

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 23. August 2018
- 2 AZR 133/18 -
ECLI:DE:BAG:2018:230818.U.2AZR133.18.0

I. Arbeitsgericht Iserlohn

Urteil vom 19. Januar 2017
- 4 Ca 1501/16 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 20. Dezember 2017
- 2 Sa 192/17 -

Entscheidungsstichworte:

Offene Videoüberwachung - Anhörung vor Verdachtskündigung

Leitsatz:

Die Speicherung von Bildsequenzen aus einer zulässigen offenen Videoüberwachung, die vorsätzliche Handlungen eines Arbeitnehmers zulasten des Eigentums des Arbeitgebers zeigen, wird nicht durch bloßen Zeitablauf unverhältnismäßig, solange die Rechtsverfolgung durch den Arbeitgeber materiell-rechtlich möglich ist.

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 133/18
2 Sa 192/17
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. August 2018

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Widerkläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 23. August 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Söller und Falke für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird - unter Verwerfung der Revision als unzulässig im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 20. Dezember

2017 - 2 Sa 192/17 - aufgehoben, soweit es dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben und den widerklagend verfolgten Antrag abgewiesen hat, die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 44,75 Euro nebst Zinsen als Ersatz von durch Unterschlagungen verursachten Schäden zu zahlen.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung sowie um Schadensersatzansprüche. 1

Die Klägerin war seit 2006 in einem vormals von dem Beklagten betriebenen Tabak- und Zeitschriftenhandel mit angeschlossener Lottoannahmestelle beschäftigt. Der Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 13. August 2016 fristlos „wegen der begangenen Straftaten“. 2

Dagegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie habe kein Geld für sich vereinnahmt, sondern Warenverkäufe stets in die Registrierkasse eingebucht und das vom Kunden überreichte Geld jeweils in „die Kasse“ gelegt. Eine Verdachtskündigung scheidet auch deshalb aus, weil sie zu den Vorwürfen nicht ordnungsgemäß angehört worden sei. 3

Die Klägerin hat zuletzt beantragt 4
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 13. August 2016 aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung sowie im Wege der Widerklage beantragt, 5

die Klägerin zu verurteilen, an ihn 475,31 Euro nebst Zinsen zu zahlen.

Die Kündigung sei als Tat-, jedenfalls aber als Verdachtskündigung gerechtfertigt. Bei einer stichprobenartigen Ermittlung der Warenaufschläge im dritten Quartal 2016 sei ein Schwund an Tabakprodukten festgestellt worden. Ab dem 1. August 2016 seien für zwei Arbeitstage der Klägerin die Aufzeichnungen der in der Filiale installierten Videokamera ausgewertet worden. Die Videoüberwachung sei offen erfolgt und habe dem Schutz seines Eigentums vor Straftaten sowohl durch Dritte als auch durch eigene Arbeitnehmer gedient. Bei der Auswertung habe sich gezeigt, dass die Klägerin am 3. Februar 2016 in drei Fällen Verkäufe von Tabakwaren nicht registriert und das vereinnahmte Geld nicht in die Registrier-, sondern in die Lottokasse gelegt habe. An diesem Tag sei sie um 13:05 Uhr mit der Lottokasse ins Büro gegangen und sofort wieder zurückgekommen, habe die Kasse jedoch in der anderen Hand gehalten. Am 4. Februar 2016 habe die Klägerin gegen 10:05 Uhr wiederum den Verkauf einer Schachtel Zigaretten nicht registriert und den vereinnahmten Betrag in die Lottokasse gelegt. Um 12:20 Uhr habe sie eine Tabakdose im Wert von 18,50 Euro verkauft, aber nur 1,00 Euro in die Sortimentkasse gelegt und den Restbetrag „für eigene Zwecke vereinnahmt“. Überdies habe sie es nach dem Verkauf einer Schachtel Zigaretten unterlassen, den Zahlungsbetrag in die Sortimentkasse einzugeben. Um 13:03 Uhr habe sie den Verkaufsraum für zwei Minuten mit der Lottokasse verlassen. Die Klägerin sei ordnungsgemäß angehört worden. Sie sei vor Übergabe des Kündigungsschreibens von zwei Mitarbeiterinnen zu den Vorgängen am 3. und 4. Februar 2016 befragt worden, habe aber lediglich erklärt, „nichts gemacht“ zu haben. Die Klägerin müsse die Kosten für die Auswertung der Videoaufzeichnungen iHv. 430,56 Euro und die durch die Unterschlagungen verursachten Schäden iHv. 44,75 Euro ersetzen.

6

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge weiter.

7

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unzulässig, soweit der Beklagte von der Klägerin widerklagend die Erstattung der Kosten verlangt, die durch die Auswertung der Videoaufzeichnungen angefallen seien. Im Übrigen ist die Revision zulässig und begründet. 8
- A. Die Revision ist in Bezug auf den Ersatz der für die Analyse des Bildmaterials aufgewendeten Kosten unzulässig. Es fehlt insofern an einer den Anforderungen aus § 551 Abs. 3 ZPO genügenden Revisionsbegründung. Das Landesarbeitsgericht hat die Abweisung dieses Widerklageantrags ua. darauf gestützt, vor der Auswertung der Videoaufzeichnungen habe kein auf Tatsachen beruhender konkreter Verdacht gegen die Klägerin bestanden. Mit dieser selbstständig tragenden Begründung setzt die Revision sich nicht auseinander (*zu dieser Anforderung BAG 6. Juli 2016 - 4 AZR 966/13 - Rn. 16*). 9
- B. Hinsichtlich des Kündigungsschutz- und des Widerklageantrags im verbleibenden Umfang ist die Revision zulässig und begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). 10
- I. Das Landesarbeitsgericht durfte mit der gegebenen Begründung weder dem Kündigungsschutzantrag stattgeben noch den widerklagend erhobenen Antrag auf Ersatz der vermeintlich durch Unterschlagungen verursachten Schäden abweisen. 11
1. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Beklagte könne sich zur Rechtfertigung der Kündigung und des Schadensersatzverlangens nicht mit Erfolg auf die Auswertung der Videoaufnahmen vom 3. und 4. Februar 2016 berufen. Es könne unterstellt werden, dass eine offene Videoüberwachung „auch des Arbeitsplatzes der Klägerin“ nach § 6b Abs. 1 BDSG in der bis einschließlich zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (im Folgenden BDSG aF) rechtmäßig gewesen sei. Gleichwohl habe der Beklagte keinen zulässigen Beweis für die Rich- 12

tigkeit „der von der Klägerin bestrittenen Behauptungen“ angetreten. Ein Beweisverwertungsverbot folge jedenfalls daraus, dass er „die Videoaufnahmen“ für die betreffenden Tage erst knapp sechs Monate später und damit zu einem Zeitpunkt ausgewertet habe, zu dem er sie gemäß § 6b Abs. 5 BDSG aF längst hätte gelöscht haben müssen. In dem monatelangen Unterbleiben der Löschung liege eine besonders schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. 13
Das Landesarbeitsgericht hat die Grundsätze, die für das Eingreifen eines Verbots der Verwertung von Sachvortrag und Beweismitteln gelten, mehrfach falsch angewendet.

a) Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Bestimmungen, die die Verwertbarkeit von Erkenntnissen oder Beweismitteln einschränken, die eine Arbeitsvertragspartei rechtswidrig erlangt hat. Ein Verwertungsverbot kann sich zwar aus einer verfassungskonformen Auslegung des Verfahrensrechts ergeben. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich gebietet, den Sachvortrag der Parteien und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen, kommt ein „verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“ (*Ehmann Anm. AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 40*) jedoch nur in Betracht, wenn dies wegen einer grundrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist (*ausführlich BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 20 ff., BAGE 156, 370*). Das setzt in aller Regel voraus, dass bereits durch die Informations- oder Beweisbeschaffung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Partei verletzt worden ist, ohne dass dies durch überwiegende Belange der anderen Partei gerechtfertigt gewesen wäre. Überdies müssen die betroffenen Schutzzwecke des bei der Gewinnung verletzten Grundrechts der Verwertung der Erkenntnis oder des Beweismittels im Rechtsstreit entgegenstehen (*vgl. BAG 15. August 2002 - 2 AZR 214/01 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 102, 190; Musielak/Voit/Foerste ZPO 15. Aufl. § 286 Rn. 6*). Die prozessuale Verwertung muss selbst einen Grundrechtsverstoß darstellen (*Hk-ZPO/Saenger 7. Aufl. § 286 Rn. 20*). 14

Das ist der Fall, wenn das nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebundene Gericht ohne Rechtfertigung in eine verfassungsrechtlich geschützte Position einer Prozesspartei eingriffe, indem es eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Privaten perpetuierte oder vertiefte. Insofern kommt die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat zum Tragen. Auf eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch einen Privaten darf kein verfassungswidriger Grundrechtseingriff durch ein Staatsorgan „aufgesattelt“ werden (*vgl. BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b bb der Gründe; BAG 23. April 2009 - 6 AZR 189/08 - Rn. 26, BAGE 130, 347*). Nicht abschließend geklärt ist, ob die Gerichte jenseits der sie treffenden Pflicht, ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe zu unterlassen, wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht gehalten sein können, einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Private aktiv zu begegnen und Sachvortrag oder Beweisantritte einer Partei aus Gründen der Generalprävention außer Acht zu lassen. Dafür wäre jedenfalls Voraussetzung, dass die verletzte Schutznorm in den betreffenden Fällen ohne ein prozessuales Verwertungsverbot leerliefe (*Musielak/Voit/Foerste aaO; Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 43; zurückhaltend auch BGH 15. Mai 2018 - VI ZR 233/17 - Rn. 52*).

b) Obwohl die Vorschriften des BDSG aF nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und seine Verwertung im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitsachen begrenzen, und obgleich es für das Eingreifen eines Verwertungsverbots darauf ankommt, ob bei der Erkenntnis- oder Beweisgewinnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist, sind die einfachrechtlichen Vorgaben insofern nicht ohne Bedeutung. Die Bestimmungen des BDSG aF über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung konkretisieren und aktualisieren für den Einzelnen den Schutz seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild (§ 1 Abs. 1 BDSG aF). Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe durch öffentliche oder nicht-öffentliche Stellen im Sinne des § 1 Abs. 2 BDSG aF in diese Rechtspositionen erlaubt sind. War die betreffende Maßnahme nach den Vorschriften des BDSG aF zulässig, liegt insoweit keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbst-

15

bestimmung und am eigenen Bild vor (*BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 17, BAGE 159, 380; 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 22, BAGE 159, 278*). Ein Verwertungsverbot scheidet von vornherein aus. So liegt es namentlich, wenn die umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen und Grundrechtspositionen im Rahmen der Generalklauseln des § 32 Abs. 1 BDSG aF zugunsten des Arbeitgebers ausfällt. Nur dann, wenn die fragliche Maßnahme nach den Bestimmungen des BDSG aF nicht erlaubt war, muss gesondert geprüft werden, ob die Verwertung von im Zuge dieser Maßnahme gewonnenen Erkenntnissen oder Beweismitteln durch das Gericht einen Grundrechtsverstoß darstellen würde. Daran kann es zum einen fehlen, wenn die Unzulässigkeit der vom Arbeitgeber durchgeführten Maßnahme allein aus der (Grund-)Rechtswidrigkeit der Datenerhebung(en) gegenüber anderen Beschäftigten resultiert oder die verletzte einfachrechtliche Norm keinen eigenen „Grundrechtsgehalt“ hat (*vgl. BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 32 f., BAGE 157, 69*). Zum anderen kann es sein, dass die gerichtliche Verwertung weder einen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff darstellte noch aufgrund einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zu unterlassen ist, weil durch sie die ungerechtfertigte „vorprozessuale“ Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Prozesspartei nicht perpetuiert oder vertieft würde und der Verwertung auch Gründe der Generalprävention nicht entgegenstehen (*näher Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 58 ff.*).

c) Der Senat unterscheidet zwischen Sachvortrags- und Beweisverwertungsverboten. Ein Sachvortragsverwertungsverbot spielt keine Rolle, wenn der Arbeitnehmer den betreffenden Vortrag des Arbeitgebers ausreichend bestreitet. Dann greift die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO schon einfachrechtlich nicht ein. Sie muss nicht erst in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift „ausgeschaltet“ werden. Sieht der Arbeitnehmer hingegen von einem - ggf. wahrheitswidrigen - Bestreiten ab, bewirkt ein Sachvortragsverwertungsverbot, dass das inkriminierte Vorbringen des Arbeitgebers gleichwohl als bestritten zu behandeln ist. Damit wird der Streit auf die Beweisebene gehoben. Dort greift zulasten des Arbeitgebers ggf. ein korrespondierendes Beweisverwertungsverbot mit der Folge, dass er für seinen - als streitig anzusehenden -

16

Vortrag beweisfällig bleibt. Insofern bedeutet ein Verbot der „Verwertung“, dass das Gericht den fraglichen Vortrag seiner Entscheidung weder als unstrittig (Sachvortragsverwertungsverbot) noch als aufgrund des inkriminierten Beweismittels bewiesen (Beweisverwertungsverbot) zugrunde legen darf (*ausführlich Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 43 ff.*).

d) Das Gericht muss - nur - dann von Amts wegen prüfen, ob ein Verwertungsverbot eingreift, wenn entsprechende Anhaltspunkte dazu Anlass geben und die betreffende Partei nicht wirksam darauf verzichtet hat, die - etwaige - Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend zu machen (*BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 20, BAGE 157, 69; 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 25, BAGE 156, 370*). Es trifft nicht zu, dass der Arbeitgeber Tatsachen lediglich unter Angabe der genauen Beschaffungsmodalitäten in den Rechtsstreit einbringen kann (*so Dzida/Grau NZA 2010, 1201, 1205; Lunk NZA 2009, 457, 458*). Vielmehr ist es der von einer möglicherweise grundrechtswidrigen Erkenntnis- oder Beweismittelgewinnung betroffene Arbeitnehmer, der relevante Umstände aufzeigen muss, wenn sich nicht schon aus dem Vorbringen des Arbeitgebers (einschließlich der Beweisantritte) oder sonst wie „Verwertbarkeitszweifel“ ergeben. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass ein Verwertungsverbot eingreifen könnte, gelten die allgemeinen Grundsätze einer Prüfung von Amts wegen. Es erfolgt keine Amtsermittlung. Vielmehr bleibt es beim Beibringungsgrundsatz. Das Gericht wird begründeten Zweifeln durch Hinweise und Auflagen an die Parteien nachgehen und ggf. Beweis zu den tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Verwertungsverbots erheben. So wird es regelmäßig Grund zu der Nachfrage haben, aus welchem Anlass und auf welche Weise eine Videoaufzeichnung zustande gekommen ist, deren Inaugenscheinnahme als (einziger) Beweis angeboten wird (*ausführlich Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 63 ff.*).

17

e) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht geprüft, ob zugunsten der Klägerin ein Verwertungsverbot eingreift. Entsprechende Anhaltspunkte bot schon der Vortrag des Beklagten. Dieser hat sich zur Rechtfertigung der Kündigung und seines Schadensersatzverlangens auf die Videoaufzeichnungen vom

18

3. und 4. Februar 2016 gestützt. Die Klägerin hat auch nicht auf die Geltendmachung möglicher Persönlichkeitsrechtsverletzungen verzichtet, sondern sich, ohne dass dies erforderlich gewesen wäre, ausdrücklich auf ein „Beweisverwertungsverbot“ berufen.

f) Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen tragen allerdings nicht seine Annahme, es sei ausschließlich das Vorliegen eines *Beweisverwertungsverbots* zu beurteilen. Der angefochtenen Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, welche Behauptungen des Beklagten das Berufungsgericht mit der Folge als von der Klägerin ausreichend bestritten angesehen hat, dass nicht zunächst das Eingreifen eines *Sachvortragsverwertungsverbots* zu prüfen gewesen wäre. 19

g) Dessen ungeachtet hat das Landesarbeitsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, es bestehe irgendein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Bildsequenzen aus einer - so seine Unterstellung - offenen, auch im Verhältnis zur Klägerin zulässigen Videoüberwachung, die vorsätzliche Verletzungen des Eigentums des Beklagten belegen (sollen). Es hat verkannt, dass § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF eine eigenständige Erlaubnisnorm für die Verarbeitung und Nutzung von Daten im Beschäftigungsverhältnis darstellt. Danach waren die *Verarbeitung* und die *Nutzung* der vom Beklagten in das Verfahren eingeführten Aufzeichnungsteile rechtmäßig und verletzen dementsprechend nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin. Jedenfalls stellte die gerichtliche Verwertung dieser Sequenzen keinen Grundrechtsverstoß dar. Ein Verwertungsverbot ist auch nicht deshalb anzunehmen, weil sich die vom Beklagten als relevant angesehenen Aufzeichnungsteile in einer Beweisaufnahme als „irrelevant“ herausstellen könnten. 20

aa) Die Verarbeitung und Nutzung der - unterstellt rechtmäßig aufgezeichneten - relevanten Bildsequenzen war zulässig. Es kann dahinstehen, ob das Landesarbeitsgericht § 6b Abs. 3 Satz 1 und Abs. 5 BDSG aF zutreffend angewendet hat. Jedenfalls waren die Speicherung der betreffenden Passagen bis zum 1. August 2016 sowie deren anschließende Auswertung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF erlaubt. 21

(1) Sofern zulässig erhobene Daten den Verdacht einer Pflichtverletzung begründen, dürfen sie für die Zwecke und unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF auch verarbeitet und genutzt werden. Der Arbeitgeber darf deshalb grundsätzlich alle Daten speichern und verwenden, die er benötigt, um die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potenziellen Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer Kündigung und/oder das Bestehen von Schadensersatzansprüchen zu erfüllen (*vgl. BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 28, BAGE 159, 380; 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 26, BAGE 159, 278*). 22

(2) Dabei spielt es keine Rolle, ob die rechtmäßige Erhebung der Daten (nur) auf § 32 Abs. 1 BDSG aF oder (zugleich) auf § 6b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG aF beruhte. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF stellt 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 des § 6b Abs. 3 BDSG aF unabhängige Erlaubnisnorm dar. Ist danach eine bestimmte Datenverarbeitung oder -nutzung rechtmäßig, kommt es im Verhältnis zu den betroffenen Arbeitnehmern nicht darauf an, ob die Anforderungen gemäß § 6b Abs. 3 BDSG aF erfüllt sind. Die für die Überwachung im öffentlichen Raum geltende Bestimmung schließt eine eigenständige Rechtfertigung der Datenverarbeitung nach § 32 BDSG aF nicht aus. Diese Vorschrift dient speziell dem Ausgleich der Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug auf den Beschäftigtendatenschutz (*BT-Drs. 16/13657 S. 20 f.*). Dagegen soll § 6b BDSG aF - unabhängig von den 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 Empfehlung des Innenausschusses, BT-Drs. 14/5793 S. 61*). Für die Eigenständigkeit der Erlaubnistatbestände des § 32 BDSG aF spricht auch, dass die Videoüberwachung nicht öffentlich zugänglicher (Arbeits-)Räume im BDSG aF nicht gesondert geregelt ist. Ihre Zulässigkeit richtet sich daher, soweit Arbeitnehmer betroffen sind, unzweifelhaft allein nach § 32 BDSG aF. Es erschiene 23

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 (*so bereits BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 43, BAGE 156, 370*).

(3) Die Verarbeitung und Nutzung von rechtmäßig erhobenen personenbezogenen Daten nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF muss „erforderlich“ sein. Es hat eine „volle“ Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen (*vgl. BAG 17. November 2016 - 2 AZR 730/15 - Rn. 30*). Die Verarbeitung und die Nutzung der personenbezogenen Daten müssen geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Es dürfen keine anderen, zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung stehen. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) ist gewahrt, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die Datenverarbeitung und -nutzung darf keine übermäßige Belastung für die Betroffenen darstellen und muss der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen (*BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 30, BAGE 159, 380*). Dies beurteilt sich ggf. für jedes personenbezogene Datum gesondert.

24

(4) Der vom Senat bei der Anwendung von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF herangezogene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt dem durch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sowie Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (*dazu EuGH 11. Dezember 2014 - C-212/13 - [Ryneš] Rn. 28*) und Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (*dazu EuGH 9. November 2010 - C-92/09 und C-93/09 - [Volker und Markus Schecke] Rn. 52; BAG 19. Februar 2015 - 8 AZR 1007/13 - Rn. 20 f.*) garantierten Schutzniveau für die von einer Datenerhebung

25

Betroffenen (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 32, BAGE 159, 380; EGMR 5. Oktober 2010 - 420/07 - [Köpke/Deutschland]).

(5) Das Landesarbeitsgericht hat die Verhältnismäßigkeit der Speicherung undifferenziert für das gesamte am 3. und 4. Februar 2016 aufgezeichnete Bildmaterial („die Videoaufnahmen“) geprüft. Es hat verkannt, dass vorliegend ausschließlich die Verarbeitung der relevanten Sequenzen zu beurteilen ist und nicht diejenige der Passagen, die nicht in den Rechtsstreit eingeführt werden sollen. 26

(a) Die Speicherung von Bildsequenzen, die geeignet sind, den mit einer rechtmäßigen Videoaufzeichnung verfolgten Zweck zu fördern, bleibt, weil es sich oft um die einzigen, regelmäßig aber um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel handelt, grundsätzlich erforderlich, bis der Zweck entweder erreicht oder aufgegeben oder nicht mehr erreichbar ist. Die Eignung beurteilt sich objektiv. Sie besteht oder besteht nicht - unabhängig davon, ob der Arbeitgeber sie erkannt hat. Eine etwaige Pflicht, das gesamte Bildmaterial zeitnah zu sichten, diene allein dazu, die - eindeutig - *nicht* zweckrelevanten Passagen zu identifizieren und zu löschen. Ihre Missachtung ließe den Bedarf an den zweckrelevanten Passagen nicht entfallen. Diese dürften auch nach einer „Bedarfsklärung“ - zumindest vorerst - gespeichert bleiben (zu § 6b BDSG aF vgl. BT-Drs. 14/5793 S. 63). 27

(b) Das Landesarbeitsgericht hat keine Tatsachen festgestellt, die den Schluss zuließen, dem Beklagten sei es mit der Speicherung der Videoaufzeichnungen vom 3. und 4. Februar 2016 nicht - mehr - darum gegangen, seine Rechte gegenüber der Klägerin aufgrund möglicher Eigentumsverletzungen durchzusetzen. Es hat im Gegenteil selbst gemeint, er habe das Bildmaterial zu eben diesem Zweck bis in den August 2016 vorgehalten. Der Zweck war auch nach wie vor erreichbar. Etwaige Kündigungsrechte waren noch nicht verwirkt und mögliche Schadensersatzansprüche weder verjährt noch - soweit ersichtlich - verfallen. Damit blieb die Speicherung der relevanten Sequenzen erforderlich. 28

(c) Eine noch erforderliche Speicherung von Aufzeichnungsteilen, die vorsätzliche Handlungen gegen das Eigentum des Arbeitgebers belegen (sollen), ist nur ganz ausnahmsweise unangemessen (nicht verhältnismäßig im engeren Sinne). 29

(aa) Der rechtmäßig gefilmte Vorsatztäter ist in Bezug auf die Aufdeckung und Verfolgung seiner materiell-rechtlich noch verfolgbaren Tat nicht schutzwürdig. Er wird dies auch nicht durch bloßen Zeitablauf. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich vor dem Eintritt von Verfall, Verjährung oder Verwirkung der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen (*vgl. BGH 24. November 1981 - VI ZR 164/79 - zu II 1 b der Gründe*). Zugleich verliert das in Bezug auf vorsätzliche Schädigungshandlungen beträchtliche, durch Art. 12 und Art. 14 GG geschützte Verarbeitungs- und Nutzungsinteresse des Arbeitgebers nicht an Gewicht, solange die Rechtsverfolgung materiell-rechtlich nicht ausgeschlossen ist. Überdies ist zu beachten, dass gedeihliche Arbeitsvertragsbeziehungen von beiderseitigem Vertrauen getragen sein müssen (*EGMR [Große Kammer] 5. September 2017 - 61496/08 - [Bărbulescu/Rumänien] Rn. 121 aE*). Dem widerspräche es, wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, die Aufzeichnungen aus einer offenen, vorrangig zu präventiven (Verhinderung von Pflichtverletzungen) und nur bei Verfehlung dieses Primärziels zu repressiven Zwecken (Aufklärung und Verfolgung von Pflichtverletzungen) eingesetzten Videoüberwachung laufend vollumfänglich einzusehen, um relevante Sequenzen weiterverarbeiten zu dürfen. Das hielte ihn zu ständigem Misstrauen an. Zugleich würde durch einen faktischen Zwang zu zeitnaher Aufdeckung und „Sanktionierung“ von Pflichtverletzungen der Arbeitnehmerschutz durch die Vorgaben des Datenschutzrechts in sein Gegenteil verkehrt. Die Speicherung - nach wie vor - erforderlicher Sequenzen kann deshalb nur unangemessen sein, wenn das Verhalten des Arbeitgebers objektiv den Schluss zulässt, er wolle diese Passagen nicht allein zur Rechtsverfolgung verwenden. Es muss die greifbare Gefahr eines Missbrauchs personenbezogener Daten bestehen. 30

(bb) So kann es zwar - was hier einzig in Betracht kommt - auch liegen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, der Arbeitgeber wolle sich mögliche Kündigungsgründe oder zum Schadensersatz verpflichtende Sachverhalte „aufsparen“, um dadurch den Arbeitnehmer unter Druck zu setzen (*zu § 626 Abs. 2 BGB BAG 25. Februar 1983 - 2 AZR 298/81 - zu II 2 b der Gründe*). Doch hat das Landesarbeitsgericht keine Tatsachen festgestellt, die eine solche Absicht des Beklagten belegen könnten. Hierfür genügt es nicht, dass er mit der Auswertung der Videoaufzeichnungen vom 3. und 4. Februar 2016 gewartet hat, bis er dazu nach einer stichprobenartigen Überprüfung der Warenaufschläge im dritten Quartal 2016 einen Anlass sah. Das gilt umso mehr, als er nach der Feststellung eines Schwunds an Tabakprodukten „ohne Umschweife“ mit der Analyse des Bildmaterials begonnen und anschließend unverzüglich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin betrieben hat. 31

(cc) Solange sich die Speicherung der relevanten Sequenzen im Verhältnis zu dem betreffenden Arbeitnehmer nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF als gerechtfertigt darstellt, müssen grundsätzlich auch miterfasste Dritte (zB Kunden) die weitere Verarbeitung und mögliche Nutzung dieses Videomaterials dulden. Anders könnte es nur liegen, wenn auf diese bezogen von einer greifbaren Missbrauchsgefahr auszugehen wäre. Dafür ist vorliegend gleichfalls nichts ersichtlich. Deshalb bedarf keiner Entscheidung, ob miterfasste Personen ggf. die Löschung der betreffenden Aufzeichnungsteile oder ob sie lediglich verlangen könnten, dass sie darin - etwa durch „Verpixelung“ - unkenntlich gemacht werden. 32

(d) Für den vorliegenden Rechtsstreit ist ebenso ohne Belang, ob die Verarbeitung und Nutzung der nicht relevanten Videosequenzen den Vorgaben des BDSG aF entsprach. Deren Verwertung steht hier nicht in Rede. Allerdings kann der Arbeitgeber - wie der Streitfall illustriert - mit Blick auf mögliche „heimliche“ Verletzungen seines Eigentums durch eigene Beschäftigte nicht darauf verwiesen werden, die gesamten Aufzeichnungen nach kurzer Zeit unbesehen überschreiben zu lassen. Würden die Speicherintervalle so kurz bemessen, dass die Aufzeichnungen bei Bekanntwerden von Vorfällen üblicherweise schon 33

gelöscht sind, wäre die Maßnahme insoweit praktisch wirkungslos und damit jedenfalls unverhältnismäßig. Dementsprechend könnten wochen- oder sogar monatelange Speicherintervalle nicht zu beanstanden sein, wenn Straftaten oder erhebliche Pflichtverletzungen erst bei aufwendigen Überprüfungen oder Abrechnungsmaßnahmen entdeckt werden können (vgl. *Grages/Plath CR 2017, 791, 796 mwN*). Insofern besteht ein erheblicher Unterschied zu Videoüberwachungen, die - allein - darauf abzielen, als solche bereits festgestellte Taten Dritter (zB Diebstähle, Raubüberfälle oder Sachbeschädigungen) „lediglich“ aufzuklären und zu verfolgen (*dazu Scholz in Simitis BDSG 8. Aufl. § 6b Rn. 144*). Da eine zeitnahe, unbesehene Löschung des Bildmaterials nicht in Betracht kommt, stellt sich die Frage, wodurch stärker in die Persönlichkeitsrechte der Gefilmten (Beschäftigte und Kunden) eingegriffen wird: durch eine vollumfängliche Auswertung der Videoaufzeichnungen ohne konkreten Anlass mit anschließender Löschung der irrelevanten Sequenzen oder durch eine rein anlassbezogene Auswertung „ausgewählter“ Passagen bei längerer Speicherung des gesamten Bildmaterials? Das Erfordernis einer unverzüglichen anlasslosen Bedarfsklärung, die ihrerseits einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers darstellte, weil die Aufzeichnungen eingesehen würden, dürfte sich nur rechtfertigen lassen, wenn der erheblichen Gefahr einer Zweckentfremdung der gespeicherten Daten begegnet werden muss. Diese Gefahr könnte bei der Videoaufzeichnung des Kassensbereichs in einem privaten Ladenlokal - je nach ihrer Ausgestaltung - als geringer einzustufen sein als bei einer Überwachung öffentlich zugänglicher Räume durch öffentliche Stellen (*zu § 6b BDSG aF vgl. BT-Drs. 14/5793 S. 62*). Jedenfalls unzulässig dürfte es sein, das gesamte Bildmaterial zunächst über einen längeren Zeitraum vorzuhalten, um es sodann ohne konkreten Anlass in Augenschein zu nehmen. Unter diesen Umständen dürfte sich die - unvermeidliche - Einsichtnahme (auch) in die irrelevanten Aufzeichnungsteile als unverhältnismäßig darstellen. So ist der Beklagte im Streitfall indes nicht vorgegangen.

(6) Durften nach alledem zumindest die relevanten Aufzeichnungsteile bis in das dritte Quartal 2016 gespeichert bleiben, stellte sich ihre anlassbezogene

34

Auswertung ab dem 1. August 2016 und ihre weitere Verwendung (Nutzung) als unproblematisch rechtmäßig dar.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat des Weiteren verkannt, dass selbst dann, wenn die Videoaufzeichnungen vom 3. und 4. Februar 2016 schon vor ihrer Auswertung im August 2016 zu löschen gewesen wären, durch die Verwertung der relevanten Bildsequenzen im vorliegenden Rechtsstreit eine mögliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerin nicht perpetuiert oder vertieft würde und auch Gründe der Generalprävention es nicht gebieten, von der Verwertung abzusehen. Das Interesse des Arbeitnehmers oder eines mitgefilmten Dritten daran, dass zur Verfolgung von vorsätzlich schädigendem Verhalten erforderliches Bildmaterial nicht länger gespeichert bleibt, kann - wie gezeigt - nur dadurch überwiegen, dass der in der Verdinglichung (*BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b aa der Gründe*) liegenden Gefahr einer Verbreitung der Aufzeichnungen zu anderen, die Aufzeichnung nicht rechtfertigenden Zwecken begegnet werden muss. Das Verbot der weiteren Speicherung und eine etwaige Löschpflicht dienen unter diesen Umständen einzig dazu, einem Missbrauch personenbezogener Daten vorzubeugen. Es soll nicht die Zweckerreichung verhindert, sondern allein eine Zweckentfremdung vereitelt werden. Dieses Gefahrenpotenzial ist nicht im Zivilprozess einzugrenzen oder (zusätzlich) zu sanktionieren (*vgl. BGH 15. Mai 2018 - VI ZR 233/17 - Rn. 52*). Es verwirklicht sich nicht, soweit die Sequenzen dazu verwendet werden, den „Tatbeweis“ in einem Rechtsstreit zu führen, ihre Inaugenscheinnahme also lediglich der Durchsetzung rechtlich geschützter Belange des Arbeitgebers dienen soll (*vgl. EGMR 27. Mai 2014 - 10764/09 - [De la Flor Cabrera/Spanien]*). Damit stellt die Verwertung keinen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff durch das Gericht dar. Aspekte der Generalprävention bedingen zumindest im Fall einer offenen Überwachung kein anderes Ergebnis. Einem rechtsstaatswidrigen planmäßigen Unterlaufen der Löschpflicht steht insofern entgegen, dass die Betroffenen ihre Löschanträge geltend machen und sie ggf. gerichtlich durchsetzen können. Zudem können Verstöße gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen gemäß § 43 Abs. 2 BDSG aF mit Geldbußen geahndet werden und sind vorsätzliche Handlungen gegen Entgelt oder in Bereicherungs-

35

oder Schädigungsabsicht nach § 44 Abs. 1 BDSG aF mit Freiheitsstrafe bedroht (*für den Einsatz sog. Dashcams im Straßenverkehr vgl. BGH 15. Mai 2018 - VI ZR 233/17 - Rn. 53*). Jedenfalls dann, wenn es tatsächlich zu einer Zweckentfremdung von personenbezogenen Daten kommt, können den Betroffenen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche sowie, soweit es sich um Arbeitnehmer der verantwortlichen Stelle handelt, außerordentliche Kündigungsrechte zustehen (*vgl. Kempter/Steinat NZA 2017, 1505, 1511*). Damit sieht das nationale Recht ausreichende und angemessene Vorkehrungen gegen Missbrauch vor (*vgl. EGMR [Große Kammer] 5. September 2017 - 61496/08 - [Bărbulescu/Rumänien] Rn. 120, 121*).

cc) Ein Verbot, die fraglichen Videosequenzen in Augenschein zu nehmen, folgt schließlich nicht daraus, dass sie möglicherweise gar kein Verhalten der Klägerin zeigen, das eine vorsätzliche Verletzung des Eigentums des Beklagten darstellt oder doch auf eine solche hindeutet. Da Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich gebietet, einem erheblichen Beweisantritt nachzugehen, darf eine Beweiserhebung nicht auf die bloße Möglichkeit ihrer Grundrechtswidrigkeit hin unterbleiben (*Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 61; für ein einfachrechtliches Verwertungsverbot vgl. BGH 10. Dezember 2002 - VI ZR 378/01 - zu II 2 b aa der Gründe, BGHZ 153, 165*). Auch insofern bestehen ausreichende andere Schutzmechanismen. Ergibt die Inaugenscheinnahme „rein gar nichts“ im Sinne des Arbeitgebers, verliert er nicht nur den Prozess. Vielmehr kann darin, dass er - eindeutig - irrelevante Sequenzen weiterverarbeitet und auch noch entsprechenden Beweis im Rechtsstreit angetreten hat und erheben ließ, eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen, für die der Arbeitgeber gemäß § 823 Abs. 1 BGB iVm. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG eine Geldentschädigung schuldet (*zu einem solchen Anspruch BAG 15. September 2016 - 8 AZR 351/15 - Rn. 35; 19. Februar 2015 - 8 AZR 1007/13 - Rn. 14 f.*).

36

II. Die angefochtene Entscheidung stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Die vom Beklagten behaupteten Unterschlagungen durch die Klägerin wären im Falle ihrer Erweislichkeit sowohl geeignet, einen wichtigen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses iSv.

37

§ 626 BGB zu bilden, als auch einen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, § 823 Abs. 1 BGB zu begründen. Überdies könnte die Kündigung als Verdachtskündigung wirksam sein.

III. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende Hinweise veranlasst: 38

1. Das Landesarbeitsgericht wird dem Beklagten aufzugeben haben, eindeutig zu erklären, welche Handlungen der Klägerin am 4. Februar 2016 aufgezeichnet worden seien. Es ist unklar, ob sie das für den Verkauf einer Tabakdose vereinnahmte Geld - in voller Höhe - registriert hat, und ob der Beklagte behaupten will, sie habe 17,50 Euro „unter laufender Kamera“ eingesteckt. Zudem lässt sich seinem Vorbringen nicht eindeutig entnehmen, ob er der Klägerin auch vorwirft, das für den zweiten Verkauf einer Schachtel Zigaretten vereinnahmte - anschließend in eine und ggf. welche Kasse gelegte? - Geld unterschlagen zu haben. 39

2. Sodann wird die Klägerin eindeutig erklären müssen, welche von dem Beklagten behaupteten Verhaltensweisen sie (wie?) bestreitet. So ist fraglich, ob sie nicht nur alle Warenverkäufe korrekt registriert, sondern die vereinnahmten Gelder auch stets - vollständig - in die *Registrierkasse* (nicht: in die *Lottokasse*) gelegt haben will. Jedenfalls scheint die Klägerin die Behauptungen des Beklagten nicht in Abrede stellen zu wollen, sie sei an beiden fraglichen Tagen jeweils einmal - am 3. Februar 2016 „für Sekunden“, am 4. Februar 2016 für zwei Minuten - mit der Lottokasse aus dem Verkaufsraum in das nicht überwachte Büro gegangen. 40

3. Sollte die Klägerin behaupten, Warenverkäufe immer ordnungsgemäß registriert und die vereinnahmten Gelder stets vollständig in die *Registrierkasse* gelegt zu haben, könnte der Hinweis veranlasst sein, dass sie sich zu ihrer Entlastung mit der Inaugenscheinnahme der betreffenden Videosequenzen einverstanden erklären kann. Diese Möglichkeit drängte sich umso mehr auf, wenn die Klägerin auch bestreiten sollte, sich an den fraglichen Tagen mit der Lottokasse in das Büro zurückgezogen zu haben. 41

4. Falls die Klägerin nicht in die Verwertung der (vermeintlich) relevanten Sequenzen einwilligen sollte, wird das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage des klargestellten und ggf. ergänzten Vorbringens beider Parteien prüfen müssen, ob ein Sachvortrags- und/oder Beweisverwertungsverbot eingreift, das sich ggf. auf die mittelbare Verwertung der Videoaufzeichnungen durch die Vernehmung von Zeugen über den Inhalt des Bildmaterials erstreckte (vgl. *BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b bb der Gründe; BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 19, BAGE 157, 69; 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 24, BAGE 156, 370*).

a) Nach dem - soweit ersichtlich unstreitigen - Vortrag des Beklagten ist die Überwachung des Kassenbereichs offen erfolgt, um sowohl Straftaten Dritter als auch solche von eigenen Arbeitnehmern zu verhindern oder doch aufdecken und verfolgen zu können. Danach dürfte ein Verwertungsverbot schon deshalb ausscheiden, weil auch die *Datenerhebung* mit den Bestimmungen des BDSG aF im Einklang stand. Die Videoaufzeichnung dürfte im Hinblick auf Straftaten durch Dritte (zB Diebstahl, Raub) nach § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG aF und in Bezug auf vorsätzliche Pflichtverletzungen durch eigene Beschäftigte - daneben - gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig gewesen sein. Bei der offenen, sich gegen alle Arbeitnehmer gleichermaßen richtenden Aufzeichnung des „Kassierverhaltens“ handelt es sich um eine zum Schutz des Eigentums des Arbeitgebers grundsätzlich erlaubte Maßnahme (vgl. *EGMR 28. November 2017 - 70838/13 - [Antović und Mirković/Montenegro] Rn. 59*), die sich schon aufgrund des Vorliegens einer abstrakten Gefahr als verhältnismäßig erweisen kann (*BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 31, BAGE 159, 380*). Da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die vom Beklagten vorgenommenen Videoaufzeichnungen bei den betroffenen Arbeitnehmern zu einem ständigen Überwachungs- und daran anknüpfenden Anpassungs- und Leistungsdruck führen konnten (vgl. *BAG 25. April 2017 - 1 ABR 46/15 - Rn. 30, BAGE 159, 49*), sieht der Senat von Hinweisen dazu ab, ob in einem solchen Fall nach den berührten Schutzzwecken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Bildsequenzen eingreifen kann,

die *vorsätzliche* Handlungen zulasten des Arbeitgebers belegen (*zweifelnd Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 60 f.*).

b) Eine Unverhältnismäßigkeit der Datenerhebung iSv. § 32 Abs. 1 BDSG aF und ein Verwertungsverbot dürften nur in Betracht kommen, wenn die Videoüberwachung der Klägerin nicht bekannt und für sie auch nicht erkennbar war. Dass der *Kassenbereich* gefilmt wurde, dürfte sie unstreitig gewusst haben. In diesem Fall käme es nicht darauf an, ob ihr ausdrücklich eröffnet worden war, dass die Überwachung sich ua. gegen sie richtete und offenbar ihr genaues „*Kassierverhalten*“, insb. die Eingabe bestimmter Beträge in die Registrierkasse aufgezeichnet wurde. Selbst wenn dies nicht geschehen sein sollte, wäre die Erhebung ihrer diesbezüglichen personenbezogenen Daten nicht allein deshalb unverhältnismäßig gewesen. Zwar stellt eine „*berechtigte Privatheitserwartung*“ des Betroffenen einen beachtlichen Faktor im Rahmen der Interessenabwägung dar (*EGMR 9. Januar 2018 - 1874/13, 8567/13 - [López Ribalda ua./Spanien] Rn. 57; [Große Kammer] 5. September 2017 - 61496/08 - [Bărbulescu/Rumänien] Rn. 119 - 122; vgl. auch Erwägungsgrund 47 zur Verordnung [EU] 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG [Datenschutz-Grundverordnung; DS-GVO]: „vernünftige Erwartungen“*). Doch konnte von einer solchen keine Rede sein, wenn die Klägerin angesichts ihres Wissens um die Überwachung des Kassenbereichs zumindest damit rechnen musste, dass mithilfe der Videoaufzeichnungen auch vorsätzliche Handlungen von Beschäftigten zulasten des Eigentums des Beklagten verhindert sowie ggf. aufgedeckt und verfolgt werden konnten und sollten (*vgl. Erwägungsgrund 47 DS-GVO*). Die Klägerin wäre dann nicht heimlich „*ausgespäht*“ worden (*zum Ausspähungsschutz als Komponente des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts PWW/Prütting BGB 13. Aufl. § 12 Rn. 49*). Anders hätte es allenfalls gelegen, wenn der Beklagte - wofür nichts ersichtlich ist - sie in Bezug auf die Erfassung ihres „*Kassierhaltens*“ „*in Sicherheit gewiegt*“ hätte.

- c) Der danach wahrscheinlichen Verwertung der relevanten Videosequenzen durch das Landesarbeitsgericht im fortgesetzten Berufungsverfahren und dem diesbezüglichen „Vorhalten“ des Bildmaterials durch den Beklagten stehen weder die DS-GVO noch das durch das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die DS-GVO und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (*Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU - DSAnpUG-EU*) vom 30. Juni 2017 geänderte BDSG (nF) entgegen. 45
- aa) Nach Art. 88 DS-GVO iVm. § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG nF (der eigenständig neben § 4 Abs. 3 BDSG nF gilt) darf der Beklagte die relevanten Sequenzen weiterhin zur Durchführung des Verfahrens „aufbewahren“; er muss diese Passagen nach wie vor nicht löschen. Das Gleiche folgt aus Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. f DS-GVO. 46
- bb) Es kann dahinstehen, ob (1.) die Zulässigkeit von Sachvortrag und Beweisritten sowie von deren Verwertung durch die Gerichte für Arbeitssachen in den Anwendungsbereich der DS-GVO fällt (*vgl. deren Art. 2, 9 Abs. 2 Buchst. f, Art. 55 Abs. 3 und Erwägungsgrund 20*), ob ggf. (2.) die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, dass sie sich auch nach Inkrafttreten des BDSG nF allein nach dem Arbeitsgerichtsgesetz und der Zivilprozessordnung beantwortet, von der Öffnungsklausel in Art. 88 DS-GVO umfasst ist, ob und ggf. inwieweit (3.) im arbeitsgerichtlichen Verfahren eine automatisierte oder dateimäßige Verarbeitung iSv. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO erfolgt, und ob (4.) ein Verstoß gegen die Vorgaben der DS-GVO Anlass geben kann, das Eingreifen eines „sekundärrechtlichen Verwertungsverbots“ und die Möglichkeit seiner „Realisierung“ durch eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Prozessrechts zu prüfen (*dazu Niemann JbArbR Bd. 55 S. 41, 66 f.*). Jedenfalls stellten sowohl die „Aufrechterhaltung“ seines Sachvortrags und seiner Beweisriten durch den Beklagten (*Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. f DS-GVO*) als auch deren Verwertung durch das Berufungsgericht (*Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e iVm. Abs. 3 DS-GVO iVm. § 3 BDSG nF*) verhältnismäßige und damit rechtmäßige Datenverarbeitungen nach der DS-GVO und dem BDSG nF dar. 47

5. Falls das Landesarbeitsgericht „lediglich“ von dem dringenden Verdacht vorsätzlicher Verletzungen des Eigentums des Beklagten durch die Klägerin ausgehen sollte, käme es darauf an, ob diese vor Zugang der Kündigung ordnungsgemäß zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen angehört worden ist. Für die Ordnungsgemäßheit der Anhörung vor Ausspruch einer Verdachtskündigung ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer in einlassungsfähiger Weise mit den ihm vorgeworfenen Verhaltensweisen konfrontiert wird und ausreichende Gelegenheit erhält, dazu Stellung zu nehmen. Hierfür müssen ihm nicht zwingend die Videosequenzen vorgespielt werden, die den gegen ihn gerichteten Verdacht begründen sollen. Auch spielt es keine Rolle, wenn der Arbeitgeber, ohne dass dies für den Arbeitnehmer erkennbar wäre, entschlossen ist, das Arbeitsverhältnis „in jedem Fall“, also unabhängig von der Einlassung des Arbeitnehmers im Rahmen der noch vorzunehmenden Anhörung zu kündigen. An einer ordnungsgemäßen Anhörung fehlt es allerdings, wenn dem Arbeitnehmer der - ob zutreffende oder unzutreffende - Eindruck vermittelt wird, er vermöge die Kündigung durch etwaige Erklärungen ohnehin nicht mehr abzuwenden. So könnte es hier liegen, wenn der Klägerin vor ihrer „Anhörung“ das vorbereitete Kündigungsschreiben gezeigt und ihr dessen Übergabe *als sicher* in Aussicht gestellt worden sein sollte. 48
6. Der Senat geht davon aus, dass die Kündigung - schon mangels einschlägiger Abmahnung - nicht auf den bloßen Vorwurf gestützt sein soll, die Klägerin habe Warenverkäufe nicht korrekt registriert und/oder vereinnahmtes Geld in die falsche Kasse gelegt (ohne Gelder für sich zu verwenden). Deshalb sieht er von Hinweisen dazu ab, ob die Videoüberwachung auch zur Vermeidung, Aufdeckung und Verfolgung *fahrlässiger* Pflichtverletzungen zulässig war und ob sich die Verarbeitung und Nutzung der für diesen Zweck relevanten Videosequenzen durch reinen Zeitablauf - über die Vorgaben des materiellen Rechts hinaus - als unangemessen darstellen und ggf. der Verstoß gegen eine *daraus* resultierende Löschpflicht ein Verwertungsverbot nach sich ziehen kann. 49
7. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine Umdeutung nach § 140 BGB der außerordentlichen in eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung 50

scheide aus, weil eine solche sozial nicht gerechtfertigt wäre (§ 1 Abs. 2 *KSchG*), lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung. Die Klägerin war länger als sechs Monate bei dem Beklagten tätig (§ 1 Abs. 1 *KSchG*). Dieser beschäftigte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer (§ 23 Abs. 1 *KSchG*). Er hat schon nicht behauptet, die Entscheidung, die Filiale in I zu schließen, sei bereits bei Zugang der Kündigung getroffen gewesen.

Koch

Rachor

Niemann

Söller

Torsten Falke