

Interne Ermittlungen des Arbeitgebers und Auskunftsgrenzen des Arbeitnehmers

Rechtsanwalt Dr. Peter Schrader und Rechtsanwältin Maike Mahler*

Um die Rechtmäßigkeit des unternehmerischen Verhaltens zu gewährleisten, sind regelmäßige Kontrollen erforderlich. Insofern dienen interne Ermittlungen dazu, compliance-relevante Vorgänge zu erfahren. Dabei stellt sich die Frage, welche Maßnahmen der Arbeitgeber rechtmäßig durchführen darf, bzw welche Rechte und Pflichten den Arbeitnehmer treffen.

I. Einführung

Stellt ein Arbeitgeber ein Fehlverhalten eines oder mehrerer seiner Arbeitnehmer fest, wird er nicht umhin können, den Sachverhalt vollständig und umfangreich zu ermitteln. Aus der Ermittlung des Sachverhalts wird er Konsequenzen ziehen. Das bedeutet konkret bei Fehlverhalten der Arbeitnehmer gegebenenfalls Abmahnungen oder Kündigungen auszusprechen oder Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Viele Unternehmen haben sich aus diesem Grund interne Richtlinien gegeben, die im Zusammenhang mit der Einführung einer Compliance-Kultur relevant sind. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) definiert Compliance als die in der Verantwortung des Vorstands liegende Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und unternehmensinternen Richtlinien.¹

Compliance bedeutet, dass sich ein Unternehmen und seine Mitglieder insgesamt rechtmäßig zu verhalten haben. Es sind also nicht die Unternehmenspolitik oder die Unternehmensstrategien im Sinne von richtigen oder falschen Managemententscheidungen Gegenstand von Compliance, sondern es geht um die Sicherstellung rechtskonformen Handelns durch die Geschäftsleitung und durch die Arbeitnehmer/innen.²

II. Rechtsgrundlagen

Bei der Ermittlung des Sachverhalts sind zwei einander widerstreitende Interessen zu beachten: Auf der einen Seite das Interesse des Arbeitgebers an der Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen und interner Regelungen, also das Interesse, sich gesetzestreu zu verhalten. Auf der anderen Seite steht dazu im Spannungsfeld das Bedürfnis des Arbeitnehmers, das in seine Rechte, seine „Privatsphäre“, nach Möglichkeit nicht eingegriffen werden soll.

1. Einleitung

Die Ermittlungstätigkeit des Arbeitgebers findet dort ihre Grenze, wo der Arbeitgeber auf Grund seiner Fürsorgepflicht das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu schützen hat. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* leitet sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Art. 2 I, 1 I GG ein Grundrecht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung ab. Es gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.³ Einschränkungen dieses Rechts sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig.⁴ Die Möglichkeit einer zulässigen Datenverarbeitung wird im Bundesdatenschutzgesetz und den Datenschutzgesetzen der Länder geregelt und die Anforderungen werden darin konkretisiert. Diese Datenschutzgesetze dienen auch im Arbeitsverhältnis als Grundlage für den Schutz personenbezogener Daten, da es bisher an einer speziellen arbeitsrechtlichen Regelung fehlt.

2. Bundesdatenschutzgesetz

Gemäß § 4 I BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten zulässig, wenn entweder eine *Einwilligung des betroffenen Arbeitnehmers* hierzu vorliegt oder eine

verfassungsgemäße Rechtsvorschrift den Datenumgang erlaubt. Fehlt es an der danach erforderlichen Ermächtigungsgrundlage oder liegen deren Voraussetzungen nicht vor, ist die Erhebung, Verarbeitung und/oder Nutzung personenbezogener Daten verboten.⁵ Eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage kann sich nicht nur aus dem BDSG und sonstigen gesetzlichen Regelungen, sondern auch aus den Bestimmungen eines *Tarifvertrags* oder einer *Betriebsvereinbarung* ergeben, sofern die darin liegenden Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verhältnismäßig sind.⁶

Eine rechtswirksame Einwilligung liegt unter datenschutzrechtlichen Anforderungen vor, wenn der Arbeitnehmer gem. § 4 a BDSG vom Arbeitgeber informiert wurde, die Einwilligung im Vorfeld vorlag und die Schriftform gewahrt wurde. Die Einwilligung muss auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruhen, § 4 a S. 1 BDSG, und ist jederzeit widerruflich.

III. Geschützte Daten/Datenverwendung

Hinsichtlich der geschützten Daten und ihrer Verwendung ist zu differenzieren.

1. Personenbezogene Daten

Die Regelung in § 4 I BDSG betrifft personenbezogene Daten. Personenbezogene Daten sind gem. § 3 I Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener). Hierzu gehören nicht nur die „Stammdaten“ des Arbeitnehmers wie Name, Alter, Familienstand, Geburtsdatum, Geschlecht und Adresse, sondern auch sonstige Angaben über seine Leistung oder sein Verhalten, wie zB Daten über geführte Telefongespräche oder Aufzeichnungen über die Arbeitszeit.⁷

2. Datenverwendung

Im Hinblick auf den Arbeitnehmerdatenschutz dürfen diese personenbezogenen Daten eines Beschäftigten gem. § 32 BDSG

- –für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses (Abs. 1 S. 1) oder
- –zur Aufdeckung von Straftaten (Abs. 1 S. 2)

erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Diese Vorschrift wurde zum 1.9.2009 neu in das BDSG eingefügt und bildet die zentrale Rechtsgrundlage für die Verwendung der personenbezogenen Daten im Arbeitsrecht. Gemäß der Gesetzesbegründung soll § 32 BDSG die bisherige, vorwiegend richterrechtlich geprägte Rechtslage nicht ändern, sondern nur konkretisieren bzw die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze kodifizieren.⁸

Mit der Vorschrift werden nicht nur automatisierte, sondern auch rein tatsächliche Handlungen erfasst.⁹ Eine automatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten bedeutet, dass die personenbezogenen Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen verwendet werden. Bei den rein tatsächlichen Handlungen, die damit in Betracht kommen, handelt es sich zB um Taschen- oder Torkontrollen, das Durchsuchen von der Bekleidung, Befragungen des Arbeitnehmers oder Anrufe bei einem früheren Arbeitgeber.¹⁰

3. Erforderlichkeit

Gemäß § 32 I BDSG dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung *erforderlich* ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden,

wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung *erforderlich* ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass *nicht unverhältnismäßig* sind. Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ verlangt eine am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte, die Interessen des Arbeitgebers und des Beschäftigten berücksichtigende Abwägung im Einzelfall. Obwohl also der Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis den Schutz des Persönlichkeitsrechts genießt, können solche Eingriffe in dieses Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt sein, sofern überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers vorliegen. Das ist im Rahmen einer Güterabwägung festzustellen. Mitentscheidend dabei ist die Intensität des Eingriffs.¹¹

IV. Interne Ermittlungen des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber stehen vielfältige Möglichkeiten der internen Ermittlung zur Verfügung. Unrechtmäßige interne Ermittlungen stellen deren Erfolg insgesamt in Frage, da bei rechtswidrigem Zugriff auf Unterlagen und Dateien mit zivilrechtlichen Beweisverwertungsverböten zu rechnen ist.¹² Bei den folgenden Ausführungen wird stets davon ausgegangen, dass weder eine ausdrückliche Einwilligung noch eine entsprechende Regelung in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung vorhanden ist. Wenn eine wirksame Einwilligung zur Erhebung bzw. Verwendung der konkreten Daten im Einzelfall vorliegt, darf der Arbeitgeber die entsprechenden Daten verwenden, so dass das Spannungsfeld zwischen Ermittlungen und Datenerhebung/-verwendung auf der einen sowie Datenschutz auf der anderen Seite sich nicht bzw. nicht in dem Rahmen stellt.

1. Videoüberwachung

Der Arbeitgeber kann darüber nachdenken, die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen oder unternehmensinternen Richtlinien durch eine Videoüberwachung zu kontrollieren oder für den Fall vermuteter Pflichtverletzung durch Videoüberwachungen den Sachverhalt aufzuklären oder zu hinterfragen.

Die Videoüberwachung am Arbeitsplatz stellt naturgemäß einen erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten als Betroffene dar. Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschäftigten aus Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG stehen im Rahmen der Videoüberwachung aber das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG und die Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 GG gegenüber. Im Hinblick auf die damit einschlägige Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zwischen der Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen und in Privat- oder Diensträumen zu unterscheiden.

a) Offene Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen

Für die Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen ist als Maßstab für die Zulässigkeitsbeurteilung § 6 b BDSG zu beachten. Diese Vorschrift räumt die Möglichkeit ein, mit optisch-elektronischen Einrichtungen öffentlich zugängliche Räume zu beobachten, soweit sie zur Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen, zur Wahrnehmung des Hausrechts oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich sind. Öffentlich zugänglich ist ein Bereich nur dann, wenn der Raum entweder dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist oder nach dem erkennbaren Willen des Berechtigten von jedermann genutzt oder betreten werden kann.¹³ Auch wenn ein Firmengelände keine Kontrolle an der Pforte hat, dh tatsächlich jeder das Gelände betreten

kann, ist es deswegen nicht öffentlich zugänglich, da der Berechtigte den Zugang regelmäßig nur für Personen gestattet, die in einer Beziehung zu ihm stehen.¹⁴

Ein öffentlich zugänglicher Raum iSv § 6 b BDSG ist bspw der Verkaufsraum eines Einzelhandelsgeschäfts, wenn darauf hingewiesen wird, dass eine solche Videoüberwachung erfolgt.¹⁵ Zu den öffentlich zugänglichen Räumen gehören dagegen nicht die Personalräume der Mitarbeiter.¹⁶

Der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle sind gem. § 6 b II BDSG durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen.

Sofern eine Videoüberwachung nach § 6 b BDSG zulässig ist, sind die erhobenen Daten auch seitens des Arbeitgebers verwertbar.

b) Heimliche Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen

Der Einsatz von Videokameras im Betrieb ist folglich immer dann an § 6 b BDSG zu messen, wenn der Mitarbeiter in einer Räumlichkeit beschäftigt wird, die nicht nur seinen Arbeitsplatz umfasst, sondern auch (primär) öffentlich zugänglich ist, indem sie dem Publikumsverkehr dient, wie bspw Verkaufsräume (Ladengeschäfte, Kaufhäuser), Bankfilialen, Tankstellen, Museen, Bahnhöfe oder Gaststätten.¹⁷

Die heimliche Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen wird durch § 6 b BDSG nicht ausdrücklich geregelt. Wie das BAG in seinem Urteil vom 21.6.2012 entschieden hat, kann sie in Ausnahmefällen aber zulässig sein, insbesondere wenn die heimliche Videoüberwachung von Arbeitnehmern zur Aufklärung von Straftaten erfolgt.¹⁸

Dementsprechend sind Eingriffe in das Recht des Arbeitnehmers am eigenen Bild durch heimliche Videoüberwachung und die Verwertung entsprechender Aufzeichnungen 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.¹⁹

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.²⁰

Nach heutiger Rechtslage richtet sich die Zulässigkeit heimlicher Videoüberwachungen zur Aufklärung von Straftaten nach § 32 I 2 BDSG. Dieser trat jedoch erst am 1.9.2009 in Kraft, so dass das BAG in der oben genannten Entscheidung in Bezug auf den zu Grunde liegenden Sachverhalt aus dem ersten Halbjahr 2009 diesen nicht zu prüfen hatte. Eine andere Entscheidung hätte das BAG aber wohl nicht getroffen, da der Gesetzgeber in § 32 I 2 BDSG Kriterien zur Prüfung der Rechtmäßigkeit heimlicher Videoaufzeichnungen aufgestellt hat, die bereits zuvor der Rechtsprechung des BAG entsprachen (s. III 2 und 3).

Doch auch trotz dieser Kriterien bleibt es zweifelhaft, wann ein hinreichender Verdacht besteht. Darf zB eine ganze Werkshalle mit ca. 100 Arbeitnehmern überwacht werden, wenn der Verdacht besteht, dass nur einer von ihnen eine Straftat begeht? Welche realistischen Anforderungen zur Ermittlung eines hinreichenden Verdachts können an den Arbeitgeber gestellt werden? Das wird wohl auch zukünftig den Einzelfallentscheidungen zu entnehmen sein.

So hat das *BAG* mit seiner Entscheidung vom 21.6.2012 die Zulässigkeit heimlicher Videoüberwachungen grundsätzlich bejaht. In dem konkreten Fall konnte aber anhand des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts nach den beschriebenen Kriterien nicht beurteilt werden, ob die Videoüberwachung rechtmäßig erfolgt war. Die beklagte Arbeitgeberin in dem zu Grunde liegenden Fall war Betreiberin eines Einzelhandelsunternehmens. Anlass für die verdeckte Videoüberwachung waren hohe Inventurverluste in der Filiale, in der die Klägerin tätig war, insbesondere im Bereich Tabak. Die Beklagte hatte den Verdacht, dass die Inventurdifferenzen zu einem erheblichen Teil durch Mitarbeiterdiebstähle verursacht wurden. Sie stellte daher eine Überwachungskamera auf, die die Klägerin bei zwei Gelegenheiten filmte, wie sie jeweils mindestens eine Zigarettenschachtel im Kassenbereich entnahm und diese anschließend einsteckte. Das *BAG* gab an, dass bisher nicht bindend festgestellt worden sei, welche Inventurdifferenzen beim Arbeitgeber tatsächlich vorgelegen hätten. Weiterhin sei nicht festgestellt worden, auf welchen Tatsachen der Verdacht gründe, dass diese Differenzen durch Mitarbeiterdiebstähle verursacht worden seien und welcher Mitarbeiterkreis im Verdacht stehe, die Taten begangen zu haben. Auf Grund dieser Unsicherheiten habe das Gericht nicht prüfen können, ob weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung zur Verfügung gestanden hätten. Das Gericht betont aber, dass nach dem Vorbringen der Beklagten nicht ausgeschlossen sei, dass sie zur verdeckten Videoüberwachung berechtigt gewesen sei.²¹

Gemäß der Entscheidung des *BAG* vom 21.11.2013 ist die heimliche Videoüberwachung zum Nachweis der Absicht, sich einige Münzen im Wert von Cent-Beträgen zuzueignen, schlechthin unverhältnismäßig. In dem Fall war die Beklagte ein Getränkemarkt. Zur Mitte des Jahres 2009 stellte die Beklagte anlässlich einer Revision fest, dass in der ersten Jahreshälfte Leergutdifferenzen in Höhe von mehr als 7000 Euro aufgetreten waren. Nachdem Kontrollen des Lagerbestands und des Warenausgangs keine Hinweise auf Unregelmäßigkeiten ergeben hatten, vermutete sie deren Ursache im Kassenbereich. Nach Rücksprache mit dem Betriebsrat wurde eine verdeckte Videoüberwachung des Kassenbereichs für drei Wochen eingerichtet. Aus den Aufzeichnungen ging hervor, dass sich unter der Leergutkasse des Getränkemarkts ein Plastikbehälter befand, in dem Geld aufbewahrt wurde. Außerdem war zu erkennen, dass die Klägerin diesem Behältnis Geld entnahm und in ihre Hosentasche steckte. Das *BAG* bemängelte, dass es am Vortrag fehle, weshalb die Videoüberwachung praktisch das einzige verbliebene Mittel gewesen sein soll. Zum anderen hielt es die heimliche Videoüberwachung zum Nachweis der Zueignungsabsicht der Klägerin für unverhältnismäßig.

c) Videoüberwachung in Privat- oder Diensträumen

Auf die Videoüberwachung in nicht öffentlich zugänglichen Räumen ist § 6 b BDSG nicht anwendbar.²² Andererseits ist aber nicht der Umkehrschluss zu ziehen, dass die Videoüberwachung, weil sie von § 6 b BDSG nicht geregelt wird, in nicht öffentlich zugänglichen Räumen von vorne herein unzulässig sei.²³ Vielmehr legt das *BAG* an die Zulässigkeit von Videoaufzeichnungen in Privat- oder Diensträumen strengere Maßstäbe an als an die Überwachung in öffentlich zugänglichen Räumen. Die Eingriffsintensität sei typischerweise in öffentlich zugänglichen Räumen geringer als bei einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz, weil der Kreis der beobachteten Personen am Arbeitsplatz überschaubarer und nicht anonym sei. Die betroffenen Personen seien auch längere Zeit unter Beobachtung. Dadurch werde der Überwachungs- und Anpassungsdruck deutlich erhöht.²⁴ Vor diesem Hintergrund können Videoaufzeichnungen aus konkretem Anlass, insbesondere zur Aufklärung von Straftaten, unter den gleichen Voraussetzungen erfolgen, wie in öffentlich zugänglichen Räumen.

So hat das BAG für den Einsatz stationärer Videoanlagen in Briefverteilzentren bei der *Deutschen Post-AG* auf Grund einer Betriebsvereinbarung erkannt, dass eine Videoüberwachung im Außenbereich (auch wenn es sich um einen nicht öffentlich zugänglichen Bereich handelt) geeignet ist, Straftaten gegenüber der Arbeitgeberin, deren Kunden oder Lieferanten sowie deren Beschäftigten vorzubeugen und zu ihrer Aufklärung beizutragen. Eine solche Überwachung erscheine unter Berücksichtigung der mit ihr verfolgten Zwecke und unter Würdigung der mit ihr verbundenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer auch als angemessen. Dabei sei von maßgeblicher Bedeutung, dass die etwa 30 betroffenen Kraftfahrer der Videoüberwachung nur für eine Viertelstunde täglich ausgesetzt seien.²⁵

Im gleichen Beschluss wurde aber die Regelung, dass die Videoaufzeichnung auf weitere Bereiche oder gegebenenfalls das gesamte Briefzentrum erstreckt werden könne, wenn die Überführung des Täters oder der Täterin nicht gelinge, als nicht angemessen gewertet. Es werde damit in die Persönlichkeitsrechte von sehr viel mehr Arbeitnehmern eingegriffen, ohne dass diese hierzu Anlass gegeben hätten.²⁶

Eine Videoüberwachung in Bereichen, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung der Beschäftigten dient, ist dagegen grundsätzlich unzulässig. § 201 a StGB sanktioniert die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen: Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird ua bestraft, wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt. Da das Gesetz neben der Wohnung den „gegen Einblick besonders geschützten Bereich“ benennt, ist die Vorschrift auch im Arbeitsrecht einschlägig. So sind zB Bildaufnahmen von einem Arbeitnehmer im Sanitär-, Umkleide- oder Schlafräum unzulässig.²⁷

d) Permanente Videoüberwachung

Eine systematische und ständige Überwachung auf Vorrat durch technische Einrichtungen, zB Fernsehmonitore und Videokameras, ist wegen des damit verbundenen „Überwachungsdrucks“ regelmäßig rechtswidrig. Eine solche Überwachung ist nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann individualrechtlich gerechtfertigt, wenn sie das einzig brauchbare Mittel ist, zB zur Ermittlung bei Diebstählen oder Warenverlusten in erheblichem Umfang.²⁸

Weder das Eigentum noch das Hausrecht oder die Regelung des Arbeitsverhältnisses für sich können eine solche Rechtfertigung darstellen.²⁹

In seinem Beschluss vom 29.6.2004 hatte das BAG ua für die Bearbeitungshalle in einem Briefzentrum über folgende Regelungen in einer Betriebsvereinbarung zu entscheiden:

- –Die Arbeitgeberin darf die Videoanlage in jeder Kalenderwoche für 50 Stunden in Betrieb nehmen.
- –Wenn ein begründeter Anfangsverdacht vorliegt, wird die Videoanlage für 48 Stunden ohne Anrechnung auf das 50-Stundenkontingent in Betrieb gesetzt.

Das BAG hielt diesen Eingriff nicht für gerechtfertigt. Da Videoaufzeichnungen von 50 Stunden pro Woche auch ohne Vorliegen eines Verdachts gestattet seien, hätten die Arbeitnehmer während ihrer gesamten Arbeitszeit davon auszugehen, dass ihre Verhaltensweisen möglicherweise gerade aufgezeichnet würden und später anhand der Aufzeichnungen rekonstruiert und kontrolliert werden könnten. Dadurch entstehe ein ständiger Druck, sich möglichst unauffällig zu benehmen.³⁰

e) Datensparsamkeit

Im Datenschutz gilt das Prinzip der Datensparsamkeit. Auch wenn ein berechtigter Grund für eine Videoüberwachung besteht, bedeutet dies nicht zugleich, dass die Videoüberwachung uneingeschränkt möglich ist. Für die Beurteilung, ob eine Videoüberwachung im konkreten Fall zulässig ist, sind insbesondere die Dauer der Videoüberwachung, der erfassbare Bereich, die Erkennbarkeit von Betroffenen (Stichwort Verpixelung, wenn nicht die Identität der Person im Vordergrund steht) und die Frage, ob eine Aufzeichnung oder ein bloßes Monitoring erfolgt, von Bedeutung.

Zu beachten ist, dass Tonaufnahmen bei jeder Form der Videoüberwachung unzulässig sind. Damit wird das Recht am gesprochenen Wort als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 I iVm Art. 1 I GG geschützt. Ein Eingriff in dieses Recht durch Dritte ist strafbewehrt. So sanktioniert § 201 StGB die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe, wenn jemand unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt oder eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht.

Gemäß § 6 b V BDSG sind die Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Eine festgelegte Frist hinsichtlich der Aufbewahrungsdauer existiert damit nicht. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass für die Speicherdauer allein der Zweck maßgeblich ist. So wurde bereits eine Speicherdauer von zehn Tagen als zulässig angesehen.

f) Beteiligung des Betriebsrats

Bei der Durchführung von Videoüberwachungen durch den Arbeitgeber steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 6 BetrVG zu.

Die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats kann im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedenfalls zur Unwirksamkeit von Maßnahmen oder Rechtsgeschäften führen, die den Arbeitnehmer belasten.³¹ Die Rechtsunwirksamkeit ist eine Sanktion dafür, dass der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht verletzt hat. Daher kommt es darauf an, ob die Rechtsfolge der Rechtsunwirksamkeit dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts entspricht.³²

Der Schutzzweck des § 87 I Nr. 6 BetrVG gebietet die Annahme eines Verbots der Verwertung mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel jedenfalls dann nicht, wenn die Verwertung des Beweismittels nach allgemeinen Grundsätzen zulässig ist und der Betriebsrat der Kündigung des Arbeitnehmers in Kenntnis der heimlich hergestellten Videoaufzeichnungen zustimmt.³³ Der Betriebsrat gibt damit nämlich zu erkennen, dass er seine Rechte nicht für berührt hält und trotz der Kompetenzüberschreitung jedenfalls für den konkreten Fall die Beweisverwertung billigt. Dem entspricht es, dass – soweit bisher für Verstöße gegen § 87 I Nr. 6 BetrVG ein Beweisverwertungsverbot befürwortet wird – stets vom gleichzeitigen Vorliegen eines unzulässigen Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht ausgegangen wird.³⁴

Stimmt der Betriebsrat der Kündigung nicht zu, besteht dann trotz alledem kein Beweisverwertungsverbot, wenn gegenüber dem Arbeitnehmer der *konkrete* Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ausgeschöpft sind und die verdeckte Videoüberwachung praktisch das einzig verbliebene Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist.³⁵

2. Telefonüberwachung

Bei der Telefonüberwachung wird zwischen der Erfassung von Telefondaten und dem Abhören von Telefongesprächen unterschieden. Dabei ist die Frage der Zulässigkeit beim Abhören oder Mithören von dienstlichen oder privaten Telefongesprächen geprägt vom Tatbestand der Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes.

a) Heimliches Abhören

Das heimliche Abhören von Telefongesprächen – gleich ob dienstlicher oder privater Natur – ist generell unzulässig.³⁶ Zulässig ist dagegen das Mithören eines Telefongesprächs (zB durch Zweithörer, Lautsprecher), sofern der Arbeitnehmer konkret zugestimmt hat.³⁷

Darüber hinaus hat das *BVerfG* ausgeführt, dass der grundrechtliche Schutz des gesprochenen Wortes nicht durch die bloße Kenntnis von einer Mithörmöglichkeit beseitigt werden kann.³⁸ Die Benutzung eines Diensttelefons allein rechtfertigt nicht den Schluss, damit sei dem Sprechenden eine Erweiterung des Adressatenkreises gerade um den Arbeitgeber oder dessen Vertreter gleichgültig. Vielmehr schützt das Recht am eigenen Wort die Befugnis des Sprechenden, den Kreis der Adressaten seiner Worte selbst zu bestimmen.

In der Praxis stellt sich häufig das Problem, dass ein Vertreter des Arbeitgebers (bspw. der Personalleiter) mit einem Arbeitnehmer telefoniert. Nunmehr will ein Dritter (sei es auf Seiten des Personalleiters, sei es auf Seiten des Arbeitnehmers), dass, was der Gesprächspartner am Telefon gesagt hat, auf Grund der Lautstärke verstanden haben. Ein Beispiel: Der Arbeitnehmer beleidigt den Personalleiter am Telefon grob. Auf Grund der Lautstärke der Beleidigung hat die Assistentin des Personalleiters diese Verbalinjurie mithören können. Hier stellt sich die Frage, ob die dergestalt erlangte Information verwertbar ist. Bei telefonischen Dienstgesprächen mag es dem Arbeitnehmer oft gleichgültig sein, ob die Äußerungen seines Gesprächspartners von dort anwesenden Personen mitgehört werden können. Anders liegt es schon bezüglich der Frage, ob der Arbeitnehmer regelmäßig allein auf Grund der Führung eines Dienstgesprächs damit einverstanden ist, dass seine Worte vom Gesprächspartner über eine Mithöreinrichtung Dritten zur Kenntnis gebracht werden. Nochmals anders liegt es, wenn ein Dritter von keinem der beiden Gesprächspartner zum Mithören ermächtigt worden ist. Das Recht am eigenen Wort schützt die Befugnis des Sprechenden, den Kreis der Adressaten seiner Worte selbst zu bestimmen. Der dienstliche oder rein geschäftliche Charakter des Telefongesprächs beseitigt diese Bestimmungsbefugnis nicht ohne weiteres. Es handelt sich also auch bei der vorgenannten Fallkonstellation um ein „heimliches Mithören“.

Das heimliche Mithörenlassen von Telefongesprächen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht und ist unzulässig; auf diese Weise erlangte Beweismittel dürfen nicht verwertet werden.³⁹

b) Automatische Erfassung von Telefondaten

Erlaubt ist die automatische Erfassung von Telefondaten bei Dienstgesprächen oder Privatgesprächen aus dienstlichem Anlass hinsichtlich Anzahl, Zeitpunkt, Dauer, Gebühreneinheiten, Zielnummer, Nummer des benutzten Apparats.⁴⁰ Das Vorgenannte gilt also für Dienstgespräche oder Privatgespräche aus dienstlichem Anlass oder weil der Arbeitgeber das Telefonieren gegen Kostenerstattung gestattet. Privatgespräche aus dienstlichem Anlass können zB überraschend anberaumte Überstunden und der daraufhin notwendige Anruf bei der Familie sein. Derartige Daten über von Arbeitnehmern geführte Telefongespräche sind personenbezogene Daten des Arbeitnehmers im Sinne des BDSG. Darüber hinaus können sie aber auch personenbezogene

Daten des Angerufenen sein, wenn die Zielnummer erfasst wird. Diesbezüglich ist von der Rechtsprechung noch nicht eindeutig geklärt, ob die Speicherung der Zielnummer des externen Gesprächspartners datenschutzrechtlich zulässig ist. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse wurde bisher für den Fall der Beratungstätigkeit eines angestellten Psychologen angenommen.⁴¹ Es empfiehlt sich deshalb, nur die Vorwahl und einen Teil der Rufnummer zu speichern. Sofern allerdings eine Betriebsvereinbarung vorliegt, die die Erfassung von Telefondaten regelt, ist diese nicht unwirksam, weil die geregelte Telefondatenerfassung gegenüber dem Angerufenen datenschutzrechtlich unzulässig ist.⁴²

Erlaubt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern die private Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel, zB Telefon oder Internet, so ist er nach überwiegender Auffassung als Anbieter einer Telekommunikationsdienstleistung dem Fernsprechegeheimnis des § 88 TKG unterworfen.⁴³ Gemäß § 88 III TKG ist es den nach § 88 II TKG Verpflichteten (Dienstanbieter) untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen.

c) Mitbestimmung des Betriebsrats

Erfolgt die Überwachung mit Hilfe von technischen Geräten, ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG zu beachten.⁴⁴

Mitbestimmungswidrig erlangte Daten dürfen im Prozess nur verwertet werden, wenn bei ihrer Erhebung nicht gegen Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers verstoßen worden ist.⁴⁵

3. Internet/E-Mails

Wie bereits unter dem Aspekt der Telefonüberwachung angesprochen, unterliegen die Nutzung von Telefon und Internet grundsätzlich den telekommunikationsrechtlichen Schutzbestimmungen des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und des Telemediengesetzes (TMG). Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf das Internet zwischen privater und ausschließlich dienstlicher Nutzung zu unterscheiden.

Darf das Internet vom Arbeitnehmer ausschließlich zu beruflichen Zwecken genutzt werden, finden gem. § 11 I Nr. 1 TMG die Schutzvorschriften der §§ 12 ff. TMG keine Anwendung. Der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung kann deshalb den Datenverkehr des Arbeitnehmers nach Maßgabe von § 32 BDSG kontrollieren; dies gilt insbesondere für E-Mails und den Verlauf besuchter Internetseiten.⁴⁶ Dienstliche E-Mails dürfen also grundsätzlich eingesehen werden.⁴⁷

Ist dem Arbeitnehmer die private Nutzung des Internets erlaubt, ist der Arbeitgeber nach überwiegender Auffassung als Anbieter der Dienste iSv § 3 Nr. 6 TKG anzusehen und nach § 88 II TKG dann zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 I GG) verpflichtet. Ob und in welchem Umfang Beweisverwertungsverbote bestehen, wenn der Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung Daten ohne Einwilligung des Arbeitnehmers erhebt, ist noch nicht abschließend geklärt.

Insbesondere bei privaten E-Mails ist nach neuer Rechtsprechung zu differenzieren; nur der Transfer von Mails unterfällt § 88 TKG, nicht aber erhaltene und gespeicherte Mails.⁴⁸

Die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses ist strafbar (§ 206 StGB). Folge ist, dass der Arbeitgeber die näheren Umstände von Seitenaufrufen seitens seiner Arbeitnehmer in der Regel nicht mehr protokollieren darf. Da die private Nutzung regelmäßig kostenlos gewährt wird, darf der Arbeitgeber in seiner Eigenschaft als Dienstanbieter die anfallenden Verkehrsdaten häufig nur noch zum Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen (§

100 I TKG) verwenden. Die unzulässige Erhebung oder Verwendung von Verkehrsdaten kann mit Bußgeldern von bis zu 300.000 Euro geahndet werden (§ 149 II und I Nr. 16 TKG).

4. Torkontrolle/Leibesvisitationen

Torkontrollen als tatsächliche Handlungen sind zulässig, sofern dringende sachliche Gründe eine entsprechende Kontrollmaßnahme nahe legen. Eine Duldungspflicht begründet die Treuepflicht des Arbeitnehmers gem. § 242 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag. Unter Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers genügt im Allgemeinen das Öffnen der Tasche; Abtasten oder körperliche Durchsuchungen bedürfen eines aktuellen Anlasses und zwingenden Grundes.⁴⁹

5. Mitarbeiterbefragungen/Mitarbeiterinterviews

Bei der internen Ermittlung stellt die Befragung von Mitarbeitern einen weiteren zentralen Aspekt dar. Die Mitarbeiterbefragung (auch „Interview“ genannt) erfolgt auf Grund von Verstößen des Arbeitnehmers selbst oder auf Grund von Wahrnehmungen, die gemacht wurden und zur Aufklärung der Verstöße beitragen. Es handelt sich dabei in keiner Weise um eine strafprozessuale Vernehmung. Vielmehr dient das Interview in erster Linie der Aufklärung eines Sachverhalts.

a) Anforderungen an das Gespräch mit dem verdächtigen Arbeitnehmer

Zunächst geht es um die Mitarbeiterbefragung zur Aufklärung von Verstößen des Arbeitnehmers selbst. Bei der Ausgestaltung des Gesprächs ist der Arbeitgeber sowohl formell als grundsätzlich auch inhaltlich frei. Etwaige „Belehrungen“ des Arbeitnehmers über den aufzuklärenden Sachverhalt oder strafprozessuale Folgen sind nicht erforderlich.⁵⁰

Sofern die Mitarbeiterbefragung mit der Anhörung für eine spätere Verdachtskündigung verbunden wird, sind die vom BAG für diese Anhörung aufgestellten Anforderungen zu beachten. So muss sich die Anhörung bei der Verdachtskündigung auf einen konkretisierten (greifbaren) Sachverhalt beziehen.⁵¹ Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer nicht lediglich mit einer unsubstanzierten Wertung konfrontieren und ihm wesentliche Erkenntnisse vorenthalten. Er muss alle erheblichen Umstände angeben, aus denen er den Verdacht ableitet.⁵² Die Einladung zur Anhörung ist an keine formalen Voraussetzungen geknüpft, insbesondere besteht kein Schriftformerfordernis und keine Pflicht zur vorherigen Mitteilung des „Themenkreises“ oder der verdachtsbegründenden Tatsachen.⁵³

Auch beim Interview ist dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, bestimmte Tatsachen zu bestreiten oder Entlastendes zu bezeichnen. Insofern sind angesichts der gegenseitigen Treue- und Rücksichtnahmepflichten im Arbeitsverhältnis die Grundsätze zur Anhörung bei der Verdachtskündigung zu berücksichtigen. Lediglich die Einschränkung, dass die Anhörung einen „greifbaren Sachverhalt“ betreffen muss, ist vom Recht der Verdachtskündigung nicht auf Interviews zu übertragen.⁵⁴ Denn während bei der Verdachtskündigung nur noch eine Ungewissheit besteht, ob der Arbeitnehmer eine bereits genau bestimmte Pflichtverletzung auch wirklich begangen hat, können bei einem Interview dagegen am Anfang der Ermittlungen die Einzelheiten der Pflichtverletzung noch völlig im Dunkeln liegen.⁵⁵

Wenn der Arbeitnehmer der Aufforderung zu einem solchen Gespräch nicht folgt, kann dies für ihn nachteilige Konsequenzen haben: Will der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu einer Verdachtskündigung anhören und folgt der Arbeitnehmer dem nicht, hat der Arbeitgeber seiner Pflicht Genüge getan und kann anschließend, ohne weitere Anhörung des Arbeitnehmers, eine Verdachtskündigung aussprechen.⁵⁶

b) Anforderungen an das Gespräch mit dem Arbeitnehmer als Zeuge

Zunächst gilt für die Mitarbeiterbefragung des Arbeitnehmers als Zeugen das Vorgenannte zum Interview mit dem verdächtigen Arbeitnehmer ebenso. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer uneingeschränkt über Art und Umfang seiner Leistung, seinen Arbeitsbereich und über Wahrnehmungen im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung befragen. Beziehen sich die Ermittlungen auf Bereiche, die nicht den unmittelbaren Arbeitsbereich des Mitarbeiters betreffen, zB auf Wahrnehmungen während einer Dienstreise, so kann der Mitarbeiter dennoch verpflichtet sein, Auskunft zu erteilen. Allerdings sind seine Interessen im Rahmen einer Abwägung angemessen zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber muss ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage haben.⁵⁷

c) Hinzunahme des Betriebsrats

Ein Recht auf Hinzuziehung des Betriebsrats hat der Arbeitnehmer nach § 82 II 2 BetrVG nicht. Bei Befragungen durch den Arbeitgeber zu internen Ermittlungen werden weder Leistungsbeurteilungen des Arbeitnehmers noch dessen berufliche Entwicklung erörtert. Gleiches gilt für leitende Angestellte in Bezug auf die Anwesenheit eines Mitglieds des Sprecherausschusses.⁵⁸

Auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG rechtfertigt nicht die Teilnahme des Betriebsrats. Bei einem möglichen Compliance-Verstoß geht es allein um das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁵⁹

Der Betriebsrat hat allerdings das Recht nach § 80 II BetrVG über die Durchführung des Interviews informiert zu werden. Ein Recht, auch über einzelne Erkenntnisse informiert zu werden, die das Interview ergeben hat, besteht dagegen nicht.⁶⁰

d) Hinzunahme eines Rechtsanwalts

Sofern es bei der Befragung nicht um das Verhalten des Arbeitnehmers selbst geht, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht die Begleitung durch einen Rechtsanwalt durchsetzen.⁶¹ Etwas anderes kann dann gelten, wenn das Unternehmen seinerseits einen externen Anwalt zur Befragung hinzuzieht und damit die rein personale Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verlässt.⁶²

e) Sanktionen bei Verweigerung der Mitwirkung

Im Falle der verweigerten Mitwirkung an einem zulässigerweise anberaumten Gespräch, kann der Arbeitgeber die Vergütung nach § 273 I BGB zurückbehalten oder gegebenenfalls, nach vergeblicher Abmahnung, das Arbeitsverhältnis verhaltensbedingt – gegebenenfalls mittels einer Verdachtskündigung – beenden.⁶³

V. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers

Dem Recht des Arbeitgebers auf interne Ermittlungen stehen Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer gegenüber.

1. Teilnahmepflicht des Arbeitnehmers am Interview

Bei Mitarbeiterbefragungen ist der Arbeitnehmer verpflichtet teilzunehmen, sofern die Teilnahme von dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gem. § 106 GewO gedeckt ist.

Der Arbeitgeber kann nach §§ 106 S. 1 und 2, 6 GewO gegenüber allen Arbeitnehmern Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese

Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrags oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Das Weisungsrecht betrifft danach zum einen die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht. Zum anderen erstreckt sich das Weisungsrecht auch auf die so genannten leistungssichernden Verhaltenspflichten, deren Erfüllung unumgänglich ist, um einen sinnvollen Austausch der Hauptleistungspflichten zu ermöglichen.⁶⁴

Da das Weisungsrecht keinem Formzwang unterliegt, ist der Arbeitgeber mithin berechtigt, auch mündlich Weisungen zu erteilen. Das beinhaltet die Berechtigung, den Arbeitnehmer zur Teilnahme an Gesprächen zu verpflichten, in denen der Arbeitgeber Weisungen vorbereiten, erteilen oder ihre Nichterfüllung beanstanden will. Die Teilnahme an Gesprächen, die mit den im Gesetz genannten Zielen nicht im Zusammenhang stehen – zB Gespräche mit dem einzigen Ziel einer vom Arbeitnehmer bereits abgelehnten Vertragsänderung –, kann der Arbeitgeber nicht durch einseitige Anordnung zur nach § 106 GewO verbindlichen Dienstpflicht erheben.⁶⁵

Die Weisung muss billigem Ermessen entsprechen und der Arbeitgeber hat die grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitnehmers zu beachten.⁶⁶ Eine Rechtsposition, die dem Arbeitnehmer das Erscheinen zum Gespräch zwecks Aufklärung von Compliance-Verstößen abnehmen könnte, ist aber nicht ersichtlich. Vielmehr überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Aufklärung des Sachverhalts.⁶⁷

2. Auskunftsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist auf Grund seiner Treuepflicht gem. § 242 BGB vollumfänglich zur Auskunft verpflichtet, wenn sich die Fragen auf seinen Arbeitsbereich beziehen, der Arbeitgeber ein schutzwürdiges Interesse hat und die geforderte Auskunft keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellt.⁶⁸ In die vorzunehmende Abwägung fließen etwa die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, die Art seiner Tätigkeit und die Gefahr oder der Schaden für Rechtsgüter des Arbeitgebers ein.

Mit der Pflicht zur Gesprächsteilnahme obliegt dem Arbeitnehmer auch die wahrheitsgemäße Schilderung des Sachverhalts. Ein Auskunftsverweigerungsrecht kommt nur dann – analog der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 55 StGB, §§ 383, 384 ZPO – in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer eine wahrheitsgemäße Auskunft unzumutbar ist.⁶⁹ Eine derartige Unzumutbarkeit ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer sich selbst oder einen nahen Angehörigen mit den Folgen einer strafrechtlichen Ermittlung belasten würde.⁷⁰ Er darf also schweigen, soweit er sich selbst belasten müsste.

3. Anzeigepflicht des Arbeitnehmers

Grundsätzlich obliegt dem Arbeitnehmer die Pflicht, drohende Schäden dem Arbeitgeber mitzuteilen.⁷¹

Diese Anzeigepflicht besteht auch in Bezug auf das Verhalten anderer Arbeitnehmer. So hat das BAG die Anzeigepflicht für den Arbeitnehmer als Zeugen bejaht, soweit diesem die Überwachung und Kontrolle eines anderen (Vorgesetztenfunktion), sich möglicherweise arbeitswidrig verhaltenden Arbeitnehmers übertragen ist.⁷² Entsprechendes gilt, wenn der Zeugen-Arbeitnehmer eine Kontrollfunktion gegenüber dem vertragsbrüchigen Kollegen ausübt, ohne dessen Vorgesetzter zu sein, solange sich die schädigende Handlung im Aufgabenbereich des Zeugen-Arbeitnehmers abspielt und Wiederholungsgefahr gegeben ist.⁷³

Entsprechendes soll für die Fälle gelten, in denen einem Zeugen-Arbeitnehmer schädigende Handlungen von Kollegen außerhalb seines Arbeitsbereichs zur Kenntnis gelangen.⁷⁴ Im Hinblick auf die arbeitsvertraglichen Treuepflichten ist hier eine besondere Interessenabwägung vorzunehmen: Jedenfalls wenn ein nicht nur unerheblicher Schaden droht oder eingetreten ist, ist die Anzeige und damit erst recht die Auskunft dem Zeugen-Arbeitnehmer zumutbar, denn dem Interesse des Arbeitgebers an Aufklärung und Vermeidung von (weiteren) Schäden stehen keine schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers gegenüber.⁷⁵

4. Auskunftspflicht des Arbeitnehmers als Zeuge

Die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers als Zeuge auf Nachfrage erstreckt sich in jedem Fall auf objektive Umstände ohne Bezug zu bestimmten Personen.

Wie weit die Auskunftspflicht in Bezug auf das Verhalten anderer Arbeitnehmer reicht, ist indes ungeklärt. Besteht aber gemäß der oben genannten Rechtsprechung des BAG die Pflicht zur ungefragten Offenbarung des Geschehens, besteht erst recht auch eine Pflicht zur Offenbarung auf Nachfrage.⁷⁶ Vor diesem Hintergrund obliegt dem Zeugen-Arbeitnehmer also die Auskunftspflicht, sofern er Vorgesetzter des sich möglicherweise arbeitswidrig verhaltenden Arbeitnehmers ist oder sich die schädigende Handlung in seinem Aufgabenbereich abspielt, Wiederholungsgefahr besteht und er Kontrollfunktion hat. Darüber hinaus wird die Auskunftspflicht auch angenommen, wenn sich die schädigende Handlung im Arbeitsbereich des Zeugen abspielt, ohne dass eine Kontrollfunktion besteht.⁷⁷

Gemäß den Ausführungen zur Anzeigepflicht besteht die Auskunftspflicht über schädigende Handlungen von Kollegen auch außerhalb des Arbeitsbereichs unter den Voraussetzungen der oben genannten Interessenabwägung.

5. Pflicht zur Herausgabe von Dokumenten/elektronischen Dateien

Die Arbeitnehmer sind verpflichtet, dem Arbeitgeber dienstliche Unterlagen herauszugeben. Gleiches gilt für Akten und Unterlagen in elektronischer Form. Der Arbeitgeber hat also ein uneingeschränktes Einsichtsrecht in Bezug auf dienstliche E-Mails und elektronische Dateien.⁷⁸

Eine Verweigerung der Herausgabe der Akten durch Mitarbeiter ist nur zulässig, wenn es sich um private oder persönliche Dokumente handelt. Auch private Dateien und E-Mails darf der Arbeitgeber nicht einsehen. Sofern es dem Arbeitnehmer also gestattet ist, privat E-Mails zu schreiben, ist eine Separierung dienstlicher und privater E-Mails erforderlich, damit der Arbeitgeber von seinem Recht auf Einsichtnahme Gebrauch machen kann. Bei der Unterscheidung der E-Mails in dienstlich und privat hat der Arbeitnehmer mitzuwirken.⁷⁹

6. Auskunftspflicht bei Nebentätigkeit

Der Arbeitgeber, der Anhaltspunkte für eine Vertragsverletzung hat, ist berechtigt, den Arbeitnehmer nach den Gründen und dabei insbesondere auch danach zu fragen, ob er eine Nebentätigkeit ausübt.⁸⁰ Dieser Grundsatz gilt unabhängig davon, ob der Arbeitgeber Nebentätigkeiten in jedem Einzelfall von seiner Zustimmung abhängig machen könnte. Verweigert ein Arbeitnehmer trotz Aufforderung des Arbeitgebers über Jahre hinweg Angaben über einen Teil seiner erheblichen Nebentätigkeit völlig und gibt er über einen anderen Teil zum Umfang seiner arbeitsmäßigen Beanspruchung keine Auskunft, sind die berechtigten Interessen des Arbeitgebers an der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung bedroht.⁸¹ So hat das BAG ausgeführt, dass im Arbeitsverhältnis ein Auskunftsanspruch nach § 242 BGB besteht, soweit der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer

Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete unschwer Auskunft erteilen kann.

Macht zB der Arbeitnehmer einen Annahmeverzug geltend, ist er hinsichtlich des erzielten Zwischenverdienstes zur Auskunft verpflichtet. Der Arbeitgeber hat einen selbstständig einklagbaren Auskunftsanspruch. Gleiches gilt nach § 74 c II HGB für die Einkünfte aus einer selbstständigen Tätigkeit während der Karenzzeit eines Wettbewerbsverbots.⁸² Zu beachten ist insoweit allerdings, dass sich die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers nur auf die Höhe der Einkünfte erstreckt. Im Vorfeld ist es demgegenüber Obliegenheit des Arbeitgebers darzulegen, dass überhaupt derartige Einkünfte erzielt wurden.⁸³

7. Auskunftspflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter

Im Falle der Insolvenz hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Insolvenzverwalter seines ehemaligen Arbeitgebers keine allgemeine Auskunftspflicht über die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens.⁸⁴ Vielmehr steht dem Insolvenzverwalter ein Auskunftsanspruch gem. § 97 InsO gegenüber dem ehemaligen Arbeitgeber des Arbeitnehmers zur Verfügung.⁸⁵

8. Zuverlässigkeitstests

Neben Tor- und Taschenkontrollen zur Aufdeckung und Verhinderung von Diebstählen kann der Arbeitgeber so genannte Ehrlichkeitskontrollen, Testkäufe und Schalterttests durchführen. Den Arbeitnehmer trifft die Pflicht, Tor- und Taschenkontrollen zu erdulden, sofern dringende sachliche Gründe eine entsprechende Kontrollmaßnahme nahelegen.⁸⁶ Das Recht des Arbeitgebers zur Durchführung von Tor- und Taschenkontrollen ergibt sich aus dem Selbsthilferecht, dem Notwehr- oder dem Notstandsrecht. Da diese Maßnahmen aber in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifen, muss die Handhabung einer jeden Kontrolle an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtet werden.⁸⁷ Ohne konkrete Verdachtsmomente wird sich eine Torkontrolle auf ein oberflächliches Abtasten der Kleidung und das Öffnen der Taschen beschränken müssen. Zuverlässigkeitstests sind Ehrlichkeitskontrollen, Testkäufe und Schalterttests. Diese Zuverlässigkeitstests sind dann erlaubt, wenn die Ehrlichkeit der Arbeitnehmer auf andere Weise nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen festgestellt werden kann.⁸⁸ So wurde auch der Einsatz von Testkäufern, die ua die Einhaltung von Kassenvorschriften überwachen sollten, von der Rechtsprechung nicht beanstandet.

9. Aufsuchen/Durchsuchung des Arbeitsplatzes

Der Arbeitnehmer ist ferner verpflichtet, das spontane Aufsuchen am Arbeitsplatz zuzulassen. Gerade das spontane Aufsuchen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz dient nicht nur notwendiger Führung und Kommunikation, sondern ist arbeitsrechtlich zweifelsohne zulässig. Der Arbeitnehmer hat kein Recht, sich gegen derartige Kontrollen zu wehren, da sie zur unvermeidlichen Einschränkung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers gehören. Es bedarf dafür keines konkreten Anlasses und keiner vorherigen Ankündigung.⁸⁹ Ausschlaggebend ist dabei stets, dass es lediglich der Kontrolle des Arbeitsverhaltens dient. Eine Pflicht des Arbeitnehmers in diesem Zusammenhang ehrverletzende, diskriminierende, maßregelnde oder bloßstellende Verhaltensweisen seitens des Arbeitgebers oder des Vorgesetzten im Rahmen derartiger Kontrollen zu erdulden, besteht in keiner Weise.

Die Inaugenscheinnahme des Büros eines Arbeitnehmers ist auf Grund des Hausrechts des Arbeitgebers auch ohne dessen Kenntnis und Zustimmung zulässig. Ebenfalls als unbedenklich wird

dabei die Inaugenscheinnahme von in diesem Büro befindlichen unverschlossenen Gegenständen angesehen.⁹⁰

VI. Zusammenfassung

Die internen Ermittlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers haben dort ihre Grenzen, wo das geschützte Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers auf Grund der grundrechtlich geschützten Positionen des Eigentumsrechts und der Berufsausübungsfreiheit auf das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers trifft. Insofern ist auf Basis von § 32 I BDSG im Rahmen der „Erforderlichkeitsprüfung“ für die einzelnen Maßnahmen jeweils eine Güterabwägung vorzunehmen. Dementsprechend sind zusammenfassend folgende Ermittlungshandlungen zulässig:

- –Die heimliche Videoüberwachung in privaten Räumen ist 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.
Eine systematische und ständige Überwachung auf Vorrat durch technische Einrichtungen, ist demgegenüber regelmäßig rechtswidrig.
- –Das heimliche Abhören von Telefongesprächen – gleich ob dienstlicher oder privater Natur – ist generell unzulässig.
- –Die automatische Erfassung von Telefondaten bei Dienstgesprächen oder Privatgesprächen aus dienstlichem Anlass ist erlaubt.
Bei einer erlaubten Privatnutzung des Telefons unterliegt der Arbeitgeber nach überwiegender Auffassung dem Fernsprecheheimnis des § 88 TKG und darf sich demgemäß keinerlei Kenntnis von Inhalt oder näheren Umständen der Telekommunikation verschaffen. Für E-Mails gilt das Vorgenannte zum Führen von Telefongesprächen entsprechend. Dienstliche E-Mails dürfen grundsätzlich eingesehen werden. Bei privaten E-Mails unterliegt der Transfer § 88 TKG, erhaltene und gespeicherte Mails fallen nicht darunter.
- –Torkontrollen sind zulässig, sofern dringliche sachliche Gründe eine entsprechende Kontrollmaßnahme nahelegen. Zuverlässigkeitstests sind erlaubt, wenn die Ehrlichkeit der Arbeitnehmer auf andere Weise nicht festgestellt werden kann.
- –Der Arbeitgeber ist berechtigt, Mitarbeiterbefragungen durchzuführen. Ihn trifft dabei keinerlei Belehrungspflicht.
Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, an Mitarbeiterbefragungen gem. § 106 GewO teilzunehmen. Er hat ein Auskunftsverweigerungsrecht, soweit er sich selbst oder nahe Angehörige belasten müsste.
- –Dem Arbeitnehmer obliegt grundsätzlich die Pflicht, drohende Schäden dem Arbeitgeber mitzuteilen. Neben dieser Anzeigepflicht obliegt ihm eine Auskunftspflicht auf Nachfragen, sofern es sich um schädigende Handlungen von Kollegen handelt. Dabei sind stets die Voraussetzungen der Interessenabwägung zu wahren.
- –Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber sämtliche dienstliche Unterlagen, dh, Akten sowie Unterlagen in elektronischer Form, herauszugeben.

*

Der Autor *Schrader* ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner, die Autorin *Mahler* ist Rechtsanwältin bei der auf Arbeitsrecht spezialisierten Sozietät *Laborius*, Hannover.

1

2 Vgl. DCGK 4.1.3, www.dcgk.de.

3 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, 3. Aufl. 2012, § 35 Rn. 4.

4 Vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

5 Vgl. BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419.

6 Vgl. BAGE 145, 278 = NZA 2014, 143.

7 Vgl. BAG, NZA 2013, 1433.

8 Vgl. BAGE 52, 88 = NZA 1986, 643 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 15.

9 Vgl. BT-Drs. 16/13657, 21.

10 Vgl. BAGE 145, 278 = NZA 2014, 143.

11 Vgl. ErfK/Franzen, 15. Aufl. 2015, § 32 BDSG Rn. 2.

12 Vgl. BAGE 145, 278 = NZA 2014, 143.

13 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, § 35 Rn. 96.

14 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, § 35 Rn. 174.

15 Vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 6 b Rn. 8.

16 Vgl. Scholz in Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 6 b Rn. 44.

17 Vgl. Scholz in Simitis, BDSG, § 6 b Rn. 48.

18 Vgl. Bayreuther, NZA 2005, 1038.

19 Vgl. BAGE 142, 176 = NZA 2012, 1025.

20 Vgl. BAG, NZA 2014, 243.

21 Vgl. BAGE 142, 176 = NZA 2012, 1025.

22 Vgl. BAGE 142, 176 = NZA 2012, 1025.

23 Vgl. BAGE 111, 173 = NZA 2004, 1278 = NJW 2005, 313.

24 Bauer/Schansker, NJW 2012, 3537.

25 Vgl. BAGE 111, 173 = NZA 2004, 1278; vgl. BAGE 127, 276 = NZA 2008, 1187.

26 Vgl. BAGE 127, 276 = NZA 2008, 1187.

27 Vgl. BAGE 127, 276 = NZA 2008, 1187.

28 Vgl. Oberwetter, NZA 2008, 609.

29 Vgl. BAG, NZA 2008, 1187.

30 Vgl. BeckOK BGB/Bamberger, § 12 Rn. 165.

31 Vgl. BAGE 111, 173 = NZA 2004, 1278.

32 Vgl. BAG, NZA 1992, 749.

Vgl. BAGE 76, 234 = NZA 1994, 1099.

33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64

Vgl. *BAGE* 105, 356 = NZA 2003, 1193 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36.

Vgl. *LAG Baden Württemberg*, Urt. v. 6.5.1998 – 12 Sa 115/97, BeckRS 2009, 68145.

Vgl. *BAGE* 105, 356 = NZA 2003, 1193 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 (Ls. 2).

Vgl. *Küttner/Kania*, Personalbuch 2015, Persönlichkeitsrecht Rn. 7.

Vgl. *BVerfG*, NZA 1992, 307.

Vgl. *Küttner/Kania*, Personalbuch 2015, Persönlichkeitsrecht Rn. 7.

Vgl. *BAG*, NJW 1998, 1331.

Vgl. *Küttner/Kania*, Personalbuch 2015, Persönlichkeitsrecht Rn. 8.

Vgl. *BAGE* 54, 67 = NZA 1987, 515.

Vgl. *BAGE* 52, 88 = NZA 1986, 643 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 15.

Vgl. *ErfK/Franzen*, § 32 BDSG Rn. 26.

Vgl. *BAGE* 52, 88 = NZA 1986, 643 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 15.

Vgl. *BAG*, NZA 2008, 1008; s. auch IV 1 f).

Vgl. *Schaub*, Arbeitsrecht von A–Z, 19. Aufl. 2014, Internetnutzung.

Vgl. *ErfK/Franzen*, § 32 BDSG Rn. 25.

Vgl. *VGH Kassel*, NJW 2009, 2470.

Vgl. *ErfK/Schmidt*, Art. 2 GG Rn. 100.

Vgl. *MAH ArbR/Moll/Dendorfer*, § 35 Rn. 121.

Vgl. *BAG*, NZA 2008, 809.

Vgl. *BAG*, NZA 2009, 604.

Vgl. *ErfK/Müller-Glöge*, § 626 BGB Rn. 178.

Vgl. *Rudkowski*, NZA 2011, 612.

Vgl. *Rudkowski*, NZA 2011, 612.

Vgl. *BAG*, NZA 2014, 1015.

Vgl. *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703.

Vgl. *Zimmer/Heymann*, BB 2010, 1853.

Vgl. *MAH ArbR/Moll/Dendorfer*, § 35 Rn. 123.

Vgl. *Rudkowski*, NZA 2011, 612.

Vgl. *LAG Hamm*, Urt. v. 23.5.2001 – 14 Sa 497/01, BeckRS 2001, 41047.

Vgl. *LAG Hamm*, BeckRS 2001, 41047.

Vgl. *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703.

65 Vgl. BAG, NZA 2009, 1011.

66 Vgl. BAG, NZA 2009, 1011.

67 Vgl. BAG, NZA 2009, 1011.

68 Vgl. Rudkowski, NZA 2011, 612.

69 Vgl. BAGE 81, 15 = NZA 1996, 637.

70 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, § 35 Rn. 120.

71 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, § 35 Rn. 120.

72 Vgl. LAG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2005 – 10 TaBV 46/05, BeckRS 2006, 40003.

73 Vgl. BAGE 6, 82 = NJW 1958, 1747.

74 Vgl. BAGE 22, 375 = NJW 1970, 1861.

75 Vgl. MAH ArbR/Moll/Dendorfer, § 35 Rn. 116.

76 Vgl. Rudkowski, NZA 2011, 612.

77 Vgl. Rudkowski, NZA 2011, 612.

78 Vgl. Rudkowski, NZA 2011, 612.

79 Vgl. Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703.

80 Vgl. Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703.

81 Vgl. BAG, NZA 1997, 41 = AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25.

82 Vgl. BAG, NZA 1997, 41 = AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25.

83 Vgl. BAG, NZA 1988, 130.

84 Vgl. Küttner, Personalbuch 2015, Auskunftspflichten Arbeitnehmer Rn. 31.

85 Vgl. BAG, NZA 1997, 41 = AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 25.

86 Vgl. BAG, NZA 1991, 62.

87 Vgl. IV 4.

88 Vgl. MAH ArbR/Moll, § 35 BDSG Rn. 108.

89 Vgl. BAGE 93, 1 = NZA 2000, 418.

90 Vgl. MAH ArbR/Moll, § 35 Rn. 105.

 Vgl. MAH ArbR/Moll, § 35 Rn. 106.