
Datum: 29.04.2011
Gericht: Arbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 9. Kammer
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 9 BV 183/10
ECLI: ECLI:DE:ARBGD:2011:0429.9BV183.10.00

Sachgebiet: Arbeitsrecht

Leitsätze:

1. Die heimliche Videoüberwachung von Arbeitnehmern verletzt nicht nur § 6b Abs. 2 BDSG, sie verstößt auch gegen die gesetzlichen Vorgaben aus §§ 6b Abs. 1, 32 BDSG, wenn nicht bereits vor dem Überwachungseinsatz ein räumlich und funktional konkretisierter Verdacht einer Straftat besteht, der sich auf den betroffenen Arbeitnehmer oder eine abgrenzbare Gruppe von Arbeitnehmern richtet. Eine allgemeine Vermutung, dass im Betrieb Straftaten von Mitarbeitern begangen werden, reicht nicht aus.

2. Ein derartiger Verstoß stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des überwachten Arbeitnehmers dar, der durch eine Verwendung der gewonnenen Daten in einem gegen ihn gerichteten arbeitsgerichtlichen Verfahren noch perpetuiert würde. Das gewonnene Videomaterial darf daher prozessual nicht verwertet werden (Beweisverwendungsverbot).

Tenor:

Der Antrag wird zurückgewiesen.

Gründe

1

A.

2

3

Die Beteiligte zu 1.) begehrt die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Beteiligten zu 2.) zu einer außerordentlichen Kündigung des Beteiligten zu 3.).

Die Beteiligte zu 1.) (nachfolgend: Arbeitgeberin) betreibt mit insgesamt ca. 80 Arbeitnehmern die Hausbrauerei "A.", in der neben Speisen insbesondere das selbstgebraute Bier und alkoholfreie Getränke angeboten werden. Darüber hinaus unterhält sie jährlich im Sommer auf der E. ein Brauerei-Zelt. Der Beteiligte zu 2.) (nachfolgend: Betriebsrat) ist der bei der Arbeitgeberin gebildete fünfköpfige Betriebsrat. Der 41-jährige Beteiligte zu 3.) ist seit dem 09.04.1990 bei der Arbeitgeberin gegen ein monatliches Bruttoentgelt in Höhe von ca. 1.700,00 € als Zapfer, so genannter Büfettier, beschäftigt und Mitglied des Betriebsrates. Neben dem Beteiligten zu 3.) waren zuletzt fünf weitere Zapfer bei der Arbeitgeberin beschäftigt. Daneben beschäftigt die Arbeitgeberin 29 Mitarbeiter im Service (Kellner), von denen drei Betriebsratsmitglieder sind. 4

Der Verkauf und die Abrechnung von Getränken erfolgen bei der Arbeitgeberin in der Weise, dass die Gäste zunächst beim Kellner bestellen. Sodann begibt sich der Kellner zu der in seiner Station befindlichen Kasse. Dort gibt er Art und Anzahl der bestellten Getränke ein, um anschließend einen entsprechenden Bon zu ziehen. Diesen überreicht er dem Zapfer. Den Zapfern ist es durch arbeitgeberseitige Weisung untersagt, ohne Bon Getränke an die Kellner herauszugeben. Außerdem sind die Gläser ordnungsgemäß, das heißt bis zum Zapfstrich, zu befüllen. Der Kellner serviert die Getränke und kassiert anschließend. Der Zapfer kommt mit Kassiervorgängen nicht in Berührung. Nach Schichtende wird geprüft, wie viele Biere der jeweilige Kellner in die Kasse eingegeben ("gebongt") hat. Den so errechneten Betrag muss der Kellner beim jeweiligen Betriebsleiter ausgleichen. 5

Zusätzlich überprüft werden kann von der Arbeitgeberin, wie viele so genannte Plus-Biere angefallen sind. Aus jedem Fass kann rechnerisch eine bestimmte Anzahl an Bieren gezapft werden, z.B. 400 Gläser aus einem 100-Liter-Fass. Fasst das Fass tatsächlich eine größere Menge Bier oder werden Gläser, z.B. wegen des Schaums, mit einer geringeren Menge herausgegeben, also unterfüllt, so können mehr Biere, die Plus-Biere, verkauft werden, als für das Fass an sich vorgesehen sind. 6

Nachdem die Arbeitgeberin bereits Ende 2007 meinte, Differenzen zwischen dem üblichen Anteil des Wareneinsatzes am Gesamtumsatz und dem in ihrem Betrieb üblichen festgestellt zu haben, versuchte sie, durch Gespräche mit ihren damaligen drei Betriebsleitern, die Ursache hierfür zu finden. Nachdem diese ersten Aufklärungsversuche gescheitert waren, ließ sie im Januar 2009 einen Zähler an den Zapfanlagen für alkoholfreie Getränke (AFG) reparieren und aktivieren. Die Arbeitgeberin beauftragte danach eine Softwarefirma damit, auf einzelne Mitarbeiter bezogen zu überprüfen, wie hoch die Differenz von bonierten Getränken vor und nach der Aktivierung der Zähler war. Sodann ließ sie von der Softwarefirma die Datenbestände der Kasse auf etwaige Manipulationen überprüfen. Hierbei wurden im Zeitraum von vier Jahren Minusbuchungen in einer Gesamthöhe von 1.159.823,50 € festgestellt. In der Folge kündigte die Arbeitgeberin Ende 2009 die Arbeitsverhältnisse der zwei noch verbliebenen Betriebsleiter wegen des Verdachts der Unterschlagung und des Betrugs zu ihren Lasten. Die arbeitsgerichtlichen Verfahren wurden im März 2010 durch Vergleich bzw. Klagerücknahme beendet. Zwischenzeitlich erhob die Düsseldorfer Staatsanwaltschaft Anklage gegen alle drei ehemaligen Betriebsleiter. 7

Vor der Karnevalswoche 2010 teilte der Betriebsleiter, der Zeuge E., den Mitarbeitern mit, dass man über Karneval alles ganz genau kontrollieren und etwaige Umsatzveränderungen beobachten werde. 8

Nachdem die Arbeitgeberin im Sommer 2010 auf der E. einen Bierstand betrieben hatte, sprach sie im Juli 2010 gegenüber einem der dort eingesetzten Zapfer, dem Zeugen B., eine fristlose Kündigung aus. Sie warf ihm vor, mit einem oder mehreren Kellnern Biere "ungebongt" an Kunden herausgegeben und die gezahlten Gelder gemeinsam mit diesen vereinnahmt zu haben. Unstreitig räumte der Zeuge S. die Unterschlagung gegenüber der Arbeitgeberin ein, gab aber keine konkrete Auskunft über weitere Täter.

Im August 2010 wies die Arbeitgeberin die bei ihr beschäftigten Zapfer an, für jedes angestochene Fass nicht nur einen Briefumschlag vorzubereiten, in den sämtliche, diesen Fässern zuzuordnenden Bons zu legen waren, sondern auf den Umschlägen auch den Name des Zapfers zu vermerken. 10

In der Zeit vom 29.09. bis 16.10.2010 ließ die Arbeitgeberin eine spezielle Videoüberwachung in ihrer Hausbrauerei "A." durchführen. Bereits zuvor hatte in der Hausbrauerei eine Überwachung mit sechs Videokameras stattgefunden, die dem Objektschutz diente. Eine Vereinbarung mit dem Betriebsrat hierüber war nicht getroffen worden. Am 29.09.2010 ließ die Arbeitgeberin über der Theke 2 verdeckt eine weitere Videokamera installieren. Eine zweite Kamera wurde in der Nacht vom 04. auf den 05.10.2010 über der Theke 1 angebracht. Diese wurde sofort am 05.10.2010 vom Beteiligten zu 3.) entdeckt und unbrauchbar gemacht. Am 16.10.2010 wurde auch die Videokamera an der Theke 2 entdeckt und seitdem nicht mehr eingesetzt. Unstreitig wies die Arbeitgeberin weder ihre Arbeitnehmer noch den Betriebsrat oder die Gäste auf diese beiden neu angebrachten Videokameras hin. 11

Der Beteiligte zu 3.) wurde von der Beteiligten zu 1.) am 02.11.2010 mit dem Vorwurf, er habe Biere ohne Bon herausgegeben und selbst getrunken, konfrontiert. Mit Schreiben vom 03.11.2010, für dessen Inhalt auf Bl. 10 ff. d.A. verwiesen wird, hörte die Arbeitgeberin den Betriebsrat zur beabsichtigten außerordentlichen fristlosen Kündigung des Beteiligten zu 3.) an und beantragte dessen Zustimmung. Mit am 09.11.2010 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenem Schriftsatz begehrt sie die Ersetzung der Zustimmung. 12

Die Arbeitgeberin behauptet, in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Aktivierung des AFG-Zählers habe sich das Verhältnis von Wareneinsatz und Umsatz dort auf unter 20 % verbessert. Bei der Überprüfung durch die Softwarefirma sei festgestellt worden, dass der Umsatz gleichmäßig bei allen Mitarbeitern gestiegen sei. Daraufhin habe sie mit den Betriebsleitern und einigen Kellnern Gespräche geführt. Alle hätten geäußert, sie könnten sich die Veränderungen nicht erklären. Auch nachdem sie die drei Betriebsleiter der Kassenmanipulation überführt habe, hätten diese keine Auskunft über pflichtwidriges Verhalten anderer Mitarbeiter gegeben. Die Manipulationen der Betriebsleiter hätten sich ausschließlich auf Speisen bezogen. Der Betriebsrat habe sich ebenfalls völlig unkooperativ gezeigt und alle Vorwürfe gegen die Mitarbeiter zurückgewiesen. Anfang 2010 habe für sie festgestanden, dass sowohl Kassenmanipulationen durch die Betriebsleiter als auch sonstige betrügerische Maßnahmen im Bereich AFG stattgefunden hätten. Bestärkt worden sei sie in ihrem Verdacht durch die Ergebnisse der Abrechnung im Karneval 2010. Denn die von ihr geäußerte Drohung habe zu einer erheblichen Erhöhung der Plus-Biere im Vergleich zum Vorjahr von 522 auf 4.655 Stück geführt. 13

Auf der E. 2010 sei der Zeuge S. überführt worden, weil aufgefallen sei, dass bei ihm trotz zu gering befüllter Gläser keine Plus-Biere anfielen. Tatsächlich habe er zielgerichtet auf Plus-Biere hingearbeitet und diese, wenn die 400-Gläser-Grenze überschritten gewesen sei, ohne Bon an einen Kellner herausgegeben. In seiner Anhörung habe der Zeuge S. zugegeben, entsprechend mit einem Kellner in die eigene Tasche gewirtschaftet und die Gelder für die nicht bonierten Biere vereinnahmt zu haben. Den Namen des betreffenden Kellners habe er 14

nicht genannt. Er habe aber in einem Gespräch mit einem der Betriebsleiter, dem Zeugen N., angegeben, dass auch im T. entsprechend manipuliert werde. Auffällig sei gewesen, dass der Betriebsrat trotz des Geständnisses des Zeugen S. weder der außerordentlichen, noch der ordentlichen Kündigung ausdrücklich zugestimmt und damit den Eindruck erweckt habe, das Verhalten sei tolerabel. Die Betriebsratsvorsitzende Frau X. habe sogar die Frage gestellt, wem überhaupt der Erlös an den Plus-Biere zustehe. Dieses Verhalten habe ihren Verdacht bestärkt, dass auch Betriebsratsmitglieder in kriminelle Machenschaften verwickelt sein könnten. Wegen der Aussage des Zeugen S. über Manipulationen im T. sei sie gezwungen gewesen, weitere Maßnahmen zur Feststellung der Täter zu treffen.

Durch die Einführung des Umschlag-Systems sei ein ähnlicher Effekt wie in der Karnevalswochen 2010 aufgetreten. Die Umsätze seien, allerdings immer noch zu gering, angestiegen. Es seien immer noch Differenzen zu den Zapfergebnissen anderer Brauhäuser oder der Aushilfszapfer feststellbar gewesen.

15

Es habe sich daher der Verdacht verstärkt, dass Zapfer und Kellner gemeinsam einen Teil der Plus-Biere in die eigene Tasche wirtschafteten. Wegen der Berufsgruppenverteilung bei den Betriebsratsmitgliedern sei klar gewesen, dass auch diese beteiligt sein mussten. Da alle sechs Zapfer eine ähnliche Anzahl an Plusbieren erzielt hätten, habe sich der Verdacht auch auf alle Zapfer bezogen. Eine weitere Konkretisierung des Verdachts auf einzelne Zapfer sei nicht möglich gewesen. Die Überwachung der Zapfer-Kellner-Zusammenarbeit sei schwierig gewesen, da sich der Verdacht nicht auf einzelne Kellner habe beschränken lassen.

16

Andere Aufklärungsmaßnahmen als die Videoüberwachung hätten ihr nicht zur Verfügung gestanden. Insbesondere sei die Installation eines Zählersystems wie bei den AFG-Getränken bei Bierfässern und Zapfanlagen nicht möglich. Auch sei eine Überwachung durch Aufsichtspersonal nicht erfolgversprechend gewesen. Bei stichprobenartigen Überprüfungen durch den Betriebsleiter, den Zeugen S., habe man keine Unregelmäßigkeiten, etwa ein Unterfüllen der Gläser, feststellen können.

17

Vor der Durchführung der Videoüberwachung habe sie die verdachtsbegründenden Tatsachen schriftlich dokumentiert. Sie verweist insoweit auf einen Gesprächsvermerk des Herrn Rechtsanwalt Dr. I. vom 25.08.2010, Bl. 287 d.A..

18

Die sodann installierten Videokameras seien ausschließlich auf den Thekenbereich gerichtet gewesen. Insbesondere sei die Behauptung der Gegenseite, durch die hinter der Theke angebrachte Glasscheibe könnten die Personen im Gastraum beobachtet werden, falsch. Es handele sich um eine Bleiglasscheibe, durch die nur Umrisse und keine Personen zu erkennen seien. Schon in der Vergangenheit sei auf die dem Objektschutz dienende Überwachung durch Videokameras durch entsprechende Hinweisaufkleber mit der Aufschrift "Dieses Objekt wird videoüberwacht" am Haupt- und Lieferanteneingang hingewiesen worden. Von dem Einsatz der ständig installierten Videokameras hätten die Beteiligten zu 2.) und zu 3.) Kenntnis gehabt. Insoweit sei ihr Einwand, die Überwachung sei nicht hinreichend erkennbar gewesen und das Videomaterial deshalb nicht verwertbar, als treuwidrig anzusehen.

19

Auf dem Videomaterial sei zu sehen, dass der Beteiligte zu 3.) an mehreren Tagen mehr Biere gezapft als Bons entgegen genommen habe. Dies könne nur zu dem Zweck erfolgt sein, die Gelder für die Plus-Biere für sich bzw. den gemeinschaftlich mit ihm handelnden Kellner zu vereinnahmen. Die Arbeitgeberin verweist insoweit auf eine von ihr angefertigte Excel-Tabelle, Bl. 18 d.A.. Darüber hinaus sei auf den Videos zu erkennen, dass der Beteiligte zu 3.) einen Teil der Biere selbst konsumiert habe, ohne dafür zu bezahlen.

20

Nach alledem sei erwiesen, jedenfalls bestehe der dringende Verdacht, dass der Beteiligte zu 3.) zahlreiche Biere an Kellner ohne Bon herausgegeben habe. Diese seien dann von dem jeweiligen Kellner auf eigene Rechnung an den jeweiligen Gast herausgegeben worden. Es bestehe der dringende Verdacht, dass er dieses Geld dann mit dem Beteiligten zu 3.) und/oder weiteren Mitarbeitern geteilt habe. Die Kündigung sei auch innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden. 21

Die Arbeitgeberin beantragt, 22

die Zustimmung des Betriebsrats zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Beteiligten zu 3.) gemäß § 103 BetrVG zu ersetzen. 23

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3.) beantragen, 24

den Antrag zurückzuweisen. 25

Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3.) sind der Auffassung, die Einführung der Videoüberwachung sei rechtswidrig, ihre Ergebnisse seien im Rahmen des Beschlussverfahrens nicht verwertbar. 26

Sie behaupten, es hätten keine greifbaren Anhaltspunkte, schon gar nicht konkrete Verdachtsmomente bestanden. Im Hinblick auf eine etwaige Manipulation im Bereich der AFG habe die Arbeitgeberin in dem Verfahren gegen die beiden gekündigten Betriebsleiter sogar selbst vortragen lassen, die Untersuchung durch die Software-Firma habe ergeben, dass ein fehlerhaftes Abrechnen von AFG ohne Bon durch einzelne Kellner auszuschließen gewesen sei. Dass sie nun in diesem Verfahren aus derselben Untersuchung den Schluss ziehe, alle Kellner und Zapfer, also auch Betriebsratsmitglieder, hätten sich an (unterstellten) AFG-Manipulationen beteiligt, sei widersprüchlich. Die Veränderungen des Umsatzes habe sie damals auf die Manipulationen durch die Betriebsleiter zurückgeführt und ausdrücklich die Möglichkeit ausgeschlossen, dass Zapfer und Kellner die früheren Umsatzaufälle verursacht hätten. Die Kassenmanipulationen hätten sich erst nach Einführung der AFG-Zähler auf konkret benannte Speisen bezogen, so dass ein Zusammenhang dort durchaus bestehen könne. 27

Der starke Anstieg der so genannten Plus-Biere im Karneval 2010 sei darauf zurückzuführen, dass die Arbeitgeberin irrtümlich bei der Abrechnung einen Bierpreis von 1,70 € zugrunde gelegt habe, obwohl das Bier zu 1,90 € verkauft worden sei. Im Verhältnis zum Vorjahr ergebe sich daher keine auffällige Abweichung. Die Angaben der Arbeitgeberin hierzu seien widersprüchlich, die angebliche Differenz werde bestritten. 28

Bei dem Fehlverhalten des Zeugen S. handle es sich um einen Einzelfall. Der Betriebsrat und der Beteiligte zu 3.) bestreiten, dass der Zeuge S. bei seiner Anhörung gesagt hat, auch in der Hausbrauerei selbst werde "entsprechend manipuliert". Nur weil sich an einem Standort ein Straftatverdacht ergebe, könne nicht der Rückschluss auf strafbare Handlungen auch an einem anderen Standort gezogen werden. Es werde bestritten, dass die bonierten Umsätze nach Einführung des Umschläge-Systems signifikant angestiegen sind. 29

Jedenfalls habe sich der Verdacht nicht auf einen oder mehrere Personen konkretisiert, vielmehr habe die Arbeitgeberin lediglich einen pauschalen Verdacht gegen alle sechs Zapfer und alle 29 Kellner gehabt. 30

31

Beide Kameras seien so angebracht worden, dass jederzeit Gäste in den überwachten Bereich hätten gelangen können. Überdies habe sich hinter der Kasse an Theke 2 eine Glasscheibe befunden, durch die man Einblick in den vor der Theke befindlichen Saal erhalte. Von der Videokamera sei somit auch öffentlicher Raum erfasst worden. Die Arbeitgeberin habe die Videoüberwachung nicht durch geeignete Maßnahmen erkennbar gemacht. Die von ihr angebrachten Schilder seien kaum zu sehen gewesen. Das Hinweisschild am Lieferanteneingang sei nicht sichtbar, da die Tür, an der es ca. 80 cm über dem Boden befestigt sei, während der Lokalöffnungszeiten offen stehe. Das zweite Schild habe einen Durchmesser von 12 cm, wobei der schriftliche Hinweis nur ca. 8 mm hoch sei. Eine Kamera sei nicht abgebildet. Die verdeckte Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen sei durch § 6b Abs. 2 BDSG vom Gesetzgeber ausdrücklich untersagt worden. Ein Verstoß müsse ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben. Überdies sei die verdeckte Videoüberwachung insbesondere auch deshalb unverhältnismäßig, weil sie nur sichere Rückschlüsse auf bereits vergangene Straftaten liefere. Zudem liege ein Verstoß gegen § 32 BDSG vor, da weder ein konkreter Verdacht gegen bestimmte Personen vorgelegen habe, noch die Verhältnismäßigkeit gewahrt worden sei. Es habe nämlich andere mildere Mittel gegeben, mit deren Hilfe die Aufklärung etwaiger Straftaten möglich gewesen sei. So seien z.B. der Einsatz zusätzlichen Aufsichtspersonals, der Abgleich von auffälligen Zapfergebnissen mit den jeweiligen Zapfer-Kellner-Konstellationen oder die offene Videoüberwachung möglich gewesen. Schließlich fehle es an einer ausreichenden Dokumentation vor dem Einsatz der Videoüberwachung.

Überdies ergebe sich ein Beweisverwertungsverbot aus dem Verstoß gegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Im Unterschied zu den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fällen seien die unter Verletzung des Beteiligungsrechts gewonnenen Erkenntnisse weder unstreitig, noch habe der Betriebsrat nachträglich der Verwendung des Beweismittels zugestimmt. 32

Die Zustimmung zu der fristlosen Kündigung sei nicht zu erteilen, weil ein Arbeitspflichtenverstoß des Beteiligten zu 3.) nicht vorliege. In der Zeit zwischen dem 29.09.2010 und dem 16.10.2010 seien weder vom Beteiligten zu 3.) noch von anderen Zapfern Biere ohne Bon herausgegeben worden. 33

Soweit auf den Videoaufzeichnungen Situationen zu sehen seien, in denen die Zapfer Biere ohne Bon herausgegeben hätten, so sei ihnen dies gestattet gewesen. In der Herausgabe von Bieren ohne Bon könne überdies nicht, jedenfalls nicht zweifelsfrei, die Bekundung eines Zueignungswillens gesehen werden. 34

Jedenfalls wäre die auszusprechende Kündigung wegen Verstoßes gegen § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. 35

Die Kammer hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin T. sowie der Zeugen E., B. und N.. Für das Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 29.04.2011 verwiesen. 36

B. 37

Der Antrag ist zulässig aber unbegründet. 38

I. Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ergibt sich aus § 2a Abs. 1 Nr. 1 ArbGG. Ein Streit zwischen den Betriebsparteien über den Umfang von Rechten des Betriebsrats ist gemäß § 80 Abs. 1 ArbGG im Beschlussverfahren zu führen. 39

- II. Nach § 103 Abs. 1 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern der Zustimmung des Betriebsrats. Wenn diese nicht erteilt wird, ist gemäß § 103 Abs. 2 BetrVG die Zustimmungsersetzung durch das Arbeitsgericht einzuholen.
- Die Zustimmung zum Ausspruch einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung des Beteiligten zu 3.) war nicht zu ersetzen, da diese unter Berücksichtigung aller Umstände nicht gerechtfertigt wäre. 41
- Die Arbeitgeberin stützt die beabsichtigte außerordentliche Kündigung auf den Vorwurf, der Beteiligte zu 3.) habe in der Zeit vom 29.09.2010 bis zum 16.10.2010 eine erhebliche Anzahl von Bierern ohne Bon an Kellner herausgegeben und wiederholt Biere selbst konsumiert. Damit habe er nicht nur gegen das im Betrieb bestehende Alkoholverbot verstoßen, sondern auch Biere "auf eigene Rechnung" an die Gäste verkauft und das erhaltene Geld vollständig selbst vereinnahmt oder mit weiteren Mittätern oder Gehilfen aufgeteilt. Jedenfalls bestehe ein entsprechender dringender Verdacht. 42
- Die Arbeitgeberin konnte die dem Beteiligten zu 3.) zur Last gelegten Taten weder nachweisen, noch konnte sie die tatsächlichen Umstände beweisen, die den entsprechenden dringenden Tatverdacht begründen sollen. 43
- Die Arbeitgeberin hat als Beweismittel des von ihr behaupteten - und von dem Betriebsrat und dem Beteiligten zu 3.) bestrittenen - Tatgeschehens die Inaugenscheinnahme der von ihr gefertigten Videobänder angeboten sowie des weiteren das Zeugnis des Herrn E., der das Video selbst angesehen hat, das Gutachten eines das Video auswertenden Sachverständigen und die von der Arbeitgeberin angefertigte Excel-Tabelle, in der die auf dem Video (angeblich) wahrnehmbaren Zapfvorgänge erfasst und der Anzahl der nach der Fassgröße zu erwartenden Biere gegenübergestellt wurden. 44
- Mit Hilfe dieser angebotenen Beweismittel konnte die Arbeitgeberin die von ihr behaupteten Tatsachen jedoch nicht beweisen, da der Videobeweis rechtswidrig gewonnen wurde und aus dieser Rechtsverletzung ein Beweisverwertungsverbot folgt, welches sich auch auf die weiteren angebotenen Beweismittel erstreckt. 45
1. Nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führt allerdings der Verstoß gegen das betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. 46
- Zwar hätte die Arbeitgeberin die Videoüberwachung nicht durchführen dürfen, ohne zuvor eine Einigung mit dem Betriebsrat herbeizuführen. Hieran änderte auch der Umstand nichts, dass die als Zapfer beschäftigten Betriebsratsmitglieder nicht von dem gegen alle gehegten Verdacht der Unterschlagung ausgenommen werden konnten. Denn wollte man in einem derartigen Fall eine Ausnahme von der Beteiligungspflicht anerkennen, so würden die Rechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG regelmäßig dann leerlaufen, wenn sich der Verdacht des Arbeitgebers nicht auf einzelne Mitarbeiter konkretisiert hätte und damit auch Betriebsratsmitglieder beträfe. Der Arbeitgeber könnte sich insbesondere dann der Beteiligungspflicht entziehen, wenn er - wie im vorliegenden Fall - besonders wenige personenbezogene, konkrete Verdachtsmomente gesammelt hätte. 47
- Allerdings führt ein Verstoß gegen Beteiligungsrechte nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. Aus dem Umstand, dass ein Beweismittel unzulässig erlangt wurde, folgt nur dann ein Verbot der Verwertung, wenn durch diese ein erneuter bzw. perpetuierender Eingriff in rechtlich erheblich geschützte Positionen der anderen 48

Prozesspartei erfolgt (BAG, Urteil vom 13.12.2007 - 2 AZR 537/06 - NZA 2008, S. 1008). Von einem derartigen perpetuierenden Eingriff ist bei der Verletzung der Rechte aus § 87 BetrVG insbesondere deshalb nicht auszugehen, weil diese lediglich einem kollektivrechtlich-vermitteltem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer dienen. Ihre präventive Schutzfunktion bleibt also hinter der aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Schutzwirkung zurück (BAG, Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972; Altenburg, Leister, Die Verwertbarkeit mitbestimmungswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, NJW 2006, S. 469; Schlewing, Prozessuales Verwertungsverbot für mitbestimmungswidrig erlangte Erkenntnisse aus einer heimlichen Videoüberwachung?, NZA 2004, S. 1071). Der Gesetzesverstoß betrifft hier primär die betriebsverfassungsrechtliche Kompetenzverteilung, welche durch § 23 Absatz 3 BetrVG geahndet werden kann. Einer darüber hinausgehenden, den Prozess des Arbeitnehmers betreffenden Sanktion bedarf es nicht.

2. Die Arbeitgeberin hat daneben durch die Installation und Aktivierung der Videokameras gegen § 6b Abs. 2 BDSG verstoßen. Ob hieraus ein Beweisverwertungsverbot folgt, konnte die Kammer offen lassen. 49

§ 6b BDSG trifft eine Regelung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Beobachtung öffentlich zugänglicher Räume mit optisch-elektronischen Einrichtungen zulässig ist. 50

a) Der Anwendungsbereich des § 6b BDSG ist eröffnet, da die Videokameras in einem öffentlich zugänglichen Raum installiert und aktiviert wurden. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Kameras nach dem Vortrag der Arbeitgeberin ausschließlich auf den Thekenbereich gerichtet waren. Unabhängig von der Frage, ob durch die Glasscheibe sogar die Personen im Gastraum zu beobachten waren, konnte jedenfalls unstreitig nicht ausgeschlossen werden, dass sich Kellner oder Gäste in den Thekenbereich begeben und so von der Kamera erfasst würden. 51

Eine Differenzierung je nach Abgrenzung des Beobachtungsfeldes der Kamera überzeugt nicht. Zum einen lässt der Wortlaut des § 6b BDSG eine Unterdifferenzierung innerhalb eines Raumes in einen öffentlichen und einen nicht-öffentlichen zugänglichen Teil nicht zu (Bayreuther, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038 m.w.N.). Zum zweiten ist die Eröffnung des Schutzbereichs der Norm nach ihrem Zweck auch dann eröffnet, wenn die Anzahl der erfassten externen Personen gering ist. Auf die Häufigkeit des Zutritts betriebsfremder Personen kann es nicht ankommen. 52

b) Die Arbeitgeberin hat den Umstand der Videobeobachtung nach Überzeugung der Kammer nicht durch geeignete Maßnahmen erkennbar gemacht hat, wie es § 6b Abs. 2 BDSG vorschreibt. 53

Unstreitig waren die neu installierten Videokameras nicht für jedermann sichtbar installiert, vielmehr hat die Arbeitgeberin sie nachts anbringen lassen und hierauf weder durch Schilder noch durch sonstige Maßnahmen hingewiesen. Zwar genügt es nach dem Gesetzeswortlaut, dass allgemein der "Umstand der Beobachtung" offen gelegt wird. Grundsätzlich kann daher auch eine vorangegangene allgemeine Kenntlichmachung von Videoüberwachung genügen. Andererseits sind die Anforderungen des § 6b BDSG jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn Überwachungsmaßnahmen durchgeführt werden, die die betroffenen Arbeitnehmer bewusst über das Beobachtungsfeld täuschen, etwa indem neben funktionsfähigen Kameras auch Attrappen eingesetzt werden (Bayreuther, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038). 54

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stellen die an ihrer Eingangstür und am Lieferanteneingang angebrachten Aufkleber keine geeignete Kenntlichmachung im Sinne des § 6b Abs. 2 BDSG dar. Die Arbeitgeberin ist dem Vortrag des Betriebsrats nicht entgegengetreten, die Aufkleber enthielten neben dem Werbeemblem der Sicherheitsfirma lediglich einen ca. 2 cm breiten Schriftzug ohne die Abbildung einer Kamera und seien etwa in Kniehöhe neben der Eingangstür bzw. neben einer ständig geöffneten Tür am Lieferanteneingang angebracht. Ein derartig unauffälliger, "versteckter" Hinweis kann nach Auffassung der Kammer nicht als geeignete Kenntlichmachung im Sinne des § 6b BDSG angesehen werden. Das Ziel des Gesetzgebers, die Videoüberwachung in öffentlichen Räumen transparent zu machen, um die Betroffenen vor dem Eingriff in ihre Rechte zu warnen, ist durch eine solche Maßnahme nicht zu erfüllen.

Warum und aufgrund welcher Tatsachen die Arbeitgeberin zu dem Schluss kommt, sowohl der Betriebsrat als auch der Beteiligte zu 3.) hätten gleichwohl positive Kenntnis von der Installation der Kameras gehabt, war für die Kammer nicht nachvollziehbar. Dass sie im Gegenteil selbst von einer verdeckten Überwachung ihrer Mitarbeiter ausging, zeigt sich schließlich auch darin, dass sie wiederholt auf die (vermeintliche) Erfolglosigkeit einer offenen Überwachung (etwa durch Detektive) hingewiesen und damit das Erfordernis einer (im Gegensatz dazu heimlichen) Videoüberwachung begründet hat. Sie hat also gerade bewusst vermieden, ihre Arbeitnehmer auf die zielgerichtet durchgeführte Beobachtung der Arbeitsplätze aufmerksam zu machen. 56

Eine geeignete Maßnahme zur Kenntlichmachung im Sinne des § 6b Abs. 2 BDSG hat sie nach alledem nicht vorgenommen. 57

Ob Bildmaterial, das in öffentlichen Räumen ohne Berücksichtigung der Hinweispflicht aus § 6b Abs. 2 BDSG in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren verwertet werden darf, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten (dafür: LAG Köln, Urteil vom 18.11.2010 - 6 Sa 817/10 - Fundstelle: Juris-Online; ArbG Freiburg, Urteil vom 07.09.2004 - 4 Ca 128/04 - ZfSch 2004, S. 551; Dzida, Grau, Verwertung von Beweismitteln bei Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2010, S. 1201; Grimm, Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, S. 329; Otto, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972; Gola/Schomerus, 10. Auflage, 2010, § 6b Rdnr. 28; dagegen: Bayreuther, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038). Im Ergebnis konnte die Kammer diese Frage offen lassen. 58

3. Denn die Arbeitgeberin hat mit der Videoüberwachung darüber hinaus gegen die gesetzlichen Vorgaben aus §§ 6b Abs. 1 analog, 32 BDSG verstoßen und das durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beteiligten zu 3.) verletzt. Dieser Verstoß führt zu einem Beweisverwertungsverbot, weshalb die Kammer dem von der Arbeitgeberin angebotenen Videobeweis nicht nachgehen konnte. 59

a) Bereits vor Inkrafttreten der spezialgesetzlichen Regelungen in § 6b BDSG (gültig seit 23.05.2001) und § 32 BDSG (gültig seit 01.09.2009) hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer heimlichen Videoüberwachung von Arbeitnehmern näher konkretisiert. Es hat festgestellt, dass das durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht auch im Privatrechtsverkehr und damit im Arbeitsverhältnis zu beachten ist und den Arbeitnehmer vor einer lückenlosen technischen Überwachung am Arbeitsplatz durch heimliche Videoaufnahmen schützt (BAG, Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG, Urteil vom 07.10.1987 - 5 AZR 116/86 - AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 15). Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers 60

können allerdings durch die Wahrnehmung überwiegender schutzwürdiger Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Bei einer Kollision des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Interessen des Arbeitgebers ist durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vorrang verdient. Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers 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 ausgeschöpft sind, die verdeckte Video-Überwachung praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (BAG, Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr. 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG, Urteil vom 15.08.2002 - 2 AZR 214/01 - AP Nr. 48 zu § 103 BetrVG 1972; BAG, Urteil vom 29.10.1997 - 5 AZR 508/96 - AP Nr. 27 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; BAG, Urteil vom 07.10.1987 - 5 AZR 116/86 - AP Nr. 15 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht).

Inwieweit sich durch die Schaffung des § 6b BDSG, der allgemein die (kenntlich gemachte) Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen betrifft, und des § 32 BDSG, der die Datenerhebung im Beschäftigungsverhältnis regelt, Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage ergeben haben, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten (vgl. nur LAG Köln, Urteil vom 18.11.2010 - 6 Sa 817/10 - Fundstelle: Juris-Online; ArbG Berlin, Urteil vom 18.02.2010 - 38 Ca 12879/09 - ZIP 2010, S. 1191; ArbG Frankfurt, Urteil vom 25.01.2006 - 7 Ca 3342/05 - RDV 2006, S. 214; Otto, Anmerkung zum BAG-Urteil vom 27.03.2003 - 2 AZR 51/02 - AP Nr 36 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; Dzida/Grau, Verwertung von Beweismitteln bei Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2010, S. 1201; Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, S. 329; Lunk, Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht, NZA 2009, S. 457; Oberwetter, Arbeitnehmerrechte bei Lidl, Aldi & Co., NZA 2008, S. 609). Einigkeit besteht aber darüber, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen durch die gesetzlichen Regelungen jedenfalls nicht aufgegeben, sondern allenfalls in einzelnen Punkten noch enger formuliert worden sind (vgl. so ausdrücklich zu § 32 BDSG ArbG Berlin, Urteil vom 18.02.2010 - 38 Ca 12879/09 - ZIP 2010, S. 1191; Gola/Schomerus, BDSG, 10. Auflage, 2010, § 32 Rdnr. 28). Während in § 6b Abs. 1 Nr. 3 BDSG wenig aussagekräftig (so Bayreuther, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038) davon die Rede ist, die Beobachtung sei zulässig, "soweit sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen", fordert der konkret die Datenerhebung von Beschäftigten betreffende § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte müssten den Verdacht begründen, "dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat gegangen hat, die Erhebung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig ist".

61

Offen lassen konnte die Kammer die in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierte Frage, ob eine Videoüberwachung in öffentlichen Räumen im Sinne von § 6b Abs. 1 BDSG überhaupt zulässig sein kann, wenn diese nicht kenntlich gemacht wird (vgl. Grimm/Schiefer, RdA 2009, S. 329 m.w.N.).

62

Denn unabhängig von den Formulierungen der beiden spezialgesetzlichen Regelungen in § 6b und § 32 BDSG ergibt sich unter Berücksichtigung der vom Bundearbeitsgericht entwickelten und in der Literatur anerkannten Grundsätze, dass der mit dem Videokameraeinsatz verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht jedenfalls nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn bereits vor der Überwachung der konkrete Verdacht

63

einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand. Noch vor der Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit hängt die Zulässigkeit der Videoüberwachungsmaßnahme also maßgeblich vom Grad und der Konkretisierung der Verdachtslage ab (Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, 329). Insbesondere auch der Wortlaut des § 32 BDSG, in dem von einem Verdacht gegen "den Betroffenen" die Rede ist, lässt die gesetzgeberische Wertung erkennen, dass - ähnlich wie bereits vom Bundesarbeitsgericht gefordert - zu prüfen ist, wie viele Personen videoüberwacht werden und ob diese Personen hierfür Anlass gegeben haben (Dzida/Grau, Verwertung von Beweismitteln bei Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2010, S. 1201). Damit ist die Handlungsbefugnis des Arbeitgebers eng auszulegen und kann nur dann anerkannt werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte an der Schwelle eines Tatsachenbeweises bestehen (DKWW/Wedde, BDSG, 3. Auflage, 2009, § 32 Rdnr. 129). Die Überwachung muss dazu dienen, einen bereits räumlich und funktional konkretisierten Verdacht auf eine Person einzugrenzen (DKWW/Wedde, BDSG, 3. Auflage, 2009, § 32 Rdnr. 129; Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, 329; Gola/Schomerus, BDSG, 10. Auflage, 2010, § 32 Rdnr. 28). Vorauszusetzen ist nicht nur eine besondere - also über die generell bestehende Gefahr von Straftaten hinausgehende - Gefahrenlage, auch der von der Überwachung betroffene Personenkreis muss zumindest bestimmbar sein (Bayreuther, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, NZA 2005, S. 1038; Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, 329). Beschränkt sich demgegenüber der Verdacht des Arbeitgebers auf die allgemeine Vermutung, dass Mitarbeiter Straftaten begehen, und kann der Arbeitgeber diese pauschale Mutmaßung nicht durch weitere Anhaltspunkte zumindest auf einzelne Personen und näher spezifizierte Tathandlungen konkretisieren, so ist eine Videoüberwachung unzulässig.

b) Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze kann nicht von einem den heimlichen Videokameraeinsatz rechtfertigenden konkreten Verdacht ausgegangen werden. 64

Die Arbeitgeberin hat zwei Verdachtsmomente dargelegt, die - jedenfalls in der Gesamtschau mit weiteren Indiztatsachen - einen gegen einen abgrenzbaren Personenkreis, nämlich den der sechs Zapfer, gerichteten Verdacht zuließen. Das Vorliegen dieser streitigen Verdachtsmomente vermochte sie jedoch nicht zu beweisen. Die weiteren von der Arbeitgeberin vorgetragenen Verdachtsmomente sind nicht hinreichend konkret. 65

aa) Schriftsächlich mit Zahlen belegt hat die Arbeitgeberin ihren Vortrag, die Anzahl der zu erwirtschafteten Plus-Biere sei in den Karnevalstagen 2010 stark von 522 im Vorjahr auf 4.655 angestiegen, nachdem sie die Beschäftigten zuvor ausdrücklich auf eine gezielte Kontrolle hingewiesen und vor Fehlverhalten gewarnt habe. Insoweit hatte die Kammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme allerdings Zweifel, ob die von der Arbeitgeberin mitgeteilten und bereits im Laufe des Verfahrens korrigierten Vergleichszahlen überhaupt zutreffend ermittelt und auf die korrekten Zeiträume bezogen wurden. 66

(1) Die von der Arbeitgeberin benannte Zeugin T., welche die verbrauchte Biermenge ermittelt und die so genannte Mankoliste geführt hat, konnte weder genaue Angaben über die Anzahl der erzielten Plusbiere, noch über die Menge des insgesamt verkauften Bieres machen. Die Äußerung, ihr sei aufgefallen, dass es sich "um eine deutliche Abweichung" im Vergleich zum Vorjahr gehandelt habe, ist nicht nur ungenau. Da sie in ihrer weiteren Aussage auch die Plusbier-Zahlen der - so die Angabe der Arbeitgeberin - gesamten Karnevalszeit auf einen Tag, nämlich Weiberfastnacht, bezogen hat, wurde deutlich, dass zwar der subjektive Eindruck glaubhaft wiedergegeben wurde, dass der konkrete Umfang der 67

Abweichung durch die Zeugin jedoch nicht (mehr) aufzuklären war. Hinzu kam, dass die Zeugin keine Angaben dazu machen konnte, welche Biermenge im Vorjahr verbraucht worden war, so dass ihre Aussage, es handele sich um eine Abweichung von ca. 2-3 Hektolitern, letztlich als wenig verlässliche Schätzung bewertet werden musste.

Insgesamt hatte die Kammer keinen Zweifel daran, dass die Zeugin T. glaubhaft geschildert hat, woran sie sich im Zusammenhang mit der Ermittlung der Plus-Biere Karneval 2010 erinnern konnte. Gerade ihre zum Teil ungenauen und unsicheren Angaben zu Mengen und Vergleichszahlen machten deutlich, dass sie weitgehend unvorbereitet und vorbehaltlos ausgesagt hat. Zum Beweis der von der Arbeitgeberin behaupteten Änderungen im Zapfverhalten ihrer Mitarbeiter waren sie jedoch nicht geeignet. 68

(2) Der weitere von der Kammer vernommene Zeuge, der Betriebsleiter E., konnte mit Hilfe der ihm vorliegenden schriftlichen Unterlagen zwar die Zahlenangaben wiederholen, die auch von der Arbeitgeberin schriftsätzlich vorgetragen worden waren. Auch ihm war es allerdings nicht möglich, genauere Angaben zu den relevanten Bezugsgrößen zu machen. Die von ihm grob geschätzte Hektoliteranzahl (200) wich stark von der durch die Zeugin T. genannten (80) ab, die Angabe der Abweichungsquote mit 5 % wurde von ihm sofort wieder relativiert. Die Kammer konnte sich insoweit nicht des Eindrucks erwehren, dass der Zeuge hier mangels genauer eigener Berechnungen schlicht die vom Geschäftsführer kurz vorher in den Raum gestellte Zahl übernommen hat. 69

Insgesamt hat die Kammer nach dem Ergebnis der Vernehmungen der Zeugen T. und S. den Eindruck gewonnen, dass die Arbeitgeberin zwar die Zahlen über die Plusbiere korrekt ermittelt haben mag, dass sie aber keine genaueren Untersuchungen hinsichtlich der Bezugsgrößen und der sonstigen relevanten Umstände durchgeführt hat. Dadurch blieben die von ihr angegebenen Zahlen - selbst bei unterstellter Richtigkeit - "in der Luft" hängen und behielten einen nur sehr eingeschränkten Aussagewert. Da die Arbeitgeberin weder festgestellt hat, ob und in welchem Umfang die Biermengen in den verglichenen Zeiträumen von einander abwichen, noch, ob es aufgrund besonderer Einflüsse (z.B. wegen des Einsatzes vieler unerfahrener Aushilfskellner oder witterungsbedingt durch großes Gedränge im Schankraum) zu höheren Bierverlusten gekommen sein kann, erschienen die von ihr gezogenen Rückschlüsse wenig überzeugend. Es blieb letztlich bei dem nur in Teilen objektivierbaren Eindruck der Arbeitgeberin, ihre Warnungen vor der Karnevalszeit hätten Wirkung gezeigt. Ob insoweit tatsächlich ein ursächlicher Zusammenhang zum Anstieg der Plusbiere bestand und ob die verbesserten Plusbierzahlen nur den Rückschluss zuließen, dass Mitarbeiter von Betrugereien Abstand genommen hatten, blieb eine Mutmaßung. 70

bb) Den für die Kammer maßgeblichen Hinweis auf ein bestimmtes Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter will die Arbeitgeberin durch eine Aussage ihres Zapfers, des Zeugen B., gegenüber dem Betriebsleiter N. erhalten haben. Dieser Zapfer hatte, von der Arbeitgeberin mit dem Vorwurf der Unterschlagung während seiner Tätigkeit auf der S. 2010 konfrontiert, mitgeteilt, dass und wie er zusammen mit einem bzw. zwei Kellnern Biere unterschlagen und "in die eigene Tasche gewirtschaftet" habe. Seine (angebliche) Äußerung, "im T." werde "entsprechend manipuliert" konnte so verstanden werden, dass auch in der Hausbrauerei selbst (weitere) Zapfer gemeinsame Sache mit Kellnern machten und Plusbiere unterschlugen. 71

(1) Die von der Kammer durchgeführte Beweisaufnahme durch Vernehmung der Zeugen S. und N. hat allerdings ergeben, dass der Zeuge S. eine derartige Äußerung nicht getätigt hat. 72

Der Frage, ob die Aussagen des Zeugen S. glaubhaft waren, er habe spontan auf der Kirmes die Idee gehabt, Biere auf eigene Rechnung zu verkaufen, und in dem anschließenden Gespräch mit dem Zeugen T. sei es überhaupt nicht um die Hausbrauerei gegangen, brauchte die Kammer nicht weiter nachzugehen.

(2) Denn auch der weitere, von der Arbeitgeberin benannte Zeuge, der Betriebsleiter N., hat in seiner Vernehmung klargestellt, dass die Aussage „im T.“ werde „entsprechend manipuliert“ weder wörtlich noch sinngemäß gefallen ist. Nach der Einlassung des Zeugen T. hat der Zapfer S. zwar eingeräumt, dass er die Unterschlagungen gemeinsam mit Stammkellnern der Arbeitgeberin durchgeführt habe. Ein Hinweis darauf, dass außer ihm weitere Zapfer auf dieselbe Weise wie er agiert hätten, war seinen Äußerungen nach Aussage des Zeugen T. jedoch nicht zu entnehmen. Damit war zwar klar, dass der Zeuge S. nicht spontan gehandelt, sondern auch im Haupthaus der Arbeitgeberin Straftaten begangen hatte. Auch ergab sich damit ein konkreter Hinweis darauf, dass ein oder zwei der bei ihr beschäftigten Kellner in der Vergangenheit im T. „betrogen“ hatten. Ein Verdacht gegen weitere bei der Arbeitgeberin beschäftigte Zapfer folgte daraus jedoch nicht. Der Zeuge hat im Gegenteil auf ausdrückliche Nachfrage des Gerichts klargestellt, dass der Zeuge S. weder etwas über andere Zapfer gesagt, noch dass er einen Satz geäußert hat, der diesen Rückschluss konkret zugelassen hätte. Der Arbeitgeberin bzw. dem Prozessbevollmächtigten C. habe er, so der Zeuge, auch nur mitgeteilt, dass auf der Kirmes der Verdacht des Betruges bzw. der Unterschlagung bestanden habe und dass bezüglich des Stammhauses ein latenter Verdacht bestehe, wie er allgemein in der Gastronomie bestehe. 74

Die Kammer hält die Aussage des Zeugen N. für glaubhaft. Seine Angaben waren in sich widerspruchsfrei und detailreich, etwa wenn er klar differenzierte zwischen dem 4-Personen- und dem anschließenden 4-Augen-Gespräch und die örtlichen Gegebenheiten schilderte. Obwohl er als Betriebsleiter gewissermaßen „im Lager“ der Arbeitgeberin stand und ihm nicht entging, dass der Inhalt einer Aussage sich nicht mit dem Vortrag der Arbeitgeberin deckte, hat er sich nicht zu einer Anpassung seiner Angaben hinreißen lassen, sondern seine Aussagen mit leicht veränderter Wortwahl wiederholt. 75

(3) Nach dem Ergebnis der Vernehmung des Zeugen N. war somit davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin entgegen ihren Angaben vor der Installation der Videokameras keine konkreten Hinweise auf Bier-Unterschlagungen durch einen oder mehrere der (noch) in ihrem Stammhaus beschäftigten Zapfer erhalten hatte. Die (vermeintlich) schlechten Plus-Bier-Zahlen ließen sich also nicht ohne weiteres durch Straftaten weiterer Zapfer erklären. Im Gegenteil: Nachdem sie den Zapfer S. überführt hatte, war sogar eine mögliche Erklärung für ihre Beobachtung im Zusammenhang mit der Karneval-Kontrolle und der Umschlag-Einführung gefunden. Eher wäre nun die Erwartung gerechtfertigt gewesen, dass die Unterschlagungen mangels „Komplizen“ in den Reihen der Zapfer aufhören würden. Ein berechtigter Verdacht bezogen auf alle oder sogar einige bestimmte Zapfer konnte aus der Aussage des Zeugen S. gerade nicht hergeleitet werden. Die Erkenntnisse der Arbeitgeberin beschränkten sich letztlich vielmehr auf die sehr unscharfe Mutmaßung, sie werde weiterhin von ihren Mitarbeitern geprellt und daran könnten die sechs Zapfer auch nicht unbeteiligt sein. Bezeichnend ist insoweit auch die Aussage der Zeugen T., es habe sich ein „latenter“ Verdacht ergeben, wie er eben „allgemein in der Gastronomie“ bestehe. 76

cc) Die weiteren von der Arbeitgeberin angeführten Verdachtsmomente bleiben entweder schon in der Darlegung zu unkonkret oder stellen lediglich subjektive Schlussfolgerungen dar, die angesichts der zugrundeliegenden Tatsachen nicht nachvollziehbar sind. 77

(1) Dies gilt zunächst für die von der Arbeitgeberin durchgeführte Auswertung der Umsätze vor und nach Installation der AFG-Zähler. Die Arbeitgeberin selbst hat die von ihr ermittelten Ergebnisse nicht einheitlich bewertet und in einem anderen arbeitsgerichtlichen Verfahren gegen zwei Betriebsleiter sogar vortragen lassen, eine Verantwortlichkeit der Zapfer und Kellner für die Umsatzausfälle sei auszuschließen. Den Widerspruch, dass sie einerseits in dem Verfahren gegen die Betriebsleiter erklärt hat, die Veränderungen des Umsatzes seien auf Manipulationen durch die Betriebsleiter zurückzuführen, andererseits jedoch vorträgt, dies sei auszuschließen, da die Manipulationen sich nur auf Speisen bezogen hätten, konnte sie nicht aufklären. Insoweit hat der Betriebsrat darauf hingewiesen, dass die ausdrückliche Angabe von Speisen bei der Minusbuchung durch die Betriebsleiter erst nach der Installation der AFG-Zähler erfolgt sei. Damit wäre aber gerade zu erklären, warum das Waren-Umsatz-Verhältnis sich zu diesem Zeitpunkt im Bereich der Getränke verbessert hätte. Darüber hinaus blieb völlig unklar, innerhalb welcher Zeiträume die Arbeitgeberin (angeblich) welche konkreten Messergebnisse erzielt hat und ob insoweit überhaupt von aussagekräftigen Vergleichszahlen die Rede sein kann. Einen Rückschluss auf mögliche Unterschlagungen von Getränken durch Zapfer und/oder Kellner ließen diese Ermittlungen nicht zu, eine Konkretisierung auf einen näher eingegrenzten Personenkreis hat selbst die Arbeitgeberin nicht behauptet.

(2) Von ähnlich geringer Aussagekraft sind die Erkenntnisse, welche die Arbeitgeberin aus der Einführung des Umschlag-Systems gewonnen haben will. Ihre (bestrittene) Behauptung, die Umsätze seien hiernach "angestiegen, allerdings immer noch zu gering" sind derart unkonkret, dass sie weder einem Beweis zugänglich, noch geeignet sind, Rückschlüsse auf ein bestimmtes Verhalten der Mitarbeiter zu ziehen.

79

(3) Unaufgeklärt gelassen hat die Kammer schließlich, ob die Betriebsratsvorsitzende Ulrike X. tatsächlich in einer Anhörung im Zusammenhang mit der Überführung des Zeugen S. die Frage gestellt hat, wem überhaupt die Plus-Biere zustünden. In einer derartigen Äußerung - ihre Richtigkeit unterstellt - kann die Kammer kein erhebliches Indiz für Straftaten weiterer Zapfer ihres Betriebes sehen. Zum einen war das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Arbeitgeberin, wie diese selbst vorträgt, sehr angespannt, so dass provokative Fragen auch in dem schlechten Verhältnis ihre Ursache haben können. Zum zweiten erscheint der Kammer die Unterstellung der Arbeitgeberin, auch die Betriebsratsvorsitzende, der selbst keinerlei Verwicklung in die Taten vorgeworfen wird, habe Kenntnisse von den Unterschlagungen gehabt, diese gedeckt und auch noch gegenüber der Arbeitgeberin zu rechtfertigen versucht, als zu weitgehend.

80

dd) Nach alledem fehlte es vor der heimlichen Installation und Aktivierung der Videokameras durch die Arbeitgeberin an einem hinreichend konkretisierten Verdacht gegen den von der Überwachung betroffenen Personenkreis, nämlich die Gruppe der sechs verbliebenen Zapfer. Zuzugeben ist der Arbeitgeberin zwar, dass die Anforderungen an einen Tatverdacht nicht überspannt werden dürfen. Es kann nicht erwartet werden, dass bereits Tat und Täter konkret feststehen. Denn in diesem Fall wäre die Videoüberwachung schlicht überflüssig. Andererseits aber ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 32 BDSG ("tatsächliche Anhaltspunkte" "der Betroffene") zumindest zu fordern, dass der Kreis der Verdächtigen abgrenzbar ist und sich die Kontrollmaßnahme auch gegen diesen Kreis richtet. Die von der Arbeitgeberin gewonnenen Erkenntnisse beschränkten sich demgegenüber auf einige, jeweils sehr unklare Anhaltspunkte, die auch in ihrer Gesamtheit nicht geeignet waren, den (möglicherweise) "latent in der Gastronomie bestehenden" Verdacht näher einzugrenzen. Es blieb letztlich bei der allgemeinen Mutmaßung der Arbeitgeberin, dass im Brauhaus "nicht alles mit rechten

81

Dingen zugeht". Offen lassen konnte die Kammer insoweit die Frage, ob die Arbeitgeberin ggf. die Aussage des Zeugen S. schon berechtigt zum Anlass hätte nehmen können, die gesamte Gruppe der 29 Kellner heimlich zu beobachten, um die zwei Komplizen des Zeugen zu überführen. Denn hiervon hat die Arbeitgeberin unter Hinweis auf die Größe der Gruppe ausdrücklich Abstand genommen und die Überwachungsmaßnahmen auf die sechs bei ihr beschäftigten Zapfer gerichtet. Hierzu war sie nach Überzeugung der Kammer jedoch mangels konkreten Tatverdachts gegen diese Betroffenen nicht berechtigt.

c) Angesichts der unklaren Verdachtslage wäre es der Arbeitgeberin überdies zuzumuten gewesen, durch weitere, weniger einschneidende Maßnahmen neue Erkenntnisse zu gewinnen, um den Verdacht auf bestimmte Personen und/oder Handlungsformen konkretisieren zu können. 82

Nahe gelegen hätte etwa, anhand der Liste der auf der Kirmes beschäftigten Kellner den Kreis der Komplizen des Zeugen S. einzugrenzen und diesen gezielt, etwa durch vertrauenswürdige Mitarbeiter oder den Betriebsleiter, zu kontrollieren. Auch ist für die Kammer nicht nachvollziehbar, warum die Arbeitgeberin davon Abstand genommen hat, das erfolgreiche Vorgehen im Fall S. im Brauhaus zu wiederholen, also zu prüfen, welcher Zapfer auffällig viele Biere unterfüllt herausgibt und trotzdem keine Plusbiere abrechnet. Schließlich hätte die Arbeitgeberin die Kellner ihre abendlichen Einkünfte offen legen lassen können. Wenn Einzelne erstaunlich viel "Trinkgeld" erwirtschaftet hätten, hätte sie dies weiter beobachten können. 83

d) Auch nach Abwägung der wechselseitigen Interessen der Arbeitgeberin einerseits und der betroffenen Mitarbeiter andererseits konnte die Videoüberwachung nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Zwar ist anzuerkennen, dass es sich vorliegend nicht um einen Eingriff in die Privat- oder Intimsphäre der Einzelnen handelte und dass somit nicht der absolut geschützte Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen war. Dies wird bei der Überwachung von Beschäftigten am Arbeitsplatz allerdings allgemein selten der Fall sein. Typischerweise wird bei der Beobachtung durch den Arbeitgeber die so genannte Sozialsphäre der Arbeitnehmer betroffen (Grimm/Schiefer, RdA 2009, S. 329). Andererseits ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine durchaus intensive Überwachung handelte, da sie heimlich, zeitlich durchgehend und über einen Zeitraum von mehr als zwei Wochen durchgeführt wurde. Für einen derart massiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht hätte es einer konkreteren, auf die Betroffenen bezogenen Gefahrenlage bedurft. 84

e) Aus dem Verstoß gegen § 6b Abs. 1 BDSG analog, § 32 BDSG und der Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt ein Beweisverwertungsverbot. 85

aa) Die Arbeitgeberin konnte sich zum Beweis der Tat bzw. des Verdachts nicht auf die von ihr gefertigten Videos berufen. 86

Die Zivilprozessordnung und das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten zu der Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel prozessual verwertet werden dürfen, keine Regelung. Beweisverwertungsverbote finden ihre dogmatische Grundlage in erster Linie in der Verfassung. Besondere Bedeutung kommt dabei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu. Bezweckt eine einfach-gesetzliche Vorschrift den Schutz eines Individuums und wird im Rahmen der Beweisverwertung in dieses auch verfassungsrechtlich geschützte Individualgut eingegriffen, resultiert daraus nach vorherrschender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur regelmäßig ein Verwertungsverbot für das rechtswidrig erlangte Tatsachenmaterial, wenn nicht eine Güterabwägung ausnahmsweise den Eingriff rechtfertigt (BGH, Urteil vom 18.02.2003 - XI ZR 165/02 - NJW 2003, S. 1727; Lunk, Prozessuale Verwertungsverbote im 87

Arbeitsrecht, NZA 2009, S. 457 m.w.N.). Die Wahrheitspflicht genießt keinen generellen Vorrang (Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, S. 329) und hat zurück zu stehen, wenn sie nur unter rechtswidriger Verletzung von Persönlichkeitsrechten verwirklicht werden kann.

Um einen derartigen Fall handelt es sich auch bei der unberechtigten Videoüberwachung von Mitarbeitern (so auch die Bundesregierung in einer Antwort auf eine Kleine Anfrage zum Arbeitnehmerdatenschutz, BT-Drucksache 16/9178; Grimm/Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, S. 329; Lunk, Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht, NZA 2009, S. 457). Wie oben bereits dargelegt wurde, stellte die Beobachtung durch heimlich installierte Videokameras einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Zapfer dar. Dieser Eingriff würde durch eine Verwendung der gewonnenen Daten in einem gegen sie gerichteten arbeitsgerichtlichen Verfahren noch perpetuiert. Der Schutzzweck der §§ 6b, 32 BDSG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ließe leer, ließe man den Beweis durch Videobänder aus prozessrechtlichen Erwägungen doch wieder zu. 88

bb) Dem Beweisverwertungsverbot unterliegen auch das Zeugnis des Herrn E., das als Beweis angebotene Sachverständigengutachten und die von der Arbeitgeberin angefertigte Urkunde (Excel-Tabelle). 89

Die Unzulässigkeit dieser Beweise gilt unabhängig von der weitergehenden Frage der so genannten Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (vgl. hierzu ausführlich BGH, Urteil vom 01.03.2006 - XII ZR 210/04 - NJW 2006, S. 1657; BGH, Urteil vom 24.08.1983 - 3 StR 136/83 - NStZ 1984, S. 275; Dzida/Grau, Verwertung von Beweismitteln bei Verletzung des Arbeitnehmerdatenschutzes, NZA 2010, S. 1201; Neuhaus, Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, NJW 1990, S. 1221). Die Existenz eines Videobandes als solches erbringt nämlich noch keinen Beweis. Zur Beweisführung geeignet wird das Band erst dadurch, dass die auf dem Band verkörperten optischen Informationen durch ein menschliches Auge zur Kenntnis genommen werden. Diese Kenntnisnahme ist ein notwendiger Zwischenschritt, so dass das Beweisverwertungsverbot völlig sinnentleert würde, wenn man zwar den Augenscheinbeweis selbst als unzulässig qualifizieren, die Vernehmung der Personen, die den Inhalt des Videobandes zur Kenntnis genommen haben, oder deren Aufzeichnungen als Beweise jedoch zulassen würde (ArbG Frankfurt, Urteil vom 25.01.2006 - 7 Ca 3342/05 - RDV 2006, S. 214). Hierin wäre eine unzulässige Umgehung des Beweisverwertungsverbötes zu sehen (OLG Karlsruhe, Urteil vom 08.11.2001 - 12 U 180/01 - NJW 2002, S. 2799; Grimm, Schiefer, Videoüberwachung am Arbeitsplatz, RdA 2009, S. 329 ff.). 90

Nach alledem ist es der Arbeitgeberin nicht gelungen, einen Tatsachenvortrag zu beweisen, der zumindest den dringenden Verdacht einer Pflichtwidrigkeit des Beteiligten zu 3.) begründet hätte. 91

RECHTSMITTELBELEHRUNG 92

Gegen diesen Beschluss kann von der Beteiligten zu 1. Beschwerde eingelegt werden. 93

Für die Beteiligten zu 2. und 3. ist gegen diesen Beschluss kein Rechtsmittel gegeben. 94

Die Beschwerde muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim 95

Landesarbeitsgericht Düsseldorf 96

97

Ludwig-Erhard-Allee 21	
40227 Düsseldorf	98
Fax: 0211-7770 2199	99
eingegangen sein.	100
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Beschlusses, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.	101
Die Beschwerdeschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	102
1. Rechtsanwälte,	103
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	104
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	105
Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	106
* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	107
gez. T.	108