsvereinbarung ist unwirksam

Das BAG sieht das vereinbarte »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.« Den Betriebsparteien fehle die Befugnis, in das gerichtliche Verfahren einzugreifen; dieses stehe nicht zu ihrer Disposition. Insoweit sei allein der Gesetzgeber zur Entscheidung berufen.⁶

▷ Warum dies nicht dem Prozessrecht entspricht

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 Gegenstände entscheiden, die die Parteien in das Verfahren eingebracht haben. In der Regel sorgt der zwischen ihnen bestehende Interessengegensatz dafür, dass alle relevanten Tatsachen vorgetragen werden und so für den Gericht ein vollständiges und zutreffendes Bild von der Realität entsteht. Dies ist allerdings kein unerschütterlicher Grundsatz. 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.⁷ 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.⁸

▷ Warum ein Verwertungsverbot über eine Betriebsvereinbarung möglich ist

Allgemein anerkannt ist auch die Möglichkeit,

insoweit verbindliche Abmachungen zu treffen. Man spricht dabei von einem »Prozessvertrag«, der in der Regel unmittelbar auf die prozessuale Situation der Parteien einwirkt.⁹ So ist es etwa möglich, dass beide Parteien schon vor dem Ergehen eines Urteils auf Rechtsmittel verzichten¹⁰ oder dass eine Partei verspricht, die ihr an sich zustehende Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO nicht zu erheben.¹¹ Jede Partei kann sich zu jedem prozessualen Verhalten verpflichten, das möglich ist und nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt.¹² Zulässig ist deshalb auch ein sog. Beweismittelvertrag, der die Beweisführung beispielsweise auf bestimmte Beweismittel wie z. B. Urkunden beschränkt.¹³ Es versteht sich daher im Grunde von selbst, dass man Beweismittel ausschließen kann, die auf der Datenerfassung durch bestimmte Geräte wie Videokameras beruhen.

Angesichts der 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,¹⁴ so dass sich auch der einzelne Arbeitnehmer darauf berufen kann. Denkbar wäre auch, entsprechende Rechte und Pflichten in die einzelnen Arbeitsverträge eingehen zu lassen. 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.

▷ Warum ein Verwertungsverbot keine Erschwerung der Kündigung ist

Das BAG stützt sich weiter auf die Erwägung, ein Verwertungsverbot in Bezug auf Erkenntnisse, die mit den hier eingesetzten technischen Mitteln erreichbar waren, würde 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 wirklich auf die Videodateien angewiesen war. Wie sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt, wurde der Zutritt zum Werksgelände

⁶ BAG 29.6.2023 – 2 AZR 296/22

⁷ Greger, in: Zöllner, ZPO. Kommentar, 34. Aufl. (2022), § 138 Rn.4

⁸ Prütting/Gehrlein, ZPO. Kommentar, 14. Aufl. 2022, Einl. Rn.28

⁹ Dazu eingehend Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, §§ 65 ff.

¹⁰ BGH NJW 1958, 1397

¹¹ BGH NJW 1982, 2072

¹² So Rauscher, in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 6. Aufl. 2020, Einl. Rn.466 mwN aus der Rspr.

¹³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 66 Rn.6, § 113 Rn.9; Greger, in: Zöllner, aaO, vor § 284 Rn.2b; Rauscher, in: Krüger/Rauscher, aaO, Einl. Rn.466

automatisch dem Vorgesetzten übermittelt. Warum sollte es diesem nicht auffallen, dass ein auf der »Liste« stehender Mitarbeiter in Wirklichkeit gar nicht da 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 überhaupt eine sachgerechte Organisation vorlag. Doch dies lässt sich von hier aus 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 Faulenzer und »Schichtschwänzer« vorzugehen.

Zum zweiten hat das BAG den zwingenden Charakter des § 626 BGB überbetont und seine eigene Rechtsprechung insoweit nicht ausgewertet. So hat das BAG die sog. qualifizierte Unkündbarkeit anerkannt, die in § 55 Abs. 2 BAT enthalten war: Danach war trotz gravierender betrieblicher Notwendigkeiten eine außerordentliche Kündigung von Unkündbaren nur in der Form möglich, dass ihnen ein anderer Arbeitsplatz angeboten wurde,

harrt. Bis eine Korrektur durch den EuGH erfolgt, kann es dauern. Wie kann man als Betriebsrat reagieren, wenn es um Verhandlungen auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG geht?

Die Nichtverwertung von Erkenntnissen ist in all den Fällen von ausschlaggebender Bedeutung, wo der Betriebsrat ein komplexes System akzeptieren muss, dessen Funktionsweise nicht selten eher intransparent ist. Hier half bisher immer eine Regelung, die negative Konsequenzen für die Beschäftigten ausschloss. Sie steht nach der hier diskutierten BAG-Entscheidung wohl nicht mehr zur Verfügung. Es bleiben zwei Möglichkeiten.

- 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 und Bußgeldern. Eine solche Datenschutzregelung zu erreichen, wird beiden Seiten mehr abverlangen als bisher. Die BAG-Rechtsprechung erschwert in der Praxis vernünftige Kompromisse.

- Die zweite Möglichkeit ist eine umgehende Löschung zahlreicher Daten, die im Zusammenhang mit der Arbeit anfallen. Nach einem Tag müssen die ganzen Videobilder »überschrieben« werden, auch Daten über die Internetnutzung sind nach wenigen Tagen zu löschen. Auch hier wird es mehr Auseinandersetzungen als in der Vergangenheit geben – das BAG hat ersichtlich nicht an die praktischen Folgen seiner Entscheidung gedacht.

Die BAG-Rechtsprechung erschwert vernünftige Kompromisse

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

der bestimmten Anforderungen entsprechen musste.¹⁵ Lediglich in Extremfällen musste ein Rückgriff auf § 626 BGB möglich bleiben, was praktisch nur bei einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers anzunehmen war.¹⁶ Das dürfte mehr als eine »erhebliche Erschwerung« im Sinne der BAG-Rechtsprechung gewesen sein.¹⁷

Was können Betriebsräte tun?

Trotz aller Kritik lässt sich nicht ausschließen, dass das BAG auf seiner Rechtsprechung be-



Prof. Dr. Wolfgang Däubler,
Hochschullehrer i.R. für
Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht
und Wirtschaftsrecht an der
Universität Bremen

¹⁵ 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.

¹⁶ BAG 27.6.2002 – 2 AZR 367/01, DB 2003, 102, 103

¹⁷ 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.

