

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 22. September 2016  
- 2 AZR 848/15 -  
ECLI:DE:BAG:2016:220916.U.2AZR848.15.0

I. Arbeitsgericht Duisburg

Urteil vom 4. September 2014  
- 1 Ca 272/14 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 7. Dezember 2015  
- 7 Sa 1078/14 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Außerordentliche Kündigung - Videoüberwachung

Bestimmungen:

BDSG § 1, § 4 Abs. 1, § 6b, § 32 Abs. 1; BetrVG § 102 Abs. 1; BGB § 626; GG Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3, Art. 2 Abs. 1, Art. 103 Abs. 1; ZPO § 138

Leitsatz:

Die Verwertung eines „Zufallsfundes“ aus einer gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gerechtfertigten verdeckten Videoüberwachung kann nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig sein.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 848/15  
7 Sa 1078/14  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. September 2016

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 7. Dezember 2015 - 7 Sa 1078/14 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung. 1
- Die Beklagte ist ein Unternehmen des Lebensmitteleinzelhandels. Die Klägerin war bei ihr seit November 1998, zuletzt als stellvertretende Filialleiterin, beschäftigt. Sie war überwiegend als Kassiererin eingesetzt. 2
- Die Beklagte stellte im Oktober 2013 für die Beschäftigungsfiliale der Klägerin einen Inventurverlust in den Warengruppen Tabak/Zigaretten und „Nonfood“ in Höhe von mehr als des Zehnfachen im Verhältnis zur vorausgegangenen Inventur fest. Die Ergebnisse von daraufhin durchgeführten Recherchen ließen aus ihrer Sicht nur den Schluss zu, dass der Verlust vom Personal zu verantworten sei. Weitere Kontroll- und Revisionsmaßnahmen sowie die Überprüfung der Mitarbeiter durch Taschenkontrollen führten nicht zur Aufklärung. 3
- Die Beklagte beantragte daraufhin beim Betriebsrat die Durchführung einer verdeckten Videoüberwachung im Kassenbereich im Zeitraum vom 15. bis 29. Dezember 2013 zum Zwecke der „Aufklärung von Straftaten zu Lasten [ua. der Beklagten]“. Als „Grund“ gab sie „Diebstahl Zigaretten/NF“ an, wobei sich 4

die Videoüberwachung gegen die Mitarbeiterinnen D und M richten solle. Der Betriebsrat stimmte der beabsichtigten Videoüberwachung zu.

Die Filiale wurde unabhängig davon auch insgesamt offen videoüberwacht. An ihren Zugängen befanden sich entsprechende Hinweisschilder. 5

Einer Videosequenz der verdeckten Überwachung des Kassensbereichs vom 18. Dezember 2013 war zu entnehmen, dass die Klägerin eine dort befindliche „Musterpfandflasche“ über den Scanner gezogen, eine Leergutregistrierung durchgeführt, die Kassenlade geöffnet und Geld aus der Kassenlade genommen hatte, welches sie zunächst im Kassensbereich abgelegt und zu einem späteren Zeitpunkt in ihre Tasche gesteckt hatte. Der von ihr erstellte Kassenschein wies eine Pfandbarauszahlung iHv. 3,25 Euro für 13 Pfandflaschen bzw. -dosen aus. 6

Während eines am 20. Januar 2014 geführten Anhörungsgesprächs wurde der Klägerin die Videosequenz vorgespielt. Ihre Reaktion hierauf und der genaue Inhalt des Gesprächs sind zwischen den Parteien streitig geblieben. 7

Mit Schreiben vom 22. Januar 2014 hörte die Beklagte den Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Verdachts-/bzw. Tat Kündigung an. Der Betriebsrat stimmte den beabsichtigten Kündigungen am 23. Januar 2014 zu. 8

Mit Schreiben vom gleichen Tag kündigte die Beklagte das mit der Klägerin bestehende Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächstzulässigen Kündigungstermin. 9

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Kündigungsschutzklage gewandt. Ein Grund für die außerordentliche oder die ordentliche Kündigung liege nicht vor. Sie habe am fraglichen Tag bereits beim Betreten der Filiale kurz vor 10:00 Uhr Leergut in die Pfandbox eingeworfen. Darauf habe sich der Vorgang gegen Mittag desselben Tages bezogen, als sie die Musterpfandflasche eingescannt und das Pfandgeld entnommen habe. Die Beklagte habe überdies die Frist zur Erklärung der außerordentlichen Kündigung 10

gem. § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten und den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört.

Die Klägerin hat beantragt, 11

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche Kündigung noch die hilfsweise ordentliche Kündigung der Beklagten vom 23. Januar 2014 beendet wird;
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als stellvertretende Filialleiterin weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Klägerin habe einen regulären Kassivorgang manipuliert, um sich auf diese Weise persönlich zu bereichern. 12

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 13

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 23. Januar 2014 sei wirksam. 14

I. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, es liege ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB vor, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 15

1. Die Manipulation eines Kassenvorgangs zum Zweck, sich selbst auf Kosten des Arbeitgebers zu bereichern, ist „an sich“ geeignet, einen wichtigen 16

Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB zu bilden. Verschafft sich ein Arbeitnehmer vorsätzlich auf Kosten des Arbeitgebers einen ihm nicht zustehenden Vermögensvorteil, verletzt er erheblich seine Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB). Zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Eigentums- oder Vermögensdelikte, aber auch nicht strafbare, ähnlich schwerwiegende Handlungen unmittelbar gegen das Vermögen des Arbeitgebers kommen daher typischerweise als Grund für eine außerordentliche Kündigung in Betracht. Das gilt unabhängig von der Höhe eines dem Arbeitgeber durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens. Maßgebend ist vielmehr der mit der Pflichtverletzung verbundene Vertrauensbruch (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 546/12 - Rn. 13 und 15, BAGE 145, 278; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 17, BAGE 142, 176*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Interessenabwägung ohne Rechtsfehler angenommen, die langjährige unbeanstandete Beschäftigung der Klägerin in der Vergangenheit vermöge den eingetretenen Vertrauensverlust im Ergebnis nicht aufzuwiegen. Dabei hat es in seine Würdigung auch einbezogen, dass der Schaden mit 3,25 Euro relativ gering sei. Es hat jedoch zutreffend zu Lasten der Klägerin berücksichtigt, dass sie sich nach seinen Feststellungen bewusst, heimlich und durch eine gezielte Manipulation der Kassenvorgänge auf Kosten der Beklagten bereichert habe. Der dadurch bewirkte Vertrauensbruch wiegt bei einer stellvertretenden Filialleiterin und Kassiererin besonders schwer. Die Beklagte muss bei einer Arbeitnehmerin in dieser Position von uneingeschränkter Vertrauenswürdigkeit bei der Tätigkeit, insbesondere bei der Bedienung der Kasse, ausgehen können. 17

3. Das Landesarbeitsgericht hat es zu Recht als unerheblich angesehen, dass die Klägerin nach der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils von der Beklagten in ihrer bisherigen Tätigkeit weiterbeschäftigt worden ist. Zum einen kommt es für die Wirksamkeit der Kündigung auf die Umstände im Zeitpunkt ihres Zugangs an (*vgl. BAG 17. Februar 2016 - 2 AZR 613/14 - Rn. 26; 23. Oktober 2014 - 2 AZR 644/13 - Rn. 21, BAGE 149, 367*). Zum anderen ist allein maßgeblich, ob zu diesem Zeitpunkt Tatsachen gegeben waren, die es 18

dem Arbeitgeber objektiv unzumutbar machten, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen (*BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 531/14 - Rn. 29; für die ordentliche Kündigung vgl. BAG 19. November 2015 - 2 AZR 217/15 - Rn. 34*). Hierauf hat es keinen Einfluss, wenn die Beklagte der Klägerin mehr als acht Monate nach der Kündigung eine Prozessbeschäftigung angeboten hat. Im Übrigen hat sie das Angebot erst unterbreitet, nachdem sie erstinstanzlich zur Weiterbeschäftigung der Klägerin zu unveränderten Bedingungen verurteilt worden war. Daraus lässt sich, selbst wenn unmittelbar noch keine Zwangsvollstreckung gedroht haben sollte, nicht einmal schließen, sie habe eine Weiterbeschäftigung subjektiv wieder für zumutbar gehalten.

II. Das Landesarbeitsgericht war nicht wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs der Beklagten in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Klägerin sowie ihr Recht am eigenen Bild als Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG daran gehindert, seiner Entscheidung den im Verfahren unstreitigen Sachvortrag der Beklagten über das in den Videoaufzeichnungen vom 18. Dezember 2013 zutage getretene Verhalten der Klägerin zugrunde zu legen, den Zeugen H zum Inhalt der gelöschten früheren Videoaufnahmen von diesem Tag zu vernehmen und das Beweisergebnis bei seiner Würdigung zu berücksichtigen. 19

1. Ein Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei kann sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren allein aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts ergeben. 20

a) Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Vorschriften zur prozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Erkenntnisse oder Beweise. Vielmehr gebieten der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) grundsätzlich die Berücksichtigung des Sachvortrags der Parteien und der von ihnen angebotenen Beweismittel (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR* 21

1611/96 ua. - Rn. 60, BVerfGE 106, 28; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 43, BAGE 146, 303; 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 30). Dementsprechend bedarf es für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots einer besonderen Legitimation und gesetzlichen Grundlage (BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; 20. Juni 2013 - 2 AZR 546/12 - Rn. 20, BAGE 145, 278; vgl. auch BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 37; MüKoZPO/Prütting 5. Aufl. § 284 Rn. 66). Dies gilt ebenso für ein etwaiges Sachvortragsverwertungsverbot.

b) Die Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung begrenzen nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und seine Verwertung im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen. Dessen Normen konkretisieren und aktualisieren zwar den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild (§ 1 Abs. 1 BDSG). Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe durch öffentliche oder nichtöffentliche Stellen iSd. § 1 Abs. 2 BDSG in diese Rechtspositionen zulässig sind (vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 45, BAGE 146, 303; für das DSGVO NRW vgl. BAG 15. November 2012 - 6 AZR 339/11 - Rn. 16, BAGE 143, 343), sehen Informations- und Auskunftsansprüche der Betroffenen (§§ 19, 19a, 33, 34 BDSG) sowie Ansprüche auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten (§§ 20, 35 BDSG) vor und normieren Tatbestände, in denen Verstöße eine Ordnungswidrigkeit oder gar Straftat darstellen (§§ 43, 44 BDSG). Sie ordnen für sich genommen jedoch nicht an, dass unter ihrer Missachtung gewonnene Erkenntnisse oder Beweismittel bei der Feststellung des Tatbestands im arbeitsgerichtlichen Verfahren vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürften (ebenso Plath/Stamer/Kuhnke BDSG § 32 Rn. 137; Seifert in Simitis BDSG 8. Aufl. § 32 Rn. 190, 193; Grimm/Schiefer RdA 2009, 329, 339; vgl. auch Lunk NZA 2009, 457, 459). Das bestätigt auch ein Umkehrschluss aus § 1 Abs. 4 BDSG. Nach dieser Bestimmung gehen die Vorschriften des Gesetzes (ledig-

22



lich) denen des Verwaltungsverfahrensgesetzes „bei der Ermittlung des Sachverhalts“ vor.

c) Ein Beweisverwertungsverbot oder ein Verbot, selbst unstreitigen Sachvortrag zu verwerten, kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn dies aufgrund einer verfassungsrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist (*ebenso Schreiber ZZP 2009, 227, 229*). Das Gericht tritt den Verfahrensbeteiligten in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber. Es ist daher nach Art. 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte gebunden und zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung verpflichtet (*BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 44, BAGE 146, 303; 20. Juni 2013 - 2 AZR 546/12 - Rn. 21, BAGE 145, 278*). Dabei können sich auch aus materiellen Grundrechten wie Art. 2 Abs. 1 GG Anforderungen an das gerichtliche Verfahren ergeben, wenn es um die Offenbarung und Verwertung von persönlichen Daten geht, die grundrechtlich vor der Kenntnis durch Dritte geschützt sind. Das Gericht hat deshalb zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen, die sich aus diesen Daten ergeben, mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist (*so auch BGH 15. Mai 2013 - XII ZB 107/08 - Rn. 21*). Dieses Recht schützt nicht allein die Privat- und Intimsphäre, sondern in seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch die Befugnis eines Menschen, selbst darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise gegen ihn verwendet werden dürfen (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; 26. August 2008 - 1 ABR 16/07 - Rn. 15, BAGE 127, 276*). Auch wenn keine spezielle Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist, greift die Verwertung von personenbezogenen Daten in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden (*BVerfG 11. März 2008 - 1 BvR 2074/05 ua. - BVerfGE 120, 378; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO*). Der Achtung dieses Rechts dient

23

zudem Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; BGH 15. Mai 2013 - XII ZB 107/08 - Rn. 14*).

d) Greift die prozessuale Verwertung eines Beweismittels in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Prozesspartei ein, überwiegt das Interesse an seiner Verwertung und der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege das Interesse am Schutz dieses Grundrechts nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Das Interesse, sich ein Beweismittel zu sichern, reicht für sich allein nicht aus (*BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 94, BVerfGE 117, 202; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 49, BAGE 146, 303*). Vielmehr muss sich gerade diese Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt erweisen (*BVerfG 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 29, BAGE 142, 176; 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 36*). Ein Beweisverwertungsverbot wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst dabei nicht nur das unrechtmäßig erlangte Beweismittel selbst, hier ggf. eine In-Augenscheinnahme der Videoaufzeichnungen, sondern auch dessen mittelbare Verwertung wie etwa die Vernehmung eines Zeugen über den Inhalt des Bildmaterials (*BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b bb der Gründe*).

e) Der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm kann auch einer gerichtlichen Verwertung unstreitigen Sachvortrags entgegenstehen (*BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 29; 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 34 ff.; ähnlich OLG Karlsruhe 25. Februar 2000 - 10 U 221/99 - zu II 3 b der Gründe; aA Ahrens Der Beweis im Zivilprozess Kapitel 6 Rn. 29*). Das setzt voraus, dass es dem Schutzzweck etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuwiderliefe, selbst den inhaltlichen Gehalt eines Beweismittels in Form von Sachvortrag zB infolge von § 138 Abs. 3 ZPO oder § 331 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur Entscheidungsgrundlage zu machen (*vgl. Weber*

*ZZP 2016, 57, 81*). Unstreitiger Sachvortrag ist nicht allein deshalb stets uneingeschränkt verwertbar, weil die durch diesen belastete Partei die Möglichkeit des Bestreitens hätte. Eine Partei im zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren unterliegt vielmehr der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO. Sie kann daher nicht gezwungen sein, grundrechtswidrig über sie erlangte Informationen bestreiten zu müssen, um ihre Rechte zu wahren (*im einzelnen BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 485/08 - Rn. 32*). Ein mögliches Verwertungsverbot ist dabei Ausfluss der Grundrechtsbindung der Gerichte, deren Beachtung ihnen unabhängig davon obliegt, ob sich eine Partei darauf beruft. Hat das Gericht Anhaltspunkte dafür, dass für den Rechtsstreit relevante Erkenntnisse unter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei gewonnen wurden, muss es daher prüfen, ob es das Vorbringen, selbst wenn es unbestritten bleibt, bei der Feststellung des Tatbestands berücksichtigen darf. Hiervon besteht nur eine Ausnahme, wenn die Partei auf die Geltendmachung der Rechtsverletzung wirksam verzichtet hat.

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze hat sich das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht gehindert gesehen, seiner Entscheidung den im Verfahren unstreitig gebliebenen Sachvortrag der Beklagten über das aus den Videoaufzeichnungen vom 18. Dezember 2013 ersichtliche Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der erstellten Pfandbuchung zugrunde zu legen. Ebenso wenig bestand ein Verbot, den Zeugen H zum Inhalt der gelöschten früheren Videoaufnahmen von diesem Tag zu vernehmen und das Beweisergebnis bei der Würdigung zu berücksichtigen. Das Landesarbeitsgericht hat dadurch keine Grundrechtsverletzung perpetuiert oder vertieft. Zwar griff die verdeckte Videoüberwachung des Kassenbereichs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin ein. Der Eingriff war aber aufgrund überwiegender Interessen der Beklagten gerechtfertigt. Die Beklagte hat auch nicht dadurch, dass sie die in Auswertung des Materials gewonnenen Erkenntnisse zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien verwendete, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin verletzt. Einer näheren Erörterung, ob anderenfalls nicht nur

26

ein Beweis-, sondern auch ein Sachvortragsverwertungsverbot bestanden hätte, bedarf es daher nicht.

a) Die Beklagte hat durch die Veranlassung der Videoaufzeichnungen, aus denen das Verhalten der Klägerin am 18. Dezember 2013 ersichtlich wurde, nicht unrechtmäßig in deren allgemeines Persönlichkeitsrecht eingegriffen. 27

aa) Eingriffe in das Recht der Arbeitnehmer am eigenen Bild durch verdeckte Videoüberwachung sind dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 50, BAGE 146, 303; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 30, BAGE 142, 176; grundlegend BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b cc der Gründe, BAGE 105, 356*). Der Verdacht muss sich in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern richten. Er darf sich einerseits nicht auf die allgemeine Mutmaßung beschränken, es könnten Straftaten begangen werden. Er muss sich andererseits nicht notwendig nur gegen einen einzelnen, bestimmten Arbeitnehmer richten. Auch im Hinblick auf die Möglichkeit einer weiteren Einschränkung des Kreises der Verdächtigen müssen weniger einschneidende Mittel als eine verdeckte Videoüberwachung zuvor ausgeschöpft worden sein (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - aaO; 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b dd (1) der Gründe, aaO*). Diese Rechtsprechung steht mit Art. 8 Abs. 1 EMRK im Einklang (*EGMR 5. Oktober 2010 - 420/07 - EuGRZ 2011, 471*). Mit Wirkung ab dem 1. September 2009 hat der Gesetzgeber in § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG einen entsprechenden Erlaubnistatbestand „zur Aufdeckung von Straftaten“ normiert. Nach der Gesetzesbegründung soll die Regelung die Rechtsprechungsgrundsätze nicht ändern, sondern lediglich zusam-

28

menfassen (vgl. *Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses BT-Drs. 16/13657 S. 20; BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 52, aaO*).

bb) Danach hält die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die von der Beklagten veranlasste verdeckte Videoüberwachung des Kassenbereichs sei in Anbetracht der Inventurdifferenzen, der anderweitig durchgeführten, aber erfolglos gebliebenen Aufklärungsmaßnahmen und des gegenüber zwei Mitarbeiterinnen konkretisierten Diebstahlsverdachts gerechtfertigt gewesen, einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. 29

(1) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein anderes, milderes Mittel zur Aufklärung des fraglichen Verdachts habe nicht mehr zur Verfügung gestanden. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Auch die Klägerin hat einen solchen nicht aufgezeigt. Der ihres Erachtens gegebene Widerspruch zu dem Umstand, dass sie nicht zu dem Kreis der Verdächtigen gehört habe, besteht nicht. Eine verdeckte Videoüberwachung zur Aufdeckung von Straftaten von Beschäftigten darf nicht nur dann erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass von ihr ausschließlich Arbeitnehmer betroffen sind, hinsichtlich derer es bereits einen konkretisierten Verdacht gibt. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Soweit der Wortlaut der Bestimmung ein anderes Verständnis nahelegen könnte, ist er „verunglückt“. Die Regelung sollte - wie ausgeführt - die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern. Die Bestimmung orientiert sich vielmehr inhaltlich an den Anforderungen, die das Bundesarbeitsgericht ua. in seinem Urteil vom 27. März 2003 (- 2 AZR 51/02 - BAGE 105, 356) zur verdeckten Überwachung von Beschäftigten aufgestellt hat (*BT-Drs. 16/13657 S. 21*). Danach muss zwar der Kreis der Verdächtigen möglichst eingegrenzt sein, es ist aber nicht zwingend notwendig, dass eine Überwachungsmaßnahme in der Weise beschränkt werden kann, dass von ihr ausschließlich Personen erfasst werden, bezüglich derer bereits ein konkretisierter Verdacht besteht. Die Klägerin hat auch nicht etwa gerügt, das Landesarbeitsgericht habe tatsächliches 30

Vorbringen übergegangen, aus dem sich ergeben hätte, dass es ebenso gut möglich gewesen wäre, die Überwachung des Kassensbereichs ausschließlich bezogen auf die des Diebstahls verdächtigten Mitarbeiterinnen durchzuführen.

(2) Der Rechtmäßigkeit der Videoüberwachungsmaßnahme steht damit nicht entgegen, dass sie in Bezug auf die Klägerin anlasslos war. Gab es kein milderes Mittel zur Aufklärung des bestehenden Diebstahlsverdachts gegen andere Mitarbeiterinnen als die konkret durchgeführte Überwachung, war der Eingriff - auch - in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin gerechtfertigt. Eine Dokumentation des Verdachts verlangt § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ebenfalls lediglich insoweit, wie eine Maßnahme „zur“ Aufdeckung von Straftaten erfolgt. 31

cc) Aus § 6b Abs. 1 BDSG ergeben sich mit Blick darauf, dass zu den öffentlich zugänglichen Räumen im Sinne der Bestimmung auch öffentlich zugängliche Verkaufsräume gehören (*BT-Drs. 14/4329 S. 38*), keine weitergehenden Anforderungen. Dabei kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob nicht bezogen auf den Beschäftigtendatenschutz die Zulässigkeit der Maßnahme gem. § 32 BDSG als nach § 4 Abs. 1 BDSG erforderlicher Erlaubnistatbestand ohnehin ausreicht. 32

(1) Gemäß § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG ist die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume zulässig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. 33

(2) § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG stellt seit Inkrafttreten der Bestimmung zumindest eine Konkretisierung dieses Tatbestands dar. Das berechtigte Interesse iSd. § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG ist in diesem Fall die Aufdeckung von Straftaten von Beschäftigten. Sind die Voraussetzungen nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gegeben, ist die Maßnahme jedenfalls im Verhältnis zu den von ihr betroffenen Arbeitnehmern auch nach § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG zulässig. Das Gebot der Kenntlichmachung gem. § 6b Abs. 2 BDSG ist insofern keine Voraussetzung für 34

die Rechtmäßigkeit der Videoüberwachung (*BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 51, BAGE 146, 303; 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - Rn. 41, BAGE 142, 176; Scholz in Simitis BDSG 8. Aufl. § 6b Rn. 110; Bauer/Schansker NJW 2012, 3537; Thüsing Anm. zu BAG 21. Juni 2012 - 2 AZR 153/11 - EzA BGB 2002 § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 13; wohl auch Bayreuther DB 2012, 2222 ff.*). Im Übrigen war hier auf die ohnehin bestehende offene Videoüberwachung der Filiale bereits durch entsprechende Hinweisschilder an den Eingängen hingewiesen.

b) Die Beklagte hat auch durch die weitere Verarbeitung und Nutzung der die Klägerin betreffenden Videoaufzeichnungen nicht deren allgemeines Persönlichkeitsrecht verletzt. 35

aa) Die Verarbeitung - dh. hier insbesondere die Aufbewahrung zum Zwecke weiterer Verarbeitung oder Nutzung (§ 3 Abs. 4 Nr. 1 BDSG) - und Nutzung der Daten war gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig. 36

(1) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ua. dann verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist. 37

(2) Dies war hier der Fall. Die Aufzeichnungen begründeten zumindest den Verdacht, dass die Klägerin zu Lasten der Beklagten eine Unterschlagung begangen hatte. Dies konnte einen Kündigungsgrund darstellen. Überwiegende Interessen der Klägerin standen der Verarbeitung und Nutzung nicht entgegen. Insbesondere hatte die Beklagte die Daten nicht unter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin erlangt. Sie waren vielmehr - wie ausgeführt - im Rahmen einer zulässigen Videoüberwachung angefallen (*zu diesem Erfordernis BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 56, BAGE 146, 303; Bayreuther Anm. zu AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 53 zu IV 1 b*). Das zutage getretene Verhalten der Klägerin rechtfertigte auch die weitere Speicherung und Nutzung des Materials. Danach war nicht ausge- 38

schlossen, dass sich die Klägerin unter Herstellung einer manipulierten Pfandbuchung bewusst auf Kosten der Beklagten bereichert und damit eine erhebliche Pflichtverletzung begangen hatte (*zum Erfordernis der hinreichenden Gewichtigkeit des Verhaltensverstößes ebenfalls BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO; Bayreuther aaO*).

(3) Hingegen kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber alle anderen zumutbaren Aufklärungsmaßnahmen auch bezüglich des zufällig aufgedeckten Fehlverhaltens bereits ausgeschöpft hatte (*aA Eylert NZA-Beilage 2015, 100, 107*). Dies ist, wenn es noch keinen entsprechenden Verdacht gab, weder möglich noch geboten. Eine Videoüberwachung muss zwar, um rechtmäßig zu sein, auch in der Art ihrer Durchführung *ultima ratio* zur Aufklärung des ihr zugrunde liegenden Verdachts sein. Ist dies aber der Fall, sind durch sie unvermeidbare Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte mitbetroffener Arbeitnehmer ebenfalls durch den Aufklärungszweck gerechtfertigt. 39

bb) Eine Unzulässigkeit der Verarbeitung und Nutzung der die Klägerin betreffenden Aufzeichnungen folgt nicht aus § 6b Abs. 3 BDSG. 40

(1) Nach Satz 1 der Bestimmung ist die Verarbeitung oder Nutzung von nach § 6b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten zulässig, wenn sie zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Für einen anderen Zweck dürfen sie gem. § 6b Abs. 3 Satz 2 BDSG nur verarbeitet oder genutzt werden, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist. 41

(2) Eine weitere Speicherung und Verwendung der die Klägerin betreffenden Aufzeichnungen wäre demnach möglich gewesen, wenn sie sich iSv. § 6b Abs. 3 Satz 1 BDSG im Rahmen des verfolgten Zwecks gehalten hätte oder - außerhalb des ursprünglich verfolgten Zwecks - zur „Verfolgung von Straftaten“ iSd. § 6b Abs. 3 Satz 2 BDSG erfolgt wäre. Insofern käme es also darauf an, auf welche ursprüngliche Zwecksetzung abzustellen wäre: den ausweislich 42



der Verfahrensmeldung nach § 4g BDSG festgelegten Beobachtungszweck der „Aufklärung von Straftaten zu Lasten [ua. der Beklagten]“ oder den engeren, dem Betriebsrat genannten konkreten „Grund“ für den Kameraeinsatz, nämlich den Diebstahlsverdacht im Bereich Zigaretten/„NF“. Wäre für § 6b Abs. 3 Satz 1 BDSG die engere Zwecksetzung maßgeblich, setzte eine Rechtfertigung nach Satz 2 der Bestimmung voraus, dass zur „Verfolgung von Straftaten“ auch die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen aufgrund einer Straftat zählte (*in diesem Sinne Gola/Schomerus BDSG 12. Aufl. § 6b Rn. 29; Grimm/Schiefer RdA 2009, 329, 340; aA wohl Scholz in Simitis BDSG 8. Aufl. § 6b Rn. 124; in Art. 7 Buchst. f der - gem. EuGH 6. November 2003 - C-101/01 - [Lindqvist] Rn. 96 f. eine Vollharmonisierung bewirkenden - Richtlinie 95/46/EG ist dagegen keinerlei explizites Zweckänderungsverbot enthalten*).

(3) Dies bedarf vorliegend jedoch keiner Entscheidung. Die Regelung des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG stellt auch für die Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen nach § 6b Abs. 3 BDSG unabhängige Erlaubnisnorm dar (*offen gelassen BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 48, BAGE 146, 303; den „Datenschutz-Wirrwarr“ beklagen Gola/Schomerus BDSG 12. Aufl. § 6b Rn. 3; unklar Scholz in Simitis BDSG 8. Aufl. § 6b Rn. 50 f., 147; aA Jerchel/Schubert DuD 2015, 151, 152; Plath/Becker BDSG § 6b Rn. 8; Plath/Stamer/Kuhnke BDSG § 32 Rn. 122; Seifert in Simitis BDSG 8. Aufl. § 32 Rn. 79*). Ist danach eine bestimmte Datenverarbeitung oder -nutzung rechtmäßig, kommt es im Verhältnis zu den davon betroffenen Arbeitnehmern nicht darauf an, ob auch die Anforderungen gem. § 6b Abs. 3 BDSG erfüllt sind. Die Bestimmung schließt eine eigenständige Rechtfertigung der Datenverarbeitung nach § 32 BDSG vielmehr nicht aus (*ebenso ErfK/Franzen 16. Aufl. § 6b BDSG Rn. 2*). Diese Vorschrift dient speziell dem Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmern in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz (*BT-Drs. 16/13657 S. 20 f.*). Dagegen soll § 6b BDSG - unabhängig von den

43

aufgrund der engeren schuldrechtlichen Bindungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses bestehenden Interessen - den Schutz der Allgemeinheit vor einem Ausufern der Videoüberwachung im öffentlichen Raum gewährleisten (*zum Ziel einer restriktiveren Verwendungspraxis Bericht und Beschlussempfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 14/5793 S. 61*). Für die Eigenständigkeit der Erlaubnistatbestände des § 32 BDSG spricht auch, dass die Videoüberwachung nicht öffentlich zugänglicher (Arbeits-)Räume im BDSG nicht gesondert geregelt ist. Ihre Zulässigkeit richtet sich daher, soweit Arbeitnehmer betroffen sind, unzweifelhaft allein nach § 32 BDSG (*ebenso Plath/Becker BDSG § 6b Rn. 8; Seifert in Simitis BDSG 8. Aufl. § 32 Rn. 80*). Es erschiene aber wenig plausibel, wenn bezogen auf den Beschäftigtendatenschutz von Arbeitnehmern, die in öffentlich zugänglichen Räumen arbeiten, andere Maßstäbe gelten sollten als für Arbeitnehmer, die dies nicht tun.

III. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, ein Verwertungsverbot habe auch dann nicht bestanden, wenn der Betriebsrat bei der Auswertung der Videosequenz nicht beteiligt gewesen sein sollte. Selbst wenn die Videoüberwachung gänzlich ohne seine Mitbestimmung erfolgt wäre, er aber - wie hier - einer auf die erlangten Erkenntnisse gestützten Kündigung zugestimmt hat, verlangte die Missachtung seines Mitbestimmungsrechts dies nicht (*BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 105, 356*). Der Schutzzweck von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und § 77 BetrVG gebietet ein solches Verwertungsverbot jedenfalls dann nicht, wenn die Verwertung der Information bzw. des Beweismittels nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist (*BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - Rn. 33; Lunk NZA 2009, 457, 463; Grimm/Schiefer RdA 2009, 329, 341 f.*). Der Sinn von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht ua. darin, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Arbeitnehmer durch bestimmte Verhaltenskontrollen nur bei gleichberechtigter Mitbestimmung des Betriebsrats zuzulassen. Es geht um einen kollektiv-rechtlich vermittelten Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer. Soweit der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer betroffen ist, sind die

44

Schutzzwecke der Norm und die zivilprozessualen Grundsätze über ein mögliches (Beweis-)Verwertungsverbot identisch. Ist demnach eine Informations- bzw. Beweisverwertung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, besteht grundsätzlich auch kein darüber hinausgehendes Verwertungsverbot bei Missachtung des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats oder bei einer nicht ausreichenden Einhaltung eines betriebsverfassungsrechtlichen Verfahrens (*BAG 13. Dezember 2007 - 2 AZR 537/06 - aaO*).

IV. Die Beweiswürdigung des Landesarbeitsgerichts lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Danach stand zu seiner Überzeugung fest, dass die Klägerin entgegen ihrer Behauptung keinen dem aus der Kasse entnommenen Geldbetrag entsprechenden Gegenwert in Form von Pfandflaschen oder -dosen in die Leergutbox eingeworfen hatte. Die Revision erhebt insoweit keine Rügen. 45

V. Entsprechendes gilt für die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt. Es hat angenommen, die Auswertung der Videoaufzeichnungen des Kassenbereichs habe beginnend mit dem 30. Dezember 2013 drei Wochen gebraucht, sodann habe am 20. Januar 2014 das Anhörungsgespräch mit der Klägerin stattgefunden. Nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin war dieser das Kündigungsschreiben vom 23. Januar 2014 am Folgetag und damit innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 626 Abs. 2 BGB zugegangen. 46

VI. Das Landesarbeitsgericht hat - wenn auch ohne nähere Prüfung - zu Recht angenommen, der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß nach § 102 Abs. 1 BetrVG angehört worden. Die Beklagte hatte ihn mit Anhörungsschreiben vom 22. Januar 2014 darüber informiert, dass sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis der Klägerin außerordentlich fristlos, vorsorglich fristgerecht zu kündigen. Sie hat ihm die Kündigungsgründe in der in der Anlage beigefügten Begründung im Einzelnen mitgeteilt. Entgegen der Auffassung der Revision kommt es nicht darauf an, ob sie darin die Warenbereiche zutreffend bezeichnet hatte, in denen sie zuvor Inventurdifferenzen festgestellt 47

hatte. Zur nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG erforderlichen Mitteilung der Kündigungsgründe gehört nicht die Information über die die Verwertbarkeit erlangter Informationen oder Beweismittel begründenden Umstände. Überdies war dem Betriebsrat aufgrund der von ihm erteilten Zustimmung zur verdeckten Videoüberwachung des Kassenbereichs bekannt, welche Inventurdifferenzen die Beklagte festgestellt hatte. Die Beklagte hat die Kündigung auch erst nach der Zustimmung des Betriebsrats am 23. Januar 2013 erklärt.

VII. Der als unechter Hilfsantrag nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Antrag der Klägerin auf vorläufige Weiterbeschäftigung fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 48

VIII. Als unterlegene Partei hat die Klägerin gem. § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. 49

Koch

Niemann

Rachor

Niebler

Die ehrenamtliche RichterIn Alex ist wegen Dienstunfähigkeit gehindert, ihre Unterschrift beizufügen.

Koch