Landesarbeitsgericht Hamm, 11 Sa 858/16

Datum:	12.06.2017
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	11. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	11 Sa 858/16
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2017:0612.11SA858.16.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Bocholt, 4 Ca 333/16
Schlagworte:	Beweisverwertungsverbot, Videoüberwachung
Normen:	BDSG §§ 6 b, 32, 28; ZPO § 286

Leitsätze:

1. Nach § 6 b Abs. 5 BDSG sind die Daten einer offenen Videoüberwachung zur Wahrnehmung des Hausrechts und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für konkret festgelegte Zwecke in einem öffentlich zugänglichen Ladenlokal unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen.

2. Mit dieser Vorschrift ist es nicht vereinbar, wenn ein Ladeninhaber nach Ablauf eines Dreimonatszeitraums die betriebswirtschaftlichen Zahlen auswertet und wegen dabei zutage getretener Auffälligkeiten ab dem 15. des Folgemonats die Videoaufzeichnungen des abgelaufenen Dreimonatszeitraums auswertet, welche lückenloses Bildmaterial zu sämtlichen Kassiervorgängen der zurückliegenden Arbeitswochen enthalten.

3. Wegen der Intensität der Persönlichkeitsrechtsverletzung durch den Verstoß gegen den Datenschutz besteht ein Beweisverwertungsverbot. Die fraglichen Videokonsequenzen dürfen nicht zum Nachweis der Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches verwandt werden.

4. Ein Beweisverwertungsverbot besteht in dieser Situation auch bezüglich der Aufnahmen der Videoüberwachung im nicht öffentlich zugänglichen Büroraum mit dort befindlichem Tresor. Die - anlasslose - Videoüberwachung dort ist nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BDSG gerechtfertigt. Einer auf § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gestützten Rechtfertigung der Auswertung der Videoaufzeichnungen steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen, weil auch die nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG erhobenen Daten zeitnah hätten ausgewertet und gelöscht werden müssen (wie zu 2.).

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 23.06.2016 – 4 Ca 333/16 - wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand 1

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren noch darüber, ob die Klägerin dem Beklagten Schadensersatz in Höhe von 9.840,72 € schuldet wegen behaupteter Unredlichkeiten bei der Verkaufstätigkeit und Kassenführung im Ladenlokal des Beklagten in den Monaten November 2015 bis Januar 2016. 2

Die 1972 geborene Klägerin war seit dem 01.09.2014 bei dem Beklagten als Verkäuferin in dessen Lottoannahmestelle beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis war zunächst auf ein Jahr befristet. Mit Vertrag vom 31.08.2015 verlängerten die Parteien das Arbeitsverhältnis bis zum 29.02.2016 (Bl. 6, 7 GA). Die monatliche Arbeitszeit betrug 120 Stunden. Die Klägerin erhielt einen Stundenlohn von 9,00 € brutto. 3

Die Filiale befindet sich im Gebäude eines K-Marktes. Es werden dort neben den Artikeln des Lottogeschäftes insbesondere Tabakwaren und Zeitschriften verkauft. Im fraglichen Zeitraum waren in der Filiale außer der Klägerin drei weitere Verkäuferinnen tätig: Frau E seit September 2015, Frau M seit September 2015 und Frau A seit einem späteren Zeitpunkt als September 2015. Die Verkäuferinnen waren in wechselnden Schichten eingesetzt, die Klägerin häufig in der Schicht von 14.00 Uhr bis 21.00 Uhr. Eine der drei anderen Verkäuferinnen beging im fraglichen Zeitraum eine unrechtmäßige Stornomanipulation zu einem Betrag von 439,64 €. Diesen Betrag setzt der Beklagte von der Ersatzforderung gegen die Klägerin ab. 4

Der Ladenraum der Filiale wird durch drei Kameras videoüberwacht. Auf die Überwachung wird mit einem gelben Schild am Eingang hingewiesen. Die drei Kameras sind sichtbar platziert. Die Arbeitnehmerinnen wissen von der Überwachung. Die Aufzeichnung geschieht auf einem Festplattenvideorekorder, der sich in einem verschlossenen Metallbehälter befindet. Die Überwachung erfolgt nach Angabe des Beklagten nicht zur Mitarbeiterüberwachung sondern als einzige Möglichkeit zur Aufklärung Straftaten Dritter, z. B. von Diebstählen, Überfällen, nächtlichen Einbrüchen oder Trickbetrügereien. Die Kamera 1 5

erfasst die Regale des Zeitungs- und Pressebereichs. Die Kamera 2 zeigt eine ähnliche Einstellung aus einer anderen Perspektive des Raumes und erfasst auch den Bereich, in dem die Kunden die Lottoscheine ausfüllen und sich etwas länger aufhalten können. Die Kamera 4 erfasst den Kassenbereich mit Fokus auf den Thekenbereich und den davorstehenden Kunden; über diese Kamera werden auch die Tasten der Kasse und deren Bedienung aufgezeichnet. Die Kamera 3 überwacht den Büroraum mit dem dort befindlichen Tresor im nicht öffentlichen Teil des Geschäfts. Zur Illustration hat der Beklagte Screenshots aller vier vorhandenen Kameras aus einem vergleichbaren Ladenlokal zur Akte gereicht (Anlage BB 4, Bl. 267 GA). Wegen der weiteren Bilder, die Aufnahmen aus dem hier interessierenden Ladenlokal zeigen, wird auf die Anlagen BB 2, BB 3, BB 5 und BB 6 Bezug genommen (Bl. 265, 266, 268, 269 GA). Wegen eines von dem Beklagten in diesem Zusammenhang zur Akte gereichten e-mail-Schreibens der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein – Westfalen vom 14.02.2017 (betreffend ein anderes Ladenlokal des Beklagten) wird auf Bl. 270 GA Bezug genommen (Anlage BB 7).

Nachdem eine betriebswirtschaftliche Auswertung der Geldsummen des Wareneinkaufs und des Warenverkaufs der Filiale im Zeitraum November 2015 bis Januar 2016 vorgenommen worden war, entnahm der Beklagte am 15.02.2016 das Videoaufzeichnungsgerät aus der Filiale. Der Beklagte hat im ersten Rechtszug behauptet, bei der anschließenden Auswertung der Aufzeichnungen unredliche Verhaltensweisen der Klägerin in ihren Arbeitsschichten am 17.12.2015, am 13.01.2016 und am 29.01.2016 festgestellt zu haben. Im Berufungsrechtszug behauptet er darüber hinaus, auch in den Arbeitsschichten am 19.12.2015, am 08.01.2016 und am 23.01.2016 seien Unregelmäßigkeiten festgestellt worden. 6

Mit Schreiben vom 24.02.2016 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Das Kündigungsschreiben wurde der Klägerin am 24.02.2016 übergeben. Der Beklagte hat seine Kündigung auf den Vorwurf der Entwendung von Einnahmen, der unbezahlten Mitnahme von Waren sowie der Nutzung von Rubbellosen ohne Bezahlung gestützt. 7

Für den Monat Februar 2016 bestand ein dem Grunde nach unstreitiger Entgeltanspruch der Klägerin für 102 Arbeitsstunden in Höhe von 918,00 € brutto (= 715, 97 € netto). Der Beklagte hat gegenüber diesem Anspruch die Aufrechnung erklärt. 8

Gegen die Kündigung hat die Klägerin am 04.03.2016 Klage erhoben. Zugleich hat sie das Entgelt für Februar 2016 eingeklagt. 9

Die Klägerin hat bestritten, sich unrechtmäßig Geld bzw. Waren angeeignet zu haben. Soweit sie unzutreffende Beträge in die Kasse eingegeben habe, sei dies zum Ausgleich eines vorher aufgetretenen Stornos gewesen, da die Kasse keine einfache Vorkehrung für einen Stornovorgang gehabt habe. Dies hätten auch andere Verkäuferinnen so gehandhabt. Es sei ihr nicht erinnerlich, Tabakwaren oder ähnliches ohne zu bezahlen mitgenommen zu haben. Wenn sie nicht direkt bezahlt habe, dann sei eine Bezahlung am Ende der Schicht oder in der nächsten Schicht erfolgt. 100,00 € habe sie mitgenommen, da sie im Dezember durch ein Rubbellos 100,00 € gewonnen habe. Die Klägerin hat der Verwertung der Videoaufnahmen zu Beweiszwecken widersprochen, soweit es sich um gezielte Einstellungen zur Überwachung von Mitarbeitern handle. Der Beklagte habe zum Zeitpunkt der Videoüberwachung keinen hinreichend konkreten Verdacht gehabt, um die Aufnahmen zu rechtfertigen. Für 120 geleistete Stunden im Februar 2016 schulde der Beklagte 918,00 €. 10

Den Kündigungsschutzantrag hat die Klägerin im Verhandlungstermin vor dem Arbeitsgericht am 23.06.2016 zurückgenommen. 11

12

Die Klägerin hat dann noch beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 918,00 € brutto nebst 5 Prozentpunkte Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.03.2016 zu leisten. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

und widerklagend, 16

die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 9.840,27 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 17

Die Klägerin hat beantragt, 18

die Widerklage abzuweisen. 19

Der Beklagte hat der Klägerin vorgeworfen: Am 17.12.2015 habe sie Waren im Wert von 133,00 € unterschlagen, indem sie mehrfach bei dem Verkauf von Zigarettenschachteln nur einen geringeren Betrag eingegeben aber den richtigen Wert vereinnahmt habe, sowie mehrere Schachteln Zigaretten und eine Glückwunschkarte ohne zu bezahlen eingesteckt sowie letztlich Geld entwendet habe. Am 29.01.2016 habe die Klägerin unberechtigt Geldbeträge erlangt, indem sie unzutreffende Preise in die Kasse eingegeben habe, Rubbellose genutzt habe ohne diese einzutragen und damit zu bezahlen sowie Zigaretten ohne zu bezahlen genommen habe. Die Schadenshöhe am 29.01.206 betrage 332,00 €. Durch Vorgänge am 13.01.2016 habe die Klägerin einen Schaden von 213,00 € verursacht. Dies habe man durch Analyse der am 15.02.2016 der Filiale entnommenen Videoaufnahmen herausgefunden, nachdem die Innenrevision für die drei Monate November 2015 bis Januar 2016 einen erheblichen Warenschwund festgestellt habe. Zum Beweis der Vorfälle am 17.12.2015, am 29.01.2016 und am 13.01.2016 hat der Beklagte zwei DVD mit den entsprechenden Aufnahmen der Videoüberwachung zur Akte gereicht (Bl. 73 GA überreicht mit Schriftsatz vom 29.03.2016 zum Geschehen am 17.12.2015, Bl. 106 GA überreicht mit Schriftsatz vom 21.04.2016 zum Gesehen am 29.01.2016). In Höhe von 715,97 € sei der Schaden gegen das Entgelt für Februar 2016 aufgerechnet worden. Dies sei entgegen der Pfändungsfreigrenzen möglich, da es sich hierbei um Schäden aus Vermögensdelikten handle. Im Übrigen ergebe sich der weitergehende Schaden und der Anspruch der Widerklage in Höhe von 9.840,27 € aus einer Schadensschätzung basierend auf dem Warenschwund der Filiale. In dem Zeitraum vom 01.11.2015 bis zum 31.01.2016 habe die Innenrevision einen Warenschwund in Höhe von 9.177,88 € festgestellt. Dieser berechne sich aus der Gewinnmarge, welche in diesem Zeitraum bei der Filiale bei 2,5 % abweichend von sonst üblichen von ca. 10 % liege. In der Filiale hätten sich im Zeitraum vom 01.11.2015 bis zum 31.01.2016 Waren im Einkaufswert von 118.735,28 € befunden (Bruttoeinkaufswert inkl. Umsatzsteuer). Der Bruttoverkaufswert habe sich auf (nur) 122.377,75 € (inkl. Steuer) belaufen. Auf der Grundlage der Nettowerte 102.833,40 € (Verkaufswert) und 99.777,55 € (Einkaufswert) errechne sich eine Gewinnmarge von 2,5 % statt der eigentlichen Gewinnmarge von ca. 10%. Zur Berechnung der durchschnittlichen Gewinnmarge hat der Beklagte beispielhaft auf eine Rechnung der Firma E2 vom 11.12.2015 verwiesen (Anlage 5, Bl. 56 ff. GA). Der Wert des Warenschwundes betrage 7,5 % vom Bruttoverkaufswert von 122.371,75 € und damit 9.177,88 € netto. Bei den Rubbellosen ergebe sich im Verlauf dieses Zeitraums eine Differenz zwischen eingescannten Losen und verkauften Losen in Höhe von 1.818,00 €. Von dem Gesamtschaden sei der schon einbehaltene Lohn abgezogen worden. 20

Weitere 439,64 € seien wegen der von einer anderen Mitarbeiterin begangenen Stornomanipulationen in dieser Höhe abgezogen worden. Der Gesamtschaden berechne sich dementsprechend wie folgt: 9.177,88 € Warenschwund zzgl. 1.818,00 € Fehlbestand Rubellose abzgl. 715,97 € Aufrechnung abzgl. 439,64 € Stornomanipulation durch andere Mitarbeiterin, verbleibende Summe 9.840,27 €. Wegen weiterer Einzelheiten der Ausführungen und Berechnungen des Beklagten wird auf dessen schriftsätzliches Vorbringen und die dazu vorgelegten Anlagen Bezug genommen, insbesondere auf den Schriftsatz vom 29.03.2016 mit umfangreichen Anlagen (Bl. 49 ff GA, Bl. 56 – 72 GA). Anhand der einzelnen Tage, welche bei der Klägerin analysiert worden seien, bei denen es sich im streitgegenständlichen Zeitraum um einen Zeitpunkt am Anfang, in der Mitte und gegen Ende handele, ergebe sich ein so dichtes Bild, dass der Schaden einer Schadensschätzung zugänglich sei. Bei den anderen Mitarbeitern sei bei der Auswertung einzelner Tage nichts ersichtlich gewesen - mit Ausnahme der Stornomanipulation einer anderen Mitarbeiterin. Bei jener Mitarbeiterin habe sich aber nichts Weiteres ergeben. An die Tabakwaren gelangten die Kunden wegen der räumlichen Trennung nicht. Auch außerhalb der Öffnungszeiten sei der Laden videoüberwacht. Die Warenanlieferung werde ebenfalls durch Mitarbeiter kontrolliert. Die Videoanalyse sei enorm aufwendig, da die Aufnahmen in Echtzeit vorlägen. Für eine einzige Schicht von sieben Stunden würden ca. zehn Analysestunden benötigt, da die einzelnen Sequenzen vor- und zurückgespult werden müssten. Von den 36 Arbeitstagen der Klägerin im fraglichen Zeitraum seien drei verschiedene Schichten analysiert worden (17.12.2015 von 7.00 Uhr bis 14.00 Uhr, 13.01.2016 von 7.00 Uhr bis 14.00 Uhr, 29.01.2016 von 14.00 Uhr bis 21.00 Uhr). Insgesamt habe die Auswertungszeit der Videobänder 60 Stunden betragen, wodurch Kosten von 1.092,00 € verursacht worden seien. Diese Kosten seien ohne Ansatz geblieben.

Die Klägerin hat auf die Widerklage erwidert, der Beklagte könne ihr nicht durch vagen Vortrag einen allgemeinen Warenschwund anlasten. Es werde nicht nachvollziehbar dargelegt, wie es zu der Feststellung des Warenschwundes gekommen sei und warum sie, die Klägerin, allein ursächlich für diesen sein solle. Die drei anderen Mitarbeiterinnen seien erst ab September 2015 oder noch später im Laden beschäftigt gewesen. Sie sei bereits ein Jahr vor den anderen Mitarbeiterinnen beschäftigt gewesen und habe beanstandungsfrei gearbeitet. 21

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte am 23.06.2016 verurteilt, an die Klägerin 918,00 € brutto nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits hat es dem Beklagten auferlegt. Der Anspruch auf 918,00 € Entgelt bestehe nach § 611 Abs. 1 BGB i.V.m dem Arbeitsvertrag. Die Aufrechnung sei nach § 394 BGB unzulässig, weil der Klägerin ansonsten weniger als der Selbstbehalt für das Existenzminimum von 1.080,00 € nach den Unterhaltsrichtlinien des OLG Hamm verbleibe. Der Beklagte habe keinen Schadensersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 1 BGB, §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB oder § 280 BGB auf Zahlung von 9.840,72 €. Eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO komme nicht in Betracht. Nicht anwendbar sei diese Bestimmung für den Haftungsgrund, also das anspruchsbegründende Ereignis selbst. Darum gehe es hier. Die konkret dargestellten Taten und deren Schadenspositionen habe der Beklagte im Übrigen ausdrücklich aufrechnen wollen und habe diese aus der Position der Widerklage herausgenommen. 22

Das Urteil ist dem Beklagten am 01.07.2016 zugestellt worden. Der Beklagte hat am 15.07.2016 Berufung eingelegt und die Berufung nach Fristverlängerung bis zum 04.10.2016 am 04.10.2016 begründet. 23

24

Der Beklagte wendet ein, das Arbeitsgericht habe seinen Hinweispflichten ihm gegenüber nicht genügt, zumal er erstinstanzlich nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts habe er die zum 17.12.2015, 13.01.2016 und 29.01.2016 geschilderten Taten und die daraus resultierenden Schäden nicht aus der Widerklage herausnehmen wollen.

In Ergänzung seines Vortrags hätte er bei den gebotenen Hinweisen weiter vorgetragen, wie es jetzt geschehe. Vom 01.11.2015 bis 31.01.2016 habe die Klägerin an 38 Tagen gearbeitet (Auflistung mit Daten und Schichtzeiten: S. 5 – 7 Berufungsbegründung vom 04.10.2016, Bl. 202 – 204 GA). Wegen der detaillierten Darstellung des behaupteten Geschehensverlaufs am 17.12.2015 ab 14.01 Uhr mit der behaupteten Schadenssumme von 133,00 € wird auf S. 7, 8 der Berufungsbegründung Bezug genommen (Bl. 204, 205 GA). Wegen der detaillierten Darstellung des behaupteten Geschehensverlaufs am 29.01.2016 ab 14.34 Uhr mit der behaupteten Schadenssumme von 331,20 € wird auf S. 8 - 10 der Berufungsbegründung Bezug genommen (Bl. 205 - 207 GA). 25

Unter Vorlage einer weiteren DVD zu Beweiszwecken (Bl. 210 GA) behauptet der Beklagte: Am 19.12.2015 habe die Klägerin um 07:15:50 Uhr den Geldbetrag für den Verkauf einer Stange Zigaretten von 56,00 € für sich vereinnahmt, ohne den Betrag in die Kasse einzugeben. Der Schaden betrage 56,00 €. Am 08.01.2016 habe die Klägerin um 14:03:45 Uhr für eine Schachtel Zigaretten 6,00 € kassiert, ohne den Betrag in die Kasse einzugeben. Um 14:51:40 Uhr habe die Klägerin 3 Schachteln Zigaretten im Wert von 21,00 € verkauft, jedoch nur den Betrag von 5,00 € in die Kasse eingegeben. Anschließend habe die Klägerin sich einen Betrag auf einem Notizzettel rechts neben der Kasse notiert. Der Schaden liege bei immerhin 32,00 € [sic]. Am 23.01.2016 habe die Klägerin um 09:44:24 Uhr eine Schachtel Zigaretten im Wert von 5,00 € verkauft und keine Eingabe über den Verkauf in die Kasse gegeben. Um 09:47:29 habe die Klägerin ein Rubbellos für 10,00 € entnommen und nicht bezahlt. Um 10:00:44 Uhr habe die Klägerin eine Schachtel Zigaretten für 6,00 € verkauft und zunächst den Betrag auch in die Kasse eingegeben. Dann habe sie aber die Korrekturtaste gedrückt und die Kasse geöffnet. Um 14:01:55 Uhr habe die Klägerin im Büro 200,00 €, welche sie zuvor dem Bargeldbestand entnommen habe, eingesteckt in ihre eigene persönliche Geldbörse, welche sich in ihrer Handtasche befunden habe. Der Schaden am 23.01.2016 belaufe sich auf 221,00 €. 26

Entgegen der Entscheidung des Arbeitsgerichts könne angesichts der Vielzahl von Einzeldelikten im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität auf § 287 ZPO zurückgegriffen werden. 27

Ein Beweisverwertungsverbot für die Videoaufnahmen bestehe nicht. Es handele sich nicht um eine verdeckte Überwachung, mit der eine etwaige Leistungs- und Verhaltenskontrolle der Arbeitnehmer verbunden sei. Die Aufzeichnungen seien nach § 6 b BDSG bzw. nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zulässig (weitere Einzelheiten Bl. 262 – 264 GA). Es liege keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin vor. Die Videoüberwachung sei Gegenstand der regelmäßigen jährlichen Fortbildungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Die zu Beweiszwecken vorgelegten Videoaufnahmen seien mit der Kassenkamera gemacht worden (Kamera 02, Screenshots BB 3, BB 5, Bl. 266, 268 GA) und mit der Bürokamera (Kamera 03, Screenshot BB 2, BB 6, Bl. 265, 269 GA). Auch die Kamera im Büroraum sei öffentlich sichtbar und den Mitarbeiterinnen bekannt gewesen. Aus den Kameraeinstellungen sei ersichtlich, dass die Überwachung dort zum Schutz des Geschäftsbetriebs und zum Schutz der sich dort aufhaltenden Personen erfolge. Eine Bewertung der Landesbeauftragen für Datenschutz bestätige die Aufnahme aller vier Kameras als rechtmäßig (BB 4 und BB 7, 28

Bl. 267, 270 GA). In der mündlichen Verhandlung hat der Beklagte auf Nachfrage des Gerichts klargestellt, dass alle sechs Schadenssummen zu den konkret beschriebenen sechs Tagesvorfällen Gegenstand der Zahlungsforderung des Berufungsverfahrens seien.

Der Beklagte beantragt, 29

das Urteil des Arbeitsgerichts Bocholt vom 23.06.2016 – 4 Ca 333/16 – dahingehend abzuändern, dass die Klägerin auf die Widerklage verurteilt wird, an den Beklagten 9.840,72 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 30

Die Klägerin beantragt, 31

die Berufung zurückzuweisen. 32

Die Klägerin verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Zutreffend sei das Arbeitsgericht davon ausgegangen, dass die Schadensbeträge zu den konkret ermittelten Tagen nicht Gegenstand der Widerklageforderung gewesen seien. Die Formulierungen des Beklagten zur Aufrechnung seien insoweit eindeutig. Zu Recht habe das Arbeitsgericht auf denkbare Reserveursachen für den behaupteten Warenschwund hingewiesen. Eine reine Schadenshochrechnung reiche zur Substantiierung der Schadenshöhe nicht aus. Das Arbeitsgericht habe seinen Hinweispflichten genügt. Hinsichtlich der behaupteten Vorfälle sei auf das erstinstanzliche Vorbringen insbesondere zur filialüblichen Abwicklung eines Stornovorgangs zu verweisen. Eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO komme weiterhin nicht in Betracht. Hinsichtlich der vorgelegten Videosequenzen bestehe wie bereits erstinstanzlich dargelegt ein Beweisverwertungsverbot. Nicht richtig sei, dass ihr und ihren Kolleginnen exemplarisch Screenshots von den installierten Kameras gezeigt worden seien. Zu bestreiten sei, dass die auf die Kasse gerichtete Videoüberwachung die einzige Möglichkeit zur Aufdeckung von Straftaten Dritter darstelle. Deutlich sichtbar sei auf den vorgelegten Unterlagen, dass der vor dem Kassenbereich befindliche Kunde gerade nicht von den Einstellungssequenzen erfasst werde. Die von dem Beklagten vorgelegte Korrespondenz mit der Landesbeauftragten für den Datenschutz mache deutlich, dass es sehr wohl zu einer Videoüberwachung von Beschäftigten gekommen sei, genau deshalb sei die Videoaufzeichnung von der Datenschutzbeauftragten beanstandet worden. Es gehe in der beanstandeten Videoaufzeichnung nicht um die Überwachung des öffentlich zugänglichen Ladenlokals sondern lediglich um die Überwachung des Mitarbeiters im Kassenbereich. Der Beklagte setze sich nicht mit der Abgrenzung öffentlicher und nicht öffentlicher Räume - wie des angrenzenden Büros - auseinander. Zu der für den nicht öffentlichen Raum maßgeblichen Eingriffsnorm des § 32 BDSG trage der Beklagte nichts vor. Im Büro dürften Arbeitnehmer grundsätzlich einen weitergehenden Schutz ihrer Privatsphäre erwarten. Es fehle für die Aufzeichnung in diesem nicht öffentlichen Bereich ein konkreter Verdacht einer von ihr – der Klägerin – begangenen strafbaren Handlung. Weniger einschneidende Mittel zur Verdachtsaufklärung habe der Beklagte gar nicht erst dargestellt, obwohl dies für die Abwägung nach § 32 BDSG erforderlich gewesen wäre. 33

Wegen des weiteren tatsächlichen und rechtlichen Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen. 34

Entscheidungsgründe 35

36

Die Berufung des Beklagten ist statthaft und zulässig gemäß §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 1, Abs. 2 b) ArbGG. Die Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO.

In der Sache bleibt die Berufung jedoch ohne Erfolg. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Widerklage auf Schadensersatz abgewiesen. Wegen eines Betrages von 8.864,52 € hat der Beklagte die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach §§ 823 Abs. 1 BGB, §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 242, 246, 266 StGB oder § 280 BGB nicht schlüssig aufgezeigt (I.). Wegen des restlichen Betrags von 976,20 € scheidet ein Ersatzanspruch aus, weil der Beklagte das von ihm zu sechs konkreten Tagen behauptete strittige Geschehen nicht bewiesen hat (II.). Der angebotenen Beweisführung durch die beklagtenseits erstellten und zur Akte gereichten Videosequenzen steht ein Beweisverwertungsverbot aus Gründen des Daten- und Persönlichkeitsschutzes entgegen. Der Daten- und Persönlichkeitsschutz schließt auch eine Vernehmung der mit der Videoauswertung betrauten Mitarbeiterin des Beklagten aus. 37

I. Wegen des Betrags von 8.864,52 € ist die Widerklage bereits deshalb unbegründet, weil der Beklagte für diesen Teil der Ersatzforderung die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach den oben genannten Vorschriften nicht schlüssig aufgezeigt hat (8.864,52 € = 9.840,27 € abzüglich 976,20 € konkret behauptete Schäden an den sechs konkret benannten Tage). Für diesen Betrag kann unabhängig von der unter II. behandelten Problematik des Beweisverwertungsverbots schon auf der Grundlage des unterbreiteten Lebenssachverhalts nicht festgestellt werden, dass die Klägerin für einen Fehlbetrag der Filiale von 8.864,52 € einzustehen hätte. 38

Der Beklagte hat schon nicht schlüssig aufgezeigt, dass in den drei Monaten November 2015 bis Januar 2016 in der streitgegenständlichen Filiale tatsächlich bei den Waren außerhalb des Lottogeschäfts ein Warenschwund / ein Fehlbetrag von 9177,88 € real eingetreten war und bei den Rubbellosen ein Warenschwund / Fehlbetrag von 1818,00 € zu verzeichnen war. Die Vorgehensweise des Beklagten, die Summe der im Betrachtungszeitraum aufgewandten Einkaufspreise der Summe der im Betrachtungszeitraum erzielten Verkaufserlöse gegenüberzustellen und mit der üblichen Verkaufsmarge („ca. 10 %“) abzugleichen, mag einen hinreichenden Hinweis auf etwaige Unregelmäßigkeiten bieten und dann Anlass für weitere Überprüfungsmaßnahmen sein. Zur Begründung einer konkret zu beziffernden Schadensersatzforderung ist indes zusätzlich erforderlich, dass der körperliche Warenbestand der Filiale in die Betrachtung einbezogen wird (Anfangsbestand, Endbestand, Zugänge und Abgänge im Betrachtungszeitraum). Nur dann können andere Erklärungen für eine unerwartet niedrige Marge hinreichend zuverlässig ausgeschlossen werden. Eine niedrige Marge in einem Dreimonatszeitraum kann sich beispielsweise auch dann ergeben, wenn viele Waren eingekauft und wenige Waren verkauft werden und deshalb am Ende des Betrachtungszeitraums ein hoher Warenbestand in der Filiale vorhanden ist. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass beispielsweise ein hoher Einkaufswert am Ende des dreimonatigen Betrachtungszeitraums erst durch Verkäufe im nachfolgenden (vierten) Monat außerhalb des Betrachtungszeitraums realisiert wird. Gleiches gilt für die Position Rubbellose. Auch hier ist es – aus den soeben dargestellten Gründen - unzureichend, nur die „aktivierten Stangen“ und die erzielten Erlöse nicht aber die noch unverkauft im Laden vorhandenen Lose in die Schadensermittlung einzubeziehen. Davon abgesehen kann ein Fehlbestand seine Ursache auch in Fehlern des Liefergeschehens haben (Mengenfehler). Schließlich kann nach der Darstellung des Beklagten nicht ausgeschlossen werden, dass Buchungsfehler die ermittelten Einkaufswerte und/oder Verkaufswerte verfälscht haben. 39

40

Aber selbst wenn man zugunsten des Beklagten von dem behaupteten Fehlbestand ausgehen würde und ebenfalls zugunsten des Beklagten Unredlichkeiten der Klägerin an den sechs konkret bezeichneten Tagen unterstellen würde, ist eine Täterschaft und Verantwortlichkeit der Klägerin für einen weiteren Schadensbetrag von 8.864,52 € nicht schlüssig dargelegt. Weder der Beklagte noch einer seiner Mitarbeiter noch sonstige Personen haben unerlaubte Handlungen der Klägerin an weiteren Tagen oder zu anderen als den aufgelisteten Uhrzeiten der sechs konkret beschriebenen Tage beobachtet. Auch die Existenz weiterer belastender Videoaufzeichnungen behauptet der Beklagte nicht. Eine bloße Schlussfolgerung aus einem Fehlbestand auf eine Täterschaft der Klägerin ist nicht hinreichend zwingend. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass andere Umstände als ein Fehlverhalten der Klägerin zu einem – hier unterstellten - Warenschwund / Fehlbetrag geführt haben. Kunden oder sonstige dritte Personen können Waren weggenommen haben; weder ein Diebstahl innerhalb noch ein Diebstahl außerhalb der Geschäftszeiten erscheinen sicher ausgeschlossen. Auch - und vor allem - kann eine Täterschaft der anderen Mitarbeiterinnen des Beklagten nach dem unterbreiteten Sachverhalt nicht sicher ausgeschlossen werden. Letzteres gilt umso mehr, als nach der eigenen Darstellung des Beklagten eine der drei Kolleginnen unstrittig eine rechtswidrige Stornomanipulation mit einer Schadenssumme von 439,64 € im hier interessierenden Dreimonatszeitraum begangen hat. Schließlich kann Fehlverhalten von Lieferanten Ursache eines Fehlbestandes sein, auch dies kann nach den mitgeteilten Tatumständen nicht mit der zu fordernden Sicherheit ausgeschlossen werden. Kann der Arbeitgeber in einer Lage wie der hier gegebenen nicht einsichtig darlegen, warum Fehlbestände nicht durch das Verhalten anderer Personen entstanden sein können, so bestehen keine ausreichenden Indizien für ein Fehlverhalten der in Anspruch genommenen Arbeitnehmerin. Verbleibende unbestimmte Vermutungen und ein mehr oder minder dringender Verdacht einer Pflichtverletzung reichen als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs nicht aus (*vgl. BAG 02.12.1999 AP BGB § 611 Mankohaftung Nr. 3*).

II. Auch wegen der restlichen Ersatzforderung von 976,20 € ist die Widerklage unbegründet [133,00 € + 331,20 € + 213,00 € + 56,00 € + 22,00 € (nicht 32,00 €) + 221,00 €]. Zwar beschränkt sich der Beklagte bei dieser Forderung nicht auf die unter I. behandelten Berechnungen und Schlussfolgerungen. Zu den Daten 17.12.2015, 13.01.2016 und 29.01.2016 hat der Beklagte bereits im Verfahren erster Instanz konkrete schädigende Handlungen der Klägerin behauptet, welche er im zweiten Rechtszug für den 17.12.2015 und den 29.01.2016 weiter konkretisiert hat. Zusätzlich hat der Beklagte im Berufungsverfahren weitere konkrete Vorfälle am 19.12.2015, 08.01.2016 und am 23.01.2016 behauptet. Die für die sechs Tage behaupteten Fehlbeträge summieren sich damit auf insgesamt 976,20 €. Der Beklagte hat jedoch keinen zulässigen Beweis für die Richtigkeit der von der Klägerin bestrittenen Behauptungen angetreten. Sowohl für die Beweisführung durch die eingereichten Videosequenzen wie auch für eine Zeugenvernehmung der Mitarbeiterin, welche die Videoaufzeichnungen ausgewertet hat, besteht ein Beweisverwertungsverbot aus Gründen des Daten- und Persönlichkeitsschutzes. 41

1. Ein Beweisverwertungsverbot oder ein Verbot, selbst unstreitigen Sachvortrag zu verwerten, kommt in Betracht, wenn dies aufgrund einer verfassungsrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist (*BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15 - ; BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 -*). Das Gericht hat insoweit zu prüfen, ob Daten und Erkenntnisse in Übereinstimmung mit datenschutzrechtlichen Vorschriften gewonnen worden sind und ob die Verwertung der gewonnenen Daten und Erkenntnisse mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vereinbar ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt nicht allein die Privat- und Intimsphäre, sondern in seiner speziellen Ausprägung als 42

Recht am eigenen Bild auch die Befugnis eines Menschen, selbst darüber zu entscheiden, ob Filmaufnahmen von ihm gemacht und möglicherweise gegen ihn verwendet werden dürfen. Die Verwertung von personenbezogenen Daten greift in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein, das die Befugnis garantiert, selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu befinden (*BAG 20.10.2016 - 2 AZR 395/15 - unter Hinweis auf BVerfG 11.03.2008 – 1 BvR 2074/05* -). Greift die prozessuale Verwertung eines Beweismittels in das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer Prozesspartei ein, überwiegt das Interesse an seiner Verwertung und der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege das Interesse am Schutz dieses Grundrechts nur dann, wenn weitere, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehende Aspekte hinzutreten. Es muss sich gerade diese Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung als gerechtfertigt erweisen (*BAG 20.10.2016 - 2 AZR 395/15; BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 -*). Ein Beweisverwertungsverbot wegen eines ungerechtfertigten Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht umfasst dabei nicht nur das Beweismittel selbst, also in einem Fall wie hier eine In-Augenscheinnahme der Videoaufzeichnungen, sondern auch dessen mittelbare Verwertung wie etwa die Vernehmung eines Zeugen über den Inhalt des Bildmaterials (*BAG 20.10.2016 - 2 AZR 395/15 - unter Hinweis auf BVerfG 31.07.2001 – 1 BvR 304/01 -*).

2. Der Schutzzweck der bei der Informationsgewinnung verletzten Norm kann einer Beweisverwertung und auch einer gerichtlichen Verwertung unstreitigen Sachvortrags entgegenstehen. Allerdings ordnen die Bestimmungen des BDSG für sich genommen nicht an, dass unter ihrer Missachtung gewonnene Erkenntnisse oder Beweismittel bei der Feststellung des Tatbestands im arbeitsgerichtlichen Verfahren vom Gericht nicht berücksichtigt werden dürften (*BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 -; Eylert, Kündigung nach heimlicher Arbeitnehmerüberwachung, NZA-Beilage 2015, 100, 105*). Die Annahme eines Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbots setzt weiter voraus, dass es dem Schutzzweck etwa des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuwiderliefe, den inhaltlichen Gehalt des fraglichen Beweismittels zur Grundlage der gerichtlichen Entscheidung zu machen (*BAG aaO; Eylert aaO 105, 106*). Der Schutzzweck des BDSG gebietet es nicht, dem Arbeitgeber aus generalpräventiven Gründen eine prozessuale Verwertung datenschutzrechtswidrig erlangter Informationen generell zu verwehren. Ein Verbot kommt nur in Betracht, wenn mit der Verwertung ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der anderen Prozesspartei einhergeht. Ein solcher Eingriff scheidet aus, wenn die Unzulässigkeit allein aus der (Dritt-)Betroffenheit anderer Beschäftigter resultiert (*BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15 -*). Unschädlich ist es dabei nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, wenn der Arbeitgeber seinen Dokumentationspflichten gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, die grundsätzlich vor der Datenerhebung zu erfüllen sind, nur unvollständig nachgekommen ist (*BAG 20.10.2016 - 2 AZR 395/15 -*). 43

3. Nach diesen Grundsätzen besteht für die Videosequenzen, die mit der sog. Kassenkamera aufgezeichnet worden sind, ein Beweisverwertungsverbot (Screenshot BB 3 und BB 5, Bl. 266, 268 GA). Dies betrifft sämtliche Behauptungen des Beklagten zu den sechs Tagen mit Ausnahme der Behauptung der Geldentwendung im Büroraum am 23.01.2016, welche nach den Angaben des Beklagten mit der sog. Bürokamera aufgezeichnet worden ist (Screenshot BB 6, Bl. 269 GA / dazu unter 4.). 44

a) Bei den Aufnahmen der sog. Kassenkamera handelt es sich um eine offene Videoüberwachung des Ladenlokals als eines öffentlich zugänglichen Raums zur Wahrnehmung des Hausrechts („zur Aufklärung Straftaten Dritter, z. B. von Diebstählen, Überfällen, nächtlichen Einbrüchen oder Trickbetrügereien“). 45

46

aa) Die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Beobachtungen ist in § 6 b Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 BDSG geregelt. § 6 b Abs. 2 BDSG legt fest, dass der Umstand der Beobachtung und die verantwortliche Stelle durch geeignete Maßnahmen erkennbar zu machen sind. Die Verarbeitung oder Nutzung der nach § 6 b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten ist gemäß § 6 b Abs. 3 BDSG zulässig, wenn sie zum Erreichen des verfolgten Zwecks erforderlich ist und keine Anhaltspunkte bestehen, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen überwiegen. Für einen anderen Zweck dürfen sie nur verarbeitet oder genutzt werden, soweit dies zur Abwehr von Gefahren für die staatliche und öffentliche Sicherheit sowie zur Verfolgung von Straftaten erforderlich ist. Nach § 6 b Abs. 5 BDSG sind die nach § 6 b Abs. 1 BDSG erhobenen Daten unverzüglich zu löschen, wenn sie zur Erreichung des Zwecks nicht mehr erforderlich sind oder schutzwürdige Interessen der Betroffenen einer weiteren Speicherung entgegenstehen. Diese Vorschrift dient der Durchsetzung des Gebots der sparsamen Datenhaltung *(NK-GA-Gola/Schulz, 1. Aufl. 2016, § 6 b BDSG Rn. 10*). Bei der Vorgabe der unverzüglichen Löschung ist von einer Frist von ein bis zwei oder zumindest nur wenigen Arbeitstagen nach Wegfall der Erforderlichkeit auszugehen (*Simitis-Scholz, BDSG, 8.Aufl. 2014, § 6 b BDSG Rn. 140, 141, 144 [„für kleine überschaubare Läden … Löschung noch am selben Abend“]; Däubler u.a.- Wedde, BDSG 5. Aufl. 2016, § 6 b BDSG Rn. 60*).

bb) Die von dem Beklagten ab dem 15.02.2016 begonnene Auswertung des mit der Kassenkamera im Dreimonatszeitraum November 2015 bis Januar 2016 aufgezeichneten Arbeitsverhaltens der Klägerin im Kassenbereich verstößt gegen § 6 b Abs. 5 BDSG. Die Vorhaltung der Videoaufzeichnungen zum Kassierverhalten der Klägerin im Dreimonatszeitraum November 2015 bis Januar 2016 noch am 15.02.2016 verstößt gegen die Pflicht zur unverzüglichen Löschung. Der Beklagte wäre verpflichtet gewesen, die letzten Aufzeichnungen aus Januar 2016 in den ersten Tagen des Februar 2016, auf jeden Fall deutlich vor dem 15.02.2016 zu löschen. Die weiter zurückliegenden Aufzeichnungen hätten bereits zu entsprechend früheren Zeitpunkten gelöscht sein müssen. Aus diesem datenschutzrechtlichen Verstoß des Beklagten resultiert nach Abwägung der wechselseitigen Interessen ein Beweisverwertungsverbot. Zu berücksichtigen ist, dass der Beklagte ein Interesse hat, Schadensersatzforderungen für rechtswidriges Verhalten realisieren zu können, welches in seinem Ladenlokal zu seinem Nachteil geschieht. Diesem Interesse hat der Gesetzgeber mit den Regeln in § 6 b BDSG einerseits Rechnung getragen, zugleich hat er dort dem Interesse aber auch aus Gründen des Datenschutzes der überwachten Personen Grenzen gesetzt, der Gesetzgeber erwartet von der verantwortlichen Stelle eine alsbaldige Prüfung des Videomaterials zur Bedarfsklärung (*Simitis-Scholz, BDSG, 8. Auf. 2014, § 6 b BDSG Rn. 140*). Auf der Seite der Klägerin ist zu berücksichtigen, dass das Vorgehen des Beklagten sie in gravierender Weise in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt. Die Kassenkamera hat jeden einzelnen Kassiervorgang der Klägerin aufgenommen. Durch die nicht durchgeführten Löschungen verfügte der Beklagte am 15.02.2016 über eine lückenlose Dokumentation jeglichen Kassenverhaltens der Klägerin während etlicher Arbeitswochen weit rückwirkend in den Dreimonatszeitraum November 2015 bis Januar 2016 hinein. Intensiviert ist die Beeinträchtigung dadurch, dass auch das Verhalten der Klägerin an anderen Stellen des Ladenlokals – durch zwei weitere unterschiedliche Kameraeinstelllungen in das Ladenlokal hinein - und außerdem noch ihr Verhalten bei Aufenthalten im nicht öffentlich zugänglichen Büroraum und insbesondere auch an dem dort befindlichen Sitzplatz (Screenshot BB 2, BB 6, Bl. 265, 269 GA) durchgängig aufgezeichnet worden ist. Eine Videobeobachtung des Arbeitnehmers in seinem Arbeitsbereich während der gesamten Dauer seiner Arbeitszeit stellt einen intensiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar (*BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15 – Rn. 30; Eylert, Kündigung nach heimlicher Arbeitnehmerüberwachung, NZA-Beilage 2015, 100, 104*). Hier tritt hinzu, dass die lückenlose Dokumentation des Arbeitsverhaltens von dem Beklagten weit über eine

47

Wochen- und sogar weit über eine Monatsspanne hinaus gespeichert gehalten worden ist. Angesichts dessen überwiegen die Interessen der Klägerin gegen eine Verwertung der Videoaufzeichnungen zur Beweisführung. Es besteht ein Beweisverwertungsverbot. Dem Antrag des Beklagten, die Videosequenzen zum Zwecke des Beweises in der mündlichen Verhandlung auszuwerten, war nicht zu entsprechen. Das Beweisverwertungsverbot steht aus den oben ausgeführten Gründen auch einer Vernehmung der Zeugin G entgegen, welche die Videoaufzeichnungen im Betrieb des Beklagten ausgewertet hat.

b) Ein anderes Ergebnis folgt nicht aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitgeber zur Aufdeckung von Straftaten personenbezogene Daten eines Beschäftigten – ggf. auch heimlich – erheben, wenn dies zur Aufdeckung von Straftaten dient und die Datenerhebung nicht unverhältnismäßig ist. Es ist anerkannt, dass diese Vorschrift auch bei Überwachungen in öffentlich zugänglichen Räumen zur Rechtfertigung von – auch heimlichen - Videoüberwachungen herangezogen werden kann (*BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 -; ErfK-Franzen, 17. Aufl. 2017, § 6 b BDSG Rn. 2*). Ein Vorgehen nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG setzt voraus, dass der Arbeitgeber Straftaten aufdecken möchte. Voraussetzung für eine Erhebung nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ist darüber hinaus, dass tatsächliche Anhaltspunkte für begangene Straftaten existieren. Der konkrete Tatverdacht muss aktenkundig gemacht werden, d.h. es müssen Schaden, Verdächtigenkreis und die Indizien, warum gerade die überwachte Person oder eine abgrenzbare überwachte Personengruppe verdächtig ist, schriftlich oder elektronisch dokumentiert werden. Allein das Vorliegen eines konkreten Tatverdachts genügt jedoch nicht, um eine flächendeckende Überwachung durchzuführen (*ErfK-Franzen, 17. Aufl. 2017, § 6 b BDSG Rn. 31, 32*). Vor Durchführung einer Überwachung nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG müssen außerdem weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung ausgeschöpft sein (*BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15* -). Diese Voraussetzungen waren hier im Zeitpunkt der Überwachungsmaßnahmen in den drei Monaten November 2015 bis Januar 2016 nicht erfüllt. Erst im Nachhinein ist bei dem Beklagten ein Verdacht entstanden, nämlich nachdem er rückwirkend den Dreimonatszeitraum November 2015 bis Januar 2016 betriebswirtschaftlich ausgewertet hatte. Darin unterscheidet sich der hier gegebene Sachverhalt von dem des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 20.10.2016 (*2 AZR 395/15*). Dort waren Inventurdifferenzen vor der Einrichtung der Videoüberwachung festgestellt worden. Die zum Beweis angebotenen Videokonsequenzen sind nicht durch die Regelung des § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gerechtfertigt. 48

c) Die fraglichen Videoaufzeichnungen kann der Beklagte nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG rechtfertigen. Danach ist eine Erhebung personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses zulässig, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Insoweit ist anerkannt, dass § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG eine permanente Überwachung des Arbeitsverhaltens des Arbeitnehmers wegen des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgebotes nicht zulässt (*ErfK-Franzen, 17. Aufl. 2017, § 6 b BDSG Rn. 18*). 49

d) Schließlich kann sich der Beklagte zur Rechtfertigung seines Vorgehens nicht auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Verwertbarkeit sog. Zufallsfunde stützen. Für eine Videoüberwachung zur Aufdeckung von Straftaten gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ist ein durch konkrete Tatsachen belegter „einfacher“ Verdacht ausreichend, der über vage Anhaltspunkte und bloße Mutmaßungen hinausreichen muss; ein „dringender“ Tatverdacht im Sinne eines hohen Grades an Wahrscheinlichkeit für die Begehung von Straftaten ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich (*BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15* -). Fällt bei einer 50

zulässigen Videoüberwachung nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG gegen andere Verdächtige ein sog. Zufallsfund an, indem eine bislang nicht verdächtigte Person mit strafbarem Verhalten auffällt, so kann die Verwertung des Zufallsfundes nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig sein, auch wenn die Videoüberwachung im Hinblick auf die jetzt betroffene Person bislang anlasslos war (*BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15 -*). Hier ist die Klägerin jedoch nicht im Rahmen einer zulässigen Überwachung „zufällig“ aufgefallen sondern erst und nur im Rahmen einer gegen § 6 b Abs. 5 BDSG verstoßenden und nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 gerechtfertigten Auswertung von Videoaufzeichnungen in einem öffentlich zugänglichen Ladenlokal (s.o.).

4. Ein Beweisverwertungsverbot besteht auch, soweit der Beklagte die Wegnahme von 200,00 € durch die Klägerin im Büroraum am 23.01.2016 mit Videosequenzen der sogenannten Bürokamera beweisen will (Screenshot BB2, BB 6, Bl. 265, 269 GA). 51

Der Büroraum mit dem dort befindlichen Tresor ist kein öffentlich zugänglicher Raum im Sinne des § 6 b BDSG. Eine Videoüberwachung dieses Raums nach den Regeln des § 6 b BDSG kommt nicht in Betracht (*vgl. Weth / Herberger / Wächter - Byers, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2014, B VI Rn. 46 = S. 354, 355*). Die Zulässigkeit der Videoüberwachung an einem nicht öffentlich zugänglichen Arbeitsplatz richtet sich zuvörderst nach § 32 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BDSG (*Weth / Herberger / Wächter - Byers, aaO, B VI Rn. 47, 48 = S. 355; Grimm, Überwachung im Arbeitsverhältnis, jM 2016, 17, 25*). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG und nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG für eine Überwachung des Büroraums sind aus den oben unter 3. ausgeführten Gründen nicht erfüllt; im Zeitpunkt der Videoaufzeichnung bestand kein konkreter Verdacht für eine - durch die Überwachung aufzudeckende – Straftat (§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG), eine durchgängige Überwachung der Klägerin bei ihren Aufenthalten im Büroraum gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG stellt sich – ohne Vorliegen eines konkreten Verdachts - als unverhältnismäßig dar (anlasslose Überwachung). Ein Rückgriff auf die Regeln zur Datenerhebung und –speicherung für eigene Geschäftszwecke gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, wie er auch bei einer Videoüberwachung an Arbeitsplätzen zur Verhinderung von Straftaten betriebsfremder Dritter für zulässig gehalten wird (*Weth / Herberger / Wächter - Byers, aaO, B VI Rn. 47, 48 = S. 355*), führt zu keinem anderen Ergebnis. Auch eine solche Überwachung ist nur im Rahmen der Erforderlichkeit zulässig. Auch hier ist von der überwachenden Stelle eine zügige Auswertung und alsbaldige Löschung zu fordern (*ErfK-Franzen, 17. Aufl. 2017, § 32 BDSG Rn. 18: Löschung „innerhalb kürzester Zeit“; ArbG Frankfurt 27.01.2016 – 6 Ca 4195/15 – LAGE § 32 BDSG 2003 Nr. 1 Rn.55 „unverhältnismäßige Datenflut“; NK-GA-Gola/Schulz, 1. Aufl. 2016, § 32 BDSG Rn. 113 für § 32 Abs. 1 BDSG*). Eine rückwirkende Auswertung einer lückenlosen Aufzeichnung nach Ablauf von mehr als zwei Wochen ist unverhältnismäßig und deshalb unzulässig. Auch hier führt die Interessenabwägung angesichts der Umfänglichkeit der Videoüberwachung am Arbeitsplatz einerseits und der langwährenden Speicherung des reichhaltigen Datenmaterials andererseits zum Beweisverwertungsverbot zum Schutz des Persönlichkeitsrechts der Klägerin. 52

5. Als Ergebnis ist zu der Ersatzforderung von 976,20 € für die Tage 17.12.2015, 19.12.2015, 08.01.2016, 13.01.2016, 23.01.2016 und 29.01.2016 festzuhalten: Da die Richtigkeit der strittigen Behauptungen des Beklagten nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist und der Beklagte keinen zulässigen Beweis angetreten hat, konnte dem Beklagten in dieser Höhe kein Schadensersatz zugesprochen werden. 53

54

III. Der Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten des erfolglos betriebenen Berufungsverfahrens zu tragen. Wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache hat die Kammer gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE