



Titelthema

MITARBEITERÜBERWACHUNG

Welche Regeln gelten für die (geheime) Überwachung von Arbeitnehmern?

Prof. Dr. Nicolai Besgen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

Wir haben bereits vor einigen Jahren über die rechtlichen Möglichkeiten berichtet, die gelten, wenn Arbeitnehmer kontrolliert und überwacht werden sollen.¹⁾ Die Rechtsprechung hat die damals skizzierten Grundsätze weiter konkretisiert und gefestigt. Wir möchten daher hier einen aktuellen Überblick über die geltenden Grundsätze auf Basis der neuesten Urteile der Arbeitsgerichte geben.

I. Gegensätzliche Interessenlage der Beteiligten

Die wechselseitigen Interessen liegen offen zu Tage. Arbeitgeber möchten ihre Mitarbeiter immer dann kontrollieren können, wenn der (dringende) Verdacht besteht, dass betriebliche Gegenstände entwendet werden (z.B. aus dem Lagerbereich), im Kassenbereich Fehlbestände auftauchen oder aber schlicht der Verdacht besteht, dass bestehende Arbeitsunfähigkeiten tatsächlich nicht zutreffen. Das Überwachungsinteresse greift immer dann, wenn Mitarbeiter ihre Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen und der Arbeitgeber die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Pflichten überprüfen möchte. Oftmals sind aber herkömmliche Methoden nicht geeignet, um den Verdacht aufzuklären. Arbeitgeber sind dann auf andere Mittel angewiesen, um den Verdacht zu erhärten. Dazu gelten neben der Videoüberwachung auch der Einsatz von bestimmten Überwachungssoftwaremöglichkeiten oder aber die Einschaltung von Detektiven.

Diesen unternehmerischen Interessen stehen die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Arbeitnehmer entgegen, insbesondere das grundgesetzlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder auch das Recht am eigenen Bild. Diese gewichtigen Interessen dürfen nicht ohne Grund und unverhältnismäßig verletzt werden.

Die Rechtsprechung ist also gehalten, diese verschiedenen Interessen in Einklang zu bringen. Die Gerichte haben sich immer wieder mit verschiedenen Fallkonstellationen zu befassen. Die Praxis hat dabei durchaus handhabbare und nachvollziehbare Regeln an die Hand bekommen. Im Einzelfall aber ist jeder Fall anders. Nur eine genaue Kenntnis der Vorgaben der Rechtsprechung und der bestehenden Rechtsgrundsätze ermöglicht ein korrektes und rechtssicheres Vorgehen. Andernfalls drohen erhebliche und empfindliche Nachteile für die Arbeitgeberseite. Es handelt sich dabei nicht nur um Beweisverwertungsverbote,

die dazu führen, dass gewonnene Erkenntnisse im Prozess nicht genutzt werden können. Die Rechtsprechung gesteht vielmehr bei der Verletzung von allgemeinen Persönlichkeitsrechten oder auch dem informationellen Selbstbestimmungsrecht den betroffenen Arbeitnehmern auch Entschädigungsansprüche zu.

All diese Risiken sprechen jedoch nicht grundsätzlich gegen die Überwachung und Kontrolle von Arbeitnehmern. Wir möchten daher im Anschluss an unsere letzte Übersicht aus dem Jahre 2019 hier im Einzelnen aufzeigen, wie sich die Rechtsprechung entwickelt hat, welche Regeln zu beachten sind und insbesondere, wann eine Überwachung rechtlich möglich und zulässig ist.

II. Überwachung der privaten WhatsApp-Korrespondenz auf Dienstrechnern

In einem Fall des **LAG Bremen aus dem Jahre 2023²⁾** hatte eine Rechtsanwaltsfachangestellte, die bei einem Fachanwalt für Strafrecht in einer Rechtsanwaltskanzlei beschäftigt war, einer Kollegin einen 50 €-Schein aus dem Portemonnaie gestohlen. Der Klägerin war es u.a. untersagt, den Arbeitsplatzrechner für private WhatsApp-Korrespondenz zu nutzen. Auf den Hinweis einer Kollegin, ihr sei ein 50 €-Schein aus ihrem Portemonnaie gestohlen worden und hierfür käme nur die Klägerin in Frage, kontrollierte der Arbeitgeber den Arbeitsplatzrechner der Klägerin und die auf dem Arbeitsplatzrechner einsehbaren privaten WhatsApp-Nachrichten der Klägerin.

Der Arbeitgeber war nach Sichtung von der Tat und dem Diebstahl der Klägerin überzeugt und kündigte ihr fristlos.

Die Klägerin verteidigte sich gegen die Klage u.a. mit dem Argument, der Arbeitgeber habe die private Korrespondenz in dem WhatsApp-Account unter Verstoß gegen Datenschutzrechte verwendet. Insoweit bestehe ein Beweisverwertungsverbot im Prozess.

Das Arbeitsgericht hat die fristlose Kündigung für unwirksam erklärt. Ein Nachweis könne nicht aus der WhatsApp-Korrespondenz geführt werden, es komme daher auf die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot vorliege, gar nicht an. Das LAG hat hingegen die fristlose Kündigung wegen nachgewiesenem Diebstahl für zulässig erklärt.

1) Besgen, Kontroll- und Überwachungsinteresse des Arbeitgebers versus Beschäftigtendatenschutz: DARF DER DAS?, B+P 2019, 595.

2) LAG Bremen v. 7.11.2023, 1 Sa 53/23.

1. Grundsätze zum Beweisverwertungsverbot

Ein Beweisverwertungsverbot kann sich aus der Verletzung von Grundrechten ergeben. Jedes Gericht hat zu prüfen, ob die Verwertung von heimlich beschafften persönlichen Daten und Erkenntnissen mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen vereinbar ist. Dabei schützt das Grundrecht neben der Privat- und Intimsphäre und seiner speziellen Ausprägung als Recht am eigenen Bild auch das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung**. So hat das Lesen des Inhalts von E-Mails oder anderen elektronischen Nachrichten, die an private Bekannte gerichtet sind, die nichts mit dem Betrieb zu tun haben und die nicht aus betrieblichem Anlass versandt wurden, stets einen erheblichen Eingriff in dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur Folge. Kontrolliert ein Arbeitgeber nach einem lediglich vagen Hinweis auf eine Straftat oder Pflichtverletzung des Arbeitnehmers die erkennbar private elektronische Kommunikation eines Arbeitnehmers, so ist die Datenerhebung und Datenverarbeitung nicht nach der DSGVO und dem BDSG gerechtfertigt, insbesondere nicht nach § 26 BDSG.

2. WhatsApp-Korrespondenz privater Natur

Der beklagte Arbeitgeber hatte hier bewusst die private WhatsApp-Korrespondenz der Klägerin auf Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen kontrolliert. Dabei hatte er Nachrichten aus einem mindestens achtmonatigen Zeitraum der privaten WhatsApp-Korrespondenz der Klägerin gelesen und kontrolliert. Dies stellt nach Auffassung des LAG einen **schwerwiegenden und umfassenden Eingriff in den Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** der Klägerin dar. Dieser Eingriff war hier auch nicht gerechtfertigt. Der Arbeitgeber hätte erläutern müssen, auf Grund welcher vor der Kontrolle des Arbeitsplatzrechners der Klägerin bekannter Tatsachen nur die Klägerin als Täterin in Betracht gekommen sein soll.

Hinweis für die Praxis:

Das LAG hat dabei offengelassen, ob selbst bei Vorliegen konkreter Verdachtsmomente eine Kontrolle der privaten Korrespondenz ausnahmsweise gerechtfertigt gewesen sein könnte. Allerdings hat es insoweit angedeutet, dass nach seiner Auffassung auch eine solche Kontrolle selbst bei Vorliegen entsprechender Verdachtsmomente unzulässig gewesen sein dürfte.

3. Beweisverwertungsverbot im Streitfall

Das Gericht hat wegen der unzulässigen Datenerhebung ein umfassendes Beweisverwertungs- und auch Sachvortragsverwertungsverbot bejaht. Damit durften die gewonnenen Erkenntnisse des sogar unstreitigen Inhalts der WhatsApp-Nachrichten im Prozess unter keinem Gesichtspunkt berücksichtigt werden.

Hinweis für die Praxis:

Das Gericht hatte dann aber die fristlose Kündigung dennoch für wirksam erachtet, weil die gewonnenen anderen Nachweise für einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung ausgereicht hatten. Nur die gewonnenen Erkenntnisse aus dem Verstoß gegen das informationelle Selbstbestim-

mungsrecht durften eben nicht genutzt werden. Dem Arbeitgeber stand es natürlich frei, auch andere Beweise in den Prozess einzuführen, was ihm hier gelungen war.

4. Zusammenfassende Kernthesen

- ▶ Tatsachen von denen ein Arbeitgeber dadurch Kenntnis erlangt, dass er nach einem lediglich vagen Hinweis auf das Vorliegen einer Straftat, die auf dem Dienstrechner einer Arbeitnehmerin über die Anwendung „WhatsApp-Web“ einzusehende WhatsApp-Korrespondenz eines ersichtlich **ausschließlich privat genutzten WhatsApp-Accounts gelesen** und im Hinblick auf das Vorliegen etwaiger Pflichtverletzungen der Arbeitnehmerin **ausgewertet** hat, unterliegen wegen des hiermit verbundenen schwerwiegenden Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmerin regelmäßig einem **Sachvortragsverwertungsverbot**. Dies gilt auch, wenn die private Nutzung des Dienstrechners untersagt war.
- ▶ Der **Diebstahl von Bargeld zu Lasten einer Arbeitskollegin** stellt einen an sich **wichtigen Grund i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB** dar. Je nach den Umständen des Einzelfalls, kann sich die Überzeugung des Gerichts, ob die behauptete Entwendung von Bargeld als wahr zu erachten ist, gem. § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Wesentlichen auf die Aussage einer Zeugin stützen, die bekundet, dass die Klägerin ihr gegenüber die Entwendung des Bargelds gestanden hat.

III. Offene Videoüberwachung regelmäßig zulässig

Das BAG hat in einem wichtigen Urteil aus dem Jahre 2023 klargestellt, dass bei einer offenen Videoüberwachung grundsätzlich kein Beweisverwertungsverbot besteht.³⁾ Der klagende Arbeitnehmer war als Teamsprecher bei dem beklagten Arbeitgeber in der Gießerei beschäftigt. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung. Der Arbeitgeber wirft dem Arbeitnehmer u.a. vor, am 2.6.2018 (einem Samstag) eine sog. Mehrarbeitschicht in der Absicht nicht geleistet zu haben, sie gleichwohl vergütet zu bekommen. Der Kläger hatte unstreitig an diesem Tag zunächst das Werksgelände betreten. Die auf einen anonymen Hinweis hin erfolgte Auswertung der Aufzeichnungen der durch ein Piktogramm ausgewiesenen und auch sonst nicht zu übersehenden Videokamera an Tor 5 zum Werksgelände ergab nach dem Vorbringen des Arbeitgebers aber eindeutig, dass der Kläger dieses vor Schichtbeginn wieder verlassen hat. Daraufhin wurde ihm fristlos wegen Arbeitszeitbetrugs gekündigt.

In den Vorinstanzen wurde die Kündigung für unwirksam erachtet. Das BAG hat hingegen die Revision als überwiegend begründet angesehen und den Rechtsstreit allerdings nochmals zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des LAG zurückverwiesen.

1. Psychischer Überwachungsdruck?

Eine offene Videoüberwachung unterscheidet sich grundlegend von einer heimlichen Videoüberwachung. Die Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eines Arbeit-

3) BAG v. 29.6.2023, 2 AZR 296/22, NZA 2023, 1105.

nehmers durch eine offene Überwachungsmaßnahme wird zum einen durch die Verhaltenshemmung (psychischer Anpassungsdruck) und zum anderen durch die Verdinglichung des gleichwohl gezeigten Verhaltens samt der darin liegenden Gefahr der Verbreitung der Aufzeichnung bewirkt. Anders als bei einer verdeckten Überwachungsmaßnahme geht es bei einer für ihn erkennbaren Überwachung nicht um den Schutz vor einer heimlichen Ausspähung, sondern vielmehr „nur“ um Entfaltungs-, Dokumentations- und Verbreitungsschutz. Ein Verwertungsverbot kommt lediglich in Betracht, wenn und soweit der Arbeitnehmer bezogen auf diese Zwecke **schutzwürdig** ist. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitgeber durch die vorhandenen Daten von einer vorsätzlich begangenen Pflichtverletzung Kenntnis erlangt und auf diese reagieren will. Der Arbeitnehmer wurde durch die vorangegangene Überwachung und Aufzeichnung seines Verhaltens nicht daran gehindert, selbstbestimmt zu handeln. Er hat sich vielmehr – trotz seiner Kenntnis von der Überwachung – für die Begehung einer Vorsatztat zu Lasten des Arbeitgebers entschieden. Zwar wurde dieses Verhalten dokumentiert und damit eine Verbreitung ermöglicht. Doch muss der Arbeitnehmer diese – von ihm angesichts der Offenheit der Überwachung erkennbare – Folge hinnehmen, soweit die betreffende Bildsequenz dazu verwendet wird, den Tatbeweis in einem Kündigungsschutzprozess zu führen, also lediglich der **Durchsetzung rechtlich geschützter Belange des Arbeitgebers dienen soll**.

Hinweis für die Praxis:

Das grundgesetzlich verbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann nicht zu dem alleinigen Zweck in Anspruch genommen werden, sich der Verantwortung für vorsätzlich rechtswidriges Handeln zu entziehen. Datenschutz ist kein Tatenschutz.

2. Andere Beurteilung nur bei schwerwiegender Grundrechtsverletzung

Aspekte der Generalprävention könnten allenfalls dann zu einem Verwertungsverbot in Bezug auf vorsätzliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers führen, wenn sich die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers als solche trotz ihrer offenen Durchführung **als schwerwiegende Verletzung** des durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Rechts darstellt. Dies ist z.B. denkbar bei einer offenen Überwachung von Toiletten oder Umkleieräumen oder offener **Dauerüberwachung** ohne Rückzugsmöglichkeit. Das war hier aber nicht der Fall. Die Kamera war an Tor 5 zum Werksgelände installiert. Von einer Dauer- oder Totalüberwachung konnte daher hier keine Rede sein. Daher führte diese Kamera auch **nicht zu einem ständigen Anpassungs- und Leistungsdruck** für den Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer wurden im Wesentlichen nur beim Durchschreiten des Tores für kurze Zeit gefilmt. Ihre Intim- oder Privatsphäre wurde dabei nicht tangiert. Eine schwere Grundrechtsverletzung folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte möglicherweise lange mit der erstmaligen Sichtung des Bildmaterials zugewartet und es bis dahin vorgehalten hat.

3. Zusammenfassende Kernthesen

- ▶ In einem Kündigungsschutzprozess besteht nach Maßgabe der Datenschutz-Grundverordnung und der Zivilprozessordnung **grundsätzlich kein Verwertungsverbot in Bezug auf solche Aufzeichnungen aus einer offenen Videoüberwachung**, die vorsätzlich vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers belegen sollen. Das gilt auch dann, wenn die Überwachungsmaßnahme des Arbeitgebers nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben des Datenschutzrechts steht.
- ▶ Den **Betriebsparteien fehlt die Regelungsmacht**, ein über das formelle Verfahrensrecht der Zivilprozessordnung hinausgehendes **Verwertungsverbot zu begründen**, oder die Möglichkeit des Arbeitgebers wirksam zu beschränken, in einem Individualrechtsstreit Tatsachenvortrag über betriebliche Geschehnisse zu halten.
- ▶ Unter Geltung von Art. 17 Abs. 3 Buchst. e DSGVO in verfassungskonformer Auslegung des nationalen Verfahrensrechts kann sich **ausnahmsweise das Verbot für das Gericht ergeben**, Sachvortrag oder Beweismittel zu verwerten, die im Zug einer das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Arbeitnehmers **verletzenden Datenverarbeitung vom Arbeitgeber erlangt** wurden. Ein solcher Tatbestand führt dazu, dass es an einer Rechtsgrundlage im mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. e i.V.m. Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO fehlt. Dies hätte wiederum zur Folge, dass auch eine unionsrechtliche Ermächtigung für die Datenverarbeitung durch ein Gericht nicht vorhanden wäre.
- ▶ Das **Recht zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsvertrags gem. § 626 BGB ist im Voraus weder verzicht- noch erheblich erschwerbar** und eine gegenteilige Regelung nach § 134 BGB nichtig. Zumindest auf eine erhebliche Erschwerung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung liefe aber ein Verbot für den Arbeitgeber hinaus, Erkenntnisse aus einer Überwachungsmaßnahme, die auf ein Verhalten hindeuten (sollen), das „an sich“ geeignet ist, einen wichtigen Grund i.S.v. § 626 BGB zu bilden, in einen Kündigungsschutzprozess einzuführen. Denn dabei handelt es sich regelmäßig um die zuverlässigsten Erkenntnisquellen.

IV. Überwachung durch Detektive

Das **BAG hatte sich in einem sehr aktuellen Urteil** mit der Frage beschäftigen müssen, in welchem Umfang **Arbeitgeber berechtigt** sind, bei Zweifeln an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit **eine private Detektei zur heimlichen Überwachung einzuschalten**.⁴⁾ In dem konkreten Fall war der Kläger bereits seit 2009 bei der Beklagten im Vertrieb beschäftigt. Er war überwiegend im Außendienst tätig und arbeitete im Übrigen von seinem Wohnhaus (Homeoffice) aus. In der Vergangenheit gab es bereits zwei unterschiedliche Kündigungen, die aber nicht zu einer Trennung führten. In beiden Fällen setzte der Mit-

4) BAG v. 25.7.2024, 8 AZR 225/23, NZA 2024, 1580.

arbeiter seine Weiterbeschäftigung durch und die Kündigungen waren unwirksam.

Nach einer erfolgreichen Änderungskündigung, durch die der Arbeitsort des Klägers geändert wurde, kam es zwischen den Parteien immer wieder zu Streit über den Umfang seiner neuen Tätigkeiten. Aus diesem Grund klagte der Kläger erneut auf vertragsgemäße Beschäftigung. Gleichzeitig meldete er sich für einen bestimmten Zeitraum krank, den er dann nach Ablauf der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit einer Folgebescheinigung um weitere vier Wochen verlängerte.

Der Arbeitgeber hatte den Verdacht einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit. Er ließ daher den Mitarbeiter in der Zeit vom 25.2.2022 bis zum 4.3.2022 durch eine Detektei stichprobenartig überwachen. Im Zuge der Observation wurde auch die Hausarztpraxis des Klägers und das Wohnhaus seiner ehemaligen Lebensgefährtin aufgesucht. Der Bericht gibt u.a. folgende Beobachtungen im öffentlichen Raum und auf dem Grundstück des Wohnhauses des Klägers wieder:

„25. Februar 2022

Bei einem der häufigen „Kontrollgänge“ kann Herr S gesehen werden, wie er einen sperrigen Gegenstand (Maße ca. 1 m lang und 30 cm im Durchmesser) und einen anderen Gegenstand in Form einer Rolle (Maße 1 m lang und 10 cm im Durchmesser) in den Kofferraum des Mercedes-Benz 300 SE, ..., verbringt. Zuvor stellt er die Gegenstände vor dem Kofferraum ab. Im Anschluss daran geht er über die hohe Treppe wieder zurück ins Wohnhaus. ...

1. März 2022

Er fährt auf den Parkplatz des Badstudios ... und betritt das Badstudio. Herr S zieht beim Gehen das linke Bein nach. ...

Ankunft beim Edeka-Markt ...

Mit einem mit Lebensmitteln gefüllten Karton kommt er wieder heraus. ...

4. März 2022

... kann beobachtet werden, wie Herr S die Autobatterie ... ausbaut und nachfolgend über die hohe Treppe zum Wohnhaus verbringt. Augenscheinlich hat er dabei keine große Mühe, die sicherlich schwere Batterie zu tragen. ...

Herr S werkelt auf dem Terrassentisch an Holzbrettern ö.ä. herum, ...

In der Folgezeit wird er mehrfach auf der Terrasse beim Sägen und Schleifen beobachtet.“

Der Arbeitgeber hörte dann am 23.3.2022 den Arbeitnehmer zum Vorwurf der Vortäuschung einer Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 4.2.2022 bis zum 4.3.2022 an. Der Kläger gab an, die beobachteten Tätigkeiten hätten seinen Genesungsprozess nicht behindert.

Wegen der unerlaubten Überwachung hat der Kläger die Zahlung eines „Schmerzensgeldes“ i.H.v. mindestens 25 000 € geltend gemacht. Das Arbeitsgericht hat die Klage auf Zahlung dieses Betrages vollständig abgewiesen. Das LAG hat die Zahlung einer Entschädigung i.H.v. 1500 € nebst Zinsen zugespro-

chen.⁵⁾ Das BAG hat im Revisionsverfahren diese Zahlung bestätigt.

1. Datenschutz

Der immaterielle Schadensersatzanspruch folgt hier aus Art. 82 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Liegt ein Verstoß gegen die DSGVO vor, besteht ein Schadensersatzanspruch gegen den Verantwortlichen, hier also den Arbeitgeber. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Verstoß erforderlich und damit zulässig war. Eine solche Zulässigkeit kann sich aus Art. 9 Abs. 1 DSGVO i.V.m. § 26 BDSG ergeben. So lässt Art. 9 Abs. 2b DSGVO eine Verarbeitung von Daten ausnahmsweise dann zu, wenn der Verantwortliche (also der Arbeitgeber) damit die ihm aus dem Arbeitsrecht erwachsenden Rechte in zulässiger Weise ausüben kann. Das kann nach § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG der Fall sein, wenn die Verarbeitung zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten u.a. aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Damit hat der deutsche Gesetzgeber in zulässiger Weise von der Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2b DSGVO Gebrauch gemacht. Durch das Kriterium der Erforderlichkeit der Datenverarbeitung nach § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG ist sichergestellt, dass ein an sich legitimes Ziel nicht zum Anlass genommen wird, überschießend personenbezogene Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO zu verarbeiten.

2. Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber Zweifel am Vorliegen einer ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit. Er hatte daher den Arbeitnehmer durch Detektive beobachten lassen. Eine solche Überwachung ist nur **ausnahmsweise** dann zulässig, wenn der **Beweiswert** einer vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung **erschüttert** ist und eine Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse nach § 275 Abs. 1a Satz 3 SGB V nicht möglich ist oder objektiv keine Klärung erwarten lässt. Andernfalls ist die Ermittlung als Datenverarbeitung nicht erforderlich i.S.v. Art. 9 Abs. 2b DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG.

a) Begründete Zweifel

Voraussetzung ist also, dass begründete Zweifel an der Richtigkeit der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestehen. Andernfalls besteht kein aufklärungsbedürftiger Verdacht, der eine Datenerhebung durch Observation rechtfertigen könnte. Begründete Zweifel bestehen aber nicht allein darin, dass ein Mitarbeiter schlicht arbeitsunfähig ist. Es muss vielmehr der Beweiswert dadurch erschüttert werden, dass tatsächliche Umstände dargelegt werden, die Zweifel an der Erkrankung des Arbeitnehmers ergeben mit der Folge, dass der ärztlichen Bescheinigung kein Beweiswert mehr zukommt. Anhaltspunkte ergeben sich z.B. aus § 275 Abs. 1a SGB V und die dort **aufgeführten Regelbeispiele** ernsthafter Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit. Maßgeblich sind v.a. die Umstände des Einzelfalls. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber in aller

5) Zur Lohnsteuerrechtlichen Einordnung der Entschädigung siehe Mader, B+P 2025, 115,117, in diesem Heft.

Regel keine Kenntnis von den Krankheitsursachen hat und nur in eingeschränktem Maß in der Lage ist, Indiztatsachen zur Erschütterung des Beweiswerts der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzutragen.

b) Keine Auffälligkeiten

Das LAG und auch das BAG hatten hier keine besonderen Auffälligkeiten erkennen können, die eine Überwachung gerechtfertigt hätten. Der Mitarbeiter war arbeitsunfähig. Begründete Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit hatte der Arbeitgeber nicht vorgetragen. Die bestehende „Kontroverse“ zwischen dem Kläger und dem Geschäftsführer des Arbeitgebers reichte für eine Erschütterung ebenfalls nicht aus.

Hinweis für die Praxis:

Wir können nur nochmals betonen, dass allein das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit und das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung noch keine Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit rechtfertigen. Der Arbeitgeber muss **weitere Umstände** vortragen und beweisen können. Der Einsatz eines Detektivs ins Blaue hinein, um das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen, ist nicht gerechtfertigt und zulässig.

Klägers in seiner privaten Umgebung, auf die zeitliche Dimension und auf die Erhebung von Gesundheitsdaten abgestellt. Der Maßstab orientiert sich nicht an der Höhe des Arbeitsentgelts, das die betroffene Person erzielt. Den Gerichten steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen sie die Besonderheiten jedes einzelnen Falles zu berücksichtigen haben. Die Festsetzung eines solchen Entschädigungsbetrages unterliegt daher auch nur einer sehr eingeschränkten Überprüfung durch die Revisionsgerichte (hier das BAG). Der ausgeurteilte Betrag von 1500 € bewegt sich dabei auf der ständigen Linie der Rechtsprechung.

Hinweis für die Praxis:

Der Einsatz von Detektiven kann also von den betroffenen Arbeitnehmern genutzt werden, um Entschädigungsansprüche durchzusetzen. Ein solcher Einsatz muss daher wohl überlegt sein. Der Einsatz kommt nur in Betracht, wenn ernsthafte und begründete sowie nachweisbare Zweifel an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit bestehen und mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Nur bei Einhaltung dieser Grundsätze können Entschädigungsansprüche vermieden werden.

3. Höhe des Schadens?

Der Arbeitnehmer hatte hier einen Entschädigungsanspruch i.H.v. mindestens 25 000 € eingeklagt. Zugesprochen wurde aber lediglich ein geringerer Betrag von 1500 €. Das BAG hat diesen Betrag bestätigt.

Für den Entschädigungsanspruch wird nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur ein Verstoß gegen die Bestimmungen der DSGVO verlangt, sondern auch, dass durch diesen Verstoß **ein Schaden entstanden** ist. Dabei reicht der selbst kurzzeitige Verlust der Kontrolle über personenbezogene Daten aus, um einen immateriellen Schaden zu begründen. Dennoch muss die betroffene Person den Nachweis erbringen, dass sie einen solchen Schaden **tatsächlich erlitten** hat. Auch negative Gefühle („Befürchtungen“) können einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens begründen. Das bloße Berufen auf eine bestimmte Gefühlslage reicht aber nicht aus. Die Gerichte müssen stets prüfen, ob das Gefühl unter Berücksichtigung der konkreten Umstände als begründet angesehen werden kann. Dies setzt zwingend die Anwendung eines **objektiven Maßstabs** voraus.

Das LAG hatte hier zu Recht angenommen, der Schaden liege in dem durch die Überwachung erlittenen Kontrollverlust und insbesondere im Verlust der Sicherheit vor Beobachtung im privaten Umfeld. Es handelte sich um eine mehrtägige Überwachung, die eine heimliche Beobachtung und Einschätzung der körperlichen Leistungsfähigkeit des Klägers umfasste und ihn auch im Außenbereich seines Wohnhauses betraf. In einer solchen Konstellation sind der Verlust von Kontrolle und die daraus folgende Befürchtung weiterer Überwachung selbsterklärend und bedürfen nach Ansicht der Arbeitsgerichte keiner weiteren näheren Darlegung. Bei der **Ermittlung der Schadenshöhe** hat das LAG auf die Beobachtung und das Fotografieren des

4. Zusammenfassende Kernthesen

- ▶ Hegt der Arbeitgeber Zweifel am Vorliegen einer ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und möchte er den Arbeitnehmer deshalb durch **Detektive oder andere Personen beobachten** lassen, kann die daraus erfolgende Verarbeitung von Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 2b DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3, § 22 Abs. 2 BDSG 2018 **nur zulässig** sein, wenn der **Beweiswert einer vorgelegten ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert ist und eine Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse** nach § 275 Abs. 1a Satz 3 SGB V **nicht möglich** ist oder objektiv **keine Klärung erwarten lässt**. Andernfalls ist die Ermittlung als Datenverarbeitung nicht erforderlich i.S.v. Art. 9 Abs. 2b DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG 2018.
- ▶ Lässt ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wegen des Verdachts einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit durch eine **Detektei überwachen und dokumentiert** diese dabei den sichtbaren Gesundheitszustand des Arbeitnehmers, handelt es sich um die **Verarbeitung von Gesundheitsdaten i.S.d. Datenschutz-Grundverordnung**.
- ▶ Das **Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen** kann einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB zur **außerordentlichen Kündigung** bilden. Dies gilt nicht nur, wenn der Arbeitnehmer für die Zeit einer vorgetäuschten Arbeitsunfähigkeit Entgeltfortzahlung erhält. Täuscht er eine Arbeitsunfähigkeit erst nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums vor, aber zu dem Zweck, während der attestierten Arbeitsunfähigkeit einer Konkurrenz-tätigkeit nachgehen zu können, verletzt er ebenfalls in erheblicher Weise seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB.

- Die **Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes** über die Anforderungen an eine zulässige Datenverarbeitung **konkretisieren und aktualisieren den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild**. Sie regeln, in welchem Umfang im Anwendungsbereich des Gesetzes Eingriffe durch öffentliche oder nicht öffentliche Stellen in diese Rechtsposition zulässig sind. Ist die Datenverarbeitung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern nach den Vorschriften des BDSG zulässig, liegt insoweit keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und am eigenen Bild vor.

5. Fazit

Detektive sollten also **nur dann eingesetzt** werden, wenn ein konkreter und nachweisbarer Verdacht zur Aufdeckung einer **Straftat oder einer sonstigen schweren Pflichtverletzung** vorliegt. Dies kann auch das Vortäuschen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sein. In Betracht kommt auch eine Konkurrenztaetigkeit während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit. In allen anderen Fällen liegt ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht und das Recht am eigenen Bild vor. Ein solcher Verstoß kann zu einer empfindlichen Geldentschädigung führen.⁶⁾

V. Checkliste für Arbeitgeber

Die im eingangs erwähnten aktuellen Bericht aus dem Jahre 2019 (s. B+P 2019, 595) empfohlene Checkliste ist weiterhin aktuell. Die Überwachung von Arbeitnehmern ist unter bestimmten engen Voraussetzungen zulässig. Die Auswertung der Rechtsprechung macht aber auch deutlich, dass eine unzulässige Überwachung gleichzeitig Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht am eigenen Bild und das informationelle Selbstbestimmungsrecht beinhaltet. Es handelt sich dabei um grundgesetzlich geschützte Positionen der Betroffenen. Eingriffe in diese hohen Rechtspositionen, die unzulässig sind, können daher ohne Weiteres Entschädigungsansprüche auslösen!

Wir können daher Arbeitgebern und Personalern nur dringend empfehlen, sich vor der Entscheidung, eine heimliche Überwachung einzuleiten, an folgender **Checkliste** zu orientieren:

- Keine Dauerüberwachung ohne konkrete Anhaltspunkte.
- Konkreten und dringenden Verdacht dokumentieren.
- Alle mildereren Mittel vorher ausschöpfen.
- Das gesamte Vorgehen ist zu dokumentieren und alle Beweise sind zu sichern.
- Die Mitbestimmung des Betriebsrats beachten und einhalten.

Hinweis für die Praxis:

Der bloße Ärger über einen Mitarbeiter berechtigt noch nicht zu (heimlichen) Überwachungsmaßnahmen. Das betrifft v.a. die Zweifel an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit. Sollen hier Mitarbeiter heimlich überwacht werden, z.B. durch den Einsatz von Privatdetektiven, müssen alle mildereren Mittel vorher ausgeschöpft werden. Der Arbeitgeber muss Beweise erbringen, die den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern. Nur wenn

konkrete Verdachtsmomente vorliegen und andere Mittel nicht mehr möglich sind, kann der Mitarbeiter heimlich überwacht werden. Dabei ist selbst bei anfänglich zulässigen Maßnahmen ständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen noch weiter vorliegen oder die Maßnahme abgebrochen werden muss. Ist z.B. ein bestehender Verdacht ausgeräumt, darf nicht mehr weiter heimlich überwacht werden. Es kann auch sein, dass sich der Verdacht gegen andere Personen richtet und dann die Maßnahme geändert oder ausgeweitet werden muss.

Wie immer gilt:

Der **Einzelfall ist maßgeblich** und eine generalisierende Betrachtung verbietet sich.

Werden unerlaubte Erkenntnisse in einen Prozess eingeführt, kann dies aber nicht nur Entschädigungsansprüche des betroffenen Mitarbeiters auslösen. Die Gerichte sind dann auch gehalten, den Sachvortrag und die Beweise nicht anzuerkennen und im Prozess nicht zu berücksichtigen, um weitere Nachteile für die betroffenen Mitarbeiter zu vermeiden. Eine **gute Dokumentation ist für die Arbeitgeberseite daher unerlässlich, um Rechtsnachteile zu vermeiden**.

6) Siehe dazu auch BAG v. 19.2.2015, 8 AZR 1007/13.

Anspruch auf Urlaubsabgeltung für Zeiten von Beschäftigungsverboten und Mutterschutz

Arbeitnehmer erwerben während Beschäftigungsverboten oder Mutterschutzzeiten einen Urlaubsanspruch, obwohl sie mitunter lange Zeit nicht arbeiten. Reihen sich mehrere Beschäftigungsverbote und Mutterschutzzeiten aneinander, werden Arbeitgeber vor große organisatorische und finanzielle Herausforderungen gestellt, wenn Arbeitnehmer nach langer Zeit an ihren Arbeitsplatz zurückkehren und ihren erworbenen Urlaub in Anspruch nehmen möchten. Dasselbe gilt, falls das Arbeitsverhältnis unmittelbar im Anschluss an diese Zeiten endet und Arbeitnehmer Urlaubsabgeltung verlangen. Daher stellt sich für Arbeitgeber immer wieder die Frage, ob der während eines Beschäftigungsverbotes oder des Mutterschutzes entstandene Urlaub möglicherweise verfallen sein könnte. Nun hat jedoch das BAG klargestellt, dass auch bei mehreren aufeinanderfolgenden Beschäftigungsverboten der Urlaub nicht mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres verfällt, sondern im laufenden oder im nächsten Jahr nach dem Ende des Beschäftigungsverbotes in Anspruch genommen werden kann.¹⁾

1) BAG v. 20.8.2024, 9 AZR 226/23, NZA 2024, 1636.

Leitsatz:

§ 24 Satz 1 MuSchG dem zufolge eine Frau den vor Beginn eines Beschäftigungsverbotes nicht (vollständig) erhaltenen Urlaub nach Ende des Beschäftigungsverbotes im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr nehmen kann, steht auch einem Verfall solcher Urlaubsansprüche entgegen, die, während mehrerer unmittelbar aufeinanderfolgender mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote entstanden sind.