

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 280 Abs. 1 Satz 1, 242, 246, 823 BGB, 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO, 1 Abs 1, 32 Abs. 1 BDSG aF, Art. 12, 14 GG

- 1. Der Anspruchsteller kann vom Anspruchsgegner weder nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB noch nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB iVm. § 242 Abs. 1, § 246 Abs. 1 oder § 266 Abs. 1 StGB Schadensersatz verlangen, wenn es bereits an einem schlüssigen Vorbringen des Anspruchstellers zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach diesen Bestimmungen fehlt.**
- 2. Es dürfen, wenn das schädigende Ereignis näher am Arbeitnehmer als am Arbeitgeber gelegen hat, an die Darlegungslast des Arbeitgebers keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, sondern der Arbeitnehmer hat im Sinne einer abgestuften Darlegungslast substantiiert zu äußern.**
- 3. Für ein eventuelles Beweisverwertungsverbot kommt es auf die Frage an, ob ein Eingriff in das Recht der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt und ob dieser Eingriff zulässig ist.**
- 4. Sofern die Datenerhebung und -verwertung nach den Bestimmungen des BDSG aF erfolgen durfte, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Verwertung der so gewonnenen Beweismittel durch das Gericht im Einzelfall einen Grundrechtsverstoß darstellt.**
- 5. Ein „verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“ kommt nur in Betracht, wenn bereits durch die Informations- oder Beweisbeschaffung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Partei verletzt worden ist, ohne dass dies durch überwiegende Belange der anderen Partei gerechtfertigt gewesen wäre.**
- 6. Ein Verwertungsverbot scheidet von vornherein aus, wenn die umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen und Grundrechtspositionen im Rahmen der Generalklauseln des § 32 Abs. 1 BDSG aF zugunsten des Arbeitgebers ausfällt.**
- 7. Es kann sein, dass die gerichtliche Verwertung weder einen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff darstellt noch aufgrund einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zu unterlassen ist, weil durch sie die ungerechtfertigte „vorprozessuale“ Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Prozesspartei nicht perpetuiert oder vertieft würde und der Verwertung auch Gründe der Generalprävention nicht entgegenstehen.**
- 8. Sofern ein Beweisverwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht besteht, erfasst dieses nicht allein das**

unrechtmäßig erlangte Beweismittel selbst, sondern steht auch einer mittelbaren Verwertung, wie der Vernehmung von Zeugen über den Inhalt des Beweismittels entgegen.

- 9. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF stellt für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen des § 6b Abs. 3 BDSG aF unabhängige Erlaubnisnorm dar.**
- 10. Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Dabei gehört zur Durchführung die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt, zur Beendigung iSd. Kündigungsvorbereitung die Aufdeckung einer Pflichtverletzung, die die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann.**
- 11. Ein Arbeitgeber darf grundsätzlich alle Daten speichern und verwenden, die er benötigt, um die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potentiellen Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer Kündigung und/oder das Bestehen von Schadensersatzansprüchen zu erfüllen.**
- 12. Die Speicherung von Bildsequenzen, die geeignet sind, den mit einer rechtmäßigen Videoaufzeichnung verfolgten Zweck zu fördern, bleibt, weil es sich oft um die einzigen, regelmäßig aber um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel handelt, grundsätzlich erforderlich, bis der Zweck entweder erreicht oder aufgegeben oder nicht mehr erreichbar ist.**

BAG, Urteil vom 28.03.2019 Az.: 8 AZR 421/17

Tenor:

Auf die Revision des Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 12. Juni 2017 - 11 Sa 858/16 - im Kostenpunkt vollständig und im Übrigen insoweit aufgehoben, als das Landesarbeitsgericht die Widerklage des Beklagten wegen des von diesem begehrten Schadensersatzes iHv. 976,20 Euro wegen angeblicher Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 abgewiesen hat.

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

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch darüber, ob die Klägerin dem Beklagten Schadensersatz iHv. insgesamt 9.840,27 Euro schuldet.

2

Die Klägerin war seit dem 1. September 2014 bei dem Beklagten als Verkäuferin in einer Lottoannahmestelle zu einem Stundenlohn von 9,00 Euro brutto beschäftigt. Ihre monatliche Arbeitszeit betrug 120 Stunden. In der Lottoannahmestelle, die sich im Gebäude eines Markts in S befindet, werden neben den Artikeln des Lottogeschäfts insbesondere Tabakwaren und Zeitungen verkauft. Außer der Klägerin waren dort - in verschiedenen Schichten - drei weitere Verkäuferinnen tätig. Von den drei weiteren Mitarbeiterinnen waren zwei seit September 2015 beim Beklagten beschäftigt. Eine weitere Mitarbeiterin war erst zu einem späteren Zeitpunkt eingestellt worden.

3

Das Ladenlokal der Lottoannahmestelle wird von drei für jedermann deutlich erkennbar positionierten Videokameras, den Kameras Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 überwacht. Im Eingangsbereich macht ein auffälliges gelbes Hinweisschild auf die Überwachung, die den Arbeitnehmerinnen bekannt ist, aufmerksam. Die Kameras im Ladenlokal sind so angebracht, dass die Kamera Nr. 1 und die Kamera Nr. 2 die Zeitungs-, Presse- und Tabakregale aus unterschiedlichen Perspektiven erfassen, wobei die Kamera Nr. 2 zudem den Bereich aufzeichnet, in dem die Kunden die Lottoscheine ausfüllen und sich etwas länger aufhalten können. Die Kamera Nr. 4 filmt den Kassenbereich mit Fokus auf den Thekenbereich und die davor stehenden Kunden sowie die Tasten der Kasse und deren Bedienung. Eine weitere Kamera, die Kamera Nr. 3, überwacht den im hinteren Bereich der Lottoannahmestelle liegenden, dem Publikumsverkehr nicht zugänglichen Büroraum, der zum Geldzählen und zum Deponieren des Geldbestands in einem dort befindlichen Tresor genutzt wird. Sämtliche Aufnahmen werden mittels eines in einem verschlossenen Metallbehälter aufbewahrten Festplattenvideorekorders aufgezeichnet.

4

Aufgrund stichprobenartiger Ermittlungen der Warenaufschläge durch die Innenrevision wurde nach dem Vorbringen des Beklagten erstmals Anfang Dezember 2015 festgestellt, dass Waren - insbesondere Rubbellose und Tabakwaren - in deutlicher Menge fehlten. Nachdem auch für Januar 2016 erhebliche Fehlmengen zu verzeichnen waren, entnahm der Beklagte am 15. Februar 2016 das Videogerät mit den Aufzeichnungen aus der Filiale und analysierte die Aufnahmen in seiner Verwaltungszentrale in G.

5

Mit Schreiben vom 24. Februar 2016 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin fristlos. Die Klägerin hat gegen die Kündigung zunächst Kündigungsschutzklage erhoben und ausstehende Vergütung für den Monat Februar 2016 iHv. 918,00 Euro nebst Zinsen eingeklagt. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 23. Juni 2016 hat sie ihre Kündigungsschutzklage zurückgenommen und nur noch ihren Zahlungsantrag - der nicht Gegenstand des Berufungs- und des Revisionsverfahrens geworden ist - weiterverfolgt.

6

Der Beklagte hat die Klägerin mit einer Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz iHv. insgesamt 9.840,27 Euro in Anspruch genommen.

7

Er hat behauptet, eine Analyse der am 15. Februar 2016 entnommenen Videoaufzeichnungen habe ergeben, dass die Klägerin am 17. Dezember 2015, am 19. Dezember 2015, am 8. Januar 2016, am 13. Januar 2016, am 23. Januar 2016 sowie am 29. Januar 2016 Zigarettenverkäufe nicht ordnungsgemäß abgerechnet, Diebstähle von Zigaretten begangen, unberechtigt Gelder entnommen und

Rubbellose genutzt habe, ohne diese zu bezahlen. Hierdurch sei ihm ein Schaden iHv. insgesamt 976,20 Euro entstanden. Der gerichtlichen Verwertung der Videoaufnahmen vom 17. Dezember 2015, 19. Dezember 2015, 8. Januar 2016, 13. Januar 2016, 23. Januar 2016 sowie vom 29. Januar 2016 stehe kein Beweisverwertungsverbot entgegen. Die Videoüberwachung sei nach dem BDSG zulässig.

8

Darüber hinaus schulde die Klägerin ihm einen weiteren Schadensersatz iHv. 8.864,07 Euro. Die Innenrevision habe für den Zeitraum vom 1. November 2015 bis zum 31. Januar 2016 einen Warenschwund iHv. 9.177,88 Euro festgestellt. Dieser berechne sich aus der Gewinnmarge, die in diesem Zeitraum, abweichend von den üblichen etwa 10 Prozent, lediglich 2,5 Prozent betragen habe. Bei den Rubbellosen sei im selben Zeitraum eine Differenz iHv. 1.818,00 Euro zwischen eingescannten und verkauften Losen aufgetreten. Von dem Gesamtbetrag iHv. 10.995,88 Euro seien der schon einbehaltene Lohn iHv. 715,97 Euro sowie weitere 439,64 Euro wegen einer von einer anderen Mitarbeiterin begangenen Stornomanipulation und der Betrag iHv. 976,20 Euro in Abzug zu bringen, so dass sich sein Gesamtschaden insoweit auf 8.864,07 Euro belaufe. Auch insoweit sei von einer Täterschaft der Klägerin auszugehen. Die Auswertung der Videoaufzeichnungen einzelner Tage habe im Hinblick auf die anderen Mitarbeiterinnen - mit Ausnahme der von einer anderen Mitarbeiterin begangenen Stornomanipulation iHv. 439,64 Euro - nichts ergeben. Die Kunden gelangten wegen der bestehenden räumlichen Trennung nicht an die Tabakwaren. Das Ladenlokal werde auch außerhalb der Öffnungszeiten videoüberwacht. Die Warenanlieferung werde ebenfalls durch Mitarbeiter kontrolliert. Anhand der einzelnen analysierten Arbeitstage der Klägerin am Anfang, in der Mitte und gegen Ende des Zeitraums vom 1. November 2015 bis zum 31. Januar 2016 ergebe sich ein so dichtes Bild, dass eine Schadensschätzung möglich sei. Einer Videoanalyse des gesamten Zeitraums bedürfe es nicht. Eine solche Analyse würde, da die Aufnahmen in Echtzeit vorlägen, einen unzumutbaren Zeitaufwand bedeuten.

9

Der Beklagte hat widerklagend beantragt,

die Klägerin zu verurteilen, an ihn 9.840,27 Euro nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29. März 2016 zu zahlen.

10

Die Klägerin hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

11

Sie hat in Abrede gestellt, sich unrechtmäßig Geld oder Waren angeeignet zu haben. Sie hat behauptet, soweit sie unzutreffende Beträge in die Kasse eingetippt habe, sei dies zum Ausgleich vorher aufgetretener Stornos erfolgt. Dies sei erforderlich gewesen, da die Kasse keine einfache technische Vorkehrung für einen Stornovorgang aufgewiesen habe. Das Kassensystem sei zudem nicht in der Lage gewesen, den Abverkauf von Tabakwaren spezifiziert zu erfassen. Ein etwaiger Fehlbestand könne auch auf ein Verhalten von Kunden oder der übrigen Mitarbeiterinnen zurückzuführen sein. Im Übrigen erscheine die Annahme ihrer Täterschaft schon deshalb nicht nachvollziehbar, weil sie vor der Einstellung der zwei weiteren Mitarbeiterinnen im September 2015 bereits ein Jahr für den Beklagten gearbeitet habe, ohne dass es zu Beanstandungen gekommen sei. Jedenfalls dürften die vom Beklagten gefertigten Videoaufzeichnungen nicht zu Beweis Zwecken herangezogen werden, insoweit bestehe ein Beweisverwertungsverbot. Der Beklagte habe zum Zeitpunkt der Erstellung der Aufzeichnungen keinen diese Maßnahme rechtfertigenden hinreichend konkreten Verdacht gehabt. Zudem hätten die

Aufzeichnungen im Kassenbereich lediglich der Überwachung der dort tätigen Mitarbeiter gedient. Darüber hinaus wirke sich aus, dass Arbeitnehmer im nicht öffentlich zugänglichen Büroraum grundsätzlich einen weitergehenden Schutz ihrer Privatsphäre erwarten dürften.

12

Das Arbeitsgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 918,00 Euro nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die gegen die Abweisung der Widerklage gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt dieser sein Widerklagebegehren weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

13

Die zulässige Revision des Beklagten hat nur teilweise Erfolg, im Übrigen war sie zurückzuweisen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten insoweit zu Recht als unbegründet zurückgewiesen, als dieser von der Klägerin einen weiteren Schadensersatz iHv. 8.864,07 Euro wegen angeblicher Pflichtverletzungen der Klägerin im Zeitraum vom 1. November 2015 bis zum 31. Januar 2016 mit Ausnahme am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 angeblich begangener Pflichtverletzungen fordert. Soweit der Beklagte von der Klägerin die Zahlung von Schadensersatz iHv. 976,20 Euro wegen der aufgrund der Auswertung der Videoaufnahmen vom 17. und 19. Dezember 2015 sowie vom 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 angeführter Pflichtverletzungen der Klägerin begehrt, ist die Revision dagegen begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Widerklage insoweit nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob und ggf. in welchem Umfang die Widerklage insoweit begründet ist. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit, als das Landesarbeitsgericht die Widerklage des Beklagten wegen des von diesem beehrten Schadensersatzes iHv. 976,20 Euro wegen angeblicher Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 abgewiesen hat, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

14

A. Soweit der Beklagte mit seiner Widerklage Schadensersatz iHv. 8.864,07 Euro wegen der von ihm behaupteten Pflichtverletzungen der Klägerin im Zeitraum vom 1. November 2015 bis zum 31. Januar 2016 mit Ausnahme am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 angeblich begangener Pflichtverletzungen begehrt, hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Beklagten zu Recht zurückgewiesen. Insoweit ist die Widerklage unbegründet. Der Beklagte kann - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - von der Klägerin insoweit weder nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB noch nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB iVm. § 242 Abs. 1, § 246 Abs. 1 oder § 266 Abs. 1 StGB Schadensersatz verlangen, da es bereits an einem schlüssigen Vorbringen des Beklagten zu den Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach diesen Bestimmungen fehlt.

15

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine die Widerklage insoweit abweisende Entscheidung zum einen tragend darauf gestützt, der Beklagte habe schon nicht schlüssig dargelegt, dass in den drei Monaten von November 2015 bis Januar 2016 in der streitgegenständlichen Lottoannahmestelle tatsächlich bei den Waren außerhalb des Lottogeschäfts ein Schwund/Fehlbetrag iHv. 9.177,88 Euro und bei den Rubbellosen ein Schwund/Fehlbetrag iHv. 1.818,00 Euro zu verzeichnen

gewesen sei. Zur Begründung einer konkret zu beziffernden Schadensersatzforderung hätte der Beklagte - über den gehaltenen Vortrag hinaus - zudem vortragen müssen, dass der körperliche Warenbestand der Filiale in die Betrachtung einbezogen wurde. Nur dann hätten andere Erklärungen für eine unerwartet niedrige Marge hinreichend zuverlässig ausgeschlossen werden können.

16

Zum anderen und unabhängig davon, ob die Klägerin an den sechs konkret bezeichneten Tagen Unredlichkeiten begangen habe, habe der Beklagte eine Täterschaft und Verantwortlichkeit der Klägerin für einen Schaden iHv. 8.864,07 Euro nicht schlüssig dargetan. Weder der Beklagte noch sonstige Personen hätten unerlaubte Handlungen der Klägerin an weiteren Tagen beobachtet. Dass weitere belastende Videoaufzeichnungen vorgelegen hätten, habe der Beklagte nicht behauptet. Eine bloße Schlussfolgerung aus einem Fehlbestand auf eine Täterschaft der Klägerin sei nicht zwingend. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass andere Umstände als ein Fehlverhalten der Klägerin zu einem Warenschwund/Fehlbetrag geführt hätten. So könnten Kunden oder auch sonstige Dritte Waren weggenommen haben. Auch eine Täterschaft der anderen Mitarbeiterinnen des Beklagten könne nicht sicher ausgeschlossen werden. Unbestimmte Vermutungen und ein mehr oder weniger dringender Verdacht einer Pflichtverletzung der Klägerin reichten als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs nicht aus.

17

II. Es kann offenbleiben, ob der Beklagte - wie das Landesarbeitsgericht mit seiner ersten selbständig tragenden Begründung angenommen hat - einen entsprechenden Vermögensschaden nicht schlüssig dargelegt hat, weshalb auch die Frage, ob eine Schadensschätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO möglich wäre, keiner Entscheidung bedurfte. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Widerklage sei insoweit auch deshalb abzuweisen, weil der Beklagte eine Täterschaft und Verantwortlichkeit der Klägerin für den von ihm behaupteten Schaden iHv. 8.864,07 Euro nicht schlüssig dargetan habe, ist frei von Rechtsfehlern.

18

1. Zwar dürfen, wenn das schädigende Ereignis näher am Arbeitnehmer als am Arbeitgeber gelegen hat, an die Darlegungslast des Arbeitgebers keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr hat sich der Arbeitnehmer im Sinne einer abgestuften Darlegungslast substantiiert zu äußern (vgl. BAG 28. Oktober 2010 - 8 AZR 647/09 - Rn. 51; 2. Dezember 1999 - 8 AZR 386/98 - zu III 2 b der Gründe; 17. September 1998 - 8 AZR 175/97 - zu B II 2 c aa der Gründe, BAGE 90, 9). Das kann dazu führen, dass ein Arbeitgeber nicht jede einzelne Handlung des Arbeitnehmers mit Datum und Uhrzeit benennen muss, solange ein bestimmter Fehlbetrag feststeht und die Verantwortlichkeit gerade des Arbeitnehmers für den geltend gemachten Schaden substantiiert dargelegt ist.

19

2. Hieran fehlt es. Der Beklagte hat schon keine ausreichenden Umstände für ein haftungsbegründendes Fehlverhalten der Klägerin vorgetragen. Sein Vorbringen lässt diese Schlussfolgerung nicht zu, weil - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat - auch andere Umstände in gleicher Weise zu dem behaupteten Schaden geführt haben könnten. Denn unstreitig hätten auch Kunden Waren entwendet oder zB durch Trickbetrügereien einen Kassenfehlbestand verursachen können. Ebenso wenig ist es auszuschließen, dass ein Fehlverhalten von Lieferanten für einen Warenfehlbestand ursächlich war. Darüber hinaus hatten auch die Kolleginnen der Klägerin Zugriff auf die Kasse und den Warenbestand. Das Landesarbeitsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend angenommen, dass der Beklagte nicht hinreichend dargelegt hat, warum die Fehlbestände nicht durch deren Verhalten entstanden sein können. Der Beklagte hat die Fehlbestände nicht

jeweils einer bestimmten Schicht zugeordnet, während derer allein die Klägerin tätig war, sondern nur den Gesamtschwund während des Zeitraums vom 1. November 2015 bis zum 31. Januar 2016 angegeben, in dem unstreitig auch die weiteren Arbeitnehmerinnen in der Lottoannahmestelle tätig waren. Dass eine Täterschaft dieser Arbeitnehmerinnen nicht ausgeschlossen werden kann, gilt umso mehr, als der Beklagte selbst ausdrücklich vorgetragen hat, dass auch im Hinblick auf die Kolleginnen der Klägerin nur stichprobenartige Prüfungen durchgeführt worden seien und diese Prüfungen ergeben hätten, dass eine Kollegin der Klägerin eine Stornomanipulation begangen habe, die zu einem Schaden iHv. 439,64 Euro geführt habe. Demnach bleiben im Ergebnis nur Vermutungen bzw. ein Verdacht, dass die Fehlbestände auf Pflichtverletzungen der Klägerin zurückzuführen sind. Hierauf kann ein Schadensersatzanspruch jedoch nicht gestützt werden (vgl. BAG 2. Dezember 1999 - 8 AZR 386/98 - zu III 2 b der Gründe; 17. September 1998 - 8 AZR 175/97 - zu B II 2 c aa der Gründe, BAGE 90, 9).

20

B. Soweit der Beklagte mit der Widerklage Schadensersatz iHv. 976,20 Euro wegen behaupteter Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 begehrt, ist die Revision dagegen begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte die Widerklage insoweit nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob und ggf. in welchem Umfang die Klage insoweit begründet ist. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit, als das Landesarbeitsgericht die Widerklage des Beklagten wegen des von diesem begehrten Schadensersatzes iHv. 976,20 Euro abgewiesen hat, sowie im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

21

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine die Widerklage (auch) insoweit abweisende Entscheidung darauf gestützt, der Beklagte habe keinen zulässigen Beweis für die Richtigkeit des von ihm behaupteten und von der Klägerin bestrittenen Fehlverhaltens der Klägerin angetreten. Sowohl für die Beweisführung durch Inaugenscheinnahme der Videosequenzen als auch für die Beweisführung durch Vernehmung der Mitarbeiterin, die die Videoaufzeichnungen ausgewertet habe, als Zeugin bestehe ein Beweisverwertungsverbot aus Gründen des Daten- und Persönlichkeitsrechtsschutzes.

22

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die von dem Beklagten ab dem 15. Februar 2016 begonnene Auswertung des mit der Kamera Nr. 4 (sog. Kassenkamera) aufgezeichneten Arbeitsverhaltens der Klägerin im Kassenbereich verstoße gegen § 6b Abs. 5 BDSG in der bis zum 24. Mai 2018 geltenden Fassung (im Folgenden BDSG aF). Der Beklagte habe mit dem Vorhalten der Videoaufzeichnungen des Kassierverhaltens der Klägerin im Zeitraum von November 2015 bis Januar 2016 bis zum 15. Februar 2016 gegen seine Pflicht zur unverzüglichen Löschung verstoßen. Hieraus resultiere nach Abwägung der wechselseitigen Interessen ein Beweisverwertungsverbot. Auch wenn der Beklagte ein Interesse daran habe, Schadensersatzforderungen wegen eines rechtswidrigen Verhaltens realisieren zu können, erwarte der Gesetzgeber von der verantwortlichen Stelle eine alsbaldige Prüfung des Videomaterials zur Bedarfsklärung. Auf der Seite der Klägerin sei zu berücksichtigen, dass diese durch das Vorgehen des Beklagten in gravierender Weise in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschränkt werde. Die Kassenkamera habe jeden einzelnen Kassiervorgang während etlicher Arbeitswochen - weit rückwirkend in den Dreimonatszeitraum - aufgezeichnet. Zudem wirke sich aus, dass auch das Verhalten der Klägerin an anderen Stellen des Ladenlokals und

zudem ihr Verhalten in dem nicht öffentlich zugänglichen Büroraum, insb. auch an dem dort befindlichen Sitzplatz durchgängig aufgezeichnet worden sei. Eine Videoüberwachung des Arbeitnehmers in seinem Arbeitsbereich während der gesamten Dauer seiner Arbeitszeit stelle einen intensiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht dar. Es komme hinzu, dass die lückenlose Dokumentation des Arbeitsverhaltens der Klägerin über Wochen bzw. über Monate hinaus gespeichert geblieben sei.

23

Etwas anderes folge nicht aus § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG aF. Ein Vorgehen nach dieser Bestimmung setze voraus, dass der Arbeitgeber Straftaten aufdecken wolle. Zudem müssten zumindest tatsächliche Anhaltspunkte für begangene Straftaten vorliegen. Der konkrete Tatverdacht müsse aktenkundig gemacht werden. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Ein Verdacht sei bei dem Beklagten erst entstanden, nachdem er rückwirkend den Dreimonatszeitraum November 2015 bis Januar 2016 betriebswirtschaftlich ausgewertet habe.

24

Der Beklagte könne - so das Landesarbeitsgericht - die fraglichen Videoaufzeichnungen auch nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF rechtfertigen. Insoweit sei anerkannt, dass diese Bestimmung eine permanente Überwachung des Arbeitsverhaltens wegen des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zulasse.

25

Ein Beweisverwertungsverbot bestehe auch, soweit der Beklagte die Wegnahme von 200,00 Euro durch die Klägerin im Büroraum am 23. Januar 2016 mit Videosequenzen der Kamera Nr. 3 (sog. Bürokamera) beweisen wolle. Der Büroraum sei kein öffentlich zugänglicher Raum iSv. § 6b BDSG aF, so dass eine Videoüberwachung dieses Raums nach dieser Vorschrift nicht in Betracht komme. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen nach § 32 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BDSG aF seien aus den bereits dargelegten Gründen nicht erfüllt. Ein Rückgriff auf § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG aF führe zu keinem anderen Ergebnis.

26

II. Mit dieser Begründung durfte das Landesarbeitsgericht die Widerklage wegen der vom Beklagten behaupteten Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 nicht abweisen. Zwar hat das Landesarbeitsgericht zu Recht geprüft, ob zugunsten der Klägerin ein Beweisverwertungsverbot eingreift. Entsprechende Anhaltspunkte bot schon der Vortrag des Beklagten. Dieser hat sich zur Rechtfertigung seines Schadensersatzverlangens auf die Videoaufzeichnungen vom 17. und 19. Dezember 2015 sowie vom 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 gestützt. Die Klägerin, die die ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe bestritten hat, hat auch nicht auf die Geltendmachung möglicher Persönlichkeitsrechtsverletzungen verzichtet, sondern sich - ohne dass dies erforderlich gewesen wäre - ausdrücklich auf ein Beweisverwertungsverbot berufen (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 17 mwN, BAGE 163, 239). Das Landesarbeitsgericht hat allerdings zum einen die Grundsätze, die für das Eingreifen eines Beweisverwertungsverbots gelten, falsch angewendet. Insoweit fehlt es bereits an einer gesonderten Prüfung, inwieweit die Verwertung der - nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts - datenschutzrechtlich unzulässig gewonnenen Erkenntnisse oder Beweismittel durch das Gericht im Einzelfall einen Grundrechtsverstoß darstellt. Zum anderen tragen die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts seine Würdigung, die Erhebung der Daten sei nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig, weil diese Bestimmung wegen des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine permanente Überwachung des Arbeitsverhaltens der Klägerin nicht erlaube, nicht.

27

1. Für ein eventuelles Beweisverwertungsverbot kommt es auf die Frage an, ob ein Eingriff in das Recht der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt und ob dieser Eingriff zulässig ist. Sofern die Datenerhebung und -verwertung nach den Bestimmungen des BDSG aF erfolgen durfte, kommt ein Beweisverwertungsverbot nicht in Betracht. Ist dies nicht der Fall, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Verwertung der so gewonnenen Beweismittel durch das Gericht im Einzelfall einen Grundrechtsverstoß darstellt. Dies entspricht der Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - BAGE 163, 239), der der erkennende Senat sich anschließt.

28

a) Weder die Zivilprozessordnung noch das Arbeitsgerichtsgesetz enthalten Bestimmungen, die die Verwertbarkeit von Erkenntnissen oder Beweismitteln einschränken, die eine Arbeitsvertragspartei rechtswidrig erlangt hat. Ein Verwertungsverbot kann sich allerdings aus einer verfassungskonformen Auslegung des Verfahrensrechts ergeben. Da der Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG aber grundsätzlich gebietet, den Sachvortrag der Parteien und die von ihnen angebotenen Beweise zu berücksichtigen, kommt ein „verfassungsrechtliches Verwertungsverbot“ nur in Betracht, wenn dies wegen einer grundrechtlich geschützten Position einer Prozesspartei zwingend geboten ist (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 14 mwN, BAGE 163, 239). Dies setzt in aller Regel voraus, dass bereits durch die Informations- oder Beweisbeschaffung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Partei verletzt worden ist, ohne dass dies durch überwiegende Belange der anderen Partei gerechtfertigt gewesen wäre. Überdies müssen die betroffenen Schutzzwecke des bei der Gewinnung verletzten Grundrechts der Verwertung der Erkenntnis oder des Beweismittels im Rechtsstreit entgegenstehen. Die prozessuale Verwertung muss selbst einen Grundrechtsverstoß darstellen. Das ist der Fall, wenn das nach Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte gebundene Gericht ohne Rechtfertigung in eine verfassungsrechtlich geschützte Position einer Prozesspartei eingreift, indem es eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Privaten perpetuierte oder vertiefte. Insofern kommt die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat zum Tragen. Auf eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch einen Privaten darf kein verfassungswidriger Grundrechtseingriff durch ein Staatsorgan „aufgesattelt“ werden. Nicht abschließend geklärt ist, ob die Gerichte jenseits der sie treffenden Pflicht, ungerechtfertigte Grundrechtseingriffe zu unterlassen, wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht gehalten sein können, einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Private aktiv zu begegnen und Sachvortrag oder Beseitigungsanträge einer Partei aus Gründen der Generalprävention außer Acht zu lassen. Dafür wäre jedenfalls Voraussetzung, dass die verletzte Schutznorm in den betreffenden Fällen ohne ein prozessuales Verwertungsverbot leerliefe (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - aaO).

29

b) Obgleich die Vorschriften des BDSG aF nicht die Zulässigkeit von Parteivorbringen und seine Verwertung im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen begrenzen, und obwohl es für das Eingreifen eines Verwertungsverbots darauf ankommt, ob bei der Erkenntnis- oder Beweisgewinnung das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist, sind die einfachrechtlichen Vorgaben insofern nicht ohne Bedeutung. Die Bestimmungen des BDSG aF über die Anforderungen an eine zulässige Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung konkretisieren und aktualisieren für den Einzelnen den Schutz seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild (§ 1 Abs. 1 BDSG aF). Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe durch öffentliche oder nicht-öffentliche

Stellen iSd. § 1 Abs. 2 BDSG aF in diese Rechtspositionen erlaubt sind (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 15 mwN, BAGE 163, 239).

30

aa) War die betreffende Maßnahme nach den Vorschriften des BDSG aF zulässig, liegt insoweit keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild vor. Ein Verwertungsverbot scheidet von vornherein aus. So liegt es namentlich, wenn die umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen und Grundrechtspositionen im Rahmen der Generalklauseln des § 32 Abs. 1 BDSG aF zugunsten des Arbeitgebers ausfällt (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 15, BAGE 163, 239).

31

bb) Nur dann, wenn die fragliche Maßnahme nach den Bestimmungen des BDSG aF nicht erlaubt war, muss gesondert geprüft werden, ob die Verwertung von im Zuge dieser Maßnahme gewonnenen Erkenntnissen oder Beweismitteln durch das Gericht einen Grundrechtsverstoß darstellen würde. Daran kann es zum einen fehlen, wenn die Unzulässigkeit der vom Arbeitgeber durchgeführten Maßnahme allein aus der (Grund-)Rechtswidrigkeit der Datenerhebung(en) gegenüber anderen Beschäftigten resultiert oder die verletzte einfachrechtliche Norm keinen eigenen „Grundrechtsgehalt“ hat. Zum anderen kann es sein, dass die gerichtliche Verwertung weder einen ungerechtfertigten Grundrechtseingriff darstellt noch aufgrund einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht zu unterlassen ist, weil durch sie die ungerechtfertigte „vorprozessuale“ Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Prozesspartei nicht perpetuiert oder vertieft würde und der Verwertung auch Gründe der Generalprävention nicht entgegenstehen (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 15 mwN, BAGE 163, 239).

32

c) Sofern danach ein Beweisverwertungsverbot wegen eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht besteht, erfasst dieses nicht allein das unrechtmäßig erlangte Beweismittel selbst, sondern steht auch einer mittelbaren Verwertung, wie der Vernehmung von Zeugen über den Inhalt des Beweismittels entgegen (vgl. BVerfG 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 - zu II 1 b bb der Gründe; BAG 20. Oktober 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 19, BAGE 157, 69). Falls im vorliegenden Verfahren ein Beweisverwertungsverbot eingreift, dürfte also weder eine Inaugenscheinnahme der Videoaufnahmen erfolgen, noch dürfte das Gericht dem weiteren Beweisangebot des Beklagten auf Vernehmung der mit der Auswertung der Aufnahmen betrauten Personen als Zeugen nachgehen.

33

2. Danach durfte das Landesarbeitsgericht die Widerklage wegen der vom Beklagten behaupteten Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 nicht mit der von ihm gegebenen Begründung abweisen, wobei dahinstehen kann, ob das Landesarbeitsgericht § 6b Abs. 3 und Abs. 5 BDSG aF zutreffend angewendet hat. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF stellt für die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen des § 6b Abs. 3 BDSG aF unabhängige Erlaubnisnorm dar (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 23, BAGE 163, 239).

34

Soweit das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die Erhebung der Daten sei nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF erlaubt, weil diese Bestimmung wegen des zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine permanente Überwachung des

Arbeitsverhaltens der Klägerin nicht zugelassen habe, fehlt es an einer daran anschließenden Prüfung, ob die Verwertung von im Zuge dieser Maßnahme gewonnenen Erkenntnissen oder Beweismitteln durch das Gericht einen Grundrechtsverstoß darstellen würde. Zudem tragen die vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen seine Würdigung, die Erhebung der Daten sei nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig, nicht.

35

a) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Dabei gehört zur Durchführung die Kontrolle, ob der Arbeitnehmer seinen Pflichten nachkommt, zur Beendigung iSd. Kündigungsvorbereitung die Aufdeckung einer Pflichtverletzung, die die Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 28, BAGE 159, 380; 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 26, BAGE 159, 278).

36

aa) § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG aF entfaltet zwar keine „Sperrwirkung“ dergestalt, dass eine anlassbezogene Datenerhebung durch den Arbeitgeber ausschließlich zur Aufdeckung von Straftaten zulässig wäre und nicht nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig sein könnte. Der mit einer Datenerhebung verbundene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers muss aber auch im Rahmen von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF einer Abwägung der beiderseitigen Interessen nach dem - dort gleichfalls verankerten - Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten. Dieser Grundsatz verlangt, dass der Eingriff geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen (vgl. hierzu ausführlich BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 30 mwN, BAGE 159, 380). Es dürfen keine anderen, zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung stehen. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) ist gewahrt, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung darf keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen und muss der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen. Danach muss im Fall einer der (verdeckten) Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme, die auf § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF gestützt werden soll, der auf konkrete Tatsachen begründete Verdacht einer schwerwiegenden, nicht notwendig strafbaren Pflichtverletzung bestehen. In einem solchen Fall ist eine Ermittlung „ins Blaue hinein“, ob ein Arbeitnehmer sich pflichtwidrig verhält, auch nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF unzulässig (BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - aaO).

37

bb) Hieraus folgt zugleich, dass weniger intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers eingreifende Datenerhebungen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF ohne Vorliegen eines durch Tatsachen begründeten Anfangsverdachts - zumal einer Straftat oder anderen schweren Pflichtverletzung - zulässig sein können. Das gilt vor allem für nach abstrakten Kriterien durchgeführte, keinen Arbeitnehmer besonders unter Verdacht stellende offene Überwachungsmaßnahmen, die der Verhinderung von Pflichtverletzungen dienen sollen. Solche präventiven Maßnahmen können sich schon aufgrund des Vorliegens einer abstrakten Gefahr als verhältnismäßig erweisen, wenn sie keinen solchen psychischen Anpassungsdruck erzeugen, dass die Betroffenen bei objektiver Betrachtung in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen

und zu gestalten, wesentlich gehemmt sind (dazu BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 31 mwN, BAGE 159, 380).

38

cc) Eine Unverhältnismäßigkeit der Datenerhebung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF dürfte danach zwar dann anzunehmen sein, wenn es sich um eine verdeckte Videoüberwachung gehandelt hätte, ohne dass ein durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bestand. Unstreitig war der Klägerin jedoch bekannt, dass zumindest der öffentlich zugängliche Bereich der Lottoannahmestelle, insbesondere auch der Kassenbereich videoüberwacht wurde. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ihr die Videoüberwachung im Büroraum, in dem sich der Tresor befand, nicht bekannt war, liegen nicht vor. Bei einer offenen Videoüberwachung käme es auch nicht darauf an, ob der Klägerin ausdrücklich eröffnet wurde, dass die Überwachung sich - auch - gegen sie richtete und ihr Verhalten an der Kasse, insb. die Eingabe bestimmter Beträge in die Kasse erfasste. Selbst wenn dies nicht geschehen sein sollte, wäre die damit verbundene Erhebung ihrer entsprechenden personenbezogenen Daten nicht allein aus diesem Grund unverhältnismäßig gewesen. Zwar stellt eine berechtigte Erwartung des Betroffenen in Bezug auf die Privatsphäre einen bedeutenden Faktor im Rahmen der Interessenabwägung dar. Von einer solchen „Privatheitserwartung“ konnte aber keine Rede sein, wenn die Klägerin angesichts ihres Wissens um die Überwachung des Kassenbereichs zumindest damit rechnen musste, dass mithilfe der Videoaufzeichnungen auch vorsätzliche Pflichtverletzungen durch Beschäftigte verhindert bzw. aufgedeckt und verfolgt werden konnten und sollten. In diesem Fall wäre die Klägerin nicht heimlich überwacht worden. Etwas anderes müsste allenfalls dann gelten, wenn der Beklagte die Klägerin - wofür nichts ersichtlich ist - in Bezug auf die Erfassung ihres Verhaltens an der Kasse und ihres sonstigen Arbeitsverhaltens „in Sicherheit gewiegt“ hätte (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 44 mwN, BAGE 163, 239).

39

dd) Eine Unverhältnismäßigkeit der Datenerhebung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF läge aber auch dann vor, wenn die Videoaufzeichnungen einen solchen psychischen Anpassungs- und Leistungsdruck erzeugt hätten, dass sie als eine der verdeckten Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensive Maßnahme anzusehen wären, ohne dass ein durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung bestand. Dies wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine lückenlose, dauerhafte sowie sehr detaillierte Erfassung des Verhaltens der Klägerin während ihrer gesamten Arbeitszeit stattgefunden hätte, so dass sie davon ausgehen musste, dass jede ihrer Bewegungen überwacht wurde. In diesem Fall hätte für die Klägerin - vergleichbar mit der Situation einer verdeckten Überwachung - keine Möglichkeit einer unbewachten und ungestörten Wahrnehmung ihres Persönlichkeitsrechts bestanden.

40

b) Nach den bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen kann nicht beurteilt werden, ob durch die Videoüberwachung ein derartiger psychischer Anpassungs- und Leistungsdruck erzeugt wurde, dass die Klägerin bei objektiver Betrachtung in ihrer Freiheit, ihr Handeln aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu gestalten, wesentlich gehemmt wurde. Die bislang vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Annahme, die Videoüberwachung sei ohne Vorliegen eines konkreten Verdachts als unverhältnismäßig anzusehen, deshalb nicht.

41

Das Landesarbeitsgericht hat weder konkrete Feststellungen zur Größe der zur Lottoannahmestelle gehörenden Räumlichkeiten noch dazu getroffen, welcher

räumliche Bereich der Lottoannahmestelle in welchem Umfang durch die einzelnen Videokameras konkret erfasst wurde. Es fehlt zudem an Feststellungen dazu, ob es - den Arbeitnehmerinnen bekannte - überwachungsfreie Zonen gab, in denen diese sich während der Arbeitsschichten aufhalten konnten, und wie groß diese Zonen ggf. waren. Unklar ist außerdem, ob alle oder nur ein Teil der von den Arbeitnehmerinnen ausgeführten Tätigkeiten erfasst wurden. Ferner hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen dazu getroffen, wie oft und zu welchem Zweck der Büroraum betreten wurde. Darüber hinaus fehlen Feststellungen dazu, ob während der Arbeitsschichten - teilweise - mehrere Arbeitnehmerinnen gleichzeitig anwesend waren, wo die Mitarbeiterinnen ihre Ruhepausen (vgl. § 4 ArbZG) wahrgenommen haben und ob sie auch während dieser Pausen durch die Kameras überwacht wurden.

42

3. Aufgrund der vom Landesarbeitsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob und ggf. in welchem Umfang die auf Zahlung von Schadensersatz iHv. 976,20 Euro wegen angeblicher Pflichtverletzungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 gerichtete Widerklage begründet ist. Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) im Kostenpunkt und im Übrigen insoweit, als das Landesarbeitsgericht die Widerklage des Beklagten wegen des von diesem begehrten Schadensersatzes iHv. 976,20 Euro abgewiesen hat, sowie im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

43

Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind folgende Hinweise veranlasst:

44

a) Das Landesarbeitsgericht wird dem Beklagten aufzugeben haben, eindeutig zu erklären, welche Handlungen der Klägerin am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 aufgezeichnet wurden und welche konkreten Vorwürfe er insoweit gegen die Klägerin erhebt, wobei zu beachten sein wird, dass die Klägerin ausweislich der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 21. April 2016 vorgelegten „Anlage zum Kassenrevisionsbericht“ am 8. Januar 2016 möglicherweise nicht gearbeitet hat, weil sich dort für beide Arbeitsschichten an diesem Tag in der Rubrik „Unterschrift“ der Name einer anderen Arbeitnehmerin findet.

45

Sodann wird die Klägerin sich zu den vom Beklagten erhobenen Vorwürfen zu erklären haben. Sofern die Klägerin behaupten sollte, Warenverkäufe immer ordnungsgemäß registriert und die vereinnahmten Gelder stets vollständig in die Kasse gelegt zu haben, könnte der Hinweis veranlasst sein, dass sie sich zu ihrer Entlastung mit der Inaugenscheinnahme der betreffenden Videosequenzen einverstanden erklären kann.

46

b) Das Landesarbeitsgericht wird zudem Feststellungen zu den unter Rn. 41 aufgeführten Umständen zu treffen haben. Insoweit wird den Parteien Gelegenheit zu entsprechendem Vorbringen zu geben sein.

47

c) Sollte das Landesarbeitsgericht danach die Datenerhebung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF für zulässig halten, wird es Folgendes zu berücksichtigen haben:

48

aa) Sofern zulässig erhobene Daten den Verdacht einer Pflichtverletzung begründen, dürfen sie für die Zwecke und unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Satz 1

BDSG aF auch verarbeitet und genutzt werden. Der Arbeitgeber darf deshalb grundsätzlich alle Daten speichern und verwenden, die er benötigt, um die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast in einem potentiellen Rechtsstreit um die Wirksamkeit einer Kündigung und/oder das Bestehen von Schadensersatzansprüchen zu erfüllen (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 22 mwN, BAGE 163, 239).

49

bb) Dabei kommt es auf die Frage, ob die rechtmäßige Erhebung von Daten (nur) auf § 32 Abs. 1 BDSG aF oder (zugleich) auf § 6b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG aF beruhte, nicht an. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF stellt - wie bereits unter Rn. 33 dargestellt - auch für die Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten eines Beschäftigten, die der Arbeitgeber durch eine Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume erlangt hat, eine eigenständige, von den Voraussetzungen nach § 6b Abs. 3 BDSG aF unabhängige Erlaubnisnorm dar (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 23 mwN, BAGE 163, 239). Sofern nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF zulässig erhobene Daten den Verdacht einer Pflichtverletzung begründen, dürfen sie für die Zwecke und unter den Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF auch verarbeitet und genutzt werden (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 22 mwN, aaO). Erst recht gilt das für die von § 6b BDSG aF nicht erfasste Datenerhebung im Bereich nicht öffentlich zugänglicher Räume (vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 43, BAGE 156, 370).

50

cc) Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF hängt auch die Frage, ob personenbezogene Daten eines Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet oder genutzt werden dürfen - ebenso wie die Zulässigkeit der Datenerhebung - davon ab, ob dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach der Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Auch die Verarbeitung und Nutzung der Daten steht unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, dh. sie muss geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Es dürfen keine anderen, zur Zielerreichung gleich wirksamen und das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen weniger einschränkenden Mittel zur Verfügung stehen. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Angemessenheit) ist gewahrt, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht. Die Datenverarbeitung und -nutzung darf keine übermäßige Belastung für die Betroffenen darstellen und muss der Bedeutung des Informationsinteresses des Arbeitgebers entsprechen. Dies beurteilt sich ggf. für jedes personenbezogene Datum gesondert (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 24 mwN, BAGE 163, 239).

51

dd) Der bei der Anwendung von § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG aF herangezogene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt dem durch die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sowie Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Schutzniveau für die von einer Datenerhebung Betroffenen (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 25 mwN, BAGE 163, 239).

52

ee) Ferner wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, dass ausschließlich die Verarbeitung der relevanten Sequenzen zu beurteilen ist und nicht diejenige von

Passagen, die nicht in den Rechtsstreit eingeführt werden sollen (vgl. BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 26, BAGE 163, 239).

53

(1) Die Speicherung von Bildsequenzen, die geeignet sind, den mit einer rechtmäßigen Videoaufzeichnung verfolgten Zweck zu fördern, bleibt, weil es sich oft um die einzigen, regelmäßig aber um die „zuverlässigsten“ Erkenntnis- und Beweismittel handelt, grundsätzlich erforderlich, bis der Zweck entweder erreicht oder aufgegeben oder nicht mehr erreichbar ist. Die Eignung beurteilt sich objektiv. Sie besteht oder besteht nicht, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber sie erkannt hat. Eine etwaige Pflicht, das gesamte Bildmaterial zeitnah zu sichten, würde allein dazu dienen, die - eindeutig - nicht zweckrelevanten Passagen zu identifizieren und zu löschen. Ihre Missachtung ließe den Bedarf an den zweckrelevanten Passagen nicht entfallen. Diese dürften auch nach einer „Bedarfsklärung“ - zumindest vorerst - gespeichert bleiben (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 27 mwN, BAGE 163, 239).

54

(2) Das Landesarbeitsgericht hat bislang keine Tatsachen festgestellt, die den Schluss zuließen, dem Beklagten sei es mit der Speicherung der Videoaufzeichnungen am 17. und 19. Dezember 2015 sowie am 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 nicht - mehr - darum gegangen, seine Rechte gegenüber der Klägerin aufgrund möglicher Pflichtverletzungen durchzusetzen. Es hat - im Gegenteil - selbst angenommen, dieser habe das Bildmaterial zu eben diesem Zweck bis in den Februar 2016 aufbewahrt. Der Zweck war auch nach wie vor erreichbar. Etwaige Kündigungsrechte waren noch nicht verwirkt und mögliche Schadensersatzansprüche weder verjährt noch - soweit ersichtlich - verfallen. Damit blieb die Speicherung der relevanten Sequenzen erforderlich.

55

(3) Eine noch erforderliche Speicherung von Aufzeichnungsteilen, die vorsätzliche Handlungen gegen das Eigentum oder das Vermögen des Arbeitgebers belegen (sollen), ist nur ganz ausnahmsweise unangemessen und damit nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Auch insoweit schließt sich der erkennende Senat den Ausführungen des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 23. August 2018 (- 2 AZR 133/18 - Rn. 29 ff., BAGE 163, 239) an.

56

(a) Der rechtmäßig gefilmte Vorsatztäter ist in Bezug auf die Aufdeckung und Verfolgung seiner materiell-rechtlich noch verfolgbaren Tat nicht schutzwürdig. Er wird dies auch nicht durch bloßen Zeitablauf. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich vor dem Eintritt von Verfall, Verjährung oder Verwirkung der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen. Zugleich verliert das in Bezug auf vorsätzliche Schädigungshandlungen beträchtliche, durch Art. 12 und Art. 14 GG geschützte Verarbeitungs- und Nutzungsinteresse des Arbeitgebers nicht an Gewicht, solange die Rechtsverfolgung materiell-rechtlich nicht ausgeschlossen ist. Darüber hinaus ist zu beachten, dass gedeihliche Arbeitsvertragsbeziehungen von beiderseitigem Vertrauen getragen sein müssen. Dem widerspräche es, wenn der Arbeitgeber gezwungen wäre, die Aufzeichnungen aus einer offenen, vorrangig zu präventiven (Verhinderung von Pflichtverletzungen) und nur bei Verfehlung dieses Primärziels zu repressiven Zwecken (Aufklärung und Verfolgung von Pflichtverletzungen) eingesetzten Videoüberwachung laufend vollumfänglich einzusehen, um relevante Sequenzen weiterverarbeiten zu dürfen. Das hielte ihn zu ständigem Misstrauen an. Zugleich würde durch einen faktischen Zwang zu zeitnaher Aufdeckung und „Sanktionierung“ von Pflichtverletzungen der Arbeitnehmerschutz durch die Vorgaben des Datenschutzrechts in sein Gegenteil verkehrt. Die Speicherung - nach wie vor - erforderlicher Sequenzen kann deshalb nur unangemessen sein, wenn das

Verhalten des Arbeitgebers objektiv den Schluss zulässt, er wolle diese Passagen nicht allein zur Rechtsverfolgung verwenden. Es muss die greifbare Gefahr eines Missbrauchs personenbezogener Daten bestehen (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 30 mwN, BAGE 163, 239).

57

(b) So kann es zwar auch liegen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, der Arbeitgeber wolle sich mögliche Kündigungsgründe oder zum Schadensersatz verpflichtende Sachverhalte „aufsparen“, um dadurch den Arbeitnehmer unter Druck zu setzen (BAG 23. August 2018 - 2 AZR 133/18 - Rn. 31 mwN, BAGE 163, 239). Das Landesarbeitsgericht hat bislang keine Tatsachen festgestellt, die auf eine solche Absicht des Beklagten hindeuten könnten. Hierfür genügt es nicht, dass er mit der Auswertung der Videoaufzeichnungen vom 17. und 19. Dezember 2015 sowie vom 8., 13., 23. und 29. Januar 2016 gewartet hat, bis er dazu nach stichprobenartigen Überprüfungen der Warenaufschläge einen Anlass sah. Das gilt umso mehr, als er nach der Feststellung eines Warenschwunds „ohne Umschweife“ mit der Analyse des Bildmaterials begonnen und anschließend unverzüglich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin betrieben hat.